

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**El carácter residual o subsidiario de la acción de protección  
en la legislación ecuatoriana.**

**Patricio Fernando Sarabia Castro.**

**Derecho.**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogado.

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Patricio Fernando Sarabia Castro

Código: 00136577

Cédula de identidad: 1722077185

Lugar y fecha: Quito, 18 de diciembre de 2020.

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

# EL CARÁCTER RESIDUAL O SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA<sup>1</sup>.

## THE RESIDUAL OR SUBSIDIARY NATURE OF THE PROTECTION ACTION IN ECUADORIAN LEGISLATION

Patricio Fernando Sarabia Castro<sup>2</sup>  
[patriciosarabiajr@gmail.com](mailto:patriciosarabiajr@gmail.com)

### RESUMEN

La acción de protección es el mecanismo idóneo para la tutela de derechos constitucionales que se encuentren en estado de vulneración; ya sea por acción u omisión de autoridad pública no judicial, la emisión de políticas siempre que priven del goce de un derecho, o cuando dicha violación provenga de un particular, en los supuestos prescritos constitucionalmente. En este ensayo se analizó a una de las características esenciales de la garantía, respecto a si es necesario agotar instancias ordinarias, la demostración de ineficacia -o inexistencia- de estas, o si es posible acceder a la garantía jurisdiccional sin la necesidad de ningún requisito procesal, sino únicamente mediante la violación de un derecho constitucional. Asimismo, se determinó que imponer un requisito de carácter procesal a nivel legal, podría significar una hipótesis de una aparente inconstitucionalidad, en cuanto podría desnaturalizar a los objetivos y razón de ser de la acción de protección.

### PALABRAS CLAVE

Derechos constitucionales, garantías jurisdiccionales, acción de protección, residualidad, subsidiariedad.

### ABSTRACT

The action for protection is the appropriate mechanism for the protection of constitutional rights that are in a state of violation; whether by action or omission of non-judicial public authority, the issuance of policies provided that they deprive the enjoyment of a right, or when the violation is committed by a private individual, in the cases prescribed by the Constitution. In this essay, one of the essential characteristics of the guarantee was analyzed, regarding whether it is necessary to exhaust ordinary instances, the demonstration of ineffectiveness -or non-existence- of these, or whether it is possible to access the judicial guarantee without the need for any procedural requirement, but only through the violation of a constitutional right. It was also determined that imposing a procedural requirement at the legal level could mean a hypothesis of an apparent unconstitutionality, in that it could distort the objectives and *raison d'être* of the protection action.

### KEYWORDS

Constitutional rights, jurisdictional guarantees, protection action, residuality, subsidiarity.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020.

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020.

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Daniela Salazar Marín.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 2.1. ANTECEDENTES.- 2.2. MARCO NORMATIVO.- 2.3. TEORÍAS EXISTENTES ENTORNO AL PROBLEMA JURÍDICO.- 3. DEFINICIONES 3.1. QUÉ SIGNIFICA QUE UNA ACCIÓN TENGA EL CARÁCTER DE RESIDUAL.- 3.2. QUÉ SIGNIFICA QUE UNA ACCIÓN TENGA EL CARÁCTER DE SUBSIDIARIA.- 4. ESTADO DEL ARTE.- 4.1. CAMINO JURISPRUDENCIAL ECUATORIANO.- 5. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 5.1. EL PROBLEMA DE LOS ARTÍCULOS 40.3 Y 42.4 DE LA LOGJCC.- 5.2. QUÉ CARÁCTER TIENE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.- 6. SITUACIÓN DE FIGURAS SEMEJANTES EN OTROS PAÍSES.- 7. CONCLUSIONES.

### **1. Introducción**

La acción de protección es una garantía jurisdiccional cuya finalidad principal es la tutela o defensa de derechos constitucionales que se encuentren en un estado de vulneración ya sea por actuación u omisión de autoridad pública no judicial, privación del goce de un derecho producto de emisión de políticas públicas y finalmente, cuando la violación del derecho provenga de un particular siempre que dicha violación sea grave, el particular en cuestión preste servicios públicos impropios; si es delegado o concesionario del Estado o si el vulnerado en sus derechos, está en una posición de “subordinación, indefensión o discriminación”<sup>3</sup>. Existe una discusión jurídica respecto de las características de esta figura jurídica y un problema de índole práctico acerca de las hipótesis o supuestos de hecho en los cuales existe la posibilidad de acceder a esta garantía, de tal manera que existe falta de certeza legal, específicamente en los artículos 40.3 y 42.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) que se refieren a un requisito de carácter procesal para acceder a la acción de protección.

Este problema trae incertidumbre respecto a si se debe cumplir con el agotamiento de todos los recursos y medios de impugnación previstos en la legislación ecuatoriana para acceder a la acción de protección; si se puede acceder a la misma mediante la demostración fáctica de inexistencia o falta de eficacia de un recurso o medio de impugnación previsto en la jurisdicción ordinaria; o si finalmente, se puede acceder a la garantía sin la necesidad de realizar ningún prerrequisito de carácter procesal sino

---

<sup>3</sup> Artículo 88, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

demostrando que se trata de una violación de derechos constitucionales. Este debate ha traído el cuestionamiento respecto a la naturaleza residual, subsidiaria, o principal -autónoma- de la acción de protección.

La finalidad de este trabajo es la determinación de la naturaleza -en el aspecto mencionado líneas arriba- de la acción de protección, haciendo énfasis e hincapié en la premisa de que la razón de ser de la misma es la tutela eficaz y directa de aquellos derechos constitucionales que podrían encontrarse vulnerados, por lo que exigir un requisito de carácter procesal, podría significar una desnaturalización de la garantía y de los fines que esta persigue.

El problema jurídico antes descrito es de suma importancia ya que no abarca únicamente un asunto de carácter doctrinario o de discusión teórica, sino que tiene gran incidencia en la praxis, respecto a la incertidumbre jurídica que se ha formado. Este problema puede dividirse en dos dimensiones que pueden denominarse positiva y negativa, la primera de ellas consiste en el hecho de que las personas que busca acceder a instancias constitucionales se valen de la imprecisión legal para solventar cualquier tipo de reclamo que bien podría ser ventilado en instancias ordinarias. Los usuarios de justicia tienden a “constitucionalizar”<sup>4</sup> todo tipo de vulneración de derechos, omitiendo la jurisdicción ordinaria e incoando el fenómeno de “ordinarización” de la justicia constitucional<sup>5</sup>. Por otro lado, la dimensión negativa de este problema jurídico y práctico yace en la práctica o tendencia de órganos jurisdiccionales de rechazar acciones de protección donde probablemente se encontraban derechos vulnerados que requerían de una tutela directa y eficaz, bajo el argumento de falta de agotamiento de instancias ordinarias para acceder a la garantía objeto del presente trabajo<sup>6</sup>.

Asimismo, el presente análisis tiene alta relevancia en cuanto se intentó -en 2014- enmendar al artículo 88 de la Constitución, agregando la premisa de que la ley regulará aquellos casos en donde se abuse de la garantía jurisdiccional. Sin embargo, la Corte de la época desechó dicha propuesta de enmienda bajo el argumento de que es menester la

---

<sup>4</sup> Karla Andrade Quevedo, “La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional”, en *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, ed. de J. Benavides y J. Escudero (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2013), 112.

<sup>5</sup> Sentencia No. 001-16-PJO-CC, del caso No. 0530-10-JP, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de marzo de 2016, párr. 62.

<sup>6</sup> Karla Andrade Quevedo, “La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional”, en *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, ed. de J. Benavides y J. Escudero 112.

conformación de una asamblea constituyente, previa realización de consulta popular, para que dicho aumento al artículo constitucional pueda tener lugar<sup>7</sup>.

La metodología a utilizar consistirá en un análisis doctrinal respecto a lo que han dicho otros autores respecto al tema; una revisión de una serie de sentencias de la Corte Constitucional; además de la aplicación del método exegético, con miras a buscar aquello que quiso hacer entender el legislador cuando incorporó los artículos que presentan problema de la LOGJCC. De igual manera, se utilizará el método sistemático para poder comprender y delimitar el alcance -con base la Constitución- de este requisito legal interpuesto para la acción de protección. Finalmente, se realizará un análisis de legislación comparada con figuras afines dentro de la región y de cómo las diferentes naciones las regulan respecto a este presupuesto legal.

## **2. Marco Teórico**

### **2.1 Antecedentes**

La historia jurisdiccional del Ecuador advierte que esta garantía jurisdiccional tiene sus bases, aunque de una manera casi imperceptible y muy poco detallada, en la Constitución política de 1830, cuyo artículo 66 prescribía que “Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, y representar al Congreso y al Gobierno cuanto considere conveniente al bien general”<sup>8</sup>, se puede evidenciar un intento por incorporar una defensa de derechos ante autoridad pública a un grado constitucional, de tal manera, que da la posibilidad a los ciudadanos -y cualquier persona en general- de acudir ante autoridades públicas por la protección o tutela efectiva de esos derechos; sin embargo, este artículo puede tomarse como incompleto, en cuanto no detalla qué supuestos deben confluir para poder aplicarlo.

Posterior a este primer esbozo de protección de derechos a nivel constitucional, las constituciones ecuatorianas no lo regularon de una manera más detallada, sino que lo hicieron de una forma muy difusa o con mayor énfasis en la garantía del hábeas corpus y las detenciones arbitrarias, como ejemplo se puede mencionar el artículo 93 de la Constitución de 1835, en donde prescribía la imposibilidad de que las personas sean apresadas, sino por una autoridad competente, y siempre que se encuentre en flagrancia; además de la necesidad de motivación judicial por motivo del arresto<sup>9</sup>; o el artículo 123

---

<sup>7</sup> “¿Por qué la Corte desechó la enmienda de la acción de protección?”, El Comercio, 8 de noviembre del 2014, [www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-desecho-enmienda-accion.html](http://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-desecho-enmienda-accion.html)

<sup>8</sup> Artículo 66, Constitución Política del año 1830, Diario de la Convención Nacional 1830.

<sup>9</sup> Artículo 93, Constitución Política del año 1835, Diario de la Convención Nacional 1835.

de la Constitución de 1852 en donde prescribía, de una manera muy somera, la posibilidad de que los ciudadanos reclamen sus derechos ante autoridad pública con un debido grado de respeto y de moderación ante tal reclamo<sup>10</sup>. Este vacío regulatorio duró hasta la segunda mitad del siglo XX.

La Constitución de 1967 incorporó al “amparo jurisdiccional”<sup>11</sup>, el cual estaba regulado en el artículo 28, numeral 15, en donde prescribía, ya de una manera detallada el derecho a “demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes”<sup>12</sup>, sin embargo, es importante resaltar el hecho de que esta figura de amparo constitucional, tenía una efectividad casi nula - resultado de un error legislativo- ya que no se expidió ley alguna que reglamente la aplicabilidad de esta figura, además, producto de la inestabilidad política que sufrió el país, debido a los golpes de Estado de la década de los 70<sup>13</sup>.

Asimismo, esta figura de tutela de derechos constitucionales tuvo alcance en instrumentos internacionales, por lo que es menester hacer referencia a la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”<sup>14</sup>, en donde se afirma que todos los seres humanos, tendrán derecho a lo denominado como “protección judicial”, es así que el artículo 25 de dicho instrumento prescribe el 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 constitucionales 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”<sup>15</sup>.

Sin embargo, en la realidad nacional, el amparo -como se conocía en aquel entonces- tuvo ineficacia hasta 1993, año en el cual la Corte Suprema de Justicia expidió el Estatuto Transitorio de Control Constitucional, mediante Registro Oficial No. 176, en el cual se daba la posibilidad de dos caminos para ejercer el control constitucional, el primero era mediante la demanda de normas inconstitucionales que perseguía la derogación, total o parcial, de toda emisión normativa que contraríe la Constitución; en

---

<sup>10</sup> Artículo 123, Constitución Política del año 1852, Diario de la Convención Nacional 1852.

<sup>11</sup> Artículo 28, numeral 15, Constitución Política del año 1967, R.O. 133, 22 de mayo de 1967.

<sup>12</sup> Artículo 28, numeral 15, Constitución Política del año 1967.

<sup>13</sup> Iván Cevallos Zambrano, *La acción de protección ordinaria. Formalidad y admisibilidad en el Ecuador*, (Quito, Tesis de maestría de derecho procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009), 18.

<sup>14</sup> Instrumento multilateral firmado por Ecuador en el año de 1969 y ratificado en 1977.

<sup>15</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, ratificado por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.



segundo lugar establece la denominada “demanda de quejas o de amparo”, la cual procedía en contra de la vulneración de cualquier derecho consagrado en la Constitución<sup>16</sup>.

La Constitución de 1998 materializó de una mejor manera a la figura del amparo constitucional, en cuanto se aseguraba que debía ser propuesta ante un órgano jurisdiccional, se garantizaba un proceso sumario, es decir, breve, ante cualquier supuesto de hecho proveniente de autoridad pública que viole o pueda violar derechos constitucionales y los determinados en convenios internacionales que se encuentren vigentes<sup>17</sup>. Asimismo, la Constitución referida asegura que esta figura no puede ir en contra de decisiones producto de un proceso judicial, dicho de otra manera, no procede en contra de sentencias u otra providencia judicial; además de que puede ser propuesta en contra de acciones u omisiones de particulares, siempre que estos presten servicios públicos o actúen bajo un estado de delegación o concesión de una autoridad pública<sup>18</sup>. Es importante resaltar el hecho de la rapidez y eficacia del amparo, en cuanto la Constitución de 1998, prescribía la inaplicabilidad de normas procesales que puedan retardar a la figura<sup>19</sup>.

La Constitución de 2008, trae consigo la novedad sobre una nueva denominación a lo que se conoció como “amparo”<sup>20</sup>; es así que en el artículo 88 regula la figura de la “acción de protección”, garantía que tiene como razón de ser “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”<sup>21</sup>. De igual manera, se amplía el número de supuestos en los cuales podría haber lugar para una acción de protección<sup>22</sup>, siendo el primero de ellos en contra de un actuar -u omisión- de una autoridad pública no judicial; en contra de la emisión de políticas públicas; y en caso de que la violación que tenga como fuente el comportamiento de una persona particular, siempre que la vulneración del derecho en mención provoque un daño grave, esta persona particular se dedique a la prestación de servicios impropios, si actúa bajo delegación o finalmente, si existe un estado de “subordinación, indefensión o discriminación”<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> Artículos 1-2, Estatuto Transitorio de Control Constitucional, Registro Oficial 176, 1993.

<sup>17</sup> Artículo 95, Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1, 11 de agosto de 1998.

<sup>18</sup> Artículo 95, Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

<sup>19</sup> Íd.

<sup>20</sup> Artículo 88, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>21</sup> Íd.

<sup>22</sup> En este supuesto, es importante precisar que la emisión de políticas públicas se entiende como la actividad política, “*Policy*” en vocablo anglosajón, que en palabras de Roth Deuber implica la actividad “*política como designación de los propósitos y programas de las autoridades públicas*”.

<sup>23</sup> Artículo 88, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

## **2.2 Marco Normativo**

Como se mencionó en el acápite de antecedentes históricos, la garantía está regulada en el artículo 88 de la Constitución, donde se la regula como una garantía jurisdiccional encaminada a la tutela de derechos constitucionales. Además de que tiene una protección a nivel internacional por el Pacto de San José.

A un nivel legal, se encuentra regulada en la LOGJCC, más específicamente en el Título II, Capítulo III, en donde determina con mayor especificidad a la naturaleza, características y procedimiento de la misma. Sin embargo, a propósito de este trabajo, solo se analizará los artículos número 40.3 y 42.4 de la referida ley, en cuanto crean el problema jurídico respecto a una de las características de la acción de protección.

El artículo 40, numeral 3 de la LOGJCC -sobre los requisitos necesarios para presentar la garantía- afirma que se necesita demostrar la “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”<sup>24</sup>, creando una discusión doctrinaria y un problema fáctico respecto a la naturaleza de la acción de protección, en cuanto no se sabe a ciencia cierta si se necesita agotar todos los medios de impugnación e instancias ordinarias prescritas en el ordenamiento jurídico; si se necesita demostrar la inexistencia o la falta de eficacia de una de esas instancias; o finalmente, si no se necesita ninguna clase de requisito procesal, ya que esto devendría en una hipótesis de inconstitucionalidad.

Por otro lado, resulta importante mencionar al artículo 42 de la LOGJCC -que se refiere a la improcedencia- más específicamente al numeral número 4, que prescribe que “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”<sup>25</sup>, este artículo incona aún más la incertidumbre- a nivel legal- ya que es incierto respecto a si se requiere agotar instancias o que estas deben ser ineficaces para acceder a justicia constitucional.

## **2.3 Teorías existentes en torno al problema jurídico.**

En primer lugar, existe la teoría de la residualidad la cual afirma que es menester el agotamiento de todas las instancias que estén reguladas en el ordenamiento jurídico por parte del accionante para posteriormente poder tutelar el derecho vulnerado mediante una acción de protección<sup>26</sup>. Esta teoría exige que los agraviados que busquen tutelar sus

---

<sup>24</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

<sup>25</sup> Artículo 42, numeral 3, LOGJCC.

<sup>26</sup> Luis Castillo Córdova, “Amparo residual en Perú: una cuestión de ser o no ser”, *Justicia Constitucional: revista de jurisprudencia y doctrina* 1 (2005), 3.

derechos mediante la garantía analizada, deberán pasar por todo el ordenamiento jurídico antes de intentar en jurisdicciones constitucionales.

En segundo lugar, existe la teoría de la subsidiariedad de la garantía, que se basa en la demostración de inexistencia, falta de eficacia o suficiencia de las instancias ordinarias para tutelar derechos constitucionales. De tal manera que el afectado en sus derechos no deberá agotar todos los medios de impugnación e instancias ordinarias existentes, sino que deberá demostrar la falta de idoneidad de los mismos para poder proteger sus derechos mediante la acción de protección; es decir que, mientras exista un procedimiento o forma legal en instancias ordinarias para tutelar el derecho en mención, este no podrá presentar la garantía jurisdiccional estudiada, sino únicamente de manera subsidiaria, en caso de que estas no fueran eficientes o adecuadas<sup>27</sup>. Bajo esta teoría, se puede ver a la garantía estudiada como un mecanismo de “emergencia” para tutelar al derecho vulnerado, en el sentido de que esta no procederá sino de forma accesoria y emergente siempre y cuando se determine la inexistencia, falta de eficacia o falta de idoneidad de las instancias ordinarias para proteger al derecho.

Finalmente, existe una tercera teoría la cual afirma que no es ni subsidiaria ni residual, sino una garantía principal que debería tener un procedimiento autónomo, esto en cuanto su finalidad es la de ser un mecanismo “directo y eficaz” para la tutela de derechos constitucionales. Por lo que no debería existir el requisito de agotamiento o demostración de falta de eficacia de las instancias ordinarias, ya que implicaría una contradicción respecto a la finalidad de la garantía, así como desnaturalizar a la misma<sup>28</sup>.

### **3. Definiciones**

#### **3.1 Qué significa que una acción tenga el carácter de “residual”**

Una acción residual hace referencia a la parte que queda de algo<sup>29</sup>, pues, como su propio término lo indica, un elemento residual, es lo que resta o sobra de algo previo. También llamada “excepcionalidad por definitividad”<sup>30</sup>, se caracteriza porque permite acceder a instancias constitucionales, únicamente si el agraviado ha agotado las instancias

---

<sup>27</sup> Luis Castillo Córdova, “Amparo residual en Perú: una cuestión de ser o no ser”, *Justicia Constitucional: revista de jurisprudencia y doctrina* 1 (2005), 4.

<sup>28</sup> Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional. Parte especial I: Garantías constitucionales en Ecuador*, ed. de J. Montaña y A. Porras, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012), 118.

<sup>29</sup> Pamela Aguirre Castro, Pamela Aguirre Castro, *Líneas jurisprudenciales de las decisiones de la primera Corte Constitucional respecto al análisis que deben realizar los jueces constitucionales para verificar la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales en las acciones de protección*, (Quito: Comité de Investigaciones Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 6

<sup>30</sup> Luis Castillo Córdova, “Amparo residual en Perú: una cuestión de ser o no ser”, 5.

ordinarias prescritas para tutelar el derecho<sup>31</sup>. Respecto al tema de garantías jurisdiccionales Aguirre Castro afirma que la residualidad equivale a la “acción que se intenta después de la destrucción de las demás o del agotamiento de otras acciones”<sup>32</sup>. En síntesis, esta característica implica una exigencia legal, en la cual el interesado en acceder a justicia constitucional, deberá -de manera ineludible- agotar todos los recursos y formas de impugnación previstas del sistema judicial ordinario, para finalmente -una vez que haya cumplido con dicho requisito- poder acceder a jurisdicción constitucional.

Para ejemplificar de mejor manera el concepto de residualidad es pertinente tomar en cuenta la metáfora utilizada por Guerrero del Pozo, quien asume que una acción residual hace alusión a la imagen de una escalera, en donde se necesita subir cada peldaño o escalón de la misma para al final poder llegar -e invocar- la acción que tiene la característica de residual<sup>33</sup>; además, el autor, hace una diferencia entre residualidad absoluta y relativa. La primera de ellas supone el agotamiento de todos los medios de impugnación previstos en un ordenamiento; mientras que la residualidad relativa, habla de la necesidad de agotar únicamente los recursos para poder acceder a una determinada acción<sup>34</sup>.

Una garantía jurisdiccional que se acerca a ese carácter es la acción extraordinaria de protección, en cuanto la Carta Magna exige el agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios<sup>35</sup> -dentro de un término legal establecido-, aplicando la metáfora de la escalera a esta garantía, será menester, para quienes busquen la tutela de derechos constitucionales mediante esta garantía, subir los escalones o agotar todos los recursos que estén en jurisdicción ordinaria, para así poder invocar la acción extraordinaria de protección y tener una sentencia favorable respecto a una vulneración de derechos que provenga de decisiones definitivas. En la sentencia No. 793-13-EP/19, del caso No. 793-13-EP, la Corte Constitucional se refirió a esta naturaleza residual, afirmando que

---

<sup>31</sup> Luis Castillo Córdova, “Amparo residual en Perú: una cuestión de ser o no ser”, *Justicia Constitucional: revista de jurisprudencia y doctrina 1* (2005), 5.

<sup>32</sup> Pamela Aguirre Castro, Pamela Aguirre Castro, *Líneas jurisprudenciales de las decisiones de la primera Corte Constitucional respecto al análisis que deben realizar los jueces constitucionales para verificar la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales en las acciones de protección*, 6

<sup>33</sup> Juan Guerrero del Pozo, *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, (Quito, tesis de maestría de derecho procesal Universidad Andina Simón Bolívar, 2014), 35.

<sup>34</sup> *Íd.*, 36.

<sup>35</sup> Art. 94, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

requiere el agotamiento de todos los mecanismos de impugnación que estén prescritos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano<sup>36</sup>.

### **3.2 Qué significa que una acción tenga el carácter de “subsidiaria”.**

El carácter subsidiario de una garantía jurisdiccional hace a la alusión al hecho de que “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”<sup>37</sup>, de tal manera que implica una exclusión de acciones judiciales, en cuanto se entiende que, si se activa una acción judicial de manera subsidiaria, esta no puede interferir dentro del marco de acción de otra. La subsidiariedad también ha sido denominada como “excepcionalidad por subsidiariedad”<sup>38</sup>, consistente en que un usuario puede acceder a instancias constitucionales, siempre que el amparo de sus derechos constitucionales no sea posible en instancias ordinarias. Bajo esta premisa, se entiende que si existiera una forma de tutelar un derecho constitucional en instancias ordinarias, estas se considerarían suficientes y no habrá lugar a una garantía jurisdiccional; sin embargo, en caso de que dichas instancias ordinarias no existieren o no fueran suficientes para la tutela ya mencionada, se podrá acceder -de forma subsidiaria- a instancias constitucionales<sup>39</sup>.

Por lo tanto, se puede pensar en una acción subsidiaria como “de emergencia”, ya que tendrá su procedencia siempre que las instancias ordinarias de un ordenamiento jurídico fueran poco adecuadas, ineficaces, o incluso si no existieran. Guerrero del Pozo menciona que la subsidiariedad “implica que solamente se podrá acudir a ella cuando no exista otro mecanismo en el ordenamiento jurídico que le permita, a quien se considera ofendido por un determinado acto u omisión, solventar el vicio que contiene dicho acto”<sup>40</sup>.

## **4. Estado del arte**

La doctrina nacional se ha inclinado de manera mayoritaria respecto a la naturaleza principal y autónoma de la acción de protección, ya que se afirma que interponer un requisito procedimental a la misma, significaría la desnaturalización de la garantía y, por

---

<sup>36</sup> Sentencia No. 793-13-EP/19, del caso No. 793-13-EP, Corte Constitucional, 18 de diciembre de 2019, párr. 37.

<sup>37</sup> Pamela Aguirre Castro, *Líneas jurisprudenciales de las decisiones de la primera Corte Constitucional respecto al análisis que deben realizar los jueces constitucionales para verificar la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales en las acciones de protección*, 5.

<sup>38</sup> Luis Castillo Córdova, “Amparo residual en Perú: una cuestión de ser o no ser”, 7.

<sup>39</sup> *Íd.*, 7.

<sup>40</sup> Juan Guerrero del Pozo, *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, 34.

ende, de los objetivos que esta persigue. De esa forma resulta pertinente citar a Grijalva Jiménez, quien afirma que “el problema central respecto a la forma como la LOGJCC regula esta garantía es su residualización”<sup>41</sup> siendo la misma una posición antagónica a la razón de ser de la garantía, que busca una protección o tutela sumaria respecto de violación de derechos constitucionales.

Bajo esta misma línea de pensamiento, los autores Storini y Navas rechazan la premisa de que se requiere un agotamiento o una demostración de ineficacia respecto de instancias ordinarias para poder proponer una acción de protección, en cuanto implicaría una hipótesis de inconstitucionalidad<sup>42</sup>, ya que la Carta Magna no prescribe ninguna necesidad de acudir a instancias ordinarias, sin embargo, al tratarse de un problema de carácter práctico y tangible, los autores realizan una interpretación teleológica de la LOGJCC junto con los fines de la garantía y determinan que la intención del legislador, en lugar de convertirla en una instancia adicional o de emergencia, era evitar posibles abusos de la figura por parte de órganos jurisdiccionales y de usuarios del sistema judicial<sup>43</sup>.

Montaña Pinto acude a una interpretación teleológica de los artículos que traen problema, concluyendo que la LOGJCC no busca la deambulación por parte del agraviado por instancias ordinarias, sino la protección del carácter constitucional de la figura, para resaltar que esta procede únicamente en casos de vulneración a derechos constitucionales<sup>44</sup>.

La posición de garantía principal y autónoma de la acción de protección es la más adecuada si se atiende a la razón de ser y los objetivos que persigue la misma, en cuanto no se puede exigir un agotamiento de instancias o en su defecto, una demostración de los motivos por los cuales no son suficientes para poder tutelar un derecho de carácter constitucional. Sin embargo, al tratarse de un problema que tiene una incidencia enorme en la práctica, es de vital importancia encontrar una solución apacible a este problema, tomando como referencia una interpretación armónica entre la Constitución y el articulado de la LOGJCC.

---

<sup>41</sup> Agustín Grijalva Jiménez, “*Constitucionalismo en Ecuador*”, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012), 256.

<sup>42</sup> Claudia Storini y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador. Realidad Jurídica y Social*, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2013), 105.

<sup>43</sup> *Íd.*, 106.

<sup>44</sup> Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, 118.

Es así como Aguirre Castro afirma que es preferible tratar a la acción como si se tratase de una garantía con el carácter subsidiario en lugar de residual, basando su argumento en la premisa de que si se exige el agotamiento de instancias y recursos ordinarios para acceder a la misma, esta desaparecería del ordenamiento ecuatoriano de una manera automática, ya que si se debe pasar por vías jurisdiccionales para la tutela de un derecho constitucional que ha sido vulnerado, estas decisiones -provenientes de un órgano jurisdiccional- no serían susceptibles de una acción de protección ya que la misma no tiene lugar en contra de decisiones jurisdiccionales<sup>45</sup>.

Un argumento similar es utilizado por Guerrero del Pozo, asegurando que si se le otorga la residualidad a la garantía, esto implicaría una derogación de tipo tácita a la misma, sosteniendo el argumento en la posibilidad de que todos los actos administrativos pueden ser impugnados ante tribunales contenciosos, por lo tanto, si se debiera -de forma ineludible- acceder a esos tribunales antes de intentar proponer una acción de protección, esta no tendría lugar ya que no puede ser propuesta en contra de decisiones judiciales<sup>46</sup>.

Los autores que han sido mencionados se inclinan por el carácter subsidiario de la acción de protección de una manera auxiliar, ya que afirman que la misma no puede exigir un tipo de requisito procesal ya que esto implicaría que no se cumpla su razón de ser ni se observe su objetivo principal que es ser un mecanismo eficaz y directo para la tutela de derechos constitucionales. Es así que los autores, como respuesta al problema práctico que se suscita en la fase de si cabe o no una acción de protección, optan por tomar a la misma como una garantía subsidiaria<sup>47</sup>, en cuanto cumple de mejor manera sus objetivos y la intención del legislador, ya que no exige el recorrido a través de las instancias y recursos ordinarios que existen en el ordenamiento jurídico.

Es importante mencionar que tampoco existe unanimidad en los diversos ordenamientos jurídicos respecto a la naturaleza de las figuras afines a la acción de protección en otros países. Es así que Nogueira Alcalá realiza un análisis comparativo entre la legislación de Chile y de México para analizar a la acción constitucional de protección chilena y la acción constitucional de amparo mexicana; en donde afirma que existen diferencias muy marcadas respecto a las características de las mismas. De esa

---

<sup>45</sup> Pamela Aguirre Castro, *Líneas jurisprudenciales de las decisiones de la primera Corte Constitucional respecto al análisis que deben realizar los jueces constitucionales para verificar la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales en las acciones de protección*, 11.

<sup>46</sup> Juan Guerrero del Pozo, *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, 40.

<sup>47</sup> *Íd.*, 40.

manera, Chile la regula como si se tratase de una acción autónoma y principal, que no exige ninguna clase de requisito procesal como el agotamiento de instancias o recursos ordinarios, sino un supuesto fáctico en donde se dé una violación arbitraria e ilegal de los derechos constitucionales de dicho país<sup>48</sup>. Por otro lado, la legislación mexicana describe a esta forma de protección de derechos constitucionales de forma residual, es decir que exige el agotamiento de instancias y recursos ordinarios para poder acceder a jurisdicción constitucional, caso contrario, se la declararía inadmisibles<sup>49</sup>.

Por otro lado, el autor peruano, Luis Castillo Córdova, respecto de la acción de amparo en Perú, afirma que tiene el carácter de subsidiaria en cuanto afirma que, para acceder a la acción constitucional, no se requiere el agotamiento de todas las instancias judiciales, sino el supuesto de la falta de rapidez o eficacia, e incluso inexistencia de dichas instancias<sup>50</sup>. Es así que al autor afirma que el legislador peruano ha optado por el carácter subsidiario de la acción de amparo, en cuanto el agraviado debe hacerse la pregunta de si la protección del derecho violentado existe, es eficaz y rápida en vías ordinarias, y si la respuesta es afirmativa, debe optar por dichos procedimientos ordinarios, en caso de que la respuesta respecto a la idoneidad de las vías ordinarias sea negativa, el agraviado podrá acceder a la acción de amparo<sup>51</sup>.

#### **4.1 Camino jurisprudencial ecuatoriano**

En primer lugar, es pertinente mencionar la sentencia No. 001-10-PJO-CC, dentro del caso No. 0999-09-JP, de diciembre del 2010, en donde la Corte afirmó 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”<sup>52</sup>, en esta decisión se puede apreciar como la Corte “moldea” el alcance de la garantía, asegurando que la misma no puede actuar cuando existan vías judiciales o administrativas para la reclamación de un derecho. Esto asegura que la misma procede cuando no existan vías judiciales o administrativas para poder tutelar derechos o cuando estas no sean eficaces o adecuadas, o incluso las mismas no existan. Es preciso tomar en cuenta lo mencionado por la Corte acerca de la “desnaturalización” de la acción de protección, esto en cuanto se llevó a la acción de

---

<sup>48</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, *Ius et Praxis* 16 (2010).

<sup>49</sup> *Íd.*

<sup>50</sup> Luis Castillo Córdova, “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”, 7.

<sup>51</sup> Luis Castillo Córdova, “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”, 101-136.

<sup>52</sup> Sentencia No. 001-10-PJO-CC, del caso No. 0999-09-JP, Corte Constitucional para el período de transición, 22 de diciembre de 2010, pág. 17.



protección a actuar en reemplazo de procedimientos de justicia ordinaria<sup>53</sup>. En este primer antecedente, se puede evidenciar como la Corte asegura que la acción de protección procederá únicamente en “la vulneración de derechos constitucionales provenientes de una autoridad pública no judicial”<sup>54</sup> y que esta garantía no tiene lugar cuando el hecho discutido pueda ser solventado en vías ordinarias.

La sentencia No. 0016-13SEP-CC, dentro del caso No. 1000-12-EP, la Corte afirma 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 establecida por la Constitución”<sup>55</sup>, restringiendo el acceso a la garantía en hipótesis donde medios ordinarios de impugnación para la tutela de derechos constitucionales existan. Es importante resaltar el hecho de que la Corte asegura de que la garantía estudiada no puede ser tomada como un método de “reemplazo” para instancias ordinarias, ya que su objeto es la tutela idónea y eficaz de derechos constitucionales, siempre y cuando no exista una vía de tutela en instancias ordinarias, o que estas resulten ineficaces. De igual manera, un juez constitucional, mediante una acción de protección, no puede resolver un conflicto que no entre en la “esfera de lo constitucional” y en caso de que el asunto tenga una naturaleza ordinaria, deberá tramitarse por las vías previstas en el ordenamiento. Dentro del contenido de esta sentencia se hace mención respecto del carácter autónomo de la garantía, de tal manera que la Corte afirma que “la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”<sup>56</sup>, esto en cuanto no se busca que la acción de protección sea un mecanismo utilizado para reemplazar a las acciones ordinarias. Además, la sentencia en mención afirma que el trabajo de los órganos jurisdiccionales es verificar y comprobar si existe una vulneración a derechos constitucionales y por ende la vía más eficiente es la de la acción de protección, sin embargo, en casos donde se trata de asuntos de infra constitucionalidad, el juez puede señalar las vías pertinentes que existen en instancias ordinarias para ventilar el asunto en cuestión<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Sentencia No. 001-10-PJO-CC, del caso No. 0999-09-JP, pág. 18.

<sup>54</sup> Sentencia No. 001-10-PJO-CC, del caso No. 0999-09-JP, pág. 16.

<sup>55</sup> Sentencia No. 016-13-SEP-CC, del caso No. 1000-12-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de mayo del 2013, pág. 18.

<sup>56</sup> Sentencia No. 016-13-SEP-CC, del caso No. 1000-12-EP, pág. 19.

<sup>57</sup> Sentencia No. 016-13-SEP-CC, del caso No. 1000-12-EP, pág. 18.

Estos dos primeros criterios jurisprudenciales son de vital importancia para comenzar a entender los lineamientos generales de la acción de protección, de tal forma que la misma únicamente puede conocer asuntos donde estén inmersos derechos constitucionales, ya que de lo contrario se comenzaría a desnaturalizar a la garantía y se superpondría a la justicia constitucional sobre la ordinaria. Es importante comprender la finalidad de la acción de protección y entender que la misma no puede servir como reemplazo de instancias ordinarias, sino que debe conocer efectivas vulneraciones de derechos constitucionales.

La sentencia No. 102-13-SEP-CC, del caso No. 0380-10-EP, la Corte explica -con mayor detenimiento- la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales al momento de rechazar una acción de protección -que tenga como fundamento la cuestión de legalidad- de fundamentar el motivo del rechazo de la garantía. Es así que la Corte afirma que “dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada”<sup>58</sup> en un primer momento, se destaca esta carga argumentativa que tienen los jueces ante quienes pretenden acceder a jurisdicción constitucional, respecto del rechazo de la acción, de tal manera que la simple negativa o la simple improcedencia, no es suficiente, sino que se requiere inexorablemente un análisis argumentativo de por qué no procede la acción de protección, esto con el objetivo de que los jueces constitucionales puedan realizar un efectivo análisis de la existencia o no de una vulneración de derechos constitucionales. En un segundo aspecto, la sentencia destaca la diferencia entre admisibilidad e improcedencia, reafirmando la premisa de que la improcedencia por asuntos de legalidad se da después de la sustanciación del proceso, en donde la jueza o el juez precautele los derechos constitucionales de la parte accionante<sup>59</sup>. Esta sentencia resulta muy útil al tema del presente trabajo, en cuanto afirma que no se puede rechazar una acción de protección sin antes haber realizado un examen de los hechos del caso y eventualmente, poder determinar si existen o no derechos constitucionales vulnerados. Este criterio es una forma de controlar el hecho de que se declaren improcedentes acciones de protección bajo una argumentación carente de fundamentos o de motivación.

La sentencia No. 006-16-SEP-CC, del caso No. 1780-11-EP, que se refiere a la improcedencia de la acción cuando la parte accionante persiga la declaración de un derecho, es decir, que se “cree” un nuevo derecho. Se afirma que:

---

<sup>58</sup> Sentencia No. 102-13-SEP-CC, del caso No. 0380-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de diciembre de 2013, pág. 13.

<sup>59</sup> Sentencia No. 102-13-SEP-CC, del caso No. 0380-10-EP, pág. 13.

la Corte Constitucional no constata que la pretensión de los accionantes, en relación a que se tutele el derecho a la propiedad que alegan, sea un tema de conocimiento y tutela mediante una acción de protección [...] los legitimados activos acuden a una jurisdicción constitucional persiguiendo la declaración de la titularidad de un derecho mediante sentencia constitucional<sup>60</sup>.

Es importante la mención de esta sentencia ya que concretiza de mejor manera que en instancias constitucionales, no se busca la declaración de un derecho, sino la tutela o protección efectiva de uno que ya se encuentra vigente y, por ende, no requiere de un efecto declarativo. La Corte afirma que no cabe acción de protección en casos en donde se busca la declaración de un derecho, ya que no hay afectación de derechos ya existentes, por consiguiente, no se puede tutelar algo que no existe<sup>61</sup>.

La sentencia No. 001-16-PJO-CC, del caso No. 0530-10-JP, que data de marzo del 2016, en donde finalmente la Corte analiza el carácter residual o subsidiario de la acción de protección. Es así como asegura que:

De ninguna manera considera a la acción de protección como una garantía de carácter residual, pues ello implicaría, para la persona cuyo derecho constitucional ha sido vulnerado, la obligación de agotar previamente todas las distintas instancias decisorias antes de acceder a la justicia constitucional<sup>62</sup>

Se puede ver como la Corte rechaza el carácter de residual para la acción de protección, ya que el agotamiento de todas las instancias ordinarias dentro del término legal establecido para poder acceder a la garantía, haría que el agravado o vulnerado en sus derechos tenga que recorrer un largo camino de instancias en lugar de poder tutelar ese derecho que se encuentra violentado, además, se produciría fenómeno de “ordinarización” de la justicia constitucional, fenómeno que si tiene lugar, la acción de protección perdería totalmente su objeto y su razón de ser, en cuanto los afectados deberían seguir una serie de etapas (agotamiento de instancias ordinarias) para poder acceder a la garantía; además, esto haría que la acción de protección sea considerada como una etapa procesal más a la que se puede acudir siempre que haya agotado todos los medios de impugnación ordinarios<sup>63</sup>.

Es importante remarcar en la sentencia que la Corte concuerda con el carácter subsidiario de la acción de protección, especialmente cuando afirma que:

---

<sup>60</sup> Sentencia No. 006-16-SEP-CC, del caso No. 1780-11-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 6 de enero de 2016, pág. 19.

<sup>61</sup> Sentencia No. 006-16-SEP-CC, del caso No. 1780-11-EP, pág. 19.

<sup>62</sup> Sentencia No. 001-16-PJO-CC, del caso No. 0530-10-JP, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de marzo de 2016, párr. 77.

<sup>63</sup> Sentencia No. 001-16-PJO-CC, del caso No. 0530-10-JP, párr. 77.

Ante la inadecuación o ineficacia de la justicia ordinaria, el legislador ha optado por considerar a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho por inadecuación o ineficacia de la misma o porque el asunto controvertido carece de vía en la justicia ordinaria<sup>64</sup>.

Con este premisa la Corte confirma que la acción de protección no es -ni puede ser tomada- como una instancia adicional al proceso ordinario (niega la ordinarización de la acción de protección), en cuanto es un mecanismo “de emergencia” para resolver un conflicto en donde se encuentren vulnerados derechos constitucionales, siempre y cuando las vías ordinarias no sean eficaces, adecuadas, o simplemente no exista una vía en la jurisdicción ordinaria para tutelar el derecho constitucional que se encuentra en vulneración. Si bien esta decisión elimina a la residualidad como característica de la acción de protección, la Corte de esa época adoptó un carácter subsidiario para la garantía, viéndola como un mecanismo secundario que tendría lugar siempre que los medios ordinarios no fueren suficientes para la tutela de un derecho. Esta interpretación resulta equívoca en cuanto no es armónica con el espíritu de de la acción de protección, garantía que entre en juego siempre que exista una vulneración de derechos constitucionales.

La sentencia No 1285-13-EP/19, afirma que los órganos jurisdiccionales deberán realizar, en primer lugar, un “análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos”<sup>65</sup>, para determinar si es pertinente la procedencia de una garantía jurisdiccional siempre y cuando de ese análisis se concluya que si existieron derechos vulnerados; en caso de que la respuesta a ese análisis sea negativa y se concluya que no hay derechos vulnerados, sino un asunto de infraconstitucionalidad, el órgano jurisdiccional deberá “determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto”<sup>66</sup>, de la sentencia mencionada, se puede concluir que las o los jueces tienen un deber en dos distintos momentos. En un principio deben verificar -mediante un análisis- la existencia o no de violación a derechos constitucionales. Si la respuesta a dicho análisis es positiva, hay lugar para una acción de protección, sin la necesidad de verificar si existen instancias en jurisdicción ordinaria para ventilar el supuesto; por el contrario, si el órgano jurisdiccional determina que no hay una vulneración efectiva, sino que se trata de un supuesto de infraconstitucionalidad, este deberá determinar qué vía ordinaria es la eficaz para la tramitación del asunto.

---

<sup>64</sup> Sentencia No. 001-16-PJO-CC, del caso No. 0530-10-JP, párr. 82.

<sup>65</sup> Sentencia No. 1285-13-EP/19, del caso No. 1285-13-EP, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 4 de septiembre de 2019, párr. 28.

<sup>66</sup> Sentencia No. 1285-13-EP/19, del caso No. 1285-13-EP, párr. 28.

La sentencia No. 1276-12-EP/19, realiza un análisis acerca de la naturaleza de la acción de protección, en donde principalmente la Corte se centra en la identificación de derechos constitucionales vulnerados para que una acción de protección pueda tener lugar, llegando a la conclusión de que no cabe la acción de protección en cuanto no se desprende que hayan existido derechos vulnerados<sup>67</sup>. Además, la sentencia en mención rechaza el carácter subsidiario de la acción de protección, sin embargo, utiliza el argumento de la existencia de vías eficaces e idóneas para proteger los intereses del accionante, de tal manera que no era necesario acudir a instancias judiciales mediante acción de protección para “proteger los derechos al trabajo, el debido proceso y la seguridad jurídica, cuya violación fue alegada”<sup>68</sup>. Por lo tanto, la acción de protección tendría lugar únicamente en casos donde se evidencien vulneraciones a derechos constitucionales y no asuntos de mera legalidad o de rango infraconstitucional.

En la sentencia No. 1754-13-EP/19, la Corte rechaza el carácter residual de la acción de protección y deja en claro que la misma

Tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por consiguiente, es una acción directa e independiente, que bajo ningún concepto puede ser residual y exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder ser ejercida<sup>69</sup>.

La Corte mantiene la idea de que adoptar la residualidad como característica de la acción de protección resultaría contradictorio con la finalidad de la misma al deber ser directa e independiente. Es importante mencionar que en dicha sentencia la parte que solicitaba la acción de protección trató a la misma del carácter “supletorio y residual<sup>70</sup>”, por lo tanto, se puede apreciar que todavía existe una confusión respecto a la naturaleza de esta garantía, y podría existir la confusión de que se requiere un agotamiento casi ineludible de instancias ordinarias para poder acceder a una tutela efectiva de sus derechos constitucionales, haciendo que la acción de protección pierda su naturaleza y el fenómeno de la ordinarización de la justicia constitucional se incone todavía más.

La sentencia No. 283-14-EP/19, se refiere a la relación existente entre una acción de protección y un acción contencioso-administrativa, es así que la Corte afirma que el hecho de que se haya impugnado un acto administrativo en sede contenciosa previamente

---

<sup>67</sup> Sentencia No. 1276-12-EP/19, del caso No. 1276-12-EP, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 25 de septiembre de 2019.

<sup>68</sup> Sentencia No. 1276-12-EP/19, del caso No. 1276-12-EP, párr. 29.

<sup>69</sup> Sentencia No. 1754-13-EP/19, del caso No. 1754-13-EP, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 19 de noviembre de 2019, párr. 31.

<sup>70</sup> Sentencia No. 1754-13-EP/19, del caso No. 1754-13-EP, párr. 14.

a la presentación de una acción de protección, no implica un motivo suficiente para que los órganos jurisdiccionales declaren improcedente a la misma en base al artículo 42.4 de la LOGJCC, esto en cuanto se afirma que la garantía estudiada y la acción subjetiva en vía contencioso-administrativa:

Persiguen fines distintos, mientras la primera tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, la segunda busca tutelar los derechos e intereses en las relaciones jurídicas con las administraciones públicas<sup>71</sup>.

Es así que la acción de protección y el ingreso a instancias constitucionales tiene un carácter autónomo y principal respecto de otras instancias ordinarias, esto en base a que los fines que persiguen difieren. Por lo tanto, la improcedencia del artículo 42.4 de la LOGJCC, no debe ir encaminada respecto a si existen otras vías en el ordenamiento jurídico, sino debe ser:

El resultado de un ejercicio intelectual de la jueza o juez constitucional, con base en la información aportada por las partes procesales y la revisión integral de los hechos del caso, fundamentos de derecho y pretensión de la acción de protección presentada, a través del cual se logre descartar que la fundamentación de la acción no es el amparo y protección de derechos constitucionales<sup>72</sup>.

Por lo tanto, una acción de protección puede tener lugar así se haya iniciado una acción en sedes contencioso-administrativas, ya que los objetivos que persiguen las dos instituciones son diferentes.

La sentencia No. 785-15-EP/20 analiza la posibilidad de iniciar una acción de protección posterior a que el agravado haya iniciado un procedimiento administrativo, concluyendo que sí es totalmente factible que esto ocurra, en cuanto “los efectos y la naturaleza de un procedimiento administrativo difieren de aquellos de una garantía jurisdiccional”<sup>73</sup>, ya que lo que busca un procedimiento administrativo es una revisión de cumplimiento de disposiciones normativas de carácter administrativo, mientras que el objetivo de la acción de protección es la tutela de derechos constitucionales que hayan sido violentados. De esa manera, la Corte asegura que no interfiere negativamente el hecho de que un accionante de una acción de protección haya iniciado un procedimiento administrativo y, al contrario, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de verificar la existencia de vulneraciones a derechos, como bien dice la sentencia:

---

<sup>71</sup> Sentencia No. No. 283-14-EP/19, del caso No. 283-14-EP, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 4 de diciembre de 2019, párr. 45.

<sup>72</sup> Sentencia No. 283-14-EP/19, del caso No. 283-14-EP, párr. 47.

<sup>73</sup> Sentencia No. 785-15-EP/20, del caso No. 785-15-EP, Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, 5 de agosto del 2020, párr. 33.

El hecho de que un procedimiento administrativo tenga la potencialidad de solventar una controversia que genere vulneración de derechos, no impide que se pueda activar la vía constitucional y, menos aún, que el juez que conoce una acción de protección analice si existe vulneración de derechos constitucionales<sup>74</sup>.

Estas últimas decisiones que han sido tomadas en cuenta resultan muy enriquecedoras al asunto en cuestión, ya que eliminan cualquier noción de residualidad o de subsidiariedad de la acción de protección y reafirman la premisa de que la misma procederá siempre que existan derechos constitucionales en vulneración. Se puede inferir que la Corte se inclina por el carácter autónomo y principal de la garantía, en cuanto consideran que se debe realizar un examen fáctico para determinar si existe vulneración o no y en base a eso, se determina si cabe la acción de protección o qué vía es la pertinente para tratar el asunto que no involucra derechos constitucionales. La Corte elimina la noción de subsidiariedad de la acción de protección ya que afirma que la misma puede ser presentada, incluso si se presentaron con anterioridad recursos administrativos o el proceso está en sedes contencioso-administrativas, ya que sus objetivos difieren sustancialmente.

## **5. La acción de protección en la legislación ecuatoriana**

### **5.1 El problema de los artículos 40.3 y 42.4 de la LOGJCC**

Como se mencionó anteriormente, el problema respecto a la característica residual, subsidiaria o principal de la acción de protección radica en el articulado respectivo de la LOGJCC, en cuanto no permite saber qué se necesita -desde una visión procesal- para poder acceder a la garantía estudiada, además de que ha generado hipótesis de abuso de derecho tanto de agraviados como de órganos jurisdiccionales, bajo esta realidad, Karla Andrade afirma que:

Contiene presupuestos ambiguos que, por un lado, los usuarios constitucionalicen todo tipo de vulneración de derechos, y, por el otro, los jueces nieguen las demandas aduciendo que existe vía judicial para impugnar el acto sin verificar adecuadamente si se trata de una vulneración a un derecho constitucional<sup>75</sup>.

Este problema ha tenido gran incidencia que las y los jueces han optado por declarar improcedentes acciones de protección, con base en el argumento de que no se han agotado las instancias ordinarias para poder activar a la garantía, haciendo que varias personas que han sido vulneradas en sus derechos constitucionales se encuentren en un estado de

---

<sup>74</sup> Sentencia No. 785-15-EP/20, del caso No. 785-15-EP, párr. 34.

<sup>75</sup> Karla Andrade Quevedo, “La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional”, 112.

indefensión<sup>76</sup> y, por otro lado, los posibles agravados buscan proponer acciones de protección ante cualquier tipo de supuesto de hecho en donde estén involucrados derechos, que bien podría ventilarse de manera eficaz en vías ordinarias.

Resulta importante resaltar el hecho de que existe una aparente inconstitucionalidad en los artículos 40.3 y 42.4 de la LOGJCC, en cuanto contrarían lo prescrito en el artículo 88 de la Constitución, en donde reza que la acción de protección implicará el “amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”, y no prescribe un requisito de carácter procesal para acceder a la misma, por lo tanto, traer a discusión una noción de residualidad o de subsidiariedad mediante la LOGJCC, significaría estar frente a una hipótesis de inconstitucionalidad y sobre todo, hacer que la garantía estudiada pierda su razón de ser. Para contrastar esta posible hipótesis de inconstitucionalidad, solo basta acudir a lo referido por la Constitución respecto a la acción extraordinaria de protección, en donde afirma que tendrá lugar siempre que “se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal [...]”<sup>77</sup>, de tal manera que la misma Constitución exige que se agoten todos los recursos e instancias para poder acceder a la garantía referida, encajándose así con el carácter residual.

Se puede afirmar que el problema jurídico descrito y referido a lo largo de este trabajo, yace en la forma en la que la LOGJCC regula a la acción de protección<sup>78</sup>, exigiendo un requisito -de naturaleza procesal- que resulta ineficaz respecto de la finalidad de la acción de protección.

## **5.2 Qué carácter tiene la acción de protección**

Como se puede apreciar, el carácter de la acción de protección respecto si es residual, subsidiaria o autónoma, no ha sido apacible o determinante, sino que es una interrogante que causa problema debido a la falta de certidumbre que existe al momento de presentar la garantía. Este problema puede tener dos tipos de materializaciones, una positiva y una negativa.

En primer lugar, el problema tiene un alcance positivo en cuanto se basa principalmente en el actuar de aquellas personas que quieren acceder a la garantía con la única finalidad de solventar un asunto -que si bien es jurídico- podría ser evacuado con satisfacción acudiendo a la jurisdicción ordinaria. Esta primera vertiente del asunto problemático puede resumirse en el hecho de que se intenta acudir a instancias

---

<sup>76</sup> Agustín Grijalva Jiménez, “*Constitucionalismo en Ecuador*”, 256.

<sup>77</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 94.

<sup>78</sup> Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, 255.



constitucionales con la finalidad de que la misma se superponga a la justicia ordinaria, es decir, tratar de introducir asuntos de mera legalidad -o no constitucionales- a jurisdicción constitucional, mediante la garantía estudiada<sup>79</sup>.

La segunda expresión de este problema -negativa- puede ser evidenciada básicamente en el actuar de órganos jurisdiccionales en rechazar acciones de protección, bajo la premisa de que no se han agotado las instancias ordinarias pertinentes para poder acceder a justicia constitucional, sin realizar un examen fáctico respecto de si -en el caso concreto- existieron o no vulneraciones a derechos constitucionales, bajo este supuesto, la Corte ha asegurado que órganos jurisdiccionales ecuatorianos tienen un deber argumental para evidenciar de si existieron o no vulneraciones a derechos constitucionales, por lo que la simple improcedencia por falta de agotamiento no resulta suficiente<sup>80</sup>.

Este asunto problemático puede verse en ciertos usuarios de justicia, que otorgan un carácter de excepcional a la acción de protección, enfatizando en el hecho de que la misma únicamente procederá de manera supletoria, siempre que se hayan agotado instancias ordinarias dentro del proceso<sup>81</sup>, trayendo así nuevamente la noción de residualidad de la acción de protección.

Para referirse al carácter de la garantía respecto de si es residual, subsidiaria o autónoma, es necesario acudir principalmente a lo prescrito por la norma constitucional, pues, al tener esta un carácter supremo, resulta su contenido inevitablemente obligatorio, además de que lleva consigo la premisa de que ninguna norma de carácter inferior a la Constitución -infra constitucional- podrá contrariar, de ninguna forma, lo allí establecido<sup>82</sup>. De igual manera, es preciso identificar concretamente la razón de ser de la garantía, sus objetivos y su naturaleza misma. Es así que la implementación de un requisito de naturaleza procesal podría significar un desconocimiento de la filosofía de la garantía, ya que la Norma Suprema ecuatoriana no prescribe -como lo hace cuando regula la acción extraordinaria de protección- ningún requisito, más que la violación de derechos constitucionales en los supuestos que se prescriben en los artículos referentes a la acción de protección.

---

<sup>79</sup> Sentencia No. 001-10-PJO-CC, del caso No. 0999-09-JP, pág. 17.

<sup>80</sup> Sentencia No. 102-13-SEP-CC, del caso No. 0380-10-EP, pág. 13

<sup>81</sup> Sentencia No. 1754-13-EP/19, del caso No. 1754-13-EP, párr. 14.

<sup>82</sup> Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Si bien la implementación de requisitos legales para una garantía jurisdiccional no resulta equívoca, es importante tomarlos con cuidado, en cuanto los mismos podrían desnaturalizar a la acción de protección, en cuanto la misma podría dejar de cumplir sus objetivos de ser un mecanismo sencillo y breve.

### **5.2.1 Residualidad**

La característica de la residualidad respecto de la acción de protección resulta muy eficaz en cuanto se trata de “proteger” a la misma, sobre todo del actuar de las personas en tratar de constitucionalizar cualquier tipo de controversia que puede ser ventilada en jurisdicción ordinaria. Mediante las características de la residualidad, las personas que busquen acceder a instancias constitucionales no tendrán otro remedio que agotar todas las instancias ordinarias. Sin embargo, podría usarse también como forma de inconar el otro lado del problema, pues juezas y jueces comenzarían a rechazar acciones de protección y por ende efectivas vulneraciones, bajo el argumento de falta de agotamiento de instancias ordinarias. Por lo tanto, acoger el carácter residual de esta garantía, además de que implicaría traer de vuelta un “rezago del pasado”<sup>83</sup>, significaría desconocer totalmente la razón de ser y los objetivos que persigue la garantía, por la simple premisa de que exigir el agotamiento de todas las instancias ordinarias no resulta eficaz o eficiente para la tutela de derechos de rango constitucional.

Si bien existe todavía la posición de que la acción de protección es residual<sup>84</sup>, esta posición resulta equívoca, en cuanto se puede evidenciar un problema que tiene una doble dimensión:

En primer lugar, se comenzaría a tomar a la garantía como una “instancia adicional” dentro del proceso, o como un recurso más al que se puede acudir siempre que se haya pasado -y agotado- todas las instancias y recursos que posibles dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Haciendo que la justicia constitucional comience a “ordinarizarse”, en cuanto se la definirá como una etapa más al proceso judicial ordinario, en la cual la decisión de fondo podría ser favorable para la parte que haya agotado otras instancias<sup>85</sup>.

En segundo lugar, podría darse una desaparición o una derogación de la garantía, ya que esta se volvería -inevitablemente- impracticable; bajo la premisa de que la residualidad exige el agotamiento de instancias ordinarias, por lo que sería necesario

---

<sup>83</sup> Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, 115.

<sup>84</sup> Sentencia No. 1754-13-EP/19, del caso No. 1754-13-EP, párr. 14.

<sup>85</sup> Sentencia No. 001-16-PJO-CC, del caso No. 0530-10-JP, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de marzo de 2016, párr. 77.

acudir inicialmente a sedes ordinarias, haciendo que posteriormente no sea posible presentar la garantía, ya que la misma no procede en contra de decisiones de autoridades judiciales<sup>86</sup>. De la misma manera, en el supuesto de que se busque presentar una acción de protección en contra de un acto administrativo, la garantía deberá esperar a que se acuda a una sede contencioso-administrativa, posteriormente, la acción de protección será inútil ya que no entra en contra de decisiones judiciales<sup>87</sup>. Es por este motivo que la residualidad resulta muy eficaz a la acción extraordinaria de protección, ya que la misma va dirigida a decisiones jurisdiccionales.

### 5.2.2 Subsidiariedad

La teoría de la subsidiariedad de la acción de protección resulta eficaz respecto la acción de protección en cuanto no obliga a deambular por las instancias ordinarias y por ende no obliga a “ordinarizar” a la justicia constitucional. Esta posición es bastante acertada respecto de la naturaleza de la acción de protección, ya que permite acudir a la misma siempre que no exista un medio más idóneo en instancias ordinarias, este requisito hace que se vea a la garantía como una de “emergencia” o “auxiliar” que procederá cuando no exista otro mecanismo.

Esta posición fue adoptada por la Corte en el año 2016, cuando eliminó a la residualidad de la garantía y la definió como:

Mecanismo último para resolver un conflicto que pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho por inadecuación o ineficacia de la misma o porque el asunto controvertido carece de vía en la justicia ordinaria<sup>88</sup>.

Además, ciertos autores han optado por atribuir -por descarte- esta característica a la acción de protección, ya que es la que más se apega a la razón de ser de la garantía.

Resulta importante mencionar que la subsidiariedad es una característica que funge de escudo a la acción de protección<sup>89</sup>, además de que no presenta problema respecto a una derogación de la garantía. Es así que exigiendo una demostración de ineficacia o inexistencia de vías antes de acudir a la misma, evita que las personas traten de acudir a la garantía por asuntos que podrían ser ventilados en justicia ordinaria.

---

<sup>86</sup> Pamela Aguirre Castro, *Líneas jurisprudenciales de las decisiones de la primera Corte Constitucional respecto al análisis que deben realizar los jueces constitucionales para verificar la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales en las acciones de protección*, 11.

<sup>87</sup> Juan Guerrero del Pozo, *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*, 40.

<sup>88</sup> Sentencia No. 001-16-PJO-CC, del caso No. 0530-10-JP, párr. 82.

<sup>89</sup> Claudia Storini y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador. Realidad Jurídica y Social*, 105-106.

Sin embargo, adoptar a la subsidiariedad implicaría desembocar en un error legislativo y de desconocimiento del espíritu de la acción de protección, en cuanto la misma se caracteriza por exigir una violación de derechos constitucionales y no un requisito procesal como es la demostración de inexistencia o ineficacia de vías ordinarias. Exigir este requisito es muy delicado ya que se podría estar frente a una hipótesis de inconstitucionalidad, ya que se contraría al procedimiento directo y eficaz que prescribe la Carta Magna.

### **5.2.3 Autónomo**

Esta última posición respecto de la naturaleza de la acción de protección es la que más se apega a la razón de ser y objetivos de la garantía, además de que es la más acertada respecto a la filosofía de la misma. El hecho de no exigir un requisito de carácter procesal -como lo es el agotamiento de instancias o recursos o la demostración de inexistencia o ineficacia de dichas instancias o recursos- sino únicamente la vulneración de derechos constitucionales, en las hipótesis constitucionales, es el que más se acerca al objetivo que es la defensa o tutela de dichos derechos. Por lo tanto, esta posición parecería ser la que demuestra de manera más diáfana la intención de la acción de protección y de la Constitución misma.

Esta posición parecer ser la adoptada por la Corte, en cuanto recientemente se han emitido decisiones que nos llevan a entender que el único requisito que exige la acción de protección es la efectiva vulneración de derechos constitucionales y en base a la respuesta de dicho requisito, procederá la acción o se la rechazará<sup>90</sup>. De la misma manera, la Corte afirmó que no existe problema alguno en presentar una acción de protección, incluso si se han presentado recursos administrativos o iniciado procedimientos en jurisdicción contenciosa, ya que las finalidades resultan divergentes. Asimismo, la Corte ha dejado en claro que el objetivo principal de la acción de protección es la tutela directa y eficaz de los derechos.

Si bien la adopción de esta teoría podría agudizar el problema de que usuarios de justicia busquen constitucionalizar cualquier tipo de controversia<sup>91</sup>, intentando acudir a instancias constitucionales por aparentes vulneraciones a derechos constitucionales siendo en verdad asuntos de infraconstitucionalidad; este problema se atenúa -e incluso se resolvería- utilizando lo referido en las últimas sentencias de la Corte, especialmente

---

<sup>90</sup> Sentencia No. 1285-13-EP/19, del caso No. 1285-13-EP, 28.

<sup>91</sup> Karla Andrade Quevedo, "La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional", en *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, ed. de J. Benavides y J. Escudero, 112.

mediante el examen fáctico y argumentativo que deben hacer los órganos jurisdiccionales al momento de que conozcan una acción de protección, es decir, deben principalmente determinar si existe o no una vulneración a derechos constitucionales y posteriormente, declarar procedente o no a la acción de protección, en esta última hipótesis, determinando la vía adecuada para solventar el asunto de mera legalidad. Por lo tanto, el problema referido en el actuar de algunos usuarios de justicia, se atenuaría mediante el examen argumentativo de juezas y jueces.

## **6. Situación de figuras semejantes en otros países**

La situación en otros países tampoco es unánime respecto a la naturaleza residual, subsidiaria o autónoma de sus propios mecanismos para la tutela de derechos constitucionales, sino que se caracteriza por la diferenciación respecto a la manera legislativa de regularlos. Es así que resulta pertinente -para ejemplificar el asunto tratado- mencionar el estado de los siguientes países:

En México, la acción constitucional de amparo tiene la característica de ser una acción residual, ya que el artículo 61, apartado XVIII de la Ley de Amparo de dicho país, afirma que la acción mencionada no procederá cuando la ley ordinaria conceda “algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas”<sup>92</sup>, de tal manera que el órgano jurisdiccional mexicano declarará improcedente a la acción constitucional de amparo, siempre que no haya evidenciado el agotamiento de instancias dentro del procedimiento, haciendo alusión al principio de definitividad<sup>93</sup> como elemento característico de la residualidad.

El panorama de la legislación española es similar a la mexicana, en cuanto regula al recurso de amparo -que se interpone ante el Tribunal Constitucional- de tal manera que no se puede acceder al mismo, sino “después de que el agraviado haya agotado la vía judicial en todas sus etapas e instancias, por agresiones provenientes tanto del Poder legislativo, del Poder ejecutivo, y del Poder judicial”<sup>94</sup>. Este recurso está regulado en la Constitución española, específicamente en el artículo 53, numeral 2. En el 2018, el Tribunal Constitucional español emitió un documento informativo respecto del recurso de amparo, en donde afirma que entre los requisitos para que el mismo sea admitido se

---

<sup>92</sup> Artículo 61, Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación del 2 de abril de 2013.

<sup>93</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, 219-286.

<sup>94</sup> Luis Castillo Córdova, “Amparo residual en Perú: una cuestión de ser o no ser”, 5.

encuentra el agotamiento de “todos los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico para obtener su restablecimiento”<sup>95</sup>.

Por otro lado, en Argentina se regula a la acción de amparo, en el artículo 43 de su Constitución Nacional, en donde prescribe que dicha acción tendrá lugar cuando “no exista otro medio judicial más idóneo”<sup>96</sup>, introduciendo así lo que se ha denominado como “subsidiariedad”, ya que este procederá siempre que no exista otra forma judicial más idónea para la protección de derechos vulnerados.

En el caso colombiano, existe la acción de tutela en el artículo 86 de la Constitución Política, regulada de tal manera que se acomoda a la naturaleza subsidiaria, en cuanto se prescribe que “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”<sup>97</sup>. Tomando a la acción de tutela como un mecanismo de emergencia, que procede cuando sea imposible tutelar un derecho en otras vías judiciales.

En Chile, existe la figura de acción constitucional de protección y se caracteriza por ser una acción de carácter principal y autónoma, la cual procede “sólo cuando existe una amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de un derecho esencial, producida por una acción u omisión arbitraria o ilegal de un tercero, sea éste público o privado, existiendo una manifestación de dicha actuación que no requiere de un proceso de prueba complejo, la afectación del derecho debe ser relativamente clara o evidente. En caso contrario, debe utilizarse el procedimiento ordinario o sumario correspondiente”<sup>98</sup>. En el caso de Chile, no se exige ningún requisito de carácter procesal, por lo tanto, no se habla del carácter subsidiario o residual de la acción constitucional de protección. Además, la Constitución chilena, en su artículo número 20, asegura de que esta esfera constitucional, puede tener vigencia, incluso independientemente a otros derechos que los agraviados pueden hacer valer ante otros tribunales<sup>99</sup>, demostrando que se trata de una acción autónoma a otros procesos judiciales.

## **7. Conclusiones**

---

<sup>95</sup> Tribunal Constitucional de España, “26 cuestiones básicas sobre el recurso de amparo constitucional”, obtenido de: [www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/PreguntasFrecuentes.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/PreguntasFrecuentes.pdf), 2018.

<sup>96</sup> Artículo 43, Constitución de la Nación Argentina, Ley No. 24.430, de 3 de enero de 1995.

<sup>97</sup> Artículo 86, Constitución Política de Colombia, 1991.

<sup>98</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, 219-286.

<sup>99</sup> Artículo 20, Constitución Política de la República de Chile, 21 de octubre de 1980.

Para concluir el presente trabajo acerca de una de las elementales y básicas de la acción de protección, es importante resaltar los rasgos y características más importantes descubiertas en el mismo. De tal manera que se puede evidenciar que, si bien la acción de protección ha tenido que recorrer un largo trayecto jurídico tanto doctrinario como jurisprudencial con el paso de los años, esta todavía no termina de “perfeccionarse” o de pulir todas sus características. Es así que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ecuatoriana en un inicio comenzaba por analizar las características de la garantía, como por ejemplo que esta no puede declarar la titularidad de un derecho o que no puede conocer asuntos de mera legalidad que podrían ser solventados sin problema alguno en instancias ordinarias. Sin embargo, las sentencias más recientes de la Corte se han perfilado más hacia el objeto y razón de ser de la acción de protección que es la protección, tutela o amparo eficaz y directa de derechos constitucionales. Es así que la Corte ha afirmado que las juezas y jueces -respecto de la acción de protección- tienen un deber de doble dimensión: en primer lugar, deben verificar si existe o no vulneraciones; en segundo momento -si la respuesta a la interrogante anterior es positiva- deben dar lugar a la acción de protección; en caso de que la respuesta sea negativa y se trate de un asunto de mera legalidad o infraconstitucional, los órganos jurisdiccionales deberán determinar la vía aplicable a dicho caso<sup>100</sup>. De igual manera, la Corte ha afirmado que la acción de protección tiene lugar incluso cuando se han iniciado procesos en sedes contencioso-administrativas o en procedimientos de carácter administrativo, esto en cuanto los fines que persiguen estas tres figuras jurídicas, son completamente distintos<sup>101</sup>.

La acción de protección tiene un carácter netamente principal y autónomo a cualquier requisito de carácter procesal o legal, por lo que exigir el agotamiento de todas las instancias ordinarias -noción de residualidad de una garantía- o demostrar que las mismas no son suficientes o no existen -noción de subsidiariedad de una garantía- significa afectar de una manera grave a la tutela eficaz, breve y directa de los derechos constitucionales que puedan encontrarse vulnerados, además de que esto acarrea inevitablemente una hipótesis de inconstitucionalidad, en cuanto la Norma Suprema no trae la noción de residualidad o de subsidiariedad de la garantía estudiada, como si lo hace con la acción extraordinaria de protección. Esta teoría es la que -al parecer- ha adoptado la Corte y es la adoptada por la mayoría de la doctrina ecuatoriana, ya que es la que más

---

<sup>100</sup> Sentencia No. 1285-13-EP/19, del caso No. 1285-13-EP, párr. 28.

<sup>101</sup> Sentencia No. 283-14-EP/19, del caso No. 283-14-EP, párr. 47.  
Sentencia No. 785-15-EP/20, del caso No. 785-15-EP, párr. 34.

se acerca a una vigencia plena y efectiva respecto los derechos constitucionales y su tutela.

Determinar que la acción de protección debería tener un carácter principal y autónomo es de suma importancia ya que -como se dijo al inicio de este trabajo- no se trata de un asunto de simple -pero enriquecedora- discusión doctrinaria jurídica, sino se trata de un problema que tiene gran incidencia en la práctica<sup>102</sup>. Por lo tanto, si se tomase a la acción de protección basándose en la filosofía de la misma y los lineamientos constitucionales pertinentes, la protección o defensa de aquellos derechos que se encuentren en indefensión sería eficaz, ya que no se agotaría tiempo en exigir requisitos de carácter procesal, sino bastaría únicamente la demostración de dicha violación en base a los supuestos constitucionales.

Finalmente, a modo de recomendación, es importante no desnaturalizar la función de la acción de protección mediante requisitos que podrían resultar contrarios a la misma y a su razón de ser, por lo que es vital eliminar nociones de residualidad o de subsidiariedad respecto de la acción de protección ecuatoriana y afirmar que la misma procederá siempre y cuando se desprenda que existen violaciones a derechos de rango constitucional.

---

<sup>102</sup> Karla Andrade Quevedo, “La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional”, en *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, ed. de J. Benavides y J. Escudero, 112.