



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

**TESIS PREVIO LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

TÍTULO:

**LA MORAL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU INFLUENCIA EN EL
DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES EN LA REGIÓN DE CHIMBORAZO, BOLÍVAR Y
PASTAZA, DURANTE EL AÑO 2013.**

AUTOR:

AQUILES ALFREDO HERVAS PARRA

TUTOR:

DR. FERNANDO PEÑAFIEL

Riobamba-Ecuador

2014

CALIFICACIÓN DEL TRABAJO ESCRITO DE GRADO:

Nombres y firmas del Presidente y miembros del Tribunal:

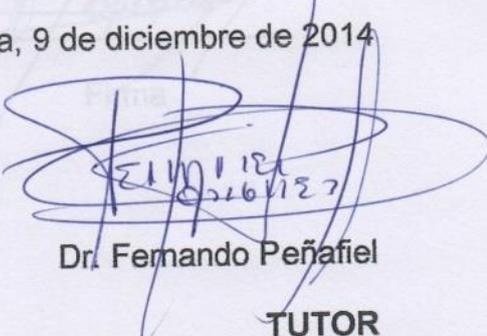
Presidente: Dr. Oswaldo Ruiz


Firma

Miembro 1: En mi calidad de tutor, y luego de haber revisado el desarrollo de la investigación realizada por **AQUILES ALFREDO HERVAS PARRA**, tengo a bien informar que el trabajo indicado, cumple con los requisitos exigidos para que pueda ser expuesta al público, luego de ser evaluada por el Tribunal designado.

Riobamba, 9 de diciembre de 2014

Tutor: Dr. Dr. Fernando Peñafiel

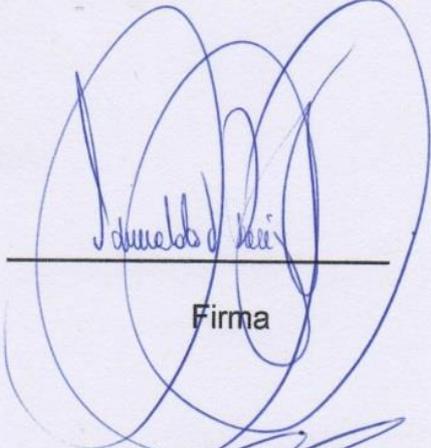

Firma
Dr. Fernando Peñafiel
TUTOR

Nota: 10 (Sobre 10)

CALIFICACIÓN DEL TRABAJO ESCRITO DE GRADO:

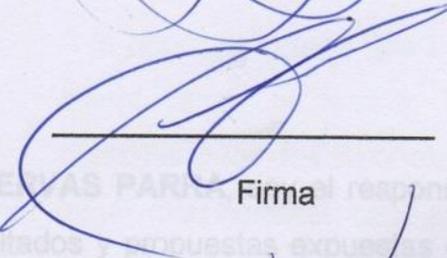
Nombres y firmas del Presidente y miembros del Tribunal:

Presidente: Dr. Oswaldo Ruiz



Firma

Miembro 1: Dr. Stalin Aldaz



Firma

Tutor: Dr. Dr. Fernando Peñafiel



Firma

Nota: 10 (Sobre 10)

DERECHOS DE AUTORÍA

DEDICATORIA:

A la principal fortuna que un ser
pueda tener, la familia, y en
particular a los dos hijos del

Yo, **AQUILES ALFREDO HERVAS PARRA**, soy el responsable de las ideas, doctrinas, resultados y propuestas expuestas en el presente trabajo de investigación, y, los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



Handwritten signature in blue ink, appearing to read "Hervas Parra".

DEDICATORIA:

A la principal fortuna que un ser pueda tener, la familia, y en particular a los dos timoneles del hogar más hermoso recibido por un hijo: mis amados Padres.

AGRADECIMIENTO:

A ustedes, el sentido de mi existencia, los responsables del amor y los valores, sin los cuales la felicidad fuera solamente una palabra: Aquiles, Tania, Carlos y Pamela.

A la sabiduría y cariño generoso de mis abuelos Alfredo, Anita y Magdalena. A la familia entera, manifestación indeleble de la unidad.

A la generación naranja, quienes desmitificaron el miedo y miraron de frente al poder.

A la historia, que aterrizó sus más sabias enseñanzas en esta etapa, con los humildes pasos de uno de sus sencillos caminantes.

ÍNDICE GENERAL

CALIFICACIÓN DEL TRABAJO ESCRITO DE GRADO:___ **¡Error! Marcador no definido.**

DERECHOS DE AUTORÍA_____ **¡Error! Marcador no definido.**

DEDICATORIA:_____ v

AGRADECIMIENTO: _____ vi

ÍNDICE GENERAL _____ vii

ÍNDICE DE TABLAS _____ xv

ÍNDICE DE GRÁFICOS _____ xvii

RESUMEN _____ 18

SUMMARY _____ **¡Error! Marcador no definido.**

CAPÍTULO I _____ 20

MARCO REFERENCIAL _____ 20

1.1 PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA _____ 20

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA _____ 21

1.3 OBJETIVOS _____ 22

1.3.1 OBJETIVO GENERAL _____ 22

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS _____ 22

1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA _____ 22

CAPÍTULO II _____ 24

MARCO TEÓRICO _____ 24

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN _____ 24

2.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA _____ 24

UNIDAD I _____ 24

2.2.1 EL DERECHO Y LA MORAL _____ 24

2.2.1.1 INTRODUCCIÓN. _____ 24

2.2.1.2 Desarrollo de Conceptos de Moral y Derecho _____ 25

2.2.1.3 La moral y derecho en el ius naturalismo	25
2.2.1.4 Un primer momento teológico	26
2.2.1.5 Un segundo momento denominado natural	27
2.2.1.6 Un tercer momento racional	28
2.2.1.7 La moral y el derecho en el ius positivismo	29
2.2.1.8 Positivismos inicial o ideológico	30
2.2.1.9 Positivismos medio, metodológico o funcional	31
2.2.1.10 Positivismos modernos, semánticos o convencionalistas	32
2.2.1.11 El positivismo excluyente de la moral	33
2.2.1.12 El positivismo incluyente de la moral	33
2.2.1.13 La moral y el derecho en el post positivismo	34
2.2.1.14 Relaciones con el derecho natural	34
2.2.1.15 Relaciones con el derecho positivo	35
2.2.1.16 Características propias.	36
UNIDAD II	38
2.2.2 EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	38
2.2.2.1 INTRODUCCIÓN	38
2.2.2.2 TEORÍA POLÍTICA DEL ESTADO	39
2.2.2.3 LA SOBERANÍA COMO PRINCIPIO DE AUTORIDAD	42
2.2.2.4 LA SOBERANÍA POPULAR	43
2.2.2.5 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	49
2.2.2.6 EL DERECHO JUSTO	53
2.2.2.7 PODER NO JURISDICCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	56
2.2.2.8 DERECHOS CONSTITUCIONALES.	58
2.2.2.9 LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.	59
2.2.2.10 DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y SU PRINCIPIO DE APLICACIÓN.	61
2.2.2.11 Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.	61
2.2.2.12 Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.	67

2.2.2.13	Derechos de participación.	70
2.2.2.14	Derechos de libertad.	72
2.2.2.15	Derechos de la naturaleza.	76
2.2.2.16	Derechos de protección.	77
2.2.2.17	Derechos del buen vivir.	81
	El espacio público en el cual nos desarrollamos, convivimos y coexistimos de manera cotidiana se enmarca dentro del artículo 31 de la Constitución así “Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.”	86
2.2.2.18	Derecho a la seguridad jurídica.	87
2.2.2.19	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.	87
2.2.2.20	GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.	89
2.2.2.20.1	TIPOS DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	89
2.2.2.20.2	GARANTÍAS NORMATIVAS	90
2.2.2.20.3	GARANTÍAS INSTITUCIONALES	91
2.2.2.20.4	GARANTÍAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS	91
2.2.2.20.5	GARANTÍAS JURISDICCIONALES	91
	Acción de acceso a la información pública	93
	Acción de hábeas data	93
	Acción por Incumplimiento	94
	Acción extraordinaria de protección	94
2.2.2.20.6	ACCIÓN DE PROTECCIÓN	94
2.2.2.21	EL ROL DEL JUEZ COMO CREADOR DE DERECHO Y NO MERO ADMINISTRADOR.	96
2.2.2.22	LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	97
2.2.2.23	LA LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.	98

2.2.2.25 DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL PEDIDO DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN _____	99
2.2.2.25.1 ANTECEDENTE _____	100
2.2.2.25.2 PROPUESTA DE ENMIENDA _____	100
2.2.2.25.3 ARGUMENTO DE LOS ASAMBLEÍSTAS _____	101
2.2.2.25.4 ARGUMENTO Y DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL _____	102
2.2.2.26 JURISPRUDENCIA _____	105
UNIDAD IV _____	107
2.2.4. INVESTIGACIÓN EMPÍRICA _____	107
2.2.4.1 PROCESAMIENTO DE CAUSAS DE ACCIONES CONSTITUCIONALES. _____	107
2.2.4.2 Sentencias en Acción de Protección durante el año 2013. _____	109
2.2.4.2.1.1 Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Bolívar durante el año 2013. _____	109
2.2.4.2.1.2 Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Pastaza durante el año 2013. _____	110
2.2.4.2.1.3 Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013. _____	111
2.2.4.2.1.4 Sentencias en Acción de Protección Totales en la Región durante el año 2013. _____	112
2.2.4.2.2.1 Instancia que se motiva para rechazo en provincia de Bolívar durante el año 2013. _____	113
2.2.4.2.2.2 Instancia que se motiva para rechazo en provincia de Pastaza durante el año 2013. _____	114
2.2.4.2.2.3 Instancia que se motiva para rechazo en la provincia de Chimborazo durante el año 2013. _____	115
2.2.4.2.2.4 Instancia que se motiva para rechazo en el total de la Región durante el año 2013. _____	116
2.2.4.2.3.1 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Bolívar _____	117

2.2.4.2.3.2 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Pastaza_____	118
2.2.4.2.3.3 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Chimborazo _____	119
2.2.4.2.3.4 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en el total de la región _____	120
2.2.4.2.4.1 Derecho que se Demanda en la Provincia de Bolívar durante el año 2013. _____	121
2.2.4.2.4.2 Derecho que se Demanda en la Provincia de Pastaza durante el año 2013. _____	122
2.2.4.2.4.3 Derecho que se Demanda en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013. _____	123
2.2.4.2.4.4 Derecho que se Demanda en el total de la región durante el año 2013. _____	124
2.2.4.2.5.1 Argumentación en Sentencia en la Provincia de Bolívar durante el año 2013. _____	125
2.2.4.2.5.2 Argumentación en Sentencia en la Provincia de Pastaza durante el año 2013. _____	126
2.2.4.2.5.3 Argumentación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013. _____	127
2.2.4.2.5.3 Argumentación en Sentencia en el total de la región durante el año 2013. _____	128
2.2.4.2.6.1 Motivación en Sentencia en la Provincia de Bolívar durante el año 2013. _____	129
2.2.4.2.6.2 Motivación en Sentencia en la Provincia de Pastaza durante el año 2013. _____	130
2.2.4.2.6.3 Motivación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013. _____	131
2.2.4.2.6.4 Motivación en Sentencia en el total de la región durante el año 2013. _____	132
2.2.4.3 ARGUMENTACIÓN Y CRITERIO DE LOS ACTORES _____	133
2.2.4.3.1 ARGUMENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA. _____	133

2.2.4.3.1.1 Entrevista a Juez en la Provincia de Bolívar _____	133
2.2.4.3.1.2 Entrevista a Juez en la Provincia de Pastaza _____	137
2.2.4.3.1.3 Entrevista a Juez en la Provincia de Chimborazo _____	139
2.2.4.3.2 ARGUMENTACIÓN DE ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO. _____	145
2.2.4.3.2.1 Entrevista a Abogado/a en libre ejercicio profesional en la Provincia de Bolívar _____	145
2.2.4.3.2.2 Entrevista a Abogado/a en libre ejercicio profesional en la Provincia de Pastaza _____	147
2.2.4.3.2.3 Entrevista a Abogado/a en libre ejercicio profesional en la Provincia de Chimborazo _____	148
2.2.4.3.3 ARGUMENTACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS AL TEMA _____	157
2.2.4.3.3.1 Entrevistas al Director Regional de la Procuraduría General del Estado _____	157
2.2.4.3.3.2 Entrevista a Abogado de la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado _____	160
2.2.4.3.4 Entrevista a Académico Nacional de Neoconstitucionalismo _	163
2.2.4.4 ENCUESTAS _____	169
2.2.4.4.1 ENCUESTAS A JUECES _____	169
2.2.4.4.1.1. Pregunta N° 1 _____	169
2.2.4.4.1.2. Pregunta N° 2 _____	170
2.2.4.4.1.3. Pregunta N° 3 _____	171
2.2.4.4.1.4. Pregunta N° 4 _____	172
2.2.4.4.1.5. Pregunta N° 5 _____	173
2.2.4.4.1.6. Pregunta N° 6 _____	174
2.2.4.4.1.7. Pregunta N° 7 _____	175
2.2.4.4.1.8. Pregunta N° 8 _____	177
2.2.4.4.2 ENCUESTAS A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO _____	178
2.2.4.4.2.1. Pregunta N° 1 _____	178
2.2.4.4.2.2. Pregunta N° 2 _____	179
2.2.4.4.2.3. Pregunta N° 3 _____	180
2.2.4.4.2.4. Pregunta N° 4 _____	181

2.2.4.4.2.5. Pregunta N° 5	182
2.2.4.4.2.6. Pregunta N° 6	183
2.2.4.4.2.7. Pregunta N° 7	185
2.2.4.4.2.8. Pregunta N° 8	187
UNIDAD V	188
2.2.5. ESTUDIO DE CASO	188
2.2.5.1 ANÁLISIS DE UNA DE LAS CAUSAS RECHAZADAS POR UN JUEZ DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA PRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN, COMO UNA DE LAS ACCIONES QUE CONSTAN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.	188
2.2.5.2 REFLEXIÓN DEL CASO.	190
2.2.5.3 ANÁLISIS DE UNA DE LAS CAUSAS ACEPTADAS POR UN JUEZ DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA PRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN, COMO UNA DE LAS ACCIONES QUE CONSTAN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.	190
2.2.5.4 REFLEXIÓN DEL CASO.	192
2.2.5.5 ANÁLISIS COMPARATIVO.	193
UNIDAD VI	197
2.2.6 UNIDAD HIPOTÉTICA	197
2.2.6.1 HIPÓTESIS.	197
2.2.6.2 VARIABLES.	197
2.2.6.2.1 Variable independiente.	197
2.2.6.2.2 Variable dependiente.	197
2.2.6.3 Definición de términos básicos.	197
2.4 DEFINICIONES DE TÉRMINOS BÁSICOS	197
2.7 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	200
<i>CAPÍTULO III</i>	202
<i>MARCO METODOLÓGICO</i>	202
3.1 MÉTODO CIENTÍFICO	202
3.1.1 Método Dialéctico	202
3.1.2 Método Analítico	202

3.1.3 Método Descriptivo _____	203
3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN. _____	203
3.3 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN _____	203
3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA _____	204
3.4.1 POBLACIÓN _____	204
3.4.2 MUESTRA _____	205
3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS _	206
3.5.1 TÉCNICA _____	206
3.5.2 INSTRUMENTOS _____	207
3.5.3 TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS _____	207
3.6 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS _____	208
<i>CAPÍTULO IV</i> _____	213
<i>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</i> _____	213
4.1 CONCLUSIONES: _____	213
4.2 RECOMENDACIONES _____	214
<i>CAPÍTULO V</i> _____	215
<i>MARCO ADMINISTRATIVO</i> _____	215
5.1 RECURSOS _____	215
5.1.1 RECURSOS HUMANOS _____	215
5.1.2 RECURSOS MATERIALES _____	215
5.1.3 RECURSOS TECNOLÓGICOS _____	215
5.2 ESTIMACIÓN DE COSTOS _____	216
5.2.1 INGRESOS _____	216
5.2.2 EGRESOS _____	216
BIBLIOGRAFÍA _____	217
OTRAS FUENTES _____	220
ANEXOS _____	220

ÍNDICE DE TABLAS

- Tabla Nro. 1.1- Sentencias en Acción de Protección Provincia de Bolívar __ 109
- Tabla Nro. 1.2- Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Pastaza
_____ 110
- Tabla Nro. 1.3- Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de
Chimborazo _____ 111
- Tabla Nro. 1.4- Sentencias en Acción de Protección Totales en la Región__ 112
- Tabla Nro. 2.1.- Instancia que se motiva para rechazo en la provincia de Bolívar
_____ 113
- Tabla Nro. 2.2.- Instancia que se motiva para rechazo en la Provincia de
Pastaza _____ 114
- Tabla Nro. 2.3.- Instancia que se motiva para rechazo en la Provincia de
Chimborazo _____ 115
- Tabla Nro. 2.4.- Instancia que se motiva para rechazo en el total de la Región.
_____ 116
- Tabla Nro. 3.1.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda
Instancia en la Provincia de Bolívar _____ 117
- Tabla Nro. 3.2.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda
Instancia en la Provincia de Pastaza _____ 118
- Tabla Nro. 3.3.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda
Instancia en la Provincia de Chimborazo _____ 119
- Tabla Nro. 3.4.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda
Instancia en el total de la región _____ 120
- Tabla Nro. 4.1.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Bolívar _____ 121
- Tabla Nro. 4.2.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Pastaza _____ 122
- Tabla Nro. 4.3.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Chimborazo 123

- Tabla Nro. 4.4.- Derecho que se Demanda en el total de la región _____ 124
- Tabla Nro. 5.1.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Bolívar __ 125
- Tabla Nro. 5.2.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Pastaza __ 126
- Tabla Nro. 5.4- Argumentación en Sentencia en el total de la región _____ 128

○ Tabla Nro. 6.1.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Bolívar _____	129
○ Tabla Nro. 6.2.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Pastaza _____	130
○ Tabla Nro. 6.3- Motivación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo ____	131
○ Tabla Nro. 6.3- Motivación en Sentencia en el total de la región _____	132
○ Tabla Nro. 1.5- Juez Constitucional _____	169
○ Tabla Nro. 2.5- Vulneración de derechos conocida por jueces de primera instancia _____	170
○ Tabla Nro. 3.5- Instancias previas administrativas o judiciales _____	171
○ Tabla Nro. 4.5- Principios del Neoconstitucionalismo _____	172
○ Tabla Nro. 5.5- Resolución de causas constitucionales _____	173
○ Tabla Nro. 6.5.-Rol del Juez _____	174
○ Tabla Nro. 7.5.-Rechazo de acciones constitucionales _____	175
○ Tabla Nro. 8.5.-Reforma del Art. 42 num. 4 de la LOGJCC _____	177
○ Tabla Nro. 1.6- Abogado Constitucional _____	178
○ Tabla Nro. 2.6- Conocimiento de la Vulneración de derechos _____	179
○ Tabla Nro. 3.6 Instancias previas _____	180
○ Tabla Nro. 5.6 Interposición de acciones de protección _____	182
○ Tabla Nro. 6.6 Rol del juez _____	183
○ Tabla Nro. 7.6 Rechazo de acciones constitucionales _____	185
○ Tabla Nro. 8.6 Interposición de acciones de protección _____	187

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico Nro. 5.1.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Bolívar__	125
Gráfico Nro. 5.2.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Pastaza_	126
Gráfico Nro. 5.3.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo _____	127
Gráfico Nro. 5.4.- Argumentación en Sentencia en el total de la región ____	128
Gráfico Nro. 6.1.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Bolívar _____	129
Gráfico Nro. 6.2.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Pastaza ____	130
Gráfico Nro. 6.3.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo _	131
Gráfico Nro. 6.3- Motivación en Sentencia en el total de la región _____	132
Gráfico 1.5.- Juez Constitucional _____	169
Gráfico 2.5.- Vulneración de derechos conocida por jueces de primera instancia _____	170
Gráfico 3.5.- Instancias previas administrativas o judiciales _____	171
Gráfico 4.5.- Principios del Neoconstitucionalismo _____	172
Gráfico 5.5.- Resolución de Causas constitucionales _____	173
Gráfico 6.5.- Rol del Juez _____	174
Gráfico 7.5.- Rechazo de acciones constitucionales_____	175
Gráfico 8.5.- Reforma del Art. 42 num. 4 de la LOGJCC _____	177
Gráfico 1.6.- Abogado Constitucional _____	178
Gráfico 2.6.- Conocimiento de la Vulneración de derechos _____	179
Gráfico 3.6.- Instancias Previas _____	180
Gráfico 4.6.- Compromiso con los Principios del Neoconstitucionalismo ____	181
Gráfico 5.6.- Interposición de acciones de protección _____	182
Gráfico 6.6.-Rol del juez _____	184
Gráfico 7.6.-Rechazo de acciones constitucionales_____	186
Gráfico 8.6.- Interposición de acciones de protección _____	187

RESUMEN

No existe un solo ser humano, y en este caso ciudadano, que no encuentre en el normal devenir de las relaciones sociales de cualquier tipo, es decir la práctica de vivir, una vulneración a sus derechos, sea esta en grande proporción o de mínimo alcance; y, siendo la obligación del sistema de justicia y la función judicial atender tales violaciones, la forma con la que aborden los jueces un problema es determinante para la consecución de la justicia y la atención del derecho menoscabado.

