



LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

Pamela Juliana AGUIRRE CASTRO¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La acción de protección y la subsidiariedad.* III. *Línea jurisprudencial de la subsidiariedad de la acción de protección.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

Resumen: La acción de protección sin lugar a duda ha generado grandes expectativas en el derecho constitucional ecuatoriano, sin embargo su incorporación en la praxis constitucional ecuatoriana ha sido generada diversas interpretaciones por parte de los operadores de justicia, razón por la cual el máximo órgano de interpretación y control constitucional ha marcado los criterios interpretativos y reglas jurisdiccionales que ayudan a clarificar el tema, de ahí la necesidad de estudiar estos temas desde una dimensión pragmática, mucho más cuando la propia Constitución en su artículo 11 numeral 8 determina que el contenido de los derechos y las garantías se desarrollará a través de la jurisprudencia entre otros.

Palabras claves: Subsidiariedad, residualidad, acciones jurisdiccionales, Corte Constitucional.

¹ Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador. Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, Universidad del Azuay; diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, UASB-E; magister en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-E; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Candidata doctoral por la UASB-E.

Abstract: The protection action without doubt has generated great expectations in the Ecuadorian constitutional law, however its incorporation in the Ecuadorian constitutional praxis has been generated diverse interpretations by the justice operators, reason for which the maximum organ of Interpretation and constitutional control has marked the interpretative criteria and jurisdictional rules that help to clarify the subject, hence the need to study these issues from a pragmatic dimension, much more when the Constitution itself in its article 11 numeral 8 determines that the content of the Rights and guarantees will be developed through jurisprudence among others.

Keywords: Subsidiarity, residuality, jurisdictional actions, Constitutional Court.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República de 2008 estableció que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia por consiguiente su contenido va dirigido a la protección y tutela de derechos constitucionales/humanos², por medio de mecanismos de protección de los derechos. El ordenamiento constitucional ecuatoriano se han desarrollado un sin número de normas a fin de cumplir con este objetivo; entre ellas tenemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) que determina y contempla los parámetros bajo los cuales se aplicará estos mecanismos o garantías constitucionales, así como las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y sus reglas.

Sobre esta base, abordaré la comprensión de los requisitos constitucionales y legales para la procedencia de la acción de protección como mecanismo directo y eficaz para la protección de derechos constitucionales, garantía que ha resultado extraña para los jueces de instancia, dado que lamentablemente la experiencia acredita³ que los jueces constitucionales continúan resolviendo ésta acción con sustento a los requisitos establecidos para el extinto recurso de amparo constitucional. Específicamente me

² Esta terminología obedece a la cláusula de apertura reconocida en el artículo 11.7 de la Constitución de la República del Ecuador, en razón que "... 6.El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

³ Pamela Aguirre, Dayana Avila, Vladimir Bazante (ed.), *Rendición de cuentas del proceso de selección: Corte Constitucional del Ecuador período 2008-2013*, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

centraré en la contradicción prima facie entre lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución que señala que “La acción de protección es el requisito directo y eficaz para la protección de los derechos constitucionales” y los requisitos establecidos en los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la LOGJCC, que determinan la improcedencia de la garantía cuando existen otras vías; y cómo dicha contradicción ha sido resuelta por parte de máximo órgano de interpretación constitucional.

II. LA ACCION DE PROTECCIÓN Y LA SUBSIDIARIEDAD

1. Definiciones que serán utilizadas en el análisis

Partimos de la identificación de tres términos esenciales alrededor de los cuales gira la cuestión planteada; los que han generado grandes confusiones en la praxis jurídica ecuatoriana, por lo tanto, con la finalidad de dilucidar de forma inicial en qué sentido serán considerados en este estudio se establecen las siguientes definiciones principales:

Subsidiario⁴.- La expresión subsidiariedad proviene del término subsidiario y éste a su vez del vocablo latín *subsidiarius*. El significado etimológico de la palabra resulta de desglosar el término *subsidiarius* en dos voces latinas: *sub* que significa “bajo/debajo de” y *sedere* que representa al verbo “sentarse o estar sentado”;⁵ pudiendo ser traducido entonces como “estar sentado debajo”.

En derecho procesal constitucional, una acción jurisdiccional es subsidiaria cuando 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. Como ejemplo de subsidiariedad se puede citar lo determinado en el Código Procesal Constitucional peruano que determina como causales de improcedencia del amparo cuando “*Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o*

⁴ Las palabras subsidiaridad o subsidiariedad constituyen términos sinónimos, siendo correcto el uso de cualquiera de los dos términos. Sin embargo, se deja constancia que en el presente informe jurídico se utiliza la expresión subsidiariedad.

⁵ Carmen Arias Abellán (edit.), Actes du VII Colloque International sur le latin vulgaire et tardif, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003, 51.

vulnerado”⁶, es decir, el amparo peruano no procede si existe vías ordinarias para la protección de lo solicitado.

No subsidiario.- La no subsidiariedad implica lo opuesto a lo subsidiario. Si en materia constitucional la subsidiariedad implica el ejercicio de una acción jurisdiccional de forma independiente a la presentación de otra acción judicial, siempre y cuando su naturaleza y alcance no interfiera con la esfera competencial de la segunda; la no subsidiariedad equivale a que las acciones pueden ser planteadas de manera paralela, independientemente si tienen o no la misma naturaleza.

Un ejemplo de no subsidiariedad se encontraba prescrito en Perú, mediante lo que se denominó un amparo amplio, pues:

*“La Ley No. 23.506, vigente desde 1983, disponía en el inciso 3 de su artículo 6 que el Amparo resultaba improcedente ‘cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria’. Se entendía que esta causal de improcedencia operaba cuando el accionante del Amparo, por propia decisión había acudido previamente a interponer una acción judicial por una ‘vía paralela’, lo que tornaba inviable recurrir ulteriormente al Amparo.”*⁷

Es decir, conforme lo señala Francisco Eguiguren Praeli, dicho cuerpo normativo convirtió en alternativo al amparo, respecto de los procesos ordinarios o especiales, sujeto a la mera determinación del accionante, es decir, un recurso de amparo no subsidiario.

Residual⁸.- El término residual, proviene del vocablo latín *residuum* que significa “parte que queda de un todo” o “aquello que resulta de la destrucción de algo”. Es decir, lo residual equivale a la acción que se intenta después de la destrucción de las demás o del agotamiento de otras acciones.

En materia procesal constitucional el término residual, tiene relación a la acción que puede presentarse únicamente después de haber agotado todos los mecanismos de defensa de derechos existentes, que correspondían ser presentados. Bajo esta lógica dentro

⁶ Francisco José Eguiguren Praeli, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010, p. 540.

⁷ Francisco José Eguiguren Praeli, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010, p. 539.

⁸ A pesar de que el término “residualidad” no existe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se establece en este informe jurídico, como derivación del término “residual”.

del derecho procesal constitucional ecuatoriano la acción residual por antonomasia es la acción extraordinaria de protección, toda vez que procede “*cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal...*”⁹

Ahora bien es necesario resaltar que estas definiciones responden a una concepción estipulativa¹⁰, toda vez que no existe en el derecho comparado y doctrina una distinción clara entre subsidiariedad y residualidad. Así en España se establece que la acción de amparo es residual o subsidiaria porque existe la “...necesidad de que haya una determinada secuencia en la intervención de las distintas instancias decisorias, de manera que no haya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior [...] la subsidiariedad impone al demandante del amparo una obligación de agotar previamente todas las vías y recursos judiciales”¹¹, lo cual encuentra coherencia dentro del derecho constitucional español, dado que el Tribunal Constitucional es el único con competencia para conocer y resolver los amparos constitucionales; de lo cual podemos deducir que siempre dependerá de las dinámicas competenciales de cada garantía jurisdiccional en un ordenamiento jurídico dado.

2. Naturaleza de la acción de protección

Los recursos para la protección de derechos son acciones que los estados deben adoptar en sus legislaciones de forma obligatoria, pues a partir de 1948 con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se determinó la necesidad de introducir recursos para hacer efectivo tal fin. Por su parte, en América se reforzó esta obligación mediante la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, en la que se señala que las personas deben disponer de un recurso sencillo y breve por el cual la justicia ampare a las personas contra actos que conculquen sus derechos. Los Estados Parte se comprometieron a establecer en sus legislaciones recursos expeditos para

⁹ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 94.

¹⁰ “Aquellas que delimitan para ciertos fines el campo de acción de una palabra vaga, o se deciden por uno de los significados múltiples de una palabra ambigua o, más típicamente, introducen un nuevo símbolo en reemplazo de una descripción (por ejemplo ‘llamaremos ‘cinerama’ a este nuevo sistema de filmación y proyección de películas, que presenta tales características’), esas otras definiciones son llamadas estipulativas.” Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, 2ª, ed., p. 93

¹¹ Citado por Pablo Alarcón Peña, “Residualidad: Elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”, en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010, p. 567.

la protección de los derechos de sus ciudadanos, tal como lo señala su artículo 25¹², lo que daría el inicio del Derecho Procesal Constitucional, tal como lo sostienen los profesores Hector Fix Zamudio¹³ o Nestor Pedro Sagües¹⁴.

La Constitución ecuatoriana establece distintos tipos de garantías constitucionales, entre las que se destacan las normativas, institucionales y jurisdiccionales, dentro de estas últimas se encuentra la acción de protección, cuya normativa constitucional la determina como:

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

Las garantías constitucionales están destinadas a hacer eficaces los derechos constitucionales/humanos, razón por la cual la gama de garantías que ofrece un sistema constitucional es el índice de medición del nivel de protección en el plano normativo de un país, pues el reconocimiento de derechos constitucionales no es suficiente sino existen garantías por medio de las cuales se puedan exigir en caso de conculcación.

Específicamente la acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial reconocido en la Constitución, al alcance de todos los ciudadanos, para que en caso que sus derechos hayan sido violentados por una autoridad pública o personas privadas, éstos puedan obtener su restablecimiento y una

¹² “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

¹³ Héctor Fix Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982.

¹⁴ Néstor Pedro Sagües, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008.

posterior reparación por el daño causado, con lo cual, la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo.

En el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución del Ecuador, atinente a las normas comunes de las garantías jurisdiccionales, no existe mención al carácter cautelar - inherente al amparo constitucional conforme la Constitución ecuatoriana de 1998- sino por el contrario, se establecen acciones que deben reparar y conocer el fondo del asunto controvertido, es decir la existencia o no de violaciones a derechos constitucionales, las que deben resolverse de manera definitiva, confiriéndole al juez constitucional la potestad de resolver la causa y ordenar la reparación integral material e inmaterial, especificando e individualizando las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en las que deben cumplirse.

Es decir, la acción de protección tiene naturaleza reparatoria, sea ésta material o inmaterial, otro de los grandes avances que en materia de protección de derechos incorpora la Constitución del 2008. En conclusión, se puede establecer que la naturaleza jurídica de esta garantía jurisdiccional es la de un proceso de conocimiento, tutelar, sencillo, célere, eficaz y contiene efectos reparatorios.

3. El principio de subsidiariedad en la acción de protección

De acuerdo al autor italiano Tommaso Edoardo Frosini, la palabra subsidiariedad tiene una doble esencia dinámica. En el plano vertical, se refiere a la relación entre entes de superior e inferior jerarquía, en cuanto al ámbito de sus competencias; mientras que en el plano horizontal, alude a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, con el objetivo de reducir al máximo la intervención del Estado en el espacio de autonomía privada¹⁵.

En este sentido, resulta claro que con el objetivo de analizar el principio de subsidiariedad en el ámbito de las garantías jurisdiccionales, el significado que nos atañe es aquel que hace referencia al plano vertical de la palabra; es decir, al carácter competencial de órganos o instituciones. De esta manera un órgano puede ejecutar acciones subsidiarias cuando actuando en la esfera de su competencia contribuye con la consecución de una causa principal, siempre que su actuación no interfiera con las competencias de otros órganos.

¹⁵ Tommaso Frosini, "Subsidiariedad y Constitución" en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2002, p. 8-10.

Desde este punto de vista, en materia de derecho procesal constitucional una acción jurisdiccional es subsidiaria cuando su presentación no se yuxtapone a otra acción de similar naturaleza en la jurisdicción ordinaria. En efecto, cuando se analiza la subsidiariedad en acciones jurisdiccionales, resulta inevitable pensar en la “acción de protección”, garantía jurisdiccional que de acuerdo a la LOGJCC en sus artículo 40 numeral 3¹⁶ y 42 numeral 4¹⁷, debe presentarse cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado y la prohibición de procedencia cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial.

Vale señalar entonces, que la forma como se ha interpretado las normas descritas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto a la procedencia o improcedencia de la acción de protección, ha derivado en la confusión entre los términos: residual, subsidiario y no subsidiario, como característica procesal de la acción; en atención a lo dispuesto en la Constitución de la República en su artículo 88, determinándola como una garantía de protección de los derechos constitucionales “directa” y “eficaz” y que pueda presentarse cuando exista una vulneración a éstos. Textualmente la norma constitucional dispone “La acción de protección tendrá por objeto el **amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales**” (Énfasis fuera de texto).

Entonces, el problema central radica en la interpretación aislada de los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la citada ley, que tratan la procedencia e improcedencia de la acción de protección; en la medida en que si se realiza una interpretación integral de las normas constitucionales y de las normas infra legales, el resultado se torna distinto.

En efecto, realizando un ejercicio hermenéutico integral que mantenga la armonía de la Constitución, se deriva en el carácter autónomo de la acción de protección, en la medida que es la garantía jurisdiccional diseñada para la efectiva tutela de los derechos constitucionales. En tal sentido, cuando la Constitución prescribe en el artículo 88 la garantía de un amparo directo, debe entenderse que al existir vulneración de un derecho constitucional no puede condicionarse la protección de los derechos constitucionales a la

¹⁶ “Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos: [...] 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”

¹⁷ “Art. 42.- Improcedencia de la acción.- 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.”

presentación de una acción judicial adicional, que impida o retarde la defensa de forma injustificada la tutela del derecho, pues dicha interpretación desnaturaliza la esencia misma de una garantía de protección de los derechos constitucionales.

En este punto, es preciso resaltar que una de las características del sistema constitucional ecuatoriano, es precisamente el nexo directo entre garantía y derecho constitucional, lo que no ocurre en países con sistemas legalistas. En efecto, si la finalidad de la acción de protección es la tutela directa y eficaz de los derechos constitucionales es justamente el análisis de la existencia de una vulneración o no, la centralidad del análisis de las acciones de protección.

El sistema garantista abanderado por el Estado constitucional de derechos y justicia sobre el cual descansa actualmente la normativa constitucional ecuatoriana, implica no sólo una conquista y legado del pasado sino ante todo un programa para el futuro¹⁸, siendo por tanto imperiosa la necesidad de mantener intactos en su mayor medida, tanto los derechos como las garantías que se han consagrado en la Constitución. Entonces este esfuerzo por mantener la armonía constitucional incluye la actuación urgente de los jueces a través de la activación de una garantía jurisdiccional correspondiente, frente a la vulneración de un derecho constitucional. En el caso que se analiza, la presentación de la acción de protección tiene precisamente ese objetivo, el de operar celeremente, con la finalidad de que la justicia constitucional proteja de forma eficaz inmediatamente los derechos menoscabados por las vulneraciones de autoridades públicas no jurisdiccionales, o particulares.

Por lo tanto, establecer como adecuada la interpretación que condiciona la procedencia de la acción de protección al requisito de presentar acciones judiciales previas, genera indefensión a una de las partes, y desnaturaliza la garantía, cuyo principal objetivo es proteger inmediatamente los derechos constitucionales. En efecto, si optamos por esta equívoca interpretación, la acción de protección, por su propia naturaleza desaparecería de la praxis ecuatoriana, dado que ésta devendría en impracticable, toda vez que si todos los actos u omisiones que se consideran vulneratorios de derechos constitucionales son impugnados en las vías jurisdiccionales ordinarias, el resultado de este proceso será una decisión judicial sobre la cual no cabe demandar una acción de protección, generando como eficaz pero no celeremente la acción extraordinaria de protección.

¹⁸ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 35.

En concordancia con lo señalado, la primera Corte Constitucional se ha pronunciado estableciendo la importancia de la acción de protección como el proceso “más” adecuado frente a otros cuando existe vulneración de derechos constitucionales, no existiendo otras vías judiciales apropiadas para lograr la tutela de los derechos constitucionales. En efecto, en la sentencia n° 016-13-SEP-CC, emitida en la causa n°. 1000-12-EP, de 16 de mayo de 2013, se señaló:

[...] la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. (Énfasis fuera de texto)

Esta decisión jurisdiccional resalta, conforme lo determinado en el artículo 88 de la Constitución, que el análisis que compete al juez constitucional que conoce de acciones de protección, radica en la verificación de la vulneración de derechos constitucionales, con lo cual señala a contrario sensu, que cuando no se presenta tal vulneración, se debe acudir a las vías ordinarias dado que el tema no comporta relevancia constitucional. En tal sentido, si bien es cierto que la acción de protección constituye el mecanismo “más” idóneo para la protección de derechos constitucionales, podría suceder que del análisis de la causa se desprenda que no existe una vulneración de un derecho constitucional, sino la pretensión de un asunto de mera legalidad. En esta circunstancia, el juez luego de un examen íntegro del caso concreto debe determinar, mediante un ejercicio argumentativo,

si se encuentra o no ante la vulneración de un derecho constitucional, y solo de ser negativo el examen establecer que existen otras vías para solucionar las pretensiones de las partes.

Así, conforme establece la Corte Constitucional en la misma decisión jurisdiccional *“El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías”*; lo que significa que es tarea de la jueza o juez constitucional, cuando se somete un caso a su conocimiento, analizar si existe o no vulneración de un derecho constitucional, no procediendo la acción, si del examen se encuentra que las pretensiones de las partes pueden solucionarse en específicas vías judiciales ordinarias; es decir, respetando la naturaleza propia de las garantías jurisdiccionales y las acciones ordinarias judiciales, para de esta forma evitar un sistema de administración de justicia caótico.

Este pronunciamiento, sin lugar a duda genera claros lineamientos acerca del verdadero alcance de los requisitos de improcedencia previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contenidos en los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4, lo cual mantiene armonía con el diseño de garantías jurisdiccionales constitucionales, pues, el juez deja de ser la simple boca muda de ley según la metáfora de Montesquieu- para convertirse en verdadero garante de los derechos constitucionales/humanos¹⁹ a través de un rol verdaderamente activo dentro del cual su valoración debe guardar coherencia con los postulados constitucionales. De ahí que su actuación debe contar siempre con una fuerte carga argumentativa, que denote la racionalidad en la constatación o no de la vulneración de derechos constitucionales²⁰.

De esta manera, la Corte Constitucional, en la misma decisión, sostiene que la acción de protección procede cuando exista vulneración de derechos constitucionales y que esta lesión debe ser verificada por la jueza o juez constitucional en cada caso concreto, es decir, ratificando que el análisis sobre el cual gira la procedencia de la acción de

¹⁹ Esta terminología obedece a la cláusula de apertura reconocida en el artículo 11.7 de la Constitución de la República del Ecuador, en razón que “... 6.El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”

²⁰ “Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso” Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 4 numeral 9.

protección no es una confrontación abstracta, sino que nace de circunstancias específicas del caso puesto en conocimiento del juez constitucional.

La acción de protección procede cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no una vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria²¹.

Con el mismo criterio la Corte Constitucional, en la sentencia n°. 041-13-SEPCC, emitida en el caso 0470-12-EP, de 24 de julio de 2013, insiste que la carga de la justificación acerca de la idoneidad o no de la jurisdicción constitucional le corresponde a la jueza o juez que conoce y resuelve la garantía jurisdiccional de los derechos:

Por lo tanto, la carga de demostración sobre la adecuación y eficacia de los procedimientos ordinarios no recae sobre el accionante, sino sobre el juzgador, al momento en que determina si la violación efectivamente se verificó o no en el caso puesto en su conocimiento.

Aclara además, en la misma decisión, que una vez verificada la vulneración de un derecho constitucional por parte de las juzgadoras y los juzgadores constitucionales, la jurisdicción constitucional constituye el procedimiento adecuado y eficaz para resolver tales lesiones, lo cual encuentra plena concordancia con lo prescrito en la Constitución en relación a la informalidad con la que debe ser sustanciada esta garantía jurisdiccional -Art. 86 numerales 2 y 3-.

La aplicación de los derechos y garantías descritos al caso en juicio, en concordancia con el objeto de la acción, lleva a la Corte a la misma conclusión de la accionante: los únicos procedimientos adecuados para conocer y resolver sobre la existencia de violaciones a derechos constitucionales son las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucional; y en el caso de que dichas violaciones se originen en actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, la acción de protección. Así, es claro que la distinción en el objeto de la acción de protección y los procesos de impugnación en sede contencioso-administrativa, no está en el acto impugnado; sino más bien, en la consecuencia del mismo.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 016-13-SEP-CC, caso n°. 1000-12-EP.

Sobre esta base, el principio de subsidiariedad en las acciones de protección establece que esta garantía cuyo objetivo es proteger los derechos constitucionales, no debe yuxtaponerse a la naturaleza propia de las acciones dentro de la justicia ordinaria, respetando el ámbito propio de cada una de ellas, pues las garantías jurisdiccionales, conforme lo señaló la Corte Constitucional para el período de transición, “[...] son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, argumentando que son cuestiones de legalidad, así como a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional a la justicia ordinaria”²². De tal suerte que no podría considerarse que la acción de protección es una garantía jurisdiccional no subsidiaria, toda vez que no queda a elección del accionante presentar, o una acción de protección, o las acciones correspondientes en las vías ordinarias, para alcanzar sus pretensiones.

Ahora bien, a pretexto de confundir la subsidiariedad con la residualidad, no se puede restar importancia a la jurisdicción constitucional, generando con ello un desequilibrio del sistema constitucional ecuatoriano, basado esencialmente en el respeto a la Constitución. Por lo que mal puede sostenerse que para acudir a la jurisdicción constitucional, en su garantía jurisdiccional acción de protección, es necesario previamente presentar otras acciones judiciales ordinarias.

Lo cual encuentra coherencia con lo determinado en la propia ley cuando prescribe que no proceden las acciones de protección cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales; cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión y cuando el acto pueda ser impugnado en la vía judicial.

Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

- 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.*
- 2. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.*
- 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.*

²² Corte Constitucional para el período de transición, sentencia No. 045-11-SEP-CC, caso No. 0385-11EP.

Conforme fue señalado en párrafos iniciales, el plano vertical del término subsidiario tiene relación con el ámbito de competencias de órganos e instituciones públicas; en tal sentido, la subsidiariedad implica que no debe existir entrecruzamiento de competencias, entorpeciendo con ello el funcionamiento del sistema de administración de justicia. De esta manera, la jurisdicción constitucional no puede asumir el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria resolviendo cuestiones que no involucran la vulneración de derechos constitucionales, sino exclusivamente pretensiones de legalidad.

Así, continuando con el análisis de las sentencias relevantes sobre la problemática planteada en la decisión n°. 041-13-SEP-CC, emitida en el caso 0470-12EP, se establece justamente la imposibilidad de que la jurisdicción constitucional interfiera con las atribuciones de la justicia ordinaria, toda vez que:

La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución. En tal sentido, para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso se debe considerar siempre que según el artículo 76 numeral 3 de la Carta Suprema sólo se podrá juzgar a una persona ante el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio para cada procedimiento; y además, de acuerdo el artículo 169 *ibidem* el sistema procesal constituye un medio para la realización de la justicia y por tanto, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficiencia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. En consecuencia, **la acción de protección no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa la Función Judicial.** (Énfasis fuera del texto)

De la misma manera, la Corte Constitucional respecto al rol que desempeña la justicia constitucional frente a la justicia ordinaria determinó en forma categórica que:

La Constitución no genera una propuesta de reemplazo de la justicia ordinaria por parte de la constitucional, con la consecuente “ordinarización” de la justicia constitucional, que implica un reemplazo del *thema decidendum* de las garantías normativas de la Constitución, en lugar de las previstas en la legislación ordinaria, sino un reto de constitucionalización de los procesos ordinarios, en pro del fortalecimiento de la

administración de justicia como mecanismo de garantía ordinaria del orden constitucional.²³

En consecuencia, la subsidiariedad de la acción de protección establece la imposibilidad que la jurisdicción constitucional resuelva temas de estricta legalidad, en los que no existen derechos constitucionales vulnerados; en la medida en que estas soluciones le competen de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria. No obstante, debe reiterarse una vez más que les corresponde a los juzgadores, a partir del análisis del caso concreto, determinar a qué jurisdicción le corresponde resolver el asunto en litigio, dado que si existen vulneraciones a derechos constitucionales los jueces no pueden desatender su obligación constitucional de tutelar los derechos constitucionales y resarcir las vulneraciones acaecidas, sin embargo, si no existe vulneraciones a derechos constitucionales, el juez constitucional no puede invadir el ámbito de administración de justicia ordinaria.

4. La residualidad en las acciones jurisdiccionales

Al respecto, es preciso rescatar además que en la sentencia n°. 041-13-SEP-CC citada, la Corte Constitucional destaca un aspecto que resulta de trascendental importancia en el tema que se analiza, al poner en debate la diferencia entre los términos “subsidiario” y “residual”, que al contrario de lo que suele considerarse, no son sinónimos dentro del derecho procesal constitucional ecuatoriano sino dos expresiones con connotaciones distintas, dado la existencia de varias garantías jurisdiccionales cuya procedencia difiere.

Arribar a una solución diferente a la propuesta en el párrafo anterior, implicaría reconocer esquemas superados por el constitucionalismo ecuatoriano, como el carácter residual del extinto recurso de amparo constitucional, en razón del cual era necesario agotar las vías ordinarias en aras de “demostrar” su idoneidad y/o su ineficacia.

Con esta significativa consideración, puede establecerse con claridad, que si el término “subsidiario” implica la posibilidad de presentación de una acción constitucional cuando se trata de vulneraciones de derechos y la no existencia de otras vías; el término “residual” equivale al agotamiento de todas las acciones judiciales ordinarias antes de la presentación de una acción constitucional.

De lo anterior puede inferirse que una acción es residual, cuando para acudir a ella, es necesario previamente haber interpuesto todos los mecanismos de defensa existentes

²³ Corte Constitucional, sentencia No. 003-13-SIN-CC, casos No. 043-11-IN y 045-11-IN acumulados.

que correspondan ser presentados. Por lo tanto, la característica de residualidad equivale a aquello que quedó después de haber intentado lo demás; esto es, la acción que subsiste cuando otras acciones no han dado resultado.

De esta manera, como se señaló en líneas precedentes en derecho constitucional y más concretamente en la gama de garantías jurisdiccionales, la acción extraordinaria de protección es de carácter residual; en razón de que tanto la Constitución en sus artículos 94 y 437, como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecen como requisitos de procedencia de esta acción, el agotamiento previo de todos los recursos ordinarios y extraordinarios.

El carácter residual, puede atribuirse también a las acciones que se sustancian en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, para lo cual es necesario agotar todos los recursos de la jurisdicción interna, previo proponer una demanda ante este órgano internacional, conforme lo establece el artículo 46 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969²⁴.

En consecuencia, el objetivo de la determinación de una acción judicial o constitucional como residual es la protección de los derechos de las personas cuando todos los mecanismos de defensa existentes parecen no solucionar el problema, una vez que quien invoca la lesión ha acudido a ellos y considera que no reparan su derecho. Por lo que, resulta claro, que el objetivo último de una acción residual es la protección del derecho, cuando los demás acciones, aparentemente han negado el resarcimiento.

III. LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

1. Metodología

Con la finalidad de establecer si existe una línea jurisprudencial de la primera Corte Constitucional acerca del problema objeto de este estudio, tomaremos como metodología a utilizar la descrita por Diego López²⁵ en su obra el “El derecho de los jueces”, toda vez que resulta válida para obtener varias conclusiones.

²⁴ “Artículo 46. 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

²⁵ Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los jueces, Universidad de Los Andes, 2da edición, Bogotá.

Los elementos determinantes para la selección de las decisiones constitucionales a las que luego se les aplicará la metodología están relacionados con la temporalidad, temática e importancia de las decisiones. Como primer elemento, es necesario determinar entonces que la periodicidad en la cual la investigación se realiza, un año calendario - 2013-, es decir, serán analizadas las decisiones adoptadas por el primer año de funciones de la primera Corte Constitucional. El segundo elemento, del universo de decisiones se tomarán aquellas acciones extraordinarias de protección que nazcan de procesos de acciones de protección, y que tengan como uno de los problemas principales la aplicación de los artículos 40 numeral 3 o 42 numeral 4 de la LOGJCC, es decir, que éste problema sea resuelto como una de las *ratios decidendi* de la decisión. Finalmente como tercer elemento, se seleccionó las denominadas sentencias hito, que nos permiten identificar las subreglas contenidas en la argumentación de los jueces constitucionales.

1.1. Patrón fáctico o escenario constitucional

Para el análisis de la línea jurisprudencial se ha determinado el siguiente patrón fáctico o escenario constitucional: *“Acciones extraordinarias de protección, encaminadas a que la Corte Constitucional deje sin efecto sentencias de acciones de protección admitidas en contra de actos administrativos, por considerar que en atención al principio de subsidiariedad estos actos deben ser impugnados en la vía judicial ordinaria.”*

1.2. Elección de sentencias con patrones fácticos similares

Una vez determinado el patrón fáctico descrito, con la finalidad de realizar un análisis temporal y estructural de varias sentencias constitucionales, realicé una investigación específica con el objetivo de encontrar sentencias recientes que tengan el mismo patrón fáctico dentro de acciones extraordinarias de protección.

De la misma forma, se han determinado dos grandes momentos de desarrollo decisional, aquel que corresponde a la fase de sustanciación de la Corte Constitucional para el período de transición, y el actual período de la Corte Constitucional del Ecuador. Las sentencias seleccionadas, emitidas por la actual Corte Constitucional, son las siguientes:

1. Sentencia nº 003-13-SEP-CC, caso nº. 1427-10-EP, de 05 de marzo de 2013.
2. Sentencia nº 013-13-SEP-CC, caso nº. 0991-12-EP, de 09 de mayo de 2013.
3. Sentencia nº 014-13-SEP-CC, caso nº. 2004-12-EP, de 14 de mayo de 2013.
4. Sentencia nº 016-13-SEP-CC, caso nº. 1000-12-EP, de 16 de mayo de 2013.
5. Sentencia nº 020-13-SEP-CC, caso nº. 563-12-EP, de 30 de mayo de 2013.
6. Sentencia nº 023-13-SEP-CC, caso nº. 1975-11-EP, de 04 de junio de 2013.
7. Sentencia nº 026-13-SEP-CC, caso nº. 1429-11-EP, de 11 de junio de 2013.
8. Sentencia nº. 041-13-SEP-CC, caso nº. 0470-11-EP, de 24 de julio del 2013.
9. Sentencia nº 075-13-SEP-CC, caso nº. 2223-11-EP, de 04 de septiembre de 2013.
10. Sentencia nº 085-13-SEP-CC, caso nº. 1344-12-EP, de 23 de octubre de 2013.
11. Sentencia nº 102-13-SEP-CC, caso nº. 0308-10-EP, de 4 de diciembre de 2013.

1.3. Problema jurídico o pregunta central para la determinación de la línea jurisprudencial

Con la finalidad de determinar la correspondiente línea jurisprudencial respecto al principio de subsidiariedad en la acción de protección, se ha planteado el siguiente problema jurídico o pregunta central que encabezará la línea: *¿El principio de subsidiariedad, impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, en razón de que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial prima facie?*

1.4. Respuestas polares al problema jurídico planteado

Una vez establecida la pregunta central o problema jurídico, previo a realizar el análisis de cada una de las posibles respuestas, tanto la Corte Constitucional para el

período de transición, como la actual Corte Constitucional, se procedió a abrir el espacio identificando las dos opciones polares de respuesta a la pregunta. Así, en el extremo positivo se ha determinado como posible decisión la siguiente: *Sí. El principio de subsidiariedad impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial.*

Mientras que en el extremo negativo, se ha determinado como posible decisión la siguiente: *No. El principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que todos los actos de las autoridades públicas pueden ser impugnados en la vía constitucional, cuando vulneren derechos constitucionales.*

2. Análisis de los pronunciamientos judiciales con similares patrones fácticos

En el caso de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, las dinámicas de decisión en relación a la cuestión planteada mantienen la tendencia de decisiones cercanas al extremo negativo de solución. Vale señalar que del análisis no se evidenció un cambio de decisiones profundas respecto al balance constitucional que fue trazado por la anterior Corte Constitucional para el período de transición²⁶, sino más bien un paulatino movimiento de la línea jurisprudencial hacia el extremo negativo de la solución, con argumentos más enfáticos, en cuanto a la necesidad de verificación de vulneraciones a derechos constitucionales por parte de la jueza o juez como condición de procedencia de la acción de protección, o por el contrario la determinación de la vía judicial ordinaria más adecuada si de la revisión del caso concreto la autoridad jurisdiccional encuentra conflictos de índole infraconstitucional.

2.1. Sentencias que se ubican en el extremo negativo de la decisión y/o en la sombra decisional

En las sentencias emitidas por la actual Corte Constitucional que se ubican en el extremo negativo de la solución, se identifica con claridad la diferenciación realizada también por la anterior Corte Constitucional para el período de transición, respecto a que

²⁶ Ver anexo 1.

los conflictos infra constitucionales deben ser solucionados en vías judiciales ordinarias; mientras que se reconoce a la acción de protección como la garantía “más” eficaz e idónea para tutelar derechos constitucionales vulnerados por cualquier autoridad pública o particular.

1. Sentencia nº 003-13-SEP-CC, caso nº. 1427-12-EP, emitida el 05 de marzo de 2013.

Cabe destacar que la acción de protección no debe ser entendida como una garantía en la cual puedan resolverse temas de mera legalidad, ya que su naturaleza es la de tutelar el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. En este sentido, los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de darle el uso adecuado a esta garantía, evitando el abuso de la misma por parte de los usuarios, a través del acatamiento de las disposiciones determinadas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la creación de precedentes que delineen lo referente a su procedibilidad²⁷.

2. Sentencia nº 013-13-SEP-CC, caso nº. 0991-12-EP, emitida el 09 de mayo de 2013.

Cabe resaltar que la Constitución de la República es el instrumento que reconoce los derechos constitucionales de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, y para tutelar efectivamente esos derechos reconocidos se ha provisto de las garantías jurisdiccionales. La acción de protección, como una de las garantías jurisdiccionales, no puede ser concebida para fundar o declarar derechos, sino para tutelar y reparar integralmente cuando exista vulneración, ya sea por acción u omisión de las autoridades no judiciales o de los particulares. Por tanto, no cabe y resulta inoficioso demandar una acción de protección cuando los derechos no existen previamente reconocidos en la Constitución, o frente a meras expectativas que no generan derechos, como se advierte en el artículo 42 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De allí que las personas no pueden, por ejemplo, so pretexto de tratos arbitrarios o discrecionales, o aduciendo el derecho a la igualdad formal o material y no discriminación, acudir con su reclamo o pretensión vía acción de protección, ya que el ejercicio de los derechos de cualquier orden se debe ventilar observando el debido proceso establecido en la Constitución de la República, así como, en el presente caso, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuerpos normativos que fijan procedimientos previos, claros que regulan y especifican la vía jurisdiccional adecuada y eficaz para la tutela de derechos. Por tanto, la acción de protección no puede invadir las atribuciones que atañen a otras esferas procedimentales, como el hábeas

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia nº 003 CC, caso nº. 1427-12-EP.

corpus, el acceso a la información pública, el hábeas data, de incumplimiento, medidas cautelares, etc., ni se extiende para actos u omisiones que incumplen los mandatos de la Constitución o la Ley, o las sentencias y dictámenes constitucionales, pues para tales casos el ordenamiento jurídico provee de acciones idóneas con sus respectivos procedimientos. En otras palabras, los derechos constitucionales solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso. En consecuencia, para que un proceso judicial sea constitucionalmente válido, el juez y las partes procesales deben conducirlo en el marco de la competencia²⁸.

3. Sentencia n° 014-13-SEP-CC, caso n°. 2004-12-EP, emitida el 14 de mayo de 2013.

En el caso objeto de análisis se establece que la sentencia (...) dictada por la Segunda sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, si bien recoge los hechos que conforman la litis trabada, se aleja de los mismos centrando su argumento en la simple enunciación de normas legales respecto a temas de "no subsidiariedad" e "improcedencia de la acción de protección" cuando se relaciona con aspectos de mera legalidad. Así, a criterio de la Sala, se afirma que existe una vía jurisdiccional en materia contencioso administrativa, -de carácter ordinario- que es la vía judicial y procesal adecuada para tratar la materia de la acción de protección presentada, por lo que, considerando sin mayor fundamento que es un asunto de mera legalidad, que debía ventilarse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se inadmite la causa.

En consecuencia, la recomendación que se hace en la sentencia antes referida para el hoy legitimado activo -dirigida a que utilice la vía procesal contencioso administrativa- al no complementarse con la argumentación expresa, del porqué (sic) la materia trabada no puede ser satisfecha en una acción de protección, hace que el argumento de "mera legalidad" carezca de justificación razonada, y aparece como una decisión judicial apoyada en un criterio discrecional²⁹.

4. Sentencia n° 0016-13-SEP-CC, caso n°. 1000-12-EP, emitida el 16 de mayo de 2013.

La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 013 CC, caso n°. 0991-12-EP.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 014 CC, caso n°. 2004-12-EP.
-13-SEP-
-13-SEP145

existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria [...].

Por otra parte, esta Corte observa además, que el objeto primigenio de la acción de protección planteada por los accionantes obedece a un conflicto entre normas infraconstitucionales que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano [...] En virtud de lo enunciado, conforme ha quedado establecido, la acción de protección de derechos como garantía jurisdiccional, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales y no la resolución de asuntos de mera legalidad³⁰.

5. Sentencia nº 020-13-SEP-CC, caso nº. 563-12-EP, emitida el 30 de mayo de 2013.

Las reflexiones de la Corte Constitucional respecto de esta tríada indispensable para el sostén del modelo de estado previsto en la Constitución, apuntan a resaltar el principio de irradiación de los principios procesales en la legislación ordinaria, como solución a la eventual "ordinarización" de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución. Se reconoce una doble dimensión de los principios, dependiendo de si el caso remite mediata o inmediatamente a la Norma Fundamental.

Así, la justicia ordinaria también se constituye en una garantía jurisdiccional de los derechos en tanto protege la aplicación de la norma infra constitucional que los desarrolla en determinado supuesto. El criterio de diferenciación para determinar si procede la vía constitucional o la ordinaria para la protección de los derechos a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el debido proceso en la garantía de aplicación de normas y derechos de las partes, será precisamente qué norma es la que se alega incumplida³¹.

6. Sentencia nº 026-13-SEP-CC, caso nº. 1429-11-EP, emitida el 11 de junio de 2013.

En efecto la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías

³⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia nº 016 CC, caso nº. 1000-12-EP. ³¹Corte Constitucional del Ecuador, sentencia nº 020 CC, caso nº. 563-12-EP. -13-SEP- -13-SEP146

jurisdiccionales. o todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria.

De manera que en el caso *sub judice* y de la revisión de la pretensión de los extrabajadores de Autoridad Portuaria de Guayaquil, el ordenamiento jurídico prevé los mecanismos idóneos establecidos en la justicia ordinaria, para hacer efectivos sus derechos respecto de la liquidación que solicitan; por lo que esta Corte determina que la acción de protección no es la vía adecuada para solicitar exclusivamente el pago o reliquidación de indemnizaciones por despido intempestivo, pues aquello implicaría la yuxtaposición de la justicia constitucional por sobre la ordinaria³¹.

7. Sentencia nº 041-13-SEP-CC, caso nº. 0470-12-EP, emitida el 24 de julio de 2013.

Cabe indicar que los presupuestos de procedibilidad de la acción de protección contenidos en el artículo 42 tienen un vínculo directo con el objeto de la misma: "...el amparo directo y eficaz de los derechos". Más allá de un postulado vacío, el contenido de la norma del artículo 88 de la Carta Suprema tiene repercusiones medulares respecto del objetivo de la justicia constitucional, así como la manera de entender los problemas jurídicos, desde un análisis de legalidad del acto administrativo, a uno constitucional de los hechos que configuran una vulneración de derechos constitucionales. Es así que la causal del numeral 4 del artículo 42 impone la obligación jurisdiccional de justificar en la motivación de su sentencia si se verifica la existencia de una violación constitucional y, en caso de no encontrarla, discurrir sobre la vía que considera adecuada y eficaz para satisfacer la pretensión.

8. Sentencia nº 075-13-SEP-CC, caso nº. 2223-11-EP, emitida el 04 de septiembre de 2013.

De esta manera, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en que las antinomias entre normas de carácter infraconstitucional, no deben ser resueltas mediante las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución de la República, pues para aquello precisamente se encuentra creada una institucionalidad jurídica y orgánica que permite a

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia nº 026 CC, caso nº. 1429-11-EP.
-13-SEP-
-13-SEP147

los ciudadanos activar los mecanismos procesales específicos que tutelen los derechos en el ámbito legal³².

9. Sentencia nº 085-13-SEP-CC, caso nº. 1344-12-EP, de 23 de octubre de 2013.

Entonces no es condición suficiente como lo hace el juez de primera instancia, el argumentar que la acción de protección no procede cuando hay otras vías de

³² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia nº 075 CC, caso nº. 2223-11-EP.
-13-SEP-
-13-SEP148

impugnación, como la contenciosa administrativa para negar una acción de protección, pues ninguna de ellas reemplaza la otra. Los procesos contencioso administrativos se destinan a revisar la legalidad de los actos, conforme lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, mientras que la acción de protección tiene por objeto amparar directamente los derechos constitucionales, según se dispone en los artículos 88 de la Constitución y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Hay que agregar que un recurso contencioso administrativo no cumple el artículo 86 numeral 2 literal a de la Constitución de la República que establece que en las acciones de protección de derechos: “El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias”. Los recursos contenciosos administrativos son complejos, formales y lentos, lo que se debe a que tienen por fin proteger la legalidad y no derechos constitucionales [...]

Condicionar la vigencia de la acción de protección, prevista en la Constitución, a que no se proponga un recurso contencioso administrativo, previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, implica condicionar la vigencia de la Constitución a la ley, lo que a su vez, implicaría viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. Sentencia nº 102-13-SEP-CC, caso nº. 0308-10-EP, de 4 de diciembre de 2013.

Así las cosas, cabe recordar que todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido a la protección de derechos; por lo tanto, es indiscutible que ante la vulneración de derechos constitucionales, no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar garantías jurisdiccionales, pues este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, ya que el objetivo de las garantías es la tutela de los derechos constitucionales. Resulta obvio que las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas, cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, sosteniendo que son cuestiones de legalidad, así como cuando, a la inversa, a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional³³.

En todo caso, si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una

³³ Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No. 045-11-SEP-CC, caso No. 0385-11-EP, noviembre 24 del 2011.

argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes, para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción, efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad; pero esta Corte Constitucional insiste, únicamente luego de un procedimiento, al menos rápido, en el que la parte actora pueda demostrar sus aseveraciones y la entidad accionada pueda controvertirlas, mas no en un primer auto, como el caso *sub judice*, en el que la juzgadora, sin justificación constitucional, se forma criterio en la primera actuación procesal, y en auto de calificación de la demanda inadmite la acción, basándose en elementos materiales de la causa.

Respecto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, esta Corte ha determinado que “(...) implica que cuando una persona pretende la defensa de sus derechos o intereses legítimos, debe ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas”³⁴. Es decir, el contenido de este derecho implica garantizar tanto el acceso a los órganos de justicia, como el derecho al debido proceso de la peticionaria, el que incluye que la decisión se encuentre debidamente motivada, así como la observancia de procedimientos mínimos, y que se convierte en el derecho a la justicia obtenida en un procedimiento, superando las falencias que hacen ineficaz este derecho constitucional y además en el que prevalecen los principios sobre las reglas.

En esta sentencia, a pesar que no es materia de este estudio sin embargo vale mencionarlo, la Corte resolvió un problema normativo determinado por un error de técnica legislativa que incidía en la sustanciación de la acción de protección por la confusión de los términos “admisión” y “procedencia”, del artículo 42 de la LOGJCC, dictando las siguientes reglas jurisprudenciales con efectos erga omnes:

En virtud de las competencias establecidas en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

³⁴ Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 024-09-SEP-CC, caso No. 009-09, de septiembre 29 del 2009.

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5. En virtud de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido:

Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6. La interpretación conforme de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional realizada por la Corte Constitucional en esta sentencia, es de obligatorio acatamiento, razón por la cual, en caso de desconocimiento de estas interpretaciones, se estará a lo dispuesto en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

En efecto, quedó claro el criterio de la Corte al determinar que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los juzgadores el ejercicio de la razonabilidad para determinar si existe o no vulneración de derechos constitucionales, solo luego de la sustanciación del proceso, por la vocación misma de las garantías jurisdiccionales, con lo cual queda proscrito para la Corte la posibilidad que los jueces constitucionales de instancia puedan señalar que el tema es de legalidad en primera providencia al calificar la demanda.

2.2. Sentencia ubicada cercana al extremo positivo de la solución

A pesar que de los resultados del análisis no resultaron decisiones ubicadas inmediatas a la solución positiva, se situó una sola sentencia más cercana a este extremo, no obstante, la cercanía obedece más a las características del caso concreto y que puedan servir como sustento en la línea jurisprudencial. Así, en la sentencia n° 02313-SEP-CC, caso n°. 1975-11-EP, se determina que no procede acción de protección, cuando se trate de asuntos relativos a cálculos de diferencias en cuanto a pago de valores o cuando una de las partes simplemente se encuentre disconforme de la sentencia emitida por considerarla injusta, sin que se evidencie una efectiva vulneración de derechos constitucionales.

1. Sentencia n° 023-13-SEP-CC, caso n°. 1975-11-EP, emitida el 04 de junio de 2013.

Los accionantes manifiestan que se ha transgredido su derecho a la tutela judicial, por cuanto en la sentencia de apelación de acción de protección, los jueces manifestaron que no existe vulneración a derechos constitucionales y que el pago de las diferencias debe ser tramitado en la vía judicial ordinaria. Dentro de su fallo, los jueces de la Corte Provincial establecieron la inexistencia de vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, manifestando que la pretensión obedece a un cálculo de las diferencias en cuanto a la jubilación que les correspondía, debiendo para aquello acudir a la vía contencioso administrativa.

Por lo tanto, la apreciación del caso concreto y la interpretación de la normativa atinente a la acción de protección de derechos, no puede ser considerada como vulneradora a la tutela judicial efectiva, pues es obligación de los jueces la observancia de la Constitución y de la normativa vigente para hacer valer los derechos de las partes procesales. El discordar con la decisión, o considerarla injusta o equivocada no son razones suficientes que sustenten una presunta vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que se concluye que la decisión judicial impugnada no vulneró el mencionado derecho³⁵.

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n° 023-13-SEP-CC, caso n°. 1975-11-EP.

3. Gráfico de las dinámicas de decisión en la Corte Constitucional del Ecuador

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (Nov. 2012- Dic. 2013)

¿El principio de subsidiariedad, impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, en razón de que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial?

| | | |
|---|--|--|
| <p style="text-align: center;"><u>SI</u></p> <p>El principio de subsidiariedad impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Caso n°. 1427-12-EP 05-03-2013 • Caso n°. 991-12-EP 09-05-2013 • Caso n°. 1000-12-EP 16-05-2013 • Caso n°. 563-12-EP 30-05-2013 • Caso n°. 1975-11-EP 04-06-2013 • Caso n°. 1429-11-EP 11-06-2013 • Caso n°. | <p style="text-align: center;"><u>NO</u></p> <p>El principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que el análisis que corresponde es sobre la</p> |
|---|--|--|

| | | |
|-----------|---|--|
| judicial. | <p>0470-11-EP 24-07-2013</p> <p>• Caso n°. 2223-11-EP 04-09-2013</p> <p>• Caso n°. 1344-12-EP 23-10-2013</p> <p>•Caso n°. 308-10-EP 4-12-2013</p> | vulneración o no de derechos constitucion ales |
|-----------|---|--|

Con las consideraciones anotadas, es clara la existencia de dinámicas de decisión en relación a la cuestión planteada con mayor inclinación hacia el extremo negativo de la solución, es decir, aquel que establece que el principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que todos los actos de autoridades públicas pueden ser impugnados en la vía constitucional, en tanto existan presunciones de vulneración de derechos constitucionales.

De esta manera, se concluye que la fuerza gravitacional del precedente se inclina hacia el extremo negativo de la solución, siendo que de las once sentencias analizadas, que diez de ellas se ubican en la zona decisional cercana a este extremo. Mientras que, una sentencia se sitúa en la zona decisional cercana al extremo positivo sin que se encuentren inmediatamente adyacentes a la solución que niega toda posibilidad de presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos. Sobre esta base, se puede concluir que:

- La acción de protección de derechos como garantía jurisdiccional, es de carácter subsidiaria, por cuanto su procedencia está condicionada a la vulneración de derechos constitucionales. En tal virtud, no se puede recurrir a la acción de protección en

reemplazo de las vías ordinarias. Ahora bien, es necesario que la Corte Constitucional profundice en patrones fácticos más concretos, con lo cual tanto los justiciables y jueces tienen mayores criterios para analizar “caso a caso”, tal como este Organismo lo ha señalado en sus sentencias.

- Los conflictos o antinomias de normas infra constitucionales, que derivan en resolución de asuntos de legalidad, deben ser solucionados a través de las correspondientes vías judiciales ordinarias, sin embargo esta distinción no se deriva de la naturaleza del acto sino de las circunstancias del caso concreto.

- La acción de protección es la garantía jurisdiccional más idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de los derechos constitucionales que no sean las garantías jurisdiccionales.

- Las acciones constitucionales de protección y las acciones judiciales ordinarias no son excluyentes, en tanto que una y de otra difieren en el ámbito de protección, es decir, en su naturaleza misma, razón por la cual, la Corte debe ser muy cuidadosa al excluir del análisis de constitucionalidad cuestiones que en su consideración no revisten relevancia constitucional.

- El principio de residualidad, consiste en la presentación de una acción judicial, previo el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios que establece la ley.

IV. CONCLUSIONES

Dado el uso indiscriminado de los términos “subsidiario”, “no subsidiario” y “residual”, en el derecho procesal constitucional ecuatoriano, es necesario que la Corte Constitucional en tanto órgano rector en materia constitucional asuma una definición de dichos términos con el fin de dotar de coherencia y seguridad jurídica a la administración de justicia constitucional, para evitar malentendidos de los jueces constitucionales que devienen en la restricción injustificada del acceso a la acción de protección, la existencia de una línea jurisprudencial clara es una gran muestra del trabajo emprendido, sin embargo implica un reto a profundizar en los patrones fácticos que revisten relevancia

constitucional, y a no desviar los criterios en pro de la defensa de los derechos humanos y constitucionales.

- El principio de subsidiariedad en las acciones de protección establece que esta garantía cuyo objetivo es proteger los derechos constitucionales, comparte la característica de integralidad en la tutela de derechos constitucionales, puesto que tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional tienden a garantizar derechos, sin embargo sus objetivos y ámbito de competencia (naturaleza jurídica) son distintos. Lo que implica determinar el objeto que persiguen cada una de estas vías, en el caso de la jurisdicción ordinaria asuntos de legalidad, y en el ámbito de la jurisdicción constitucional aspectos relacionados a la vulneración de derechos constitucionales, debiendo observarse que sus esferas competenciales no se entrecrucen al punto de obstaculizar las facultades y atribuciones de cada una.

- Por otro lado, la subsidiariedad establece la imposibilidad de que la jurisdicción constitucional resuelva temas de estricta legalidad, en los que no existen derechos constitucionales vulnerados; en la medida en que estas soluciones le competen de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria. No obstante, debe afirmarse que es el juez constitucional, a quien le compete el análisis del caso concreto, verificando en primera instancia la existencia o no de vulneración de derechos constitucionales, para luego de lo cual, de no observarse vulneración a los derechos señalar que el asunto corresponde a la justicia ordinaria.

- Los requisitos determinados en el artículo 40 de la LOGJCC son de procedibilidad, es decir, deben ser verificados por el juez constitucional de la causa, con lo cual la obligación de justificar la inexistencia de vulneración de derechos y como consecuencia la existencia de otras vías recae sobre el juzgador, en virtud que el procedimiento para las garantías jurisdiccionales conforme lo determina la Constitución es “sencillo, rápido y eficaz [...] No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. [...] No serán aplicables las normas procesales que tiendan a su ágil despacho”³⁶.

- El término “residual” equivale por el contrario al agotamiento de todas las acciones judiciales ordinarias antes de la presentación de una acción constitucional. Por lo tanto, puede inferirse que una acción es residual, cuando para acudir a ella, es necesario

³⁶ Artículo 86 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

previamente haber presentado todos los mecanismos de defensa existentes que correspondan ser presentados.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE CASTRO, Pamela Juliana; ÁVILA, Dayana; BAZANTE, Vladimir (ed.), *Rendición de cuentas del proceso de selección: Corte Constitucional del Ecuador período 2008-2013*, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

ALARCÓN PEÑA, Pablo Andrés, "Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección", en Escobar, García Claudia (ed.), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

_____, *La ordinarización de la acción de la acción de protección*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013.

ARIAS, Carmen Abellán (edit.), *Actes du VII Colloque International sur le latin vulgaire et tardif*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003.

BENAVIDES, Jorge, ESCUDERO, Jhoel (coord.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, "La opción por un amparo 'estricto' y 'residual' en el Perú", en Claudia Escobar (edit.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

Fix Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982.

FROSINI, Tommaso, "Subsidiariedad y Constitución" en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, 2da edición, Bogotá.

MONTAÑA PINTO, Juan y PORRAS, Angélica (ed.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Tomo 2, Quito, 2011.

NAVAS, Marco, STORINI, Claudia, *La acción de protección en el Ecuador. Realidad jurídica y social*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008.

NORMATIVA

Constitución de la República del Ecuador, publicado en el R.O. No. 449, de fecha 20 de Octubre del 2008

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicado en el Suplemento del R.O. No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado Suplemento R.O. No. 544 de 09 de marzo de 2009, ultima modificación: 01 de noviembre de 2011.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición:

Sentencia nº 045-11-SEP-CC, caso nº 0385-11-EP.

Sentencia nº 024-09-SEP-CC, caso nº 009-09, de septiembre 29 del 2009.

Corte Constitucional del Ecuador:

Sentencia nº 003-13-SEP-CC, caso nº. 1427-10-EP, de 05 de marzo de 2013.

Sentencia nº 013-13-SEP-CC, caso nº. 0991-12-EP, de 09 de mayo de 2013.

Sentencia nº 014-13-SEP-CC, caso nº. 2004-12-EP, de 14 de mayo de 2013.

Sentencia nº 016-13-SEP-CC, caso nº. 1000-12-EP, de 16 de mayo de 2013.

Sentencia nº 020-13-SEP-CC, caso nº. 563-12-EP, de 30 de mayo de 2013.

Sentencia nº 023-13-SEP-CC, caso nº. 1975-11-EP, de 04 de junio de 2013.

Sentencia nº 026-13-SEP-CC, caso nº. 1429-11-EP, de 11 de junio de 2013.

Sentencia nº 041-13-SEP-CC, caso nº 0470-11-EP, de 24 de julio de 2013.

Sentencia nº 075-13-SEP-CC, caso nº. 2223-11-EP, de 04 de septiembre de 2013.

Sentencia nº 085-13-SEP-CC, caso nº. 1344-12-EP, de 23 de octubre de 2013.

Sentencia nº 102-13-SEP-CC, caso nº. 0308-10-EP, de 4 de diciembre de 2013.

ANEXO 1 Corte Constitucional para el período de transición

De las ocho sentencias analizadas, emitidas por la Corte Constitucional para el período de transición, se han establecido ocho respuestas o soluciones al problema jurídico planteado, siete de las cuales se ubican cercanas a la respuesta polar negativa, mientras que una se sitúa próxima a la respuesta polar positiva, sin encontrarse inmediatamente adyacente a este extremo.

1. Sentencias que se ubican en el extremo de solución negativa y/o en la sombra decisional

Las sentencias n°. 028-10-SEP-CC y n° 0157-12-SEP-CC, se ubican en el extremo de solución negativo al problema jurídico planteado; esto es, consideran que el principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, debido a que todos los actos de las autoridades públicas pueden ser impugnados en la vía constitucional, siempre que vulneren derechos constitucionales.

Las sentencias ubicadas en este extremo, determinan entre otras cosas que, el artículo 88 de la Constitución consagra a la acción de protección como una garantía de carácter tutelar, que procede contra actos de autoridades públicas que vulneren derechos constitucionales por acción u omisión, sin realizar ninguna salvedad en cuanto al alcance del acto, sino que la condición para su presentación se configura en la sola violación a un derecho constitucional.

La sentencia n° 028-10-SEP-CC, caso n°. 0173-10-EP, emitida el 10 de junio de 2010, señala:

Se ha venido sosteniendo con mucha frecuencia, inclusive por la Procuraduría General del Estado, con fundamento en el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, que: "Las resoluciones dictadas en un procedimiento por otras autoridades institucionales del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional". Justamente cuando se trata de este tipo de actos es que algunos juzgadores dicen que tales son actos de mera legalidad

y, como tales, la autoridad y la vía en la que deben tramitarse corresponden a lo contencioso administrativo o tributaria [...]

En estas circunstancias, conviene incorporar al examen lo que dispone el artículo 88 de la Constitución del 2008, cuyo texto dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales...”

La norma transcrita establece como situación primigenia que la acción de protección es de carácter tutelar; que procede contra los actos de la autoridad pública, y que vulnere derechos constitucionales por acción u omisión. Así, la disposición no hace diferencia alguna en cuanto al alcance del acto, sino que su esencia es que exista violación constitucional. En conclusión, si la autoridad pública dicta un acto en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, sin observar lo que determina el artículo 226 de la Constitución de la República, que fija el campo de las atribuciones de los funcionarios públicos, se estaría ante todo, frente a una violación de derecho.³⁷

La sentencia n° 0157-12-SEP-CC, caso n°. 0556-10-EP, emitida el 17 de abril de 2012, señala:

Del pronunciamiento de la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su sentencia del 5 de abril del 2010, se le da un carácter residual, subsidiario a la acción de protección, claro está, basándose en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo numeral 3 del artículo 40, al tratar de los requisitos de procedencia señala: "inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado"; por tanto, al considerar la Sala a la acción de protección como subsidiaria, en vez de resolver sobre el fondo del asunto, señala que la accionante debía presentar su reclamo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En la vía administrativa se puede impugnar un acto administrativo denunciando su ilegalidad, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, y su respectivo recurso de casación ante la Sala especializada en la Corte Nacional de Justicia, cuya potestad es declarar la extinción del acto o la modificación del mismo. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo

³⁷ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 028-10-SEP-CC, caso n°. 0173-10-EP.

sentencia la nulidad del acto, su ilegalidad o su inaplicabilidad cuando la parte afectada considera que dicho acto es contradictorio a las leyes de nuestro país. Sin embargo, del texto de la demanda de acción de protección planteada por la accionante se observa claramente la demanda de una presunta violación de sus derechos constitucionales.

El carácter cautelar de residualidad o subsidiariedad de la acción de protección hace que la misma se vuelva viable en forma directa, solo cuando no exista un proceso judicial mejor y más beneficioso para la persona que propone la demanda, pues se entiende que esta acción solamente procede cuando la persona afectada en sus derechos constitucionales no disponga de otro medio de defensa judicial; sin embargo, en el artículo 88 de la Constitución de la República no se le da a la acción de protección el carácter de residual o subsidiaria, como aparentemente lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo primar en este caso la voluntad del constituyente por encima de cualquier contradicción en una norma secundaria o cualquier ambigüedad del texto; además, y como criterio fundamental, se debe observar el principio de supremacía de la Constitución señalado en el artículo 424 de la Constitución, que señala: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia probatoria...".³⁸

Por otro lado, las sentencias 054-11-SEP-CC; 055-11-SEP-C; 013-12-SEP-CC; 024-12-SEP-CC; y, 153-12-SEP-CC, se ubican en la sombra decisional cercana al extremo negativo, por cuanto su posición es un tanto más flexible frente a la afirmación que establece que el principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección, cuando lo que se analiza es la vulneración de los derechos constitucionales.

En tal sentido, las sentencias analizadas dentro de este balance constitucional, reconocen que las vías judiciales ordinarias son adecuadas para resolver los asuntos de legalidad; sin embargo, determinan que es posible la presentación de acciones de protección cuando se verifique vulneración de derechos constitucionales.

Se señala además, que la identificación de la vía judicial ordinaria para la mejor resolución de la cuestión planteada por parte de la autoridad jurisdiccional obliga al juez

³⁸ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 157-12-SEP-CC, caso n°. 0556-10-EP.

constitucional a determinar con claridad no sólo la vía judicial que considera más adecuada, sino además las razones por las cuáles cree que el asunto es de materia legal y no constitucional.

Finalmente, en concordancia con lo anterior, vale señalar que la Corte Constitucional ha consagrado en sus pronunciamientos, la obligación que tiene la autoridad jurisdiccional que conoce una demanda de acción de protección, de revisar el fondo del asunto, de manera que su decisión, o de sugerir la vía judicial ordinaria o sustanciar la garantía jurisdiccional, deba estar motivada suficientemente.

En la sentencia nº 054-11-SEP-CC, caso nº. 160-10-EP, emitida el 15 de diciembre de 2011, la Corte Constitucional para el período de transición determinó:

De la revisión de la sentencia se evidencia que dicho asunto fue analizado por la Justicia Ordinaria, no siendo acogida en razón de que la pretensión en dicha acción no era, a decir de los Jueces de la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, la legitimidad o no del acto realizado por el Contralor General del Estado, sino el hecho de que dicho acto se lo tomó como medida de sanción administrativa y por ende la misma debía remitirse a los principios del debido proceso, cuestión que así constata esta Corte.³⁹

En la sentencia nº 055-11-SEP-CC, caso nº. 564-10-EP, emitida el 15 de diciembre de 2011, se argumentó:

Por lo antes expuesto se colige que en la presente acción los jueces de la Sala Única del Corte Provincial de Justicia de Napo no se están pronunciando respecto a un procedimiento propio de la jurisdicción administrativa, sino que lo hacen respecto a derechos constitucionales que han sido violentados por parte del empleador público; es por ello, que ha de entenderse que los operadores judiciales han actuado en legal y debida forma al avocar conocimiento de la acción de protección y su apelación, y pronunciarse respecto no a un trámite administrativo sino frente a una vulneración de derechos constitucionales, siendo en este caso en concreto la vía constitucional el medio idóneo para precautelar derechos, frente a un acto de una autoridad pública no judicial como es la Contraloría General del Estado.

El principio de no subsidiaridad consiste en que no se puede recurrir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en

³⁹ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia nº 054-11-SEP-CC, caso nº. 160-10-EP.

la ley, y este principio parte del hecho concreto de que la acción jurisdiccional de protección se la establece para tutelar el derecho más no para crearlo, así lo determina el Art. 42 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁴⁰

En la sentencia n° 013-12-SEP-CC, caso n°. 1048-11-EP, emitida el 06 de marzo de 2012, se señaló:

Por otra parte, como lo ha manifestado la Corte, existe vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, por falta de motivación de la resolución, cuando los jueces constitucionales, sin mayor argumento, desechan la acción de protección, por considerar el caso un asunto de mera legalidad, para cuyo efecto existe la vía ordinaria de reclamación, sin analizar cuestiones de fondo. Esto se explica, puesto que por principio general, quien alega la existencia de otra vía judicial ordinaria efectiva o adecuada tiene que demostrarlo. Es decir, el juez constitucional, al activarse una acción de protección, tiene la obligación de motivar su fallo y, en el caso particular, de explicar las razones de hecho y de derecho por las cuales considera que la acción de protección no es procedente, sin limitarse a señalar que se trata de un asunto de mera legalidad, cuando no se analiza el tema de fondo que trata sobre la vulneración de derechos constitucionales del accionante. Caso contrario, si no existe una motivación adecuada y suficiente, se está vulnerando el derecho a la defensa, por falta de motivación de una resolución judicial.⁴¹

En la sentencia n° 024-12-SEP-CC, caso n°. 932-09-EP, emitida el 08 de marzo de 2012, se sostuvo:

En el caso objeto de análisis se establece que la sentencia del 23 de octubre del 2009, dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, si bien recoge los hechos que conforman la litis trabada, se aleja de los mismos centrando su argumento en la simple enunciación de normas legales respecto a temas de "no subsidiariedad" e "improcedencia de la acción de protección" cuando se relaciona con aspectos de mera legalidad. Así, a criterio de la Sala, se afirma que existe una vía jurisdiccional en materia contencioso administrativa, de carácter ordinario- que es la vía judicial y procesal adecuada para tratar la materia de la

⁴⁰ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 055-11-SEP-CC, caso n°. 564-10-EP.

⁴¹ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 013-12-SEP-CC, caso n°. 1048-11-EP.

acción de protección presentada, por lo que, considerando sin mayor fundamento que es un aspecto de mera legalidad, que debía ventilarse en el ámbito de jurisdicción ordinaria, se inadmite la misma y se revoca la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha.

Al respecto, se recuerda lo establecido en los artículos 86 y 88 de la Constitución que se refieren a la acción de protección, así como el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece que la acción de protección se puede presentar cuando concurren los siguientes requisitos: "1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular; y 3. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado".

Asimismo, la antes referida ley delimita el ejercicio de la acción de protección manifestando las situaciones en las que no es procedente: "Improcedencia de la acción: (...) 3. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz". (Artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

De esta forma, la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Pichincha del 23 de octubre del 2009, no expresa claramente las razones fácticas y jurídicas que fundamenten que existe otra vía judicial más efectiva para tratar la materia trabada en la acción de protección, y sobre todo no existen argumentos válidos que demuestren que la acción de protección no procede efectivamente en el presente caso.

En consecuencia, la recomendación que se hace en la sentencia antes referida para el hoy legitimado activo - dirigida a que utilice la vía procesal contencioso administrativa- al no complementarse con la argumentación expresa, del porqué la materia trabada no puede ser satisfecha en una acción de protección, hace que el argumento de "mera legalidad" carezca de justificación razonada, y aparece como una decisión judicial apoyada en un criterio discrecional. Es decir, las razones expuestas por la Sala son insuficientes y no satisfacen el deber de motivar que debe regir la actuación de los operadores judiciales, puesto que es su obligación pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes.⁴²

⁴² Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 024-12-SEP-CC, caso n°. 932-09-EP.

En la sentencia nº 153-12-SEP-CC, caso nº. 1574-10-EP, emitida el 17 de abril de 2012, se alegó:

Ahora bien, respecto de las alegaciones que efectúan los jueces sobre asuntos de legalidad para rechazar una acción de protección, esta Corte ya ha señalado que si bien es claro que no es competencia de la justicia constitucional conocer asuntos de mera legalidad, es decir, el análisis de aspectos que son propios de la justicia ordinaria, sí le compete a la justicia constitucional conocer los aspectos de los casos cuando ocurran vulneraciones a derechos constitucionales. En el caso concreto, lo afirmado en la demanda respecto que durante la fase de ejecución del contrato, no existió ninguna resolución o acto mediante el cual Petroindustrial haya impuesto multas al accionante y estas superen el 5% del valor total del contrato, y sean el motivo para la terminación unilateral del contrato, aparentemente denota un tema de constitucionalidad, en razón que es una supuesta inobservancia a las garantías del debido proceso, como es el derecho a la defensa.⁴³

2. Sentencias que se ubican en el extremo de solución positiva y/o en la sombra decisional

Cercana al extremo de solución positivo, se ubica la sentencia 001-10-PJO-CC, al señalar que la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa. No obstante, su ubicación no es inmediata al extremo positivo, en la medida en que la argumentación de la Corte Constitucional cierra únicamente la posibilidad de presentar acciones de protección en contra de actos administrativos, cuando éstos se refieran a aspectos de mera legalidad.

Sentencia nº 001-10-PJO-CC, caso nº. 0999-09-JP, emitida el 22 de diciembre de 2010.

Segundo, el Juez Constitucional no declaró la vulneración a derecho constitucional alguno en su primera providencia; por el contrario, dejó sin efecto el acto –vía acción de protección- por violar normas legales, es el caso de los artículos 354, 355 y 342 de la Ley de Compañías, ámbito material de protección ajeno a la acción de protección y atinente a los mecanismos de justicia ordinaria. Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores, y como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de

⁴³ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia nº 153-12-SEP-CC, caso nº. 1574-10-EP.

Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, vigentes al momento de la interposición y sustanciación de la causa, la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa.⁴⁴

3. *Gráfico de las dinámicas de decisión en la Corte Constitucional para el período de transición.*⁴⁶

| |
|--|
| <p style="text-align: center;">CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN (2008-2012)</p> |
| <p style="text-align: center;">¿El principio de subsidiariedad, impide la presentación de acciones de protección en contra de actos administrativos, en razón de que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial?</p> |

⁴⁴ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia n° 001-10-PJO-CC, caso n°. 0999-09-JP.

⁴⁶De acuerdo a Diego López Medina, siendo la línea jurisprudencial una idea abstracta, con la finalidad de alcanzar su mejor comprensión conviene graficarla. Ver Diego López, op. cit.

| | | |
|--|--|--|
| <p style="text-align: center;"><u>SI</u></p> <p>El principio de subsidiariedad impide la presentación de acciones de</p> | <p style="text-align: right;">• caso n°. 173-10-EP 10-06-2010</p> <p>• Caso n°. 0999-09-JP 22-12-2010</p> <p>•• Caso n°. 0160-10-EP y caso n°. 564-10-EP</p> | <p style="text-align: center;"><u>NO</u></p> <p>El principio de subsidiariedad no impide la presentación de acciones de protección en contra de</p> |
| <p>protección en contra de actos administrativos, debido a que estos deben ser impugnados a través de la correspondiente vía judicial.</p> | <p style="text-align: right;">22-12-2011</p> <p>• Caso n°. 1048-11-EP 06-03-2012</p> <p>• Caso n°. 932-09-EP 08-03-2012</p> <p>• Caso n°. 1574-10-EP 17-04-2012</p> <p>• Caso n°. 556-10-EP 17-04-2012</p> | <p>actos administrativos, debido a que el análisis que corresponde es sobre la vulneración o no de derechos constitucionales</p> |