Por ello la investigación presente se justifica en el reto actual que tenemos como vinculados al derecho de continuar planteando propuestas que se presenten como el cuerpo de una cabeza que nuestro Estado creó en el año 2008 con la moderna Constitución de la República del Ecuador. Mucho se logra en la reforma y constante transformación de leyes que asuman una coherencia con la principal de las normas, pero, más urgente es que tales planteamientos se desborden al campo de la vida social y calen en la cultura, tanto de quienes conviven con el derecho cotidianamente como de la población en general.

El derecho positivista estricto y extremadamente literal no responde a los ritmos y sucesos que en el tiempo acontecen, mucho menos se puede considerar como un puente efectivo hacia el Estado de Bienestar, su desecho absoluto tampoco es una vía, la apuesta se erige en la posibilidad de consolidar suelo fértil para sembrar la aplicación de una relación armónica y consciente de las normas escritas y la generación de derecho en filtro con un compilado de principios rectores. Tal acometido mediante un compromiso radical y tajante de los sujetos de administración de justicia y los sujetos de patrocinio del litigio.

Investigar alrededor de este tema radica en crear vías que no sólo se queden en la crítica o descripción detallada del problema, sino que se atrean a plantear alternativas, no para el problema en absoluto, sería falta de humildad tal propósito, pero al menos para ciertas partes de la estructura. Trataremos con la presente tesis de entregar a la sociedad y la Escuela de Derecho una discusión seria, con iniciativa de sensatez y rigor investigativo sobre el sentido y alcance del norte para administrar justicia constitucional o demás.



SUMMARY

There is not a only human, in this case citizen, that no found a normal becoming in to the social relations of any kind, it means the practice of living, an infringement of their rights, it is in large proportion or minimum scope; and, being the obligation of the justice system and the judicial function attend such violations, the way in which the judges approach that is crucial to achieving justice and the attention of the undermine law.

Therefore this research is warranted in the current challenge we have as related to the right to continue considering proposals submitted as the body of a head that our government created in 2008 with the modern Constitution of the Republic of Ecuador. Much was achieved in the reform and constantly changing laws that assume consistency with the main standards, but more urgent is that such approaches flood to the field of social life and sink into the culture , both those living with daily right and the population in general.

The positivist right strict and extremely literal does not respond to the rhythms and events that occur over time, much less can be considered as an effective bridge to the welfare state, their absolute right neither is a way, the bet stands in the possibility to consolidate fertile soil to plant the application of a harmonic and conscious relationship of written rules and generation of law in filter with a compilation of guiding principles. Such undertaken by a radical and sharp commitment of the subjects of administration justice and sponsorship subjects of litigation.

Investigate around this theme is to create ways to not only stay in criticism or detailed description of the problem, but who dare to propose alternatives, not the problem at all, would be lacking in humility that purpose, but at least for certain parts of the structure. This thesis will try to deliver to society and law school a serious discussion with sensible initiative and investigative rigor on the meaning and scope of constitutional north to administer justice or others.

CENTRO DE IDIOMAS



CAPÍTULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1 PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA

El Derecho Constitucional y más específicamente la discusión filosófica alrededor del Derecho como tal en los sistemas son definitivamente el norte orientador de cualquiera de las ramas de la actividad jurídica en sus diversos espacios de ejercicio, litigio, ejercicio de la profesión, resolución de causas o producción doctrinaria. Especial mención merece la administración de justicia debido a que como todos solemos decir, el fin último del derecho es la realización de la justicia.

Por tanto los jueces, en especial aquellos que mantienen la competencia del conocimiento y resolución de causas de tipo constitucional, hoy denominados jueces de garantías constitucionales, asumen un momento histórico en la existencia de nuestra República -sin dejar además de ser una discusión global-: la influencia de la moral en el Derecho y cómo la corriente neo-constitucional puede incidir en la administración de la justicia constitucional. Sin una pauta clara en esto, el salto del derecho positivo o cualquier forma anterior hacia un naciente sistema de mayores garantías no es posible.

A diario llegan a nuestras cortes causas que demandan el reconocimiento de derechos constitucionales o humanos y con ello su reparación, aprovechando las vigentes acciones que surgen de la Constitución de la República. La gran mayoría de estas acciones son negadas o dicho con mayor propiedad no procesadas por los jueces en virtud de alusiones a artículos de otros cuerpos normativos sustentados en el tradicional sistema de derecho positivo, que especifica el cumplimiento de su expreso texto. Se desecha de esa manera la corriente neo-constitucional de garantía inmediata en caso de haberse vulnerado derechos que consten en la carta fundamental del Estado. Los sistemas judiciales aún no asumen una cultura neo-constitucional, y esto debido a varios motivos, algunos legítimos y comprensibles, otros no.

Por otro lado, y como justa explicación erogada desde los organismos de administración; los involucrados con la aplicación de la abogacía, aquellos jurisconsultos que patrocinan las causas de toda naturaleza, tampoco reflejan la necesaria cultura neo-constitucional y por lo tanto incorporan múltiples escritos por la vía de acciones constitucionales, muchas de ellos con excesiva irresponsabilidad, provocando con ello que sea legítima la tendencia de los jueces a no conocer tales causas, ya que en breves cuentas, no es posible resolver absolutamente todo mediante la vía inmediata de acciones constitucionales.

Es así que nuestro Estado-Nación procuró desde el año 2008 en el cual se expidió la Constitución de la República comprometerse con un sistema judicial eminentemente garantista y que entre muchas otras cuestiones permita a los jueces convertirse de los administradores de justicia al tenor de la ley como plantea el Derecho Positivista, a los creadores de derecho y justicia como nos invitan las corrientes contemporáneas del Derecho, en particular el neo-constitucionalismo.

El problema que tenemos frente a nosotros radica básicamente en la ausencia de compromiso con la potenciación de la academia, la doctrina y el debate de las diversidades éticas que rodean a la vida jurídica de una sociedad, esto como reproducción y manifestación de su vida social. Sin lograr ello seguiremos dependiendo de la necesidad extrema de que la justicia se esperance en la norma escrita y no hay un solo individuo que relacionado con las leyes pueda asumir que toda cuestión o situación de la existencia (sobre todo en sociedad) esté suficientemente resuelta mediante los artículos de los códigos, leyes o normas.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera la Moral y el Neoconstitucionalismo influyen en el Derecho y la Administración de Justicia de las Garantías Constitucionales en la Región de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, durante el año 2013?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

➤ Describir a través del análisis doctrinario, estadístico y crítico, de qué manera la Moral y el Neoconstitucionalismo influyen en el Derecho y la Administración de Justicia de las Garantías Constitucionales en la Región de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, durante el año 2013.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un análisis doctrinario investigado sobre el proceso histórico de la relación entre moral y derecho.
- Recopilar la información estadística suficiente que nos permita visibilizar la situación de la administración de garantías constitucionales en la práctica.
- Relacionar el análisis histórico-doctrinario, con la situación real de las garantías constitucionales para poder tener un escenario de conclusiones sobre el debate de la justicia personal y el bienestar social.

1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

Antes que nada considero que no existe un solo trabajo investigativo que no se justifique por su sola inquietud de problemas, pero, al tratarse de un tema que involucra a absolutamente todos los miembros del Estado Nacional ecuatoriano, mediante la necesidad de alcanzar la justicia, considero que este debate debe ser abierto una y muchas veces, esta ocasión en el terreno de la academia, mañana en el terreno de la ciudadanía.

No existe un solo ser humano, y en este caso ciudadano, que no encuentre en el normal devenir de las relaciones sociales de cualquier tipo, es decir la práctica de vivir, una vulneración a sus derechos, sea esta en grande proporción o de mínimo alcance; y, siendo la obligación del sistema de justicia y la función judicial atender tales violaciones, la forma con la que aborden los

jueces un problema es determinante para la consecución de la justicia y la atención del derecho menoscabado.

Por ello la investigación presente se justifica en el reto actual que tenemos como vinculados al derecho de continuar planteando propuestas que se presenten como el cuerpo de una cabeza que nuestro Estado creó en el año 2008 con la moderna Constitución de la República del Ecuador. Mucho se logra en la reforma y constante transformación de leyes que asuman una coherencia con la principal de las normas, pero, más urgente es que tales planteamientos se desborden al campo de la vida social y calen en la cultura, tanto de quienes conviven con el derecho cotidianamente como de la población en general.

Es importante porque al no asumir ese reto, seguiremos reproduciendo los errores de la historia de los cuales con disciplinada constancia nos quejamos. El derecho positivista estricto y extremadamente literal no responde a los ritmos y sucesos que en el tiempo acontecen, mucho menos se puede considerar como un puente efectivo hacia el Estado de Bienestar, su desecho absoluto tampoco es una vía, la apuesta se erige en la posibilidad de consolidar suelo fértil para sembrar la aplicación de una relación armónica y consciente de las normas escritas y la generación de derecho en filtro con un compilado de principios rectores. Tal acometido mediante un compromiso radical y tajante de los sujetos de administración de justicia y los sujetos de patrocinio del litigio.

La importancia de investigar alrededor de este tema radica en crear vías que no sólo se queden en la crítica o descripción detallada del problema, sino que se atrevan a plantear alternativas, no para el problema en absoluto, sería falta de humildad tal propósito, pero al menos para ciertas partes de la estructura. Estamos convencidos de que la función judicial no carece de voluntad para el ejercicio de una justicia que funcione, más bien son las rutas y el sustento de las mismas lo que requieren. Trataremos con la presente tesis de entregar a la sociedad y la Escuela de Derecho una discusión seria, con iniciativa de sensatez y rigor investigativo sobre el sentido y alcance del norte para administrar justicia constitucional o demás.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Existen muchos trabajos sobre constitucionalismo en el Ecuador, pero, en específico no los hay como una mirada crítica al sistema de justicia, más bien se han entregado varios libros de tipo procesales para el ejercicio de las acciones. Ésta podría ser una tesis que sirva de fuente teórica y empírica para quienes desean introducirse en la proposición de un sistema de creación de derechos concordante con el garantismo constitucional.

2.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

El presente trabajo se encuentra sustentado en términos generales en la Teoría Crítica del Conocimiento. En lo específico del Derecho se sustenta en la corriente del Garantismo Jurídico y el Neoconstitucionalismo.

UNIDAD I

2.2.1 EL DERECHO Y LA MORAL

2.2.1.1 INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente trabajo consiste en demostrar que la ciencia jurídica postmoderna, marca distancias con las tesis positivistas de breve existencia en el siglo XX, en comparación con su contraparte el ius naturalismo; y a través de un acercamiento a estas tesis, configura una nueva relación entre moral y derecho; cuyo efecto, no solamente se muestra en la ontología del derecho, sino en la concepción misma del estado, que derivará en el Ecuador en la declaratoria del ser un Estado Constitucional de derechos y justicia.

Si bien la relación de moral y derecho, es abarcadora, pudiendo ser analizada de muchas formas, el propósito de las siguientes reflexiones, solamente tienen el fin de exponer, tres asuntos de interés básico.

El primero, que tiene relación, con el nexo de moral y derecho desde el ius naturalismo. El segundo, la moral y el derecho en el ius positivismo; y, el tercero, la moral y el derecho en el post positivismo.

Desde todos los puntos de vista señalados, el tratamiento dado al tema no se basa fundamentalmente en teorizar sobre la moral, como un espacio de la ética como la libertad por ejemplo. Sino que a partir de concepciones dadas y aceptadas, obviamente no sin conflictos entre la comunidad, y la práctica social, ha influido en la ciencia y práctica jurídica. Lo mismo podemos decir del derecho que no será tratado como una teoría del derecho, sino la relación no siempre armónica entre moral y derecho.

La actualidad del tema, o siendo preciso la eternidad de tema, no deja de justificarse, más aun cuando el derecho, deja su estrecho fin deontológico de regulador de las relaciones humanas, y pasa a ser un instrumento transformador de estas relaciones, dándole la optimista posibilidad de ser el mecanismo más idóneo en la sociedad actual para alcanzar la justicia social, aunque para algunos la justicia es el agujero negro de la reflexión humana, a tal punto de que, cualquier reflexión sobre tema está condenada al disenso más que al consenso.

Debemos señalar también que por la forma de abordar el tema, el análisis es histórico crítico, ya que esta forma de tratamiento es la que nos proveerá de la luz suficiente para entender las reflexiones de hoy, en el campo de la moral y el derecho.

2.2.1.2 Desarrollo de Conceptos de Moral y Derecho

2.2.1.3 La moral y derecho en el ius naturalismo

Una pregunta recurrente, que puede servir de hilo conductor para el análisis del tema planteado es: ¿Cuál es la fuente de donde emana el derecho en cada

momento histórico? Someramente podemos señalar que en esta primera etapa (muy extensa por cierto), de la civilización occidental, especialmente a partir de la cultura greco romana, hasta entrada la ilustración en Europa, existía una pluralidad en los sujetos de creación jurídica; es decir, no se concentraba la creación del derecho en un órgano legislativo exclusivamente, esto se daba en razón a los siguientes factores de orden ontológico:

2.2.1.4 Un primer momento teológico.- en el cual el conjunto del ordenamiento que regulaba las relaciones de los seres humanos, tanto concebidos de forma individual y como en su relación social, se desprendía de la voluntad divina (Hessen, 2007), es decir el conjunto de mandamientos constantes en un texto sagrado, dado por un ser superior que ordenaba, la manera de actuar y de vivir, tal código de comportamiento moral tenía las características de ser inmutable y eterno, así cualquier desarrollo del derecho tenía que inevitablemente, mantenerse dentro de estos postulados, fruto de un ser superior al ser humano por lo tanto indiscutibles (Castaño, 2005).

La justificación y peor la puesta en duda de estos modos de conducta, tenían el carácter de inescrutables, no solamente por nuestra posición, frente a la divinidad; sino básicamente tal puesta en duda u objeto de un análisis básico de su veracidad o justeza, acarreaba necesariamente revisar nuestra posición ante Dios.

Ciertamente este hecho se da en la edad madura de la civilización greco romana, no obstante no podemos negar que anteriormente estos temas de la conducta en sociedad se trataban laicamente. Sin embargo, para los fines de establecer las relaciones entre la moral con el derecho, he considerado partir desde la secularización del derecho. Es en este momento donde la fuente de derecho se encuentra centralizada en la palabra de Dios, y los códigos morales no pueden ni deben pasar un filtro de veracidad, legitimidad, o cualquier otro requerimiento que no sea los postulados bíblicos.

En tal sentido no aparece el problema de la producción del derecho, sino en la medida de adaptar de forma coherente, normas positivas, a códigos morales, la relación deducible en este momento entre la moral y derecho es directa, subordinada, dependiente, e indiscutible.

2.2.1.5 Un segundo momento denominado natural.- En este trajinar dialéctico de la relación moral derecho se produce una emancipación relativa del segundo, por razones de toda índole, que no pueden, ni deben ser tratadas por la naturaleza del presente trabajo, y solo nos limitamos a señalar básicamente que los derechos devienen de la propia naturaleza del ser humano, al que le son inherentes ciertos bienes, por citar uno y el más sustancial la vida por ejemplo.

Por este aparente, simple y llano hecho de ser, seres humanos, nos es atribuible, un conjunto de beneficios que permiten prolongar la vida en sociedad, tales bienes inmanentes a nuestra condición, no son susceptibles de discusión ni renuncia, pero fundamentalmente no se nos son otorgados, nos son dados a cada uno por nuestra naturaleza (Bretano, 2002). En tanto esta naturaleza humana se justifica en ciertos códigos y comportamientos morales que de la misma forma le son consustanciales, e incluso adecuados a ciertos fines.

La felicidad humana, tratada de forma diversa en el pensamiento helénico, se constituye en una máxima moral, este fin supremo es realizable a través de la condiciones necesarias para la vida humana en sociedad, así se va construyendo los universales del mundo liberal, tales como la vida, la libertad, la igualdad, entre otros.

El derecho debe adecuarse a esas máximas morales que devienen de la condición humana, y que han venido contribuyendo para la lograr ciertos fines sociales, como la paz por ejemplo; esta construcción y práctica de vida, es un proceso desarrollado desde las sociedades primigenias, y que se han hecho carne en la colectividad a través de positivizar un derecho de orden consuetudinario, anterior a toda deliberación, acuerdo social o mandato divino.

La moral aquí es absolutamente una praxis humana, plasmada en máximas, y universales que el derecho lo único que hace es adaptarlas y si fuere aplicable el término publicitarlas (Baquero, 2009).

La relación moral y derecho, sigue en términos generales siendo sustancial, en la cual el derecho depende de la moral, se subordina a sus postulados, y todo su desarrollo gira en torno a su máximas.

2.2.1.6 Un tercer momento racional.- Frente a la con-sustancialidad de derechos, imanes a la condición humana, expresados a través de la práctica social, en la forma y desarrollo de las sociedades anteriores, y que han permitido su generación y regeneración, concluyendo que por tal hecho se establezcan como máximas morales, que deben ser respetadas y afianzadas en el tiempo, es decir aquella moralidad consuetudinaria, que incluso no requiere positivación sino que es plasmada por la actividad jurisdiccional.

Pero, las formas de vida de un pueblo determinado pueden variar de uno a otro, sin que por ello las máximas morales que prescribe la vida de una colectividad determinada no pueden ser *per se*, ser mejores o peores, ya que ello rompería el afán de universalidad de los preceptos morales. Se genera un tercer momento ius naturalista, y que básicamente consiste en aceptar, que si bien el ser humano tienen ciertas características que le son consustanciales, sin que por ello adquiera un conjunto de bienes jurídicos, lo que es sustancial a su ser es la razón, esa capacidad de aprehender el mundo incluyéndose él mismo, y crear nuevos mundos y formas de vida.

Es decir una moral parida de la mente humana, y concertada con la sociedad, el contrato social en el cual, partiendo del reconocimiento de ciertos bienes jurídicos sustanciales, los mismos se llegarán a acondicionar las reglas del pacto. Esta racionalidad a diferencia de las prácticas colectivas de ciertos pueblos determinados, si tienen el carácter de universal.

Este es un momento crucial para el derecho frente a la moral, es el paso inicial para invertir su subordinación frente a ella. Cuando las formas de vida no son establecidas por la divinidad, ni por aquella condición humana expresada en la vida en sociedad, sino aquellas formas de comportamiento racionalizado y consensuado, en donde incluso se puede y debe uno ceder ante la vida colectiva, pasa a ser otro parámetro de moralidad, denominaremos moralidad convencional.

La moralidad convencional es la que ahora encuentra su legitimación en la existencia de una acuerdo positivo, una ley por ejemplo, si bien el derecho se encuentra vinculado a la moral, no es menos cierto que no busca su legitimación y aceptación en principios morales como tal, sino en la legitimidad

dada por la convención de quienes viven en sociedad, entendiendo ella por la sociedad universal.

2.2.1.7 La moral y el derecho en el ius positivismo

Habíamos planteado inicialmente un hilo conductor, que facilitaría nuestra reflexión, es la fuente de donde emana el derecho, y una vez llegado al estado de cosas en el cual los derechos son fruto de la razón humana, perfeccionados a través del debate, son entonces los seres humanos los que establecen las reglas de juego en su vida social, no merece en tal sentido aquí dar una justificación a la existencia de los parlamentos que crean derecho, y la conformación del estado moderno, sino que partimos de su existencia para explicar la relación de la moral y derecho en el positivismo jurídico.

Mientras que el naturalismo jurídico la existencia y validez del derecho dependía en mucho y por qué no decir en su totalidad, de preceptos de moralidad, teológica, natural o racional, sin que por ello sea necesarios un texto escrito, el positivismo requiere necesariamente que el derecho válido y existente sea aquel escrito, y consensuado conforme ciertas reglas de creación; es decir en forma concreta el derecho es una producción del Estado, a través de su organismo específico para desarrollar de forma exclusiva la creación del derecho. Aquí tenemos entonces identificada una fuente oficial y única de creación de derecho.

Es obvio suponer que esa centralización en la fuente de creación del derecho, no se da en un momento definitorio, es decir que esta característica va por un proceso de transformación del modelo de sociedad, en el cual la construcción del derecho, viene dado especialmente por la ley, y las actuaciones del legislador dejando atrás el derecho consuetudinario especialmente en Europa continental, o en su defecto codificando el derecho natural y consuetudinario en códigos normativos, como leyes.

Este hecho de codificación de normas nos lleva a un momento diferente en el análisis del derecho basado en la moral, ya que aquella moral difusa que estaba en una especie de cosmos inasible, toma ahora un cuerpo y es objeto,

para ser objeto de análisis, esto es la *norma*. Ahora con plena influencia del positivismo filosófico, en el cual lo no observable, cuantificable, experimentable no tenía carácter de ciencia, hace que la ciencia del derecho sea tal en tanto tenga a la norma como objeto como elemento sustancial de análisis, desprendiendo de ella toda consideración axiológica y moral que caracteriza el derecho natural.

Esta forma de ver el derecho va al igual que el ius naturalismos adquiriendo ciertos matices, dependiendo del desarrollo de pensamiento en esta ciencia, es por tal razón que para efectos didácticos, me permito identificar esos momentos de la siguiente forma:

2.2.1.8 Positismo inicial o ideológico.- El contexto social en el cual el positivismo florece, es cuando la sociedad burguesa quiere garantizar su nacimiento, reproducción y protección, de dos amenazas específicas en la organización social. Una que tiene que ver con el poder del estado respecto de los particulares, así por ejemplo el derecho de propiedad individual; y, segundo aquel indeterminismo moral en el cual no se podía identificar un derecho válido, cierto y por lo tanto se podía caer en subjetividades por parte de un juzgador, en tal circunstancia los positivistas quieren librar al derecho de la influencia externa política y moral.

A partir de este momento el derecho válido no lo vamos a identificar por su pertenencia y adscripción a un código moral o la voluntad específica de un ser superior, ya que la autoridad del legislador deviene de la misma ley. Es entonces a partir de hechos, de la realidad, que se configura un sistema normativo; es decir, no va haber realidad que no esté normada, así la moral ya no tiene cabida en este esquema y no tiene relación con el derecho, la labor del creador del derecho es descubrir los valores vigentes en la sociedad tomando en consideración su realidad actual y no pasada ni futura, ni enjuiciar esos valores, sino copiar si se quiere esa realidad, y perfilar, no el ser el derecho sino el deber ser, pasando de aspectos ontológicos a deontológicos, posibles de tener plena justificación ya que el derecho puede debe ser analizado no como un valor sino como un hecho, "Derecho es derecho prescindiendo de que

sea bueno o malo, de que sea un valor o disvalor". Así la ley debe ser obedecida sea cual fuera su contenido, ya que su obediencia consiste en un bien en sí mismo. (Nino, 1987)

Tal separación del derecho de la moral radica en que, aquel valor inasible solamente podía prescribir una conducta, pero nunca llegaba a atacar las actuaciones contra la conducta prescrita, carecía de coacción física, evidentemente sin existir un conjunto normativo que exprese solamente la realidad mal podría atacarse los actos prescritos en su contra por tanto la ley y solo la ley es la expresión del derecho.

La ley cumple una función unificadora y centralista del ordenamiento jurídico, especialmente la ley fundamental de la cual derivan la validez las normas secundarias, por tanto el sistema jurídico es coherente y completo, contrariamente a aquellos sistemas fundados en la moral, en la cual puede existir dispersión e incoherencia (Navarro, 2001).

Por último mecanizado que ha sido el ordenamiento jurídico, la forma de aplicación de la ley resulta ser a través de reglas específicas y lógicas, y no de principios como veremos posteriormente en el neo constitucionalismo. Así tenemos el modelo jurídico como un plan a seguir en la sociedad libre de contaminación moral.

2.2.1.9 Positivismos medio, metodológico o funcional.- Cuando nuestro deseo es otorgar validez a una norma, sin atender a cuestiones morales o valorativas nos encontramos ante la dificultad de saber cuál es el fundamento de una norma, anteriormente señalamos que el hecho fundante de la norma es la realidad social, pero esta realidad social, el hecho social, puede seguir estando sometido a una conciencia social valorativa y por tanto a una moral colectiva, respecto a este punto un positivismo posterior quiere alejarnos de estas valoraciones colectivas y plantea dar fundamento a una norma a partir de su pertenencia a otra norma y así sucesivamente hasta llegar a una norma superior, que será la constitución.

Pero la pregunta que subsiste es: ¿en qué se fundamenta la norma superior?, la respuesta por el positivismo descriptivo y funcional es que la norma fundamental es presupuesta (Kelsen, 2001), o en otras palabras es puesta, no

en base de valores sino de hipótesis, con el fin exclusivo de fundamentar otra normas, así la validez de la norma, se sigue por el proceso de producción establecido en la norma fundamental, en conclusión la diferencia es que en el positivismo la constitución es lo que en el naturalismo la moral.

Pero con el fin de solventar esa falta de explicación del fundamento a su vez de la ley fundamental, Hart, nos retorna al hecho social como sustrato de la ley, sin necesidad de consideraciones valorativas o morales, sino tomando al conjunto de derechos y obligaciones de las personas, como un hecho necesario y no inmanente, por tal razón no son reconoce sino conferidas, por parte de los organismos que identifican la necesidad de la tal o cual norma, y la van desarrollando, sea a través de legislación, o sea a través de interpretación de esos conjunto de obligaciones y derechos primarios y sustanciales de los ciudadanos (Hart, 2009). Una norma construida a partir del hechos social ya no tendrá valor exclusivamente en la forma en que fue creada, sino en la constatación de su aplicabilidad a la realidad a lo cual Hart, llamó regla de reconocimiento, esta constatación se dará de diversas formas, a partir de la aplicabilidad por parte de los operadores de justicia, pero siempre y cuando no se apele a aspectos de orden axiológico o moral.

2.2.1.10 Positivismo moderno, semántico o convencionalista.- El positivismo moderno trata de atenuar esta “aparente” desconexión, entre la moral y el derecho, pero aclara que tal conexión no es ni debe ser necesaria, (Dworkin, 2007); es decir, cuando de determinar la validez de una norma se trate, el jurista debe actuar en base a hechos empíricamente comprobables, independientemente de que esto se ajuste o no a un cierto código moral, dado que los criterios de orden moral son siempre subjetivos y emotivos, de modo que no se puede llegar a establecer cuál es la moral correcta a través de un procedimiento racional.

La moral es permitida en el derecho, aunque no determine su existencia, ya que se podría entonces acudir a cualquier moral para justificar un derecho. Por lo tanto cual es la moral aceptada por este positivismo tardío, no es otra sino aquella que se encuentra positivada, y no solo en los sentimientos de los obligados a administrar justicia, obtenida de forma a priori, sino aquella moral

verificada a posteriori, en la realidad, actualidad, en conclusión empíricamente (Dewey, 2000).

Esta moral positivada no es la misma moral del ius naturalismo, que era universal, abierta, indeterminada, esencial, etc., sino aquella moral contenida en el ordenamiento jurídico y no fuera de él, ingresada al ordenamiento jurídico por acción externa al sistema, sino a través de mecanismos establecidos por el propio sistema y bajo reglas previamente establecidas. Así los contenidos morales deben reconocerse de las propias normas o principios positivados, sin que la significación extraída de ella sea necesariamente coincidente con su significación filosófica. A tal punto que esta moral positivada es consensuada y construida y no dada y descrita, lo que acarrea que ya no se discute sobre moralidades externas fuera del ordenamiento, sino atribuirles el sentido que le da el sistema jurídico.

Es plenamente justificable para este positivismo, el adoptar una moral restringida y positivada, ya que conectar al derecho a valores externos, y a *generalidades* morales, como justicia por ejemplo, pueden tornarse inaplicables, e inaceptables; a tal punto de entender una justicia nuestra, o un justicia propia (Esquivel, 1996). Efectivamente las valoraciones de orden general no admiten contradicción, si fuese así simplemente dejarías de tener validez, por tanto es preferible un moral basada en convergencias.

Ahora debemos señalar también que en el positivismo contemporáneo, se presenta también, las opiniones de la no interferencia de la moral con el derecho al estilo clásico, por lo que caracterizamos cada uno de ellos:

2.2.1.11 El positivismo excluyente de la moral.- Para esta corriente ius filosófica, el fundamento del derecho es la autoridad, por tanto si una norma es emanada por quien la compete hacer normas, esto es suficiente y necesario para ser acatadas, ya que al otorgar autoridad a alguien es motivo suficiente para aceptar su creación, y no podría otorgar poder a alguien y luego negarme a cumplir sus mandatos, esto sería una contradicción (Kelsen, 1992).

2.2.1.12 El positivismo incluyente de la moral.- Para esta corriente un criterio moral construido convencionalmente a partir del contenido

especialmente de principios, puede validar una norma jurídica, sin que esta relación como señalamos en líneas anteriores sea necesaria, ya que puede ser contingente.

En ambas posiciones no se considera a la moral en la forma inevitable para la validez del ordenamiento jurídico como en el caso del derecho natural, sino en algunos casos innecesarios y en otros solamente contingentes y bajo ciertos parámetros.

2.2.1.13 La moral y el derecho en el post positivismo

La humanidad nos ha mostrado con suficiencia de pruebas, que el culto a la ley, y la justificación en su obediencia para cometer todo tipo de actos, tales como los realizados por los estados fascistas; nos empujan a mirar nuevamente los fundamentos que debe adornar al derecho para que sea válido y no solamente su formalismo, en tanto los valores como reguladores y fundantes de un derecho parecen necesarios en la validez y aceptación de un ordenamiento jurídico. Es decir el hecho de actuar de conformidad a ciertas máximas olvidadas en los sistemas citados, como libertad, dignidad, igualdad, conceptos estos ligados a la ética, con toda la carga reflexiva y emotiva que acarrearán (Michelini, 2008).

De ello deducimos que un modelo de estado constitucional, basado en reflexiones ius filosóficas, cuya denominación es el neo constitucionalismo, contendrá elementos tanto el derecho natural como el positivo y que los identificamos de la siguiente forma:

2.2.1.14 Relaciones con el derecho natural.- A partir de la “decadencia” de la ley como sinónimo de lo absoluto, de lo bueno, y bajo el cual se cobijaron regímenes autoritarios, aparece un renacimiento del derecho natural, dotándolo de un fin de valores morales, a los que puede alcanzarse de forma empírica y reflexiva (Núñez, 1999), que no son patrimonio exclusivo de quienes tienen competencia para crear derecho, en tanto el post positivismo, neo constitucionalismo surge como una oposición al estado moderno donde la ley

legitimaba la constitución y no a la inversa y el juez era la voz muda de ese derecho.

Esto no deja de asemejarse al pensamiento ius naturalista, más aun cuando los valores se han positivado en textos constitucionales, sea a través de principio o reglas, por tanto es inaceptable aceptar violaciones a criterios de justicia contenidos en normas, así se torna inevitable considerar los valores que pueden estar siendo alterados por la legislación de esta forma llegar aceptarlas como válidas (Alexy, 2007) Consecuentemente tenemos que pueden existir normas contrarias a ciertos valores, que les tornan defectuosas, sea como fue defectuosas o no, para llegar a tal conclusión se requiere fundamentarlas, de la misma forma en como se trata de fundamentar criterios de moralidad, concluyendo toda norma es fundamentable por el contenido moral que carga en sus líneas.

Efectivamente si ponemos como ejemplo un principio constitucional que debe ser aplicado, pero que su grado de indeterminismo y generalidad, no da para una aplicación directa, el juez tiene solo dos opciones: una que es acudir a procedimientos externos positivados y otras acudir a sí mismo en base a criterio morales no positivados y deducibles discursivamente (Rodríguez, 2002), lo que sí parece claro es que las constituciones en la tipificación de valores a través de principios, pretende que los jueces estén condicionado a la voluntad de un constituyente y no de disposiciones políticas coyunturales, lejanas de la voluntad de un soberano (Jaspers, 2009).

Para tal efecto y con el propósito de que no quedar tampoco al arbitrio del juez, sometido a una moralidad universal y no específica proporciona a través de la misma legislación herramientas necesarias con el fin de acatar los valores contenidos en la constitución aún en contra de la leyes, que la constriñen, es por esta razón que a pesar de que el constitucionalismo aproxime el derecho a la moral, lo hace de diferente manera y con instrumento propios, lo que si es que en estas reflexiones es insostenible evitar la relación moral y derechos en los ordenamientos y sistemas jurídicos.

2.2.1.15 Relaciones con el derecho positivo.- Mientras todo criterio moral debe y puede ser fundamentado, hasta alcanzar la aceptación como correcto,

en el caso de las normas jurídicas no se da de forma total, sin que por ello deje de tener valor, contrariamente a lo que sucede con la moral, si no es fundamentada no es aceptada, en cambio una ley si no es necesaria una justificación no por ello deja de tener validez, por lo tanto la relación de la ley con la moral no es necesaria sino contingente, como así lo señalaba el positivismo.

Condicionar la validez del derecho a criterios morales que requieren de fundamentación, relativizan al derecho, ya que caen en el campo de la subjetividad propia de estos conceptos y concepciones. Pero si existe una norma abierta que requiere ser completada para su aplicación, y depende de criterios morales, estos criterios se deducirán no de forma arbitraria y abierta, sino en la forma establecida en el mismo sistema jurídico.

Otro asunto que puede calificarse de proximidad a la tesis positivista, consiste en no abandonar del todo el requerimiento para la validez del derecho, el principio de autoridad, es decir no queda abierta de forma total hasta indeterminada las fuentes del derecho, aunque posteriormente pueda llegar a ser invalidado por un juez, por una búsqueda de corrección. El legislativo sigue siendo el organismo con autoridad y competencia para creación de las leyes como fuente de derecho, pero no de forma monopólica e indiscutible.

Por último tenemos como inconveniente, que si buscamos un criterio de corrección sobre valoraciones morales, para así validar el derecho incompleto, o deficiente, qué sucede si nos equivocamos en la valoración moral, sobre cual nos fundamentamos si ella es de última *ratio*, por lo que, lo acertado podría ser que no a todos los enunciados normativos, se les debe encontrar su esencia a través de un procedimiento discursivo porque existen casos de claridad del derecho también, pero de la misma forma debemos reconocer que no existe un sistema jurídico que se precie de tal si no persigue la justicia, como así lo vemos en la definición de estados de justicia social, pero esto lo será en la medida de la limitaciones que trae el entender la justicia como tal, en un sociedad determinada y en un momento específico.

2.2.1.16 Características propias.- Como hemos venido analizando las aproximaciones del neo positivismo o neo constitucionalismo al derecho natural

y positivo se pueden evidenciar, no es menos cierto que de tal aproximación resultan estas teorías tener un matiz propio sobre la relación moral y derecho así podemos enunciar las siguientes:

C.1.- Si bien el post positivismo acepta la vinculación del derechos con la moral, este no está condicionado a cualquier moral, sino aquella expresada o deducible de los contenidos constitucionales sea a través de derechos o principios, más no a una moral universal de tipo filosófico.

C.2.- Estos valores no solamente que están contenidos en las constituciones, sino que se presentan con el fin de vincular la actuación de toda la sociedad sea a través de la actividad política como jurisdiccional (Peces-Barba, 2004), por lo tanto resultan ser vinculante en todo el quehacer social.

C.3.- Existe una diferenciación entre los valores morales universales, y los valores morales específicos contenidos en principio y normas positivados, los primero resulta ser material de filosofía, son ideales, sustanciales, o esenciales, los segundos son materiales y dependen de la autoridad que los estableció, y la forma en como lo hizo, esto es el poder constituyente a través de una asamblea constituyente.

c.4.- Para la definición o conceptualización del valor a defender, el procedimiento difiere, ya que los tribunales tendrán que tomar en cuenta los procedimientos positivados, para garantizar la eficacia de los principios, y también el espíritu de la autoridad constituyente.

UNIDAD II

2.2.2 EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

2.2.2.1 INTRODUCCIÓN

La sociedad ecuatoriana, desde su nacimiento como república independiente, ha pasado por tres períodos constitucionales que resaltan unos de otros; una etapa poscolonial; liberal; neoliberal, con una derivación social demócrata. La primera en la que se mantienen las características de la sociedad feudal europea trasplada a nuestra sociedad; la segunda con el auge del estado liberal con las libertades fundamentales, la maximización de los individuo versus el estado; la tercera donde el estado aparece como actor fundamental del quehacer social en todas su manifestaciones; y su derivación que es la atenuación del estado liberal, sea con la incorporación de derechos sociales y obligaciones estatales básicas, además de asignar al estado la propiedad y gestión sobre ciertos bienes y servicios considerados fundamentales.

Para cada tipo de estado el modelo jurídico como superestructura¹, fue adaptándose a las condiciones sociales específicas en tiempo y espacio, al actual estado que en primer momento podemos señalar como pos neoliberal, comprende un modelo de estado constitucional, con todas sus características y connotaciones.

La reflexión sobre el estado constitucional, es una actividad de orden teórico académico, denominado neo constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o post positivismo, que si bien su origen es europeo, sus postulados se están o se quieren implementar en el Ecuador, y cuya inserción en nuestro sistema jurídico no está exenta de críticas o por lo menos reflexiones jurídicas.

¹ En términos marxistas, la infraestructura es la base material de la sociedad la cual define la estructura social, el cambio social y el desarrollo. Incluye las relaciones de producción y las fuerzas productivas. De esta infraestructura y estructura depende la superestructura, es decir, los elementos de la vida social las formas jurídicas, políticas, artísticas, filosóficas y religiosas de un momento histórico concreto (MARX, 1859)

Uno de los puntos de reflexión es la institución jurídica constitucional de la Acción de Protección, como instrumento de aplicación real del enfoque neo-constitucional, en virtud de un nuevo paradigma, en el que todo ordenamiento jurídico gire en torno a la constitución escrita,

En este sentido, se aborda temas fundamentales; primero: que tienen relación a la facultad del pueblo de administrar justicia, en ejercicio de su soberanía, facultad que es delegada de forma específica a los jueces en sus diversas instancias, y sobre el caso específico de investigación, la justicia constitucional es atribuida a todos los jueces de primera instancia del sistema judicial², una mirada a la construcción de la idea y práctica de la soberanía, el ordenamiento jurídico y la función. Después analizaremos a qué nos referimos con derechos, tanto la expresión de fundamentales como el catálogo amplio que consta en nuestra actual Constitución de la República, una radiografía de los derechos immanentes al ser humano, en este caso al ciudadano y ciudadana ecuatorianos, los derechos de la naturaleza y demás aspectos individuales y colectivos que se tipifican en el año 2008 con la Asamblea Constituyente. Finalmente nos interesa abordar la garantía existente en la Constitución en materia de amparo a los derechos, es decir la acción de protección como instrumento real de demanda de derechos vulnerados, sus principios orientadores, su procedimiento y el accionar de los jueces frente al espíritu de funcionamiento y finalidad esencial de esta garantía.

2.2.2.2 TEORÍA POLÍTICA DEL ESTADO

Las sociedades han conocido a lo largo de su historia, una serie de cambios en la titularidad del poder y su ejercicio, éste ha venido cruzando etapas, que van desde el poder ostentado y ejercido por quien tiene conexiones divinas o poderes personales en razón de fuerza, edad, conocimiento, fortunas u otra condición “excepcional”; hasta llegar al poder impersonal de la ley; resultando lo último, por la extinción de la sociedad feudal y nacimiento de la sociedad

² Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 7.- Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos.

liberal, teniendo como medio para su funcionamiento la construcción del Estado Moderno.

Esta ficción del poder del pueblo manifestado en ley, se lo hacía a través de la democracia representativa, instrumento preconizado por la ideología de una clase social que se abría paso, en búsqueda del poder; y con él, el acceso a la propiedad garantizada en norma jurídica; este traslado de la soberanía constituyó el principio de su enajenación, por tanto se convierte la ley en la declaración del poder político y económico de la clase dominante, resultando en la práctica una igualdad formal de las personas.

Si bien, para varios teóricos comprometidos en el novísimo estado burgués, ésta era la fórmula nueva de pacto social, para otros como Rousseau, por el contrario señalaban, que la soberanía no se enajenaba y esta debe practicarse a la forma del ágora directa e indelegable; "...no siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, nunca se puede enajenar, y que el Soberano, que es un ente colectivo, sólo puede estar representado por sí mismo, el poder bien puede trasmitirse pero la voluntad no" (ROUSSEAU: 2012).

Es decir que en el estado de derecho, o civil (ROUSSEAU: 2012), los intereses ilimitados de personas o de grupos ceden ante el interés soberano y su voluntad, mal podría ser al contrario, porque rompería el cuerpo político utilizando palabras del autor citado.

Por otro lado, este proceder de titularidad y ejercicio del poder, hasta llegar al poder impersonal; fue caminando paulatinamente en occidente con altos y bajos; a partir de la democracia esclavista Greco Romana; degenerando en el Medioevo con el otorgamiento de derechos para el pueblo llano por parte del monarca; pasando luego a la negociación de derechos, es decir entre pares, en el cual el Rey ya no otorgaba derechos sino, que los negociaba; y por último el Rey obra sometido también a una voluntad general manifestada en norma jurídica (TAMAYO Y SALMORÁN: 1998).

Pero, el proceso anterior no termina ahí, debe tomarse en consideración que en el asentamiento de las colonias norteamericanas, la constitución se torna en acto creacional de la comunidad, no solamente de organización de la sociedad;

sino se convierte en la partida de nacimiento de la comunidad (TAMAYO Y SALMORÁN: 1998); este hecho es fundamental tomar en consideración toda vez que una reforma constitucional, consistiría en una refundación social, en el pacto siempre renovado, que no procede por la vía ordinaria de reforma de ley, en tanto no considerar la constitución como un instrumento jurídico solamente, sino un pacto político.

En tal sentido, la rigidez de los textos constitucionales cumple una función especial, de garantizar que no se produzca una ilegítima suplantación de la soberanía popular; a más como se señaló anteriormente, una reforma constitucional, “por más ‘marginal’ que sea desde un punto de vista axiológico produce una nueva Constitución” (GUASTINI: 2001). Es una renovación del pacto que debe hacerse de forma constituyente. Así la garantía de la manifestación popular, plasmada en constitución, se efectúa de varias formas: una que tienen que ver con los procesos de reforma o enmienda constitucional, que en el caso ecuatoriano, todavía se deja a los poderes constituidos, y, otra a través de garantías de tipo normativo y jurisdiccional que junto a principios de aplicación de derechos, dan posibilidad al administrador de justicia, no aplicar normas jurídicas o cualquier acto público o privado que, se encuentre confrontado con la norma constitucional.³ “Se puede decir que la Constitución es fuente de derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para regular directamente no solo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones entre particulares, y son, por tanto, susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (y no exclusivamente por parte del juez constitucional).” (GUASTINI: 2001)

Esto no debe significar en ningún sentido, que el administrador de justicia ordinario o especial de control de constitucionalidad, esté investido de soberanía popular, por el contrario, se encuentra en la obligación de conformar la norma constitucional con el hecho, o norma supeditada a ella, y no más allá. El Juez creador de derecho, más aún constitucional, de forma arbitraria y libre que actúe a través de valoraciones puede constituir un riesgo aun mayor que

³ Consta los principios de aplicación de derechos en el artículo 11; las garantías constitucionales en el título tercero de la constitución.

los defectos imputables al estado legislativo al cual se pretende superar. Por tanto, sino no cabe una adecuación literal de norma constitucional, una sentencia debe fundamentarse en máximas según el punto de vista del interés general o, en caso de intereses enfrentados, según el interés fundamental (ALEXY: 2007).

Es menester, para sostener lo dicho, reiterar el sentido de soberanía, como el ejercicio y manifestación de voluntad y participación general, no posible de ser enajenado y reivindicable en todo momento. Ahora bien este ejercicio se encuentra con ciertas dificultades de orden práctico, que nos empuja a caer en la representación; pero es evidente que tal representación, tienen un carácter de mandato, a modo del encargo que nos refiere el derecho civil; a más de una serie de mecanismos que se pueden optar por el control de los órganos de poder público y quienes desempeñan un servicio público.

2.2.2.3 LA SOBERANÍA COMO PRINCIPIO DE AUTORIDAD.

Si bien la voluntad popular, puede para muchos no tener el carácter sustancial, y más bien obedece a manifestaciones, deseos y aspiraciones no siempre ligadas a la racionalidad, y se inspira en la satisfacción inmediata de deseos vitales. “Este es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del estado; es decir, la anulación de la espontaneidad histórica; que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destino humanos” (ORTEGA Y GASSET: 1989) “La masa se dice: “El Estado soy yo”, lo cual es un perfecto error”. (ORTEGA Y GASSET: 1989) Planteamiento que pretende fundamentar la sociedad liberal, desde la visión de las capacidades y destellos individuales de seres humanos superiores; al pueblo no se lo puede corromper (ROUSSEAU: 2012), se lo podrá engañar pero no corromper, a más de poder ser un único momento de pronunciamiento de quienes se encuentran en el callejón de la sociedad. De todos modos independientemente de la capacidad de los pueblos, son los ciudadanos los que viven bajo las condiciones de su acuerdo y ese conglomerado es donde actuará las normas.

Esto nos lleva a plantear una serie de riesgos que puede acarrear el modelo de estado judicial desde varias perspectivas: una desde la posibilidad de arrogarse para sí un Juez la soberanía popular en el ejercicio de sus funciones; atentar contra el ordenamiento jurídico, no sólo desde su jerarquía sino también pueden verse afectadas las normas de procedimiento; la 'humanización' del juez acarrea una serie de valorizaciones de orden personal, que las amplía de forma directa o indirecta con la forma de ver la sociedad a la que se debe, tendríamos un juez justiciero, y no juez de derecho; con una noción muy particular de ver la justicia y la posibilidad de convertirse en un actor político, ante la ausencia de procedimientos de fiscalización de sus acciones, entre los principales que podríamos anotar.

2.2.2.4 LA SOBERANÍA POPULAR

Un poco para introducirnos en la temática, se planteó brevemente una serie de ideas, con respecto a la soberanía popular, manifestada en un texto constitucional; y como ella, se puede ver amenazada desde los órganos constituidos emanados por la carta.

El Estado como ente jurídico, sometido a un ordenamiento legal, cuyo contenido es la manifestación de una voluntad e interés de grupos determinados, convirtiéndolo en instrumento para el dominio, a tal punto que su texto leído con detenimiento es la manifestación de determinado interés; no habrá en tanto norma desinteresada y amoral. "Según Marx, el Estado es un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra, es la creación del "orden" que legaliza y afianza esta opresión, amortiguando los choques entre las clases" (LENIN: 1970). Ahora bien, cuando podríamos señalar que estamos ante un Estado en el cual el ordenamiento jurídico contiene un interés legítimo, social, de la clase postergada u oprimida por un determinado status quo, vigente y como se manifiesta esa voluntad, será a través de una "constitución entendida como fruto del poder constituyente, legitimada democráticamente, plenamente normativa y cuyo objetivo es materializar la voluntad de los pueblos expresada en el uso de su poder (constituyente)" (VICIANO: 2012). Por tanto esa voluntad sea general, debe

ser nítida y sin posibilidad de alterarse por los órganos que la crea. No obstante si se lograría una carta constitutiva o proceso constituyente, que refleje esa voluntad, tanto más legítima e idónea resulta la carta constitucional.

Es tan sustancial esta manifestación, no solamente por el contenido, sino por el procedimiento que debe seguirse (VICIANO: 2012), ya que de él deviene el grado de participación, siendo por tanto experiencias sociales especiales, únicas, irrepetibles en muchos casos no pudiendo ser homologadas. A esta experiencia no se puede otorgar paternidad de ninguna naturaleza (VICIANO: 2012), en tanto puede obedecer a un proceso político e ideológico determinado. En este sentido, tal manifestación no podría de ninguna forma ser alterada o falseada por persona u organismo que nacen a partir de ella.

Sin embargo, a pesar de esto, el ejercicio del poder nos ha demostrado de forma repetitiva a través de la historia lo insuficiente y desvalido que se torna un texto constitucional, cuando su contenido está en oposición al interés particular o de grupo; suscitando la existencia de una constitución formal no material, es decir un texto declarativo, no pragmático, muerto en contraposición a constitución viva (GUASTINI: 2001) Pero este alejamiento de la voluntad popular es arbitrario, su fuente es el abuso, y constituye una alteración grotesca del fin social, cuando esto ocurre la mirada garantista con objetivo de estado de bienestar individual y colectivo se ve difusa.

Desde la óptica de los jueces constitucionales desarrollado en su resolución, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, el Ecuador vive un modelo constitucional diferente a los modelos históricamente adoptados y camina hacia el modelos de los Estados Unidos, donde los jueces a través del control constitucional crean derecho;⁴ Por tanto, los jueces se encuentran investidos de soberanía;⁵ pero este traslado de la soberanía no es siquiera por vía de representación directa, sino por designación de órgano constituido, tanto en los Estados Unidos, como en el Ecuador.

⁴ Corte Constitucional, Resolución publicada en Registro Oficial nro. 449, de 20 de octubre de 2008

⁵ Sus resoluciones ya no serán en nombre de la república y por autoridad de la ley; sino en nombre del Pueblo Ecuatoriano.

Pero, la diferencia esencial entre el sistema common law Inglés con el nuestro, es que la noción del derecho en el primer caso, tiene que ver con la aceptación de tradiciones del pueblo anglosajón, inclúyase luego las colonias en continente americano, las mismas que devienen históricamente de la negociación del monarca con el pueblo, aceptando un conjunto de derechos de las personas, plasmados de forma escrita o no, es decir no legislados de forma específica.

“El derecho “consuetudinario” era una derecho de excepción o de clase: un derecho para los comerciantes, para las transacciones comerciales y bancarias y para los gremios de artesanos y hombres de empresa. Este derecho nació de la costumbre desarrollada por los propios comerciantes y corporaciones y especialmente de la práctica judicial. Los jueces aplicaban lo que consideraban costumbre y así decidían las controversias.” (TAMAYO Y SALMORÁN: 1998).

A tal punto que podríamos identificar al derecho consuetudinario como derecho de creación judicial, eminentemente negociable en función de las prácticas de los grupos humanos antiguos de pueblo anglo y sajón; por tanto el derecho tenía la necesidad ineludible de ampliarse a través de la actuación judicial de forma forzosa, y así crear precedentes que se vinculen a casos análogos; igual sucede con el texto constitucional norteamericana que no tienen ni un tercio del contenido que tienen la constitución ecuatoriano⁶. Es decir una abundante y suficiente legislación, que más bien restringe la actuación del administrador de justicia.

No se puede negar de manera alguna que todo derecho, incluido el derecho romano inició en base a normas de orden consuetudinario (OLANDO: 2008) su influencia continuó durante la edad media, pero en menor medida como fuente en el derecho romano; sin embargo en el norte de Francia, conservó el carácter

⁶ La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica contiene siete (7) artículos originales y veintisiete (27) enmiendas. La Constitución de la República del Ecuador contiene cuatrocientos cuarenta y cuatro (444) artículos y treinta (30) disposiciones transitorias. Sin querer hacer ningún juicio de valor o comparación negativa de una sobre otra, sino exclusivamente una observación cuantificada de la normativa contenida en cada Constitución nacional.

de fuente preferida por los jueces (OLANDO: 2008); mientras que en el derecho inglés su influencia fue decisiva (OLANDO: 2008).

Debemos anotar también, que el sistema jurídico anglosajón cuyo sustento filosófico es el pragmatismo, posibilita la existencia de un sistema liberal en lo económico y social, cosa que no sucede con la constitución ecuatoriana, que busca una alterativa al modelo económico liberal y por tanto, muchas de las disposiciones en general de orden público no admiten negociación, el papel del estado en todos los ámbitos de la vida individual y colectivo es preponderante, en el modelo establecido en Ecuador.

Ahora bien, de lo dicho se puede colegir que la isla inglesa se mantuvo inmune a las influencias del derecho continental romano, sin embargo esto no es del todo cierto, en cuanto a aspectos ontológicos, no así de procedimiento, “los cambios jurídicos en Inglaterra de los siglos XII y XIII y los últimos siglos de la república romana, resultan ser obra de juristas más que de legisladores, y el modo de expansión de su derecho fue por vía de interpretación judicial. El derecho romano y el inglés pasaron a ser lo que se puede denominar ‘derecho hecho por el juez y, al final, ambos sistemas ostentaron características de tal derecho” (TAMAYO Y SALMORÁN: 1998).

Estos dos grandes sistemas de preferencia en el orden de fuentes y desarrollo de derecho, fue trasladado al continente americano, adscribiéndose el Ecuador al sistema de fuente escrita y legal, materializada fundamentalmente en sus inicios en las expediciones de los Códigos Civiles de América latina; sistema del cual según el fallo de la Corte Constitucional nos alejamos. En definitiva lo que podríamos llamar el derecho aplicable en territorio continental y otro insular europeo, recorren diferentes caminos adscribiéndose el Ecuador como señalamos anteriormente al derecho continental, el cual desea abandonar, a más también de reconocer como derecho y formas de administración de justicia a la indígena.

Cuando a la idea de reconocer y obedecer la tradición y el estado de cosas operandi desde los ancestros, se une la idea de crear nuevas normas a través

del pacto social, normas fruto de la razón que le es inherente al ser humano⁷, y por tanto guiados por ella, es posible organizar la sociedad con fines específicos, y la consecución de formas de vida individual y colectiva determinada. Se convierte entonces la constitución a más de una norma de carácter jurídico, en un precepto con contenido político, como en nuestro caso, en el cual la constitución plantea la realización de un proyecto político específico y determinado por quienes reclaman y/o tienen espacios de poder.

En tanto, nuestro sistema de derecho proveniente fundamentalmente de legislación creada y aprobada bajo un procedimiento específico, abundante, aunque no suficiente, rigurosa no solo en su aplicación sino en su interpretación, cosa distinta insistimos sucede en el sistema common law, en el cual el derecho no es puramente normativo, al respecto Julio Fernández Bulté, al referir la obra del jurista norteamericano Roscoe Pound, nos clarifica diciendo: "...para él, el derecho no es solo un conjunto normativo, sino su verdadera realización en la vida social, por medio de las sentencias, de la realización de las realidades jurídicas, de la aplicación o lo que hoy llamaríamos la real realización del derecho" (BULTÉ: 2005).

En tal sentido, la actuación del juez en el sistema common law, como actor fundamental de la creación de derecho es una situación forzosa, por las razones esgrimidas. En tanto que la actuación del juez del Ecuador no puede de ninguna forma ser la misma, atado como está el derecho escrito, legislado y cuya legislación se encuentra legitimada por el traslado de soberanía al legislador sea constituyente u ordinario, por tanto se puede concluir que el Juez al actuar en la forma establecida en el fallo, se arroga soberanía, rompiendo las reglas del Estado de Derecho.

Si bien el pos positivismo, como actualmente es denominado el Neo constitucionalismo, entre otras formas de identificación de esta corriente teórica, ve en la ciencia jurídica y su expresión práctica la fórmula para resolver los problemas de la humanidad, que desde el punto de vista epistemológico y ontológico, es justificable como tarea de la ciencia: "La ciencia aparece cada

⁷ Las normas jurídicas como producto de la razón, son postulados del derecho natural, susceptibles de ser universalizados y generalizados, tal concepción fue básica para el nacimiento del estado moderno, legislativo.

vez más involucrada en cuestiones tales como, por ejemplo, la gestión de los recursos renovables, el cambio social, la pobreza, el desarrollo y, por supuesto, la generación en la producción del conocimiento” (RODRÍGUEZ: 2012). Sin embargo, el derecho como expresión humana, no deja de ser una declaración de interés, que deviene de las condiciones materiales de vida que la sociedad en un momento de su historia elige, adapta o está condicionada por la realidad a vivirla.

Ahora bien, parece una realidad indiscutible que el Derecho es el resultado de la secuencia de dos actividades: legislar e interpretar (GUASTINI: 2010), actividades que en el estado legislativo le eran privativas a la función legislativa, más aún si el sistema era de separación de los poderes públicos, donde existe un grado de especialización de la actividad y también de carácter privativo; en nuestro sistema de división de poderes, donde se comparte funciones, no es de extrañar que la función ejecutiva, tenga facultades legislativas, y la función judicial tenga facultades del interpretar la legislación. Sin embargo y ¿dónde se encontraría la dificultad? Está en la posibilidad de crear derecho por parte del juez, que es propiamente la de legislar; y por otro, la mecanismos de interpretación de los textos jurídicos.

La existencia de un juez legislador haría innecesaria la existencia de la función legislativa, aunque legisle por excepción, o argumentando el desarrollo de la voluntad del constituyente plasmada en norma constitucional, por tanto, esta legislación no diferiría de la administración del estado medieval, legislación en base a un orden divino o natural.

Es que parece claro el número de interrogantes que se abren, cuestionamiento de orden: epistemológico, en cuanto al camino a seguir y reglas a obedecer para una interpretación jurídica y evitar la arbitrariedad; en el orden ético, sobre el derecho justo, y/o correcto, ya que asumimos como irreal la aplicación de normas en todos los casos, tal cual son emanadas por el legislador y nos encontramos indefectiblemente ante creaciones judiciales del derecho (ALEXY: 2007), en tanto el cuestionamiento final será la arbitrariedad que puede tener el Juzgador al momento de resolver y no se convierta en un organismo de

garantía de un estado de justicia, sino la expresión de un poder histórico determinado.

Por lo expuesto, es que en la ciencia del derecho, nos preguntamos o mejor dicho fue el iusfilósofo Inglés Ronald Dworkin, quien planteó la interrogante, si es posible encontrar una respuesta única y por tanto “verdadera”, ante un hecho controvertible puesto a conocimiento de un juzgador. Esto trajo consecuencias incalculables en la epistemología del derecho, como por ejemplo el criterio de verdad, si es que élla es posible, o si de acuerdo a Kuhn, las explicaciones científicas son meras construcciones sociológicas, válidas para cierta época que no tienen un significado absoluto, sino que son simplemente las teorías necesariamente falsables (Popper) que consiguen el consenso (paradigma de Kuhn), (CASTRO: 2002).

Es por esta razón que podríamos señalar nos revelamos ante la búsqueda de la verdad en el derecho, a cambio de certezas o de un consenso. Es esta búsqueda del consenso es la que va a direccionar la filosofía de la ciencia jurídica y no de élla exclusivamente sino de la ciencia en general, así el lenguaje, la semántica deja de ser solo un medio de transferir ideas, sino un lazo insoluble y determinante de la vida humana.

2.2.2.5 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, se caracteriza por erradicar el monopolio de creación jurídica en el parlamento, no sólo en la creación de contenidos jurídicos sustantivos, sino adjetivos o de procedimiento; sin embargo se mantiene intacto el sistema jurídico y su jerarquía, las clases de normas jurídicas, etc. Esta ampliación de capacidades legislativas se da no solamente al poder ejecutivo, a través de la emisión de las denominadas políticas públicas; también se las da a los jueces a través de sentencias que garanticen ‘el ejercicio o goce de un derecho’ en aplicación directa de norma constitucional; alterando el sistema de fuentes, elevando a la jurisprudencia constitucional como el principal alimento del derecho.

Esto produce un estado de inestabilidad en todos los órdenes y puede dispersar el derecho; en tanto, se debe exigir dado el nuevo rol del juez, criterios de racionalidad en la toma de sus decisiones. “La crisis del derecho en la postmodernidad puede de esta manera, identificarse como la necesidad de encontrar categorías que permitan ordenar y servir de marcos de referencia para la interpretación y la acción jurídicamente relevante en los distintos operadores jurídicos” (CASTAÑO: 2005). El caso más relevante es la normatividad existente en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en especial del artículo 42 numerales 1 al 7, sobre las razones de improcedencia de la acción de protección, mismo que analizaremos con detalle más adelante.

Además, en el caso de las normas de derecho público, en las que se encuentren los Códigos de Procedimiento, textos garantistas del debido proceso; sin embargo pueden ser rebasadas no obstante a criterio de un juzgador salvaguardar un derecho constitucional superior, o en el peor de los casos reñido a la idea de justicia del juzgador; esta invalidación tácita de la norma jurídica de procedimiento, altera al estado de derecho, en dos aspectos sustanciales, el anotado en el punto anterior de arrogación de soberanía y otro de valoración subjetiva para un caso objetivo, que nunca podría considerarse de aplicación general; si bien se señala que ninguna administración de justicia puede prescindir de valoraciones, no es menos cierto que existen casos o debe buscarse una adecuación clara e incontrastable con las normas constitucionales y legales. “La tesis de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no hayan casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes” (ALEXY: 2007).

Se podría rebatir este planteamiento enunciando, que la actuación del juzgador que es un acto de ‘valoración’, debe guiarse por las reglas de interpretación constitucional; sin embargo, esto acarrea otra serie de interrogantes, tal el caso de cómo alcanzar un criterio de corrección, luego claro está de asumir que esto es posible, es decir que tener una posición cognoscitiva de creación judicial del

derecho (GUASTINI: 2010). Porque si es suficiente y obligatoria herramienta para el juzgador constitucional aplicar las reglas señaladas en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control de la Constitucionalidad; estaríamos ante una actuación positiva del derecho a la cual el nuevo sistema parece desear superar, al señalar que el derecho no se agota en un norma, el derecho es insuficiente, no avanza a regular todos los hechos y además de eso se moldea al caso a resolver.

Esta situación se agrava cuando no existe siquiera por razones obvias del sistema de derecho legislado, una forma de aplicación de justicia en base a precedentes judiciales, ya que las decisiones deben tener un fundamento constitucional o legal: “En el plano teórico, la eficacia directa de la constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, en lugar de, frente a, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento”⁸.

Esta facultad de alejamiento del juez de la ley, da la posibilidad de inaplicación de una norma jurídica sustantiva o adjetiva, como dijimos antes sin precedente judicial alguno, dejando en el limbo a la norma jurídica, ya que no la deroga, manteniendo un conjunto de normas existentes pero no vigentes, para un juzgador, y puede ser exclusivamente para el juez que resolvió un caso específico, no para la generalidad de los juzgadores ni de casos análogos, lo cual provoca desconcierto en la administración de justicia. Pero esto no es todo, ya que hablamos de ley, sin embargo se hace relevancia sobre la facultad de un juez de interpretar el texto normativo, es decir el encajonamiento no solo de normas sino de principios constitucionales para casos reales. Pero, ¿bajo qué principios operaría esta actuación judicial?: al parecer bajo la tesis de la argumentación jurídica;⁹ la misma que se sustenta en las teorías del discurso racional de Jurgen Habermas, para quien solo la fuerza del argumento puede en última instancia, producir la fundamentación de la verdad. (HABERMAS: 1998). Sin embargo al respecto Kaufmann señala: Los esfuerzos de

⁸ Corte Constitucional, Resolución publicada en Registro Oficial nro. 449, de 20 de octubre de 2008.

⁹ Refiero a la obra citada de Robert Alexi, Teoría de la argumentación jurídica.

Habermas, Apel, Hóffe y muchos otros por suministrar una fundamentación final, a los enunciados morales y jurídicos (y ciertamente de contenido), significan un exceso intelectual, que nadie puede alcanzar” (KAUFMANN: 2007), al menos en términos poblacionales de tendencia social, tanto para el caso ecuatoriano y latino, como para muchas sociedades de cortes históricos avanzados¹⁰

Siendo así y no zanjado este problema fundamental sobre la verdad, moral, justicia y su forma de encontrarla, nos abocamos a un proceder positivo, eso sin contar que asumir a la jurisprudencia constitucional como primera fuente de derecho, omitiendo que la misma es consecuencia de la normas positivas hace que la presencia del cuerpo legislativo sea innecesaria en este sistema, basta con la expedición de la constitución por parte del soberano, y ni siquiera eso, ya que se puede interpretar la constitución, para que lo demás sea desarrollado por los Jueces, incluyendo el control político.¹¹

Esta reacción al normativismo, nos lleva a posiciones no dichas en fallo alguno pero si relacionadas, tal el caso de los postulados de la Escuela de Derecho Libre. En la obra citada de Bulté señala:

“Una de estas direcciones de más clara impronta se encuentra en la llamada Escuela de Derecho Libre (Freirecth, en alemán) , cuyo principal exponente en Francia fue Geny, quien defendió, con un notable influencia stammteriana, que debía dejarse a los jueces un total arbitrio, en realidad un gran –ámbito de capacidad creadora- dentro de la cual pudiera resolver los litigios, aunque señalando que para ello no debía atenerse a sus caprichos u opiniones personales, sino a criterio que le dictarán los fines generales de la sociedad.” (BULTÉ: 2005).

Se dirá que el juez se encuentra sometido a la constitución y por lo tanto no existe tal arbitrio, pero en la misma lógica del derecho insuficiente ninguna constitución por si sola regularía todos los actos de la sociedad y del estado,

¹⁰ Véase la sentencia del Caso Garner, año 2014. La decisión de un gran jurado de no presentar cargos contra el agente de Policía neoyorquino Daniel Pantaleo, que asfixió hasta la muerte al joven afroamericano Eric Garner, en un hecho ocurrido el pasado 17 de julio.

¹¹ Imaginemos el sistema tal cual se lo describe, llevado a la práctica en nuestro Estado y sociedad ecuatoriana actuales.

por tanto necesariamente aparece la figura del juez creador, “un juez ideal al que Dworkin llama ‘Hércules, equipado con superman skill, learning, patience and acumen, es decir, con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas, estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta. Al juez real le corresponde la tarea de aproximarse a este ideal lo más posible” (ALEXY: 2010), sea a través de desarrollar principios constitucionales, o normas jurídicas constitucionales.

El problema radica que el estado legislativo pierde vigencia, por efecto no de un sistema jurídico determinado, sino de un sistema político económico que los condiciona y lo rige, tanto en el control del poder judicial como en los contenidos de la ley y la administración de justicia, a tal punto que muchos contenidos de derecho positivo es ‘justo’, no encontrando aplicación aun existiendo las vías para hacerlo.

2.2.2.6 EL DERECHO JUSTO

Además de los aspectos en teoría constitucional existen aristas relacionadas con teoría del derecho, en cuanto a la relación del derecho con la moral y el derecho justo, a sabiendas de que sobre este tema no existe consenso entre ius filósofos, tomando en consideración por un lado la relación ineludible entre estos dos conceptos, mientras que para el positivismo jurídico, “el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto ningún elemento de la moral” (ALEXY: 2010).

Así como en filosofía se transita entre posiciones marcadamente opuestas, idealismo versus materialismo; sucede algo parecido con el derecho cuya discusión ontológica la podríamos enunciar entre las tesis ius naturalistas y positivistas. En el primer caso considérese normas existentes anteriores al ser humano, inmutables, eternas o dadas por divinidad; o considérese también como normas provenientes de la razón como cualidad propiamente humana; por lo que las normas positivas no son sino un reflejo de ellas. O en el segundo caso, la negativa rotunda de la existencia de normas que no sean otras que las provenientes del convenio; y acuerdo de la voluntad que ejerce un poder

estatal, que considera ciertos intereses, actos y conductas y los ajusta a los contenidos de todo derecho, la materia prima en base del cual se construye un sistema jurídico.

Por tanto, el positivismo jurídico busco edificar un sistema limpio, puro, exento de ser utilizado para legitimar el poder sea divino o burgués;

“Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar, Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica” (KELSEN: 2000).

Sin embargo, no puede lograr tal emancipación, porque el derecho es manifestación de interés y de poder; pero de todos modos nos señala que los contenidos de la norma jurídica no obedece a un insalvable y fatídico orden causal, sino de imputación (KELSEN: 2000), y escrito a través de la convención, pero esta convención o pacto para la construcción de disposiciones legales se torna en el elemento más esencial, sin importar su contenido más que su creación, es decir la ley es ley aun siendo injusta por tanto de cumplimiento obligatorio, sin que no se deba a ningún derecho anterior o divino que más bien lo niega. “La fuerza obligatoria del derecho positivo solo puede fundarse precisamente en el hecho de que el derecho justo no es ni reconocible ni demostrable” (RADBRUCH: 2009). Además tenemos que tomar en consideración que la soberanía era trasladada, al poder legislativo quien tenía la suficiente fuerza y exclusividad en la creación jurídica, el derecho rompe relaciones con la moral y deja a la justicia en el campo de la discusión metafísica.

En éstas condiciones el administrador de justicia se convierte en un ser analítico, el cual ajusta sus resoluciones a la norma jurídica, sin otra consideración que no sea el contenido de la ley, y bajo el procedimiento señalado en la misma.

Sin embargo, tal forma de concebir el mundo, y evidentemente el derecho se verá abrumada ante la realidad del ser humano, no solo considerándolo como ser racional, sino también: volitivo, emotivo; intuitivo; pasional, abriendo paso de esta forma a una percepción irracionalista, que nos aleja del positivismo y un racionalismo idílico; y como Kaufmann aboga por un pluralismo en ciencia y filosofía (KAUFMANN: 2007). En el derecho resulta entonces que no es importante solo su proceso de creación, "auctoritas non veritas facit legem"¹² sino, su contenido, el fin que persigue; el derecho nuevamente se hermana con la justicia y la moral, siendo esto último en donde va a basar su validez, por tanto vale el derecho no en cuanto como la forma de su; sino por la adecuación de su contenido a la justicia y a la moral, sin que por ello sea acientífica e irracional; es decir se dota de valor a la norma jurídica, rompiendo el paradigma que lo científico debe ser lo cuantificable, e ingresa nuevamente los valores en la doctrina jurídica, esta relación derecho-moral, era negada por el positivismo kelseniano ya que: "El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a esta pregunta es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo." (KELSEN: 1992).

En estas circunstancias la función del administrador de justicia cambia, o posiblemente nunca cambió, sino se reconoció un modo de actuar que le estaba antes vedado. Recordemos que apartarse el juzgador de la disposición legal aplicable a un caso, constituye un tipo penal, el prevaricato es la camisa de fuerza del Juez.

Antes la disposición analítica del juzgador, pasa ahora a un procedimiento hermenéutico, antes inadmisibles para el juez. Pero esta 'humanización', del administrador de justicia, antes robotizado; acarrea una serie de valoraciones de orden personal, las mismas que las proyecta en sus decisiones, bajo la

¹² Traducido al castellano: "la autoridad, no la verdad, hace la ley", con la que el filósofo inglés Thomas Hobbes pretendía, ya entrado el siglo XVII, justificar el absolutismo empleando la razón

bandera de obrar de forma justa; tendríamos como se señaló en páginas anteriores un juez justiciero y no un juez de derecho.

Es por esta última afirmación, que el nuevo modelo no solo tiene implicaciones con la teoría constitucional; incluso contienen posiciones epistemológicas específicas; que van cambiando desde la aceptación de verdad a aquellos hechos plenamente verificables, objetivos, cuantificables, experimentables (GARCÍA: 1982); pasando a aquella verdad asumida de la práctica, de la producción de vida, de la utilidad, en la cual lo bueno no es sino lo útil (STUART MILL: 2000); y, por último, hermana nuevamente la justicia con el derecho, la verdad jurídica no radica exclusivamente en el contenido de la ley; sino también en el criterio del juzgador, “El lema decisivo es intersubjetividad y esto significa comprensión (que no es lo mismo que evidencia), verificabilidad, plausibilidad, por último y sobre todo capacidad de consenso” (KAUFMANN: 2007). La verdad ahora es consensuada entre seres dialogantes (HABERMAS: 1998).

Lo dicho se cobija en la experiencia anglo americana de aplicación del derecho, por tanto constituye un complicación teórica encasillar el modelo jurídico ecuatoriano, por un lado, con abundante legislación, construida bajo el imperio del positivismo, que da -no de forma completa, pero si suficiente- la herramientas necesarias a la sociedad para la realización de una sociedad nomocrática, aunque a criterio de los contrarios al positivismo no necesariamente justa.

2.2.2.7 PODER NO JURISDICCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es el máximo organismo de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, competencias que lo ubican como un órgano no sólo jurisdiccional, sino de control de los actos del poder público; como sucede en otros estados de derecho; (FERRAJOLI: 2006). Sin embargo, esta facultad de control político, denominada fiscalización correspondía fundamentalmente en el estado legislativo, a la asamblea; capacidad no perdida en las normas constitucionales ecuatorianas pero si

disminuidas al poder legislativo, entendiéndose que en el -ancien regime-¹³, la soberanía se trasladaba al legislador, a manera de representación, en unos casos de forma revocable, en otros no; es decir, que de cierta forma se producía una enajenación de la soberanía, punto de vista no adoptado en nuestra propuesta constitucional, la cual se adscribe a los postulados Roussonianos, la soberanía sin lugar a dudas radica el pueblo, de forma inajenable; por tal razón correspondía también de forma obligatoria la facultad de interpretar la ley.

En esta lógica y con fundamento en la importancia que da el sistema democrático de derecho a la participación ciudadana, exclusivamente el constituyente y ningún órgano, peor aún de aquellos que devienen de designación indirecta; es decir, que no sea fruto de un proceso de elección directa, tendría competencias de control de las normas y los actos que emanen de poder público o particular; si bien la eficacia de sistema jurídico radica esencialmente en la actuación de los jueces, quienes hacen efectivas las normas jurídicas constitucionales o legales, los textos jurídico no son ni pueden ser elaborados por otro que no sea el soberano. Es más el nuevo constitucionalismo no ve exclusivamente la dimensión jurídica como lo importante, sino en un primer orden la legitimidad democrática de la constitución: “el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la exterioridad de la constitución; es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza solo puede ser extrajurídica” (VICIANO: 2014).

Si el control de poder público en todas sus expresiones, sea a través de actos administrativos dispositivos, sea a través de actos normativos, no se pueden dar de forma efectiva y contundente, se ha vulnerado la existencia del estado de derecho, el cual se debe caracterizar por equilibrar las relaciones de poder y ajustar a la voluntad del pueblo.

Cuando las relaciones de poder se dan de tal forma que una persona o institución, lleva a efecto y materializa su voluntad, aún con la anuencia, y peor

¹³ Traducido al castellano Antiguo Régimen: del francés *Ancien regime*, término que los revolucionarios franceses utilizaron para designar al sistema de gobierno anterior a la Revolución francesa de 1789 y la monarquía absoluta de Luis XVI.

con resistencia de los quienes son afectados por élla, nos encontramos ante una relación de poder y no de derecho (BODENHEIMER: 2005).

En cuanto a sus capacidades jurisdiccionales, específicamente de administración de justicia en materia constitucional, entre las garantías jurisdiccionales establecidos en la constitución del Ecuador, encontramos la acción extraordinaria de protección; la misma que ataca autos y sentencias definitivas y ejecutoriados emanados por la justicia ordinaria; por tanto la Corte Constitucional a más de Suprema Corte al estilo norteamericano de control de los poderes públicos, en tribunal extraordinario de última decisión, en la administrar justicia en general.

En el Estado constitucional de derechos, la norma constitucional, es un cuerpo jurídico, sustantivo de contenido material cuya aplicación es directa e inmediata de derechos y principios establecidos en élla. Lo cual no significa que la constitución haya perdido un contenido político ideológico; en tanto establece un proyecto de país específico,¹⁴ en buena medida adoptado por el constituyente y al cual se deben encasillar los actos de los administradores públicos, entre los cuales se encuentra la Corte Constitucional y sus integrantes, más aun siendo un organismo de control de la constitucionalidad de los todos actos de poder público; es decir, cumple el objetivo de garantizar la existencia de un estado de derecho, a través del sometimiento del poder a la ley.

2.2.2.8 DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Podemos manifestar con palabras directas que al referirnos a derechos constitucionales estamos hablando de aquellos que devienen directamente del texto emanado por la Constitución de una República construida preferentemente desde una Asamblea Nacional Constituyente, tal es el caso ecuatoriano, símil a varios en el territorio latinoamericano. Es decir son

¹⁴ En las tesis sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, es conveniente avanzar en su concepción no solamente a los aspectos de forma de desarrollo del contenido del articulado constitucional, sino al planteamiento de una nueva cosmovisión, que quiere tomar distancia de occidente y del eurocentrismo que en temas constitucionales se ha desarrollado en la historia, esta nueva cosmovisión en Ecuador se puede titular como el Sumak Kawsay.

derechos que se han constituido en un contexto histórico determinado y se han reunido en una especie de catálogo que permite su especificación, declaración y tutela. Aun así cuando se refiere a derechos constitucionales la categoría es demasiado amplia, puede ser esta constitución que los reúne un texto declarativo, un texto reducido sin enunciados o hasta un texto sin derechos establecidos. Derechos constitucionales no necesariamente son sinónimo de derechos vinculados a la elevación de fundamentales y propios de las personas y la naturaleza, recordemos que los primeros modelos constitucionales estaban asociados a las monarquías, y por ende no anteponían los derechos humanos a los intereses del Estado. Por ello es importante analizar además, el tipo de Estado que emite una u otra forma de constitucionalismo y una u otra forma de catálogo de derechos, “las constituciones recogen los grandes proyectos de una nación, y en ello no hay recetas universales” (CARBONELL: 2010), cada sociedad ha sabido moldear o luchar –en su caso- la forma jurídica que refleja la forma social histórica resultante. Esto no significa que siguiendo la premisa de Ferrajoli los ciudadanos del mundo no busquemos una respuesta símil a los problemas de la vida y los problemas sociales, una noción general de reacción al modelo que se antepone a los derechos también de una manera peculiarmente homogénea, por lo cual demanda de la sociedad una postura común “El constitucionalismo democrático, el constitucionalismo progresista, el constitucionalismo del siglo XXI, debe tener una fuerte aspiración cosmopolita. Un constitucionalismo encerrado en el Estado constitucional es un proto-constitucionalismo” (CARBONELL: 2010).

2.2.2.9 LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.

La noción que se configuró en la Constitución de la República del Ecuador que define al Estado ecuatoriano como “...un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”¹⁵ llevaron al modelo nacional jurídico a confrontarse ante un reto, la posibilidad de saltar desde el tradicional estado legalista propio del

¹⁵ Artículo 1 de la Constitución vigente de la República del Ecuador, 2008.

positivismo jurídico moderno a un nuevo modelo Neoconstitucional o post-positivista que anteponga los derechos constitucionales frente a cualquier norma limitada. Esto no se da por casualidad, mientras esta corriente surge en principalmente en Europa como respuesta post guerra a los regímenes fascistas de la época media del siglo pasado¹⁶, “las razones que explican o justifican la existencia de una justicia constitucional en Ecuador, están estrechamente relacionadas al desarrollo general del control constitucional en el mundo occidental, particularmente en aquellos lugares donde se produce la teoría transnacional del Derecho” (MONTAÑA: 2012). Con esto no queremos reproducir las deliberadas y prejuiciosas premisas que rumorán que el modelo constitucional ecuatoriano es una copia europea, de ninguna manera, el Ecuador como muchos países latinoamericanos vivió sus propios conflictos y creó muchas de sus propias soluciones “las grandes guerras, en todo caso, no solo generaron condiciones para un nuevo pacto social en algunos países centrales. Al debilitar a las viejas potencias imperiales, de hecho, abrieron en la periferia un proceso de relativa descolonización” (PISARELLO: 2012).

El Ecuador en cuanto construía su Estado constitucional de derechos y justicia superaba tres décadas de apogeo neoliberal e implementación de modelos de debilitamiento estatal frente a lo privado, mismos que llevaron a la nación a una profunda crisis, económica, social y obviamente jurídica. Es así como unificamos varios elementos dispersos, la influencia de la perspectiva de derechos humanos desarrollados a escala global, la idea de derechos fundamentales resultado de sociedades que vivieron el sufrimiento de la guerra, la disputa de sectores étnicos por su reconocimiento y además incorporamos elementos de avanzada como los derechos de la naturaleza, sin sujeto específico pero con suficientes instrumentos para la defensa de ésta.

¹⁶ Hitler en Alemania, Mussolini en Italia y Franco en España.

2.2.2.10 DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y SU PRINCIPIO DE APLICACIÓN.

Deberemos analizar de una manera anti arbitraria lo que podría ser una propuesta de catálogo de derechos que están regados a lo largo de todo el texto de la Constitución de la República del Ecuador construida a través de Asamblea Nacional Constituyente el año 2008, década naciente del nuevo siglo. Debiendo aclarar que en el documento constitucional los mismos no están ni mínimamente acercado a ser escritos en forma de catálogos, “el constituyente en Montecristi, consideró que lo más conveniente era adoptar una posición flexible y abierta, sin comprometerse en una definición cerrada y excluyente de los derechos, para dejar al dominio de la interpretación constitucional, frente a cada situación o caso” (MONTAÑA: 2012).

Y si bien es cierto por medio de los diversos modos de interpretación constitucional el problema de determinación de cuáles son los derechos constitucionales está a cargo de las justicia constitucional, de todos modos como hemos manifestado, eso no significa que no estén claramente identificables varios grupos de derechos que debemos enunciar en el presente trabajo.

2.2.2.11 Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

La Constitución de la República establece entre los artículos 35 y 51 los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, así en el artículo 35 establece “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”

En torno a los adultos mayores, sean éstos hombres o mujeres el artículo 36 expresa “Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad”, reconociendo un grupo expreso de derechos en el artículo 37 “1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas; 2. El trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones; 3. La jubilación universal; 4. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos; 5. Exenciones en el régimen tributario; 6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley; y, 7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento.

Sobre los Jóvenes la Constitución de la República en su artículo 39 manifiesta “El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público. El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento”.

En torno a las personas migrantes, el artículo 40 expresa “Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. El Estado, a través de las entidades correspondientes, desarrollará entre otras las siguientes acciones para el ejercicio de los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria: 1. Ofrecerá asistencia a ellas y a sus familias, ya sea que éstas residan en el exterior o en el país; 2. Ofrecerá

atención, servicios de asesoría y protección integral para que puedan ejercer libremente sus derechos; 3. Precautelaré sus derechos cuando, por cualquier razón, hayan sido privadas de su libertad en el exterior; 4. Promoveré sus vínculos con el Ecuador, facilitaré la reunificación familiar y estimularé el retorno voluntario; 5. Mantendré la confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior; 6. Protegeré las familias transnacionales y los derechos de sus miembros.

Sobre los asilados o refugiados también existe normativa en materia de derechos, el artículo 41 de la Constitución manifiesta “Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad. El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley”

Las mujeres embarazadas disponen de algunos derechos pertinentes a su condición procreativa durante y después del embarazo, el artículo 43 de la Constitución dice “El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral; 2. La gratuidad de los servicios de salud materna; 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; y, 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

Sobre los niños, niñas y adolescentes, dentro de la misma categoría de atención prioritaria que estamos exponiendo la Constitución reúne un fuerte

compilado de derechos claramente expresos y tipificados en las normas, el artículo 44 define “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales” así mismo continúa la carta magna del Ecuador con el artículo 45 “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. Finalmente sobre la niñez y adolescencia el Estado de manera más progresiva establece varias medidas a tomar que apongán en vigencia los derechos enunciados, es así que en el artículo. 46 manda “El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.;
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se

implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral; 3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad; 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones; 5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo; 6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias; 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos; 8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad; y, 9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

Sobre las personas con discapacidad se declaran los derechos en el artículo 47 de la Constitución “El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: 1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida; 2. La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirán las correspondientes ayudas técnicas; 3.

Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos; 4. Exenciones en el régimen tributarlo; 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas; 6. Una vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana. Las personas con discapacidad que no puedan ser atendidas por sus familiares durante el día, o que no tengan donde residir de forma permanente, dispondrán de centros de acogida para su albergue; 7. Una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones. Se garantizará su educación dentro de la educación regular. Los planteles regulares incorporarán trato diferenciado y los de atención especial la educación especializada. Los establecimientos educativos cumplirán normas de accesibilidad para personas con discapacidad e implementarán un sistema de becas que responda a las condiciones económicas de este grupo; 8. La educación especializada para las personas con discapacidad intelectual y el fomento de sus capacidades mediante la creación de centros educativos y programas de enseñanza específicos; 9. La atención psicológica gratuita para las personas con discapacidad y sus familias, en particular en caso de discapacidad intelectual; 10. El acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios. Se eliminarán las barreras arquitectónicas; y, 11. El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille”. De la misma manera que con otros grupos el Estado adoptará medidas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, estas medidas se localizan en el artículo 49 de la Constitución de la República.

Sobre las personas con enfermedades catastróficas el artículo 50 de la Constitución ordena “El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente” y finalmente respecto a las personas privadas de la libertad en el artículo 51 se

expresan sus derechos “1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria; 2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho; 3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad; 4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad; 5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas; 6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad; 7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia”

2.2.2.12 Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Al ser el Ecuador un Estado intercultural y laico, y dentro de su geografía viven y en muchos casos conviven varias etnias y culturas, la Constitución de la República reconoce como mandato social a todos los ciudadanos un grupo específico de derechos -denominados derechos colectivos- además de los derechos comunes a todos los habitantes del territorio nacional, estos derechos específicos colectivos se encuentran en el artículo 56 y siguientes de la carta magna; el primero de estos artículos manifiesta “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. El siguiente, artículo 57 enuncia uno a uno los derechos: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural; 3. El reconocimiento, reparación y

resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación; 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos; 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita; 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras; 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley; 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad; 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral; 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales; 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas; 13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y

preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto; 14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas; 15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización; 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado; 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos; 18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales; 19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen; 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley; 21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Es importante en este caso específico resaltar que la Constitución hace un reconocimiento expreso de los derechos aprobados por tratados internacionales, en especial los relativos a los derechos humanos o tratados suscritos en materia de identidades, culturas, fronteras, zonas de protección, entre otras. Los artículos 58, 59 y 60 establecen claramente tales declaraciones: “Art. 58.- Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos; Art. 59.- Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley; y, Art. 60.- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial”

2.2.2.13 Derechos de participación.

Sobre estos derechos la Constitución de 2008 amplió el espectro vigente hasta la fecha, tanto en lo correspondiente a la elección como a los candidatos y candidatas. En general el artículo 61 otorga los siguientes derechos de participación las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: “1. Elegir y ser elegidos; 2. Participar en los asuntos de interés público; 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa; 4. Ser consultados; 5. Fiscalizar los actos del poder público; 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular; 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y

participación intergeneracional; y, 8. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable”

Sobre los votantes y el ejercicio del mismo, el artículo 62 enuncia “Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones: 1. El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada; y, 2. El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años, las ecuatorianas y 46 ecuatorianos que habitan en el exterior, los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y las personas con discapacidad.”

Es clara la ley cuando establece el derecho de las personas migrantes en el exterior a ejercer el mismo derecho que los ciudadanos habitantes en el territorio nacional así en el artículo 63 dice “Las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior tienen derecho a elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción del exterior; y podrán ser elegidos para cualquier cargo. Las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años”

Finalmente en este tema sobre el derecho de género entre hombres y mujeres, desde la constitución como norma principal para toda la estructura jurídica del Estado y las instituciones se ordena en el artículo 65 lo correspondiente al derecho de equidad de género, y sus derivaciones de paridad y alternancia, manifiesta “El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su

participación alternada y secuencial. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados”

2.2.2.14 Derechos de libertad.

En las esferas jurídicas se presume que estos derechos de libertad son los únicos reclamables en vía constitucional, ya que aparentemente son los más claros de identificar a nivel de norma positivada expresa. Tal presunción es falsa, ya que todo tipo de derecho declarado en listas o no, catalogado o no, puede ser demandado en caso de haberse vulnerado o violado el mismo. Los derechos más generales o derechos de libertad del ciudadano y ciudadana ecuatorianos se encuentran tipificados en el artículo 66 de la Constitución siendo los siguientes: “1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte; 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios; 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes. d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos; 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás; 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones; 7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por

medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario; 8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia; 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras; 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener; 11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica; 12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza. Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar; 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria; 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados; 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; 16. El derecho a la libertad de contratación; 17. El derecho a la libertad de trabajo.

Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley; 18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona; 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley; 20. El derecho a la intimidad personal y familiar; 21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación; 22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley; 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo; 24. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad; 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características; 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas; 27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza; 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales; 29. Los derechos de libertad también incluyen: a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres. b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas

sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad. c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”

Sobre la familia el Estado reconoce varios derechos tanto a los individuos que conforman el núcleo familiar como a la familia como tal, los artículos 67 y 68 realiza una declaración general: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” y “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.” Vale destacar que en el país ha habido una discusión sobre la posibilidad de matrimonio y adopción entre parejas del mismo sexo, discusión que aún se halla abierta.

Los derechos de la familia y sus integrantes se tipifican en el artículo 69, de esta manera: “Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo; 2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar; 3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la

toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes; 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos; 6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción; y, 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

2.2.2.15 Derechos de la naturaleza.

Este ha sido uno de los aspectos más innovadores de la Constitución de la República del Ecuador, el otorgamiento de derechos con indeterminación de sujeto, es decir con un ente que es claramente identificable en cualquiera de sus manifestaciones tangibles, pero que no tiene capacidad de ejercicio de una acción, por ello además del otorgamiento de derechos específicos, la naturaleza recibe de la carta magna la posibilidad de representación de las personas, a título individual o como parte de colectivos para demandar sus derechos vulnerados. El artículo 71 declara “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema” La Constitución continúa además con una dimensión temporal ampliada, no sólo a los sucesos presentes, sino a la restauración de lo que ya ha venido sucediendo contra el ambiente en hechos pasados, el artículo 72 encara ello: “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta

restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”

2.2.2.16 Derechos de protección.

Antes conocidos en la Constitución de 1998 como derechos del debido proceso, son aquellos que garantizan a las personas normas mínimas para el establecimiento de procesos judiciales y administrativos, se clasifican en los derechos de protección generales inmanentes a todas las personas y derechos de protección de personas privadas de la libertad por asuntos penales. Sobre los primeros el artículo 76 los enlista: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria; 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora; 6.

La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

Y aquellos que tienen que ver con los procedimientos penales hacia personas que han sido privadas de libertad, antes durante y después de una sentencia, sean éstos inocentes o culpables: “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. 2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos. 3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio. 4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. 5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país. 6. Nadie podrá ser incomunicado. 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. b) Acogerse al silencio. c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. 8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o

parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente. 9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto. 10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso. 11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada. 12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley. 13. Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas. 14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por

motivos discriminatorios. Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.

2.2.2.17 Derechos del buen vivir.

Tal como se los titula en la Constitución de la República podemos percatarnos que este grupo de derechos pone en evidencia la existencia de un proyecto social e ideológico de Estado, pero, sobre todo pone en evidencia la concepción social e histórica de sus habitantes. El Buen Vivir o Sumak Kawsay¹⁷ es una forma de vida y concepción de tradición ancestral que en la actualidad contemporánea está siendo rescatada e interpretada de diversas maneras. El Buen Vivir también ha sido entendido por otros como una manifestación del proyecto de Estado de Bienestar¹⁸ moderno que busque la cobertura de servicios elementales vinculados a los derechos, en la totalidad de la población. Sea cual fuese la razón de fondo nos atañe exponer aquellos derechos que son demandables al Estado y sus instituciones.

El artículo 12 determina “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”, mientras que el artículo 13 subsiguiente habla del derecho a la alimentación “Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria”

¹⁷ También conocido por su concepción en lengua kichwa “Sumak Kawsay”. hace una vida digna, en plenitud con la naturaleza y la persona. Es una concepción ancestral que considera a las personas como uno de los elementos “Madre Tierra” (Pacha Mama). Se procura tomar de la Pachamama sólo lo necesario para perdurar y con ello trascender, distando del masivo crecimiento económico con lógica de consumo (LEÓN: 2009, pp.19).

¹⁸ “El paso de una seguridad social sólo para algunos, a una seguridad social para todos los ciudadanos marca la aparición del Estado de Bienestar. Los derechos de seguridad social, es decir, las pensiones, la sanidad, el desempleo, junto a los servicios sociales, el derecho a la educación, la cultura y otros servicios públicos aplicados al conjunto de los ciudadanos y no sólo a los trabajadores, definirán la política de bienestar social como sello de identidad de las democracias europeas más avanzadas”. (portal “iniciativasocial.net”)

Similar a los derechos de la naturaleza ya compartidos anteriormente, el artículo 14 reconoce la relación entre el ambiente y la vida de las personas “Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados” Sobre las obligaciones del Estado derivadas de nuestros derechos ambientales el artículo . 15 enfatiza “El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la 25 soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional”

En el marco de la inserción a la sociedad de la información, característica sin marcha atrás del mundo actual globalizado e informatizado, la Constitución también reconoce derechos a los y las ciudadanas, en el artículo 16 dice “Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos. 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación. 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes

inalámbricas. 4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad. 5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación” Con más precisión sobre algunas particularidades del derecho a la comunicación y la información el artículo 18 establece “Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.” Y el artículo 19 manifiesta “La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente. Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.

Se podría pensar que la cultura no se encuentra dentro de las necesidades básicas de una población, pero, sería una barbarie sostener tal cuestión frente al debate del cambio progresivo que mantiene el tiempo y la realidad. Se constituye también en una obligación pública la garantía de lo estipulado en el artículo 21: “Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución” continúa el artículo 22: “Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno

y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría” y finalmente en este campo los artículos 23, 24 y 25 respectivamente declaran: “Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales”, “Las personas tienen derecho a la recreación y al esparcimiento, a la práctica del deporte y al tiempo libre.” y “Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales.”

Dos derechos son discutidos permanentemente a nivel social, tanto por la expectativa que genera el uno y la vinculación a toda la población del segundo, se trata de la educación y la salud. Sobre la educación el Estado declara en el artículo Art. 26 de la Constitución: La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo”, continúa en el artículo 27 de esta manera “La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa 28 individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.”

De manera más específica en cuanto a la posibilidad de reclamar algunos aspectos en vías judiciales constitucionales el artículo 28 dice “La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada. La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.” Y el artículo 29: “El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural. Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas”

En torno a la salud, como un tema que nos atañe a todos y todas en algún momento de la vida el artículo 32 manifiesta “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

El espacio público en el cual nos desarrollamos, convivimos y coexistimos de manera cotidiana se enmarca dentro del artículo 31 de la Constitución así “Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.”

Y para finalizar el grupo de derechos alrededor del buen vivir, conocemos el que mayor frecuencia presenta al momento de ser reclamado por la vía judicial constitucional como veremos más adelante en la investigación estadística, el derecho al trabajo y todo aquello que deriva de sí, como la seguridad social o las condiciones, el artículo 33 de la Constitución proclama “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado” y sobre las obligaciones en la relación laboral el artículo 34 dice “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.”

Cerrando de esta manera los derechos del buen vivir, mismos que son ampliados en partes más adjetivas de la Constitución respecto a su aplicación.

2.2.2.18 Derecho a la seguridad jurídica.

El último derecho que hemos podido identificar en el presente sumario de los grupos de derechos de la Constitución corresponde al que concentra todos los anteriores, y sobre todo centraliza en la Constitución la norma y norte del funcionamiento de las garantías. Su artículo 82 manifiesta “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Probablemente tal declaración de la seguridad jurídica se evidencia como un tanto positivista, al establecer la existencia de normas jurídicas previas, aun así no existe contradicción con la dinámica Neoconstitucional o post-positivista, ya que las demás fuentes del Derecho Constitucional, en especial la Jurisprudencia Constitucional es como tal previa a su aplicación o puesta en efecto.

2.2.2.19 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

El mundo y su devenir histórico han estado marcados por sucesos de gran escala, muchos de ellos caracterizados por el sufrimiento social, la más fuerte manifestación de ello son las guerras. De las muchas que han existido a lo largo del tiempo, en función del tema destacaremos la Segunda Guerra Mundial, principalmente centrada en los países de Occidente. Se puede aseverar que las doctrinas más fuertes de establecimiento de las garantías constitucionales tal como las conocemos hoy en día, derivan de una respuesta a los procesos fascistas de la Europa central¹⁹, donde precisamente los derechos de las personas fueron extremadamente afectados a través del mismo uso de constituciones o normas legales. Para responder a ello como parte de las discusiones de post-guerra y la construcción de Estados que no reiteren abusos similares se mejoran los sistemas constitucionales y con ello se perfeccionan las garantías constitucionales. Se pone en escena el término de

¹⁹ Alemania, Italia y España vivieron las dictaduras de Hitler, Mussolini y Franco en la primera mitad del siglo XX.

los derechos fundamentales o garantías constitucionales, que sería una denominación que influiría en el Derecho de todo el mundo.

En nuestro país son dos los momentos que visibilizan la cuestión de los derechos acompañados de una garantía que los efectivice: la Constitución ecuatoriana de 1929 reconoce algunos derechos inmanentes al individuo y los grupos, pero, todavía con mucha debilidad y sin ningún instrumento que los vuelva operables u justiciables. En el transcurso de la década de los treinta hasta casi terminado el siglo XX el Ecuador establecía los derechos de las personas en las normas ordinarias y su procedimiento de litigio derivaba de cada disciplina del Derecho y su respectiva codificación adjetiva.

Es en el año 1998 con la promulgación de la Constitución de aquel año, que se configuran un cuerpo de garantías que en su capítulo VI lo denominado “Las Garantías de los Derechos” mantuvo figuras como el Habeas Corpus, Habeas Data, el Amparo y a la Defensoría del Pueblo. Tales instituciones jurídicas estaban enunciadas pero adolecían de procedimientos acertados que logren el fin de la garantía o los principios garantistas, esto es: la declaración de un derecho vulnerado y su inmediata reparación.

La Constitución vigente, promulgada el año 2008 en la República del Ecuador, reúne un enfoque novedoso sobre el garantismo constitucional, históricamente es la manifestación más progresiva del reconocimiento de derechos²⁰ y sobre todo regula de mejor manera la aplicación de este enfoque en la práctica. Aun así, hay complejidad en concreción, tal como lo queremos poner en evidencia a través de la presente investigación y la demostración de la hipótesis. El arraigo fuerte de la configuración de los principios universales positivistas en la historia de la construcción del Derecho ecuatoriano se manifiesta con reiterados casos en la resolución judicial²¹ como en la elaboración de acciones²². Ello está marcado todavía como un antecedente histórico presente y de raíz muy honda.

²⁰ Véase el caso de los derechos de la naturaleza, el enfoque de los derechos difusos o la ampliación del catálogo de los derechos de las personas.

²¹ Referimos a los/as jueces/as y su rol.

²² Referimos a los/as abogados/as y su rol.

2.2.2.20 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

El constitucionalismo contemporáneo, del cual hoy suponemos en teoría ser parte, no se puede comprender sin el enfoque garantista. Las normas, principios y procedimientos que efectivicen ello son los rasgos trascendentales y denotativos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Cuando nos referimos a las garantías, hablamos de los derechos, estos se definen como “aquellas facultades o poderes subjetivos que se constituyen en los límites básicos al poder y a la acción del Estado” (MONTAÑA: 2012), esta noción de derechos frente al poder no es nueva, se viene acuñando desde los doctrinarios medievales, a través de los teóricos contractualistas de la revolución francesa y hasta la actualidad.

Las garantías constitucionales se observan como instrumentos que permitan precautelar los derechos, cuando éstos sean vulnerados o se amenace con ello, es decir la cobertura que persigue está relacionada con la reparación o la prevención del derecho. La importancia de estas garantías radica en que son la señal con las cuales podemos diferenciar cualquier Estado que mantenga una Constitución con reglas y normas reconocidas de los Estados Constitucionales que garantizan los derechos derivados de esas normas. Es decir hay una diferencia entre la simple declaración de un derecho y su garantía a través de procedimientos que instrumentalicen con simplicidad el efectivo cumplimiento de ese derecho.

2.2.2.20.1 TIPOS DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En la Constitución de la República del Ecuador, de manera similar al desarrollo doctrinario y social de las garantías constitucionales, tenemos garantías normativas, institucionales, de políticas públicas y jurisdiccionales. Todas se encuentran presentes en la Constitución de 2008 de la República del Ecuador. Quizá uno de los elementos más característicos de nuestra carta fundamental es las garantía de políticas públicas materializadas en la Constitución²³

²³ Artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador. 2008.

2.2.2.20.2 GARANTÍAS NORMATIVAS

Se refieren al conjunto de normas que se reúnen en la Constitución con objeto de reconocer expresamente los derechos y la declaración de los mismos, se trata de principios y normas que buscan el efectivo cumplimiento de los derechos, Entre otros ejemplo en la Constitución podemos citar:

- El principio de supremacía de la Constitución, Artículo 424.

“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 jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”

- El deber del respeto a los derechos, Artículo 11, numeral 9 de la Constitución.

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. 23 El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”

2.2.2.20.3 GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Este conjunto de garantías se refiere a los mecanismos que la carta fundamental entrega a determinadas instituciones dentro del Estado, con objeto de establecer el sistema de funcionamiento de los poderes en el Estado. Entre estas manifestaciones de garantías institucionales tenemos:

- El principio de separación de poderes,
- La separación entre la Iglesia y el Estado.
- EL Principio de legalidad.
- El Control Constitucional.

2.2.2.20.4 GARANTÍAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Están vinculadas a la obligatoriedad y operación de implementar las acciones y hechos del Estado con la fuerza que otorga el rango constitucional, es decir es la manera de vincular el quehacer del Estado con los derechos sociales emitidos por la carta fundamental y el constituyente. Están bastante dirigidas a la función ejecutiva dentro de la división de poderes del Estado pero no dejan de involucrar a todos los poderes. Un ejemplo de ello son todo el marco de políticas pública creadas para poner en efecto la idea del Sumak Kawsay que recoge la Constitución en varios de sus apartados, en especial en los derechos del buen vivir.

2.2.2.20.5 GARANTÍAS JURISDICCIONALES

La mejor manera de describir estas acciones es entenderlas como instrumentos para la tutela efectiva de los derechos. Las garantías jurisdiccionales son aquellas disposiciones constitucionales con las cuales las personas o los colectivos pueden presentar en la administración de justicia la demanda de la vulneración o la prevención de esa vulneración, respecto a los derechos constitucionales. Estas garantías son un importante salto entre los momentos constitucionales que ha vivido el país, ya que a pesar de haberse encontrado antes claramente declarados algunos derechos, estas garantías no eran efectivas o realizables en el plano de la práctica procesable. Hoy por hoy,

a pesar de tener algunas dificultades de aplicación, tenemos una claridad en algunos aspectos de las garantías. Veamos de qué manera se define en la Constitución cada una de estas garantías:

Acción de protección

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.

Acción de hábeas corpus

Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. 65 Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad. La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma

inmediata. En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable. Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.

Acción de acceso a la información pública

Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

Acción de hábeas data

Art. 92.- Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo

archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

Acción por Incumplimiento

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

Acción extraordinaria de protección

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

De todas estas garantías nos interesa profundizar la situación actual en la evidencia empírica de la Acción de Protección, antes denominada Acción de Amparo.

2.2.2.20.6 ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Tal como lo vimos anteriormente se encuentra tipificada en nuestra Constitución en el artículo 88 de la Constitución de la República y en el artículo

39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta acción tiene un transcurso histórico no muy antiguo en nuestro país, antes del 2008, con la Constitución de 1998 se denominaba a este el recurso de amparo, de acuerdo al artículo 95 de esta derogada Constitución la acción de amparo tenía por objeto cesar, evitar la comisión o remediar la inmediatamente las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental, pero no tenía vías reales en la aplicación para volverse efectivamente garantista, es decir tenía una crisis operativa que prácticamente con el transcurso del tiempo la puso en un relativo desuso.

La acción de protección es una garantía de las secundarias según la doctrina que tienen por objeto “ser mecanismos administrativos o jurisdiccionales que permiten proteger los derechos de las personas en casos concretos” (FERRAJOLLI: 2001). La defensa de la acción de protección está vinculada a la noción de derechos fundamentales, mismos que están recogidos en varios catálogos, de diversas fuentes, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos son los principales y los desarrollados en Jurisprudencia Constitucional también, en fin cuando hablamos de derechos fundamentales, siguiendo a Ferrajolli nos referimos a los derechos que tengan que ver con la dignidad humana.

La acción de protección además tiene que ver con la posibilidad de defensa que tiene el ciudadano sencillo, revestido de su Constitución como único amparo frente al poder público, a pesar de que también confronta el poder en diferencias de particulares, en suma la acción de protección ampara al ciudadano frente a todo tipo de poder. El encuentro del sujeto de derechos frente al poder deber estar precautelado por la norma, siendo esta la noción positivista racional tradicional, pero además la acción de protección procura que salten en escena un compilado de derechos declarados en la carta fundamental, y que de manera sencilla y ágil una persona pueda darle sentido y uso a la norma para que junto a los principios eviten la vulneración de un derecho o lo reparen en caso de haberse ya efectuado el acto. Ferrajolli manifiesta esto de la siguiente manera:

“Los derechos fundamentales son derechos –contra poder-, que funcionan como límites y vínculos a los derechos secundarios, no se pueden transigir, disminuir y son universales; en cambio los derechos patrimoniales son derechos poder, que tienen que ser limitados y vinculados, porque de lo contrario se acumulan al punto de violar el derecho de los más débiles” (FERRAJOLLI: 2001).

Es así como se ha venido configurando la acción de protección con el objetivo ambicioso de lograr tutelar a los ciudadanos y a la naturaleza desde un ámbito progresivo de la sociedad, desde una posición progresista que se puede definir como “una posición más a tono con los nuevos ideales de la justicia constitucional” (LÓPEZ: 2012) Buscamos aún con la acción de protección una situación ideal hacia la que queremos llegar.

2.2.2.21 EL ROL DEL JUEZ COMO CREADOR DE DERECHO Y NO MERO ADMINISTRADOR.

La administración de justicia constitucional en este marco histórico y jurídico que hemos venido desarrollando tiene otra rol y sentido, el juez que según el Derecho positivista tradicional tiene como obligación ser voz silenciosa de la ley y mero aplicador de las normas, asume en este contexto un rol de tipo activista, es decir asume hasta lo que podemos declarar como una postura. Al referirnos a la postura no quitamos la obligatoriedad de imparcialidad entre dos partes litigantes, la postura va comprometida con la generación de derechos derivados de principios generales enunciados a nivel constitucional y por tanto ponen al administrador ante un compromiso directo con la declaración y reparación de derechos teniendo como guía la carta fundamental.

Los jueces pasan a ser creadores del Derecho, sus sentencias se deben materializar en verdaderas obras de arte que reúnan altos niveles argumentativos, superando las tradicionales estructuras con resoluciones sustentadas estrictamente en la motivación jurídica de articulados de legislaciones vigentes. El juez creador del Derecho provee a las instancias respectivas, en nuestro caso la Corte Constitucional, de aportes tanto

intelectual como axiológicamente elevados. La reunión de estas dos vertientes entrega al Derecho la posibilidad de llenar los vacíos que el derecho positivado no logra llenar frente a la pluralidad de conductas del individuo y la sociedad. El Juez en este sistema pasa a tener una importancia de alta ratio, un valor central a través de sus sentencias que pueden superar el asunto jurídico y llegar a la línea del moldeamiento social.

Pero, ésta no es una tarea sencilla, desde el punto de vista más utópico se trata de una cuestión revolucionaria y hasta cierto punto ideológica, no basta con la acertada decisión de mejoramiento y capacitación de los operadores jurídicos, ello da mayor información pero no cambio de un modelo tradicional de administración de justicia, en palabras de Montaña Pinto “los jueces constitucionales en el contexto del Neoconstitucionalismo se convierten, por propia definición , en agentes revolucionarios, y por tanto sujetos progresistas” (MONTAÑA: 2012).

2.2.2.22 LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Otro elemento de discusión tiene que ver con el valor que asume la Jurisprudencia, en este caso constitucional, como una de las fuentes del Derecho. La noción de la acción de protección como el origen de la creación del Derecho no sería tal sino se abre un circuito de flujo de información y sentencias que retornen tales acciones a normas aplicables o rematerializables. Es así como la Jurisprudencia Constitucional tiene el fin de ser la que llene los vacíos que las normas legisladas no logran determinar. El Derecho en punto de partida con los problemas de la sociedad traducidos a violaciones de los derechos, y procesados mediante la argumentación jurídica y social se establece como el origen de un circuito de tipo constitucional que evocará en las jurisprudencias la creación del Derecho que buscamos.

Quizá esto nos otorgue una crisis momentánea de fuentes del Derecho que se deberá confrontar a las concepciones clásicas de jerarquía de normas y contradicción entre unas u otras, pero, no es nada que no se resuelva con la

fuerza constitucional que tienen estas jurisprudencias debido a su punto de partida vinculado a las garantías jurisdiccionales.

2.2.2.23 LA LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

Los detalles de esta ley en torno a sus artículos de procedimiento u otros están explícitos en varios apartados de los estudios empíricos de la investigación, en la presente tesis. En este subcapítulo nos interesa hacer una tabla de confrontación entre algunas normas tomadas como ejemplo que develan que la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es una mixtura entre el positivismo tradicional y el Neoconstitucionalismo contemporáneo, veamos:

Neoconstitucionalismo Contemporáneo	Positivismo Tradicional
<p>Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:</p> <p>7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los</p>	<p>Art. 23.- Abuso del derecho.- La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas.</p> <p>En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño,</p>

<p>procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.</p>	<p>responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura.</p>
<p>Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.	<p>Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:</p> <ol style="list-style-type: none">3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
<p>Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional</p>	

2.2.2.25 DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL PEDIDO DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

2.2.2.25.1 ANTECEDENTE

Varios asambleístas, y en su nombre la Presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador interpusieron un paquete de pedidos de enmiendas a la Constitución de la República, durante el actual año 2014. En particular resaltamos el pedido que se hizo sobre la posibilidad de enmienda del artículo 88 de la carta fundamental, el cual establece la garantía constitucional denominada Acción de Protección.

2.2.2.25.2 PROPUESTA DE ENMIENDA

Artículo 88	Artículo 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”	Agréguese al final un inciso con el siguiente texto: “La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y por lo tanto pueda ser inadmitida”

Es decir los asambleístas solicitan elevar una disposición normativa con nivel de ley orgánica hacia la Constitución y con ello otorgar fuerza constitucional a la norma legal, “la presente enmienda busca elevar a rango constitucional,

aquellas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”²⁴.

2.2.2.25.3 ARGUMENTO DE LOS ASAMBLEÍSTAS

El pedido de enmienda se centra fundamentalmente en el abuso que se ha venido dando a la acción constitucional de protección en los diferentes juzgados de la República, y, que por tanto “el reconocimiento de esta garantía en esta Constitución no ha asegurado por sí sola la realización de los fines que persigue, esto es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”²⁵. Se manifiesta que esta dificultad provoca una pérdida de efectividad y eficacia, fruto del abuso en su uso, mismo que podría además desnaturalizar el fin que persigue la acción.

Es importante resaltar que en sus consideraciones los assembleístas citan el artículo 23 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “Abuso del derecho.- La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas.

En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura.”, así como sustentan la vigencia del artículo 42 del mismo cuerpo legal que reza “Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales; 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños

²⁴ Dictamen Nro. 001-14 –DRC-CC, Caso Nro. 001-14.RC, página 33

²⁵ *Ibíd*em, Argumento de la parte solicitante, página 31.

susceptibles de reparación; 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos; 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho; 6. Cuando se trate de providencias judiciales; 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles las acciones y especificará la causa por la que no procede la misma.”

2.2.2.25.4 ARGUMENTO Y DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional realiza un enfoque de dos tipos, desde una perspectiva vinculada al desarrollo de la idea constitucional y Neoconstitucional de un Estado, hasta la perspectiva jurídica vinculada al modelo social que se persigue con la Constitución de la República y varios de sus principios, “Uno de los efectos esenciales que genera el reconocimiento de un Estado como Constitucional es asumir el carácter normativo de la Constitución y su aplicación directa e inmediata”²⁶. La Constitución contiene en su seno tres tipos de normas, los valores, los principios y las reglas; las dos primeras son elementos abiertos que propugnan la posibilidad de que a través del modelo se amplíe progresivamente el reconocimiento y perfeccionamiento de los derechos de las personas y la naturaleza. Este desarrollo pretende manifestarse en otras fuentes del derecho que además se convertirán en fuentes primarias del mismo²⁷, tal como lo establece el artículo 11 numeral 8 de la Constitución sobre uno de los principios de la carta fundamental “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las

²⁶ Dictamen Nro. 001-14 –DRC-CC, Caso Nro. 001-14.RC, página 33.

²⁷ “...la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y, 3) el reconocimiento de la Jurisprudencia Constitucional como fuente primaria del Derecho” Resolución del 21 de octubre del 2008 de la Corte Constitucional para el período de Transición.

condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

Se pone en firme postura que permitir que la Constitución abra una brecha de formalismo jurídico por encima de la obligación de declaración y reparación inmediata de los derechos que se su seno devienen, sería un retroceso en la construcción del garantismo constitucional del cual este Estado optó. “Los derechos constitucionales se convierten en límites y vínculos frente al poder estatal o de los particulares, no obstante, para su efectividad se requiere de mecanismos que plasmen materialmente los mismos, para ello se crean las denominadas garantías constitucionales”²⁸

La Corte plantea con claridad la naturaleza del modelo garantiza que se construyó en la Constitución, un modelo que mira a las garantías jurisdiccionales²⁹ como una manera de precautelar la vulneración de un amplio catálogo de derechos además especificado en la carta fundamental con formas materiales expresas, y la declaración y reparación de esos derechos en caso de que hayan sido vulnerados, poniendo al juez ante la obligación de “conocer, decidir y ejecutar el fondo del asunto”³⁰

Finalmente la Corte Constitucional cita dos principios fundamentales que justifican la defensa del modelo constitucional vigente y con ello la respectiva mantención del artículo 88 pretendido en enmienda tal como se encuentra hoy en día. Se trata de los principios de informalidad y de simplicidad.

El principio de informalidad se expresa en el artículo 4 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la cual dice “7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las

²⁸ Dictamen Nro. 001-14 –DRC-CC, Caso Nro. 001-14.RC, página 35.

²⁹ Cabe aclarar que la Constitución goza de tres tipos de garantías, “las denominadas normativas que consisten en el deber que tienen todos los con potestad normativa de adecuar formal y materialmente las normas jurídicas al marco constitucional; las garantías institucionales, que tienen relación con la obligación de la administración pública de garantizar derechos constitucionales en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas y servicios públicos; y, finalmente las garantías jurisdiccionales, mediante las cuales se recurre a la intervención jurisdiccional cuando las acciones u omisiones del sector público o de particulares, vulneran los derechos de las personas” Sentencia Nro. 103-14-SEP-CC, caso Nro. 0308-11-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

³⁰ Dictamen Nro. 001-14 –DRC-CC, Caso Nro. 001-14.RC, página 38.

formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades”. De la misma manera la jurisprudencia constitucional enuncia “la tutela de derechos constitucionales exige que el modelo procedimental de la acción de protección esté desprovisto de requisitos formales y ofrezca de una manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado”³¹ .

Sobre la simplicidad es necesario citar la norma internacional más acertada que existe al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José que en su artículo 25 manifiesta: “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. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Una vez planteados estos elementos presupuestos de admisibilidad y procedencia, la Corte “asumiendo que tanto la enmienda constitucional y reforma parcial de la Constitución no pueden involucrar la restricción de derechos y garantías, esta Corte dictamina que la presente propuesta pretende una reestructuración del objeto directo y eficaz de protección de la garantía jurisdiccional, y por tanto, debe ser objeto de análisis y debate es una asamblea constituyente”³²

³¹ Sentencia Nro. 102-13-SEP-CC, caso Nro. 0380-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

³² Dictamen Nro. 001-14 –DRC-CC, Caso Nro. 001-14.RC, página 45.

2.2.2.26 JURISPRUDENCIA

De las varias jurisprudencias constitucionales que existen a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, tomaremos una en especial que está vinculada a la aplicación de la garantía constitucional denominada acción de protección. Esta Jurisprudencia se emitió a través de la Sentencia Nro. 102.13-SEP-CC publicada en la Gaceta Constitucional Nro. 005 con fecha 27 de diciembre de 2013.

La Corte realiza dos preguntas que determinan la línea por la cual se dirigirá su sentencia y consiguiente jurisprudencia:

- a) ¿Cómo debe entenderse el procedimiento informal en la tramitación de las garantías jurisdiccionales de los derechos?
- b) ¿Existe violación a los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva y debido proceso cuando, mediante el auto de inadmisión a trámite no se observa el procedimiento constitucional para sustanciar la acción de protección?

La inadmisión de una demanda no puede entonces ser utilizada como una forma de escape del juzgador constitucional para inhibirse de su obligación constitucional y legal en la tutela de derechos constitucionales.

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.

El control de la legalidad de los actos están asignados a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la Constitución de la República en su Art. 173 manda “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. Una vía judicial dilatada, extensa, aplazada que podría durar, en todas sus instancias años hasta que se expida una resolución definitiva e incierta; para buscar que se reconozca un derecho que puede ser asistido claramente por mandato constitucional.

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 argumentación racional y jurídicamente fundamentada. La parte actora puede demostrar sus aseveraciones y la entidad accionada puede controvertirlas, no en un primer auto se forma criterio como primera actuación procesal. El Art. 42 de la LOGJCC se presta a confusión, por cuanto en el encabezado del texto se dispone “Improcedencia de la Acción”.- La acción de protección no procede...”y se señalan siete causales.

Interpretación conforme del Artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Admisión	6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.
Procedencia	1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

UNIDAD IV

2.2.4. INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

2.2.4.1 PROCESAMIENTO DE CAUSAS DE ACCIONES CONSTITUCIONALES.

No olvidemos que la acción de protección es una figura que puede ser dirigida a los actos de las autoridades públicas, así como a particulares sí se evidencia daño grave. La Procuraduría tiene solamente los casos de instituciones públicas al ser su obligación jurídica la del patrocinio de las causas del Estado³³

El procesamiento de las causas ha demandado la necesidad de levantar información de archivo y revisar causas por causa, no solamente en lo concerniente a su parte resolutive ya que nos interesa revisar algunas categorías que residen en las partes expositivas o considerativas.

Contamos con la valiosa ventaja de que las causas de las provincias de la unidad de análisis geográfico de la investigación, Bolívar, Pastaza y Chimborazo, mantienen el archivo de sus causas constitucionales de instituciones públicas en la Dirección Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado.

La estadística se establece sobre los procesos que ya contienen sentencias, ya que de las mismas se procederá a evidenciar los siguientes seis elementos de tabulación:

1. **Sentencias en Acción de Protección.-** Se registra si la sentencia acepta o no acepta la demanda del derecho en el proceso de Acción de Protección. También se registran las sentencias sobre otras acciones

³³ Art. 237 de la Constitución de la República del Ecuador.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.
2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.

constitucionales (Acción de Hábeas Corpus, Acción de Hábeas Data, Acción de Acceso a la Información Pública, Acción por Incumplimiento).

2. **Instancia que se motiva para rechazo.-** Se registra las instancias que los jueces establecen como previas a la interposición del recurso constitucional. El valor total de esta categoría equivale a las causas que no han sido aceptadas en la sentencia, menos aquellas que se niegan por otro motivo jurídico (no existe Derecho Constitucional violado por ejemplo).
3. **Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia.-** Se registra aquellas sentencias que han sido apeladas en segunda instancia (Corte Provincial de Justicia) y aquellas que no han sido apeladas.
4. **Derecho que se Demanda.-** Registra los derechos que se demandados como vulnerados y de los cuales se solicita su amparo. Se establecerán del catálogo de derechos constantes en la Constitución y recogidos en la presente tesis.
5. **Argumentación en Sentencia.-** Se registra si el juez constitucional argumenta o no argumenta su aceptación o no aceptación de la demanda. Como argumentación se comprenderá el relato explícito de doctrina, ponderación,
6. **Motivación en Sentencia.-** Se registra si el juez constitucional motiva o no motiva su aceptación o rechazo de la demanda. Como motivación se comprenderá el establecimiento de normas jurídicas que sustenten su decisión.

2.2.4.2 Sentencias en Acción de Protección durante el año 2013.

2.2.4.2.1 Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Bolívar durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

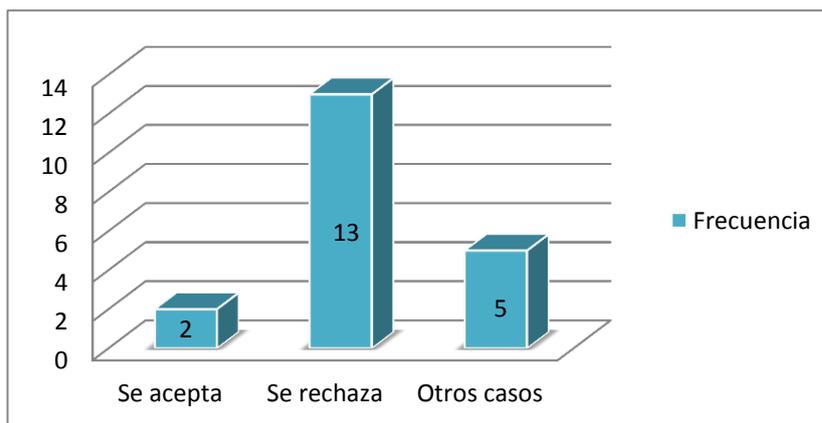
Tabla Nro. 1.1- Sentencias en Acción de Protección Provincia de Bolívar

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se acepta	2	10
Se rechaza	13	65
Otros casos	5	25
Total	20	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 1.1.- Sentencias en Acción de Protección Provincia de Bolívar



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 20 sentencias de jueces constitucionales, el 10% se aceptan en acción de protección y conceden en amparo de derechos vulnerados, el 65% no son aceptadas y el 25% corresponden a otras acciones constitucionales diferentes a la acción de protección, en la provincia de Bolívar durante el año 2013.

2.2.4.2.1.2 Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Pastaza durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

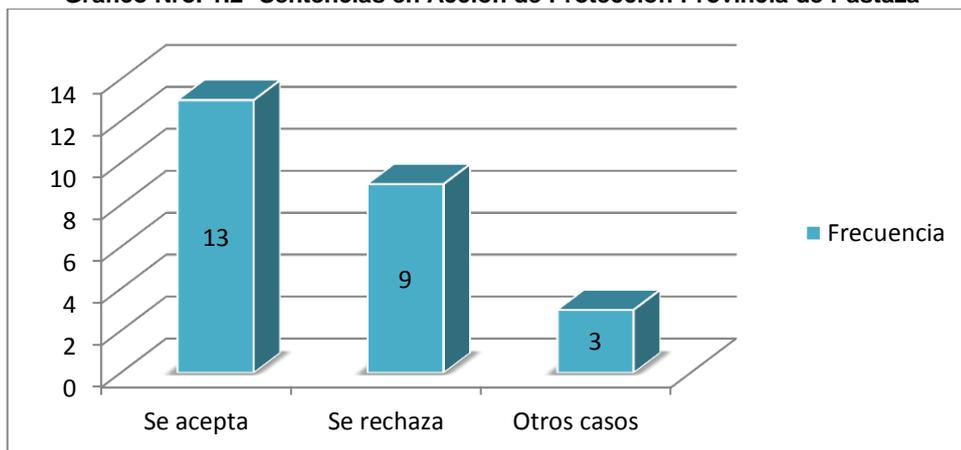
Tabla Nro. 1.2- Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Pastaza

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se acepta	13	52
Se rechaza	9	36
Otros casos	3	12
Total	25	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 1.2- Sentencias en Acción de Protección Provincia de Pastaza



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 20 sentencias de jueces constitucionales, el 52% se aceptan en acción de protección y conceden en amparo de derechos vulnerados, el 36% no son aceptadas y el 12% corresponden a otras acciones constitucionales diferentes a la acción de protección, en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

2.2.4.2.1.3 Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

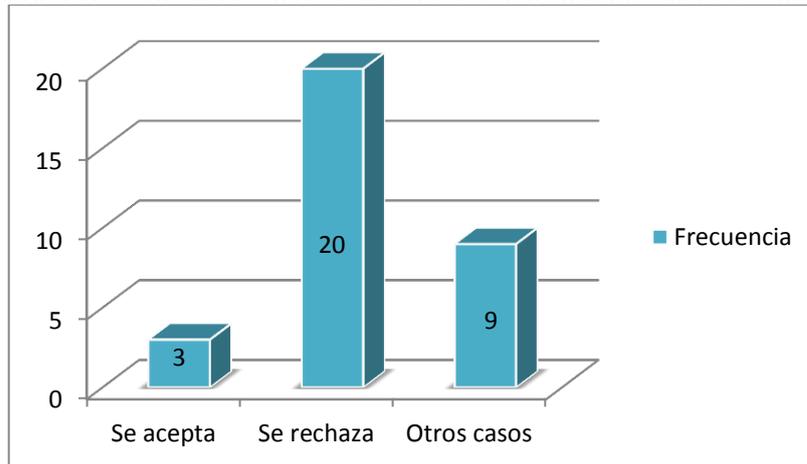
Tabla Nro. 1.3- Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Chimborazo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se acepta	3	9
Se rechaza	20	63
Otros casos	9	28
Total	32	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 1.3- Sentencias en Acción de Protección en la Provincia de Chimborazo



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 20 sentencias de jueces constitucionales, el 9% se aceptan en acción de protección y conceden en amparo de derechos vulnerados, el 63% no son aceptadas y el 28% corresponden a otras acciones constitucionales diferentes a la acción de protección, en la provincia de Chimborazo durante el año 2013.

2.2.4.2.1.4 Sentencias en Acción de Protección Totales en la Región durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

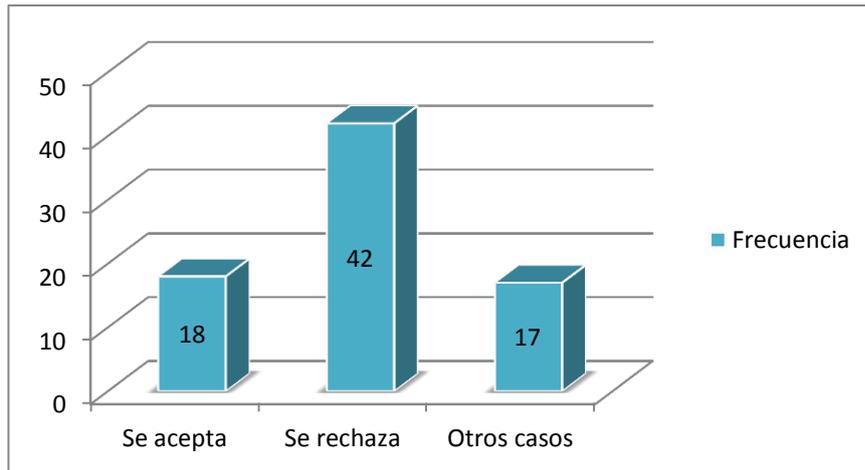
Tabla Nro. 1.4- Sentencias en Acción de Protección Totales en la Región

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se acepta	18	23
Se rechaza	42	55
Otros casos	17	22
Total	77	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 1.4.- Sentencias en Acción de Protección Provincia de Bolívar



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 77 sentencias de jueces constitucionales, el 23% se aceptan en acción de protección y conceden en amparo de derechos vulnerados, el 55% no son aceptadas y el 22% corresponden a otras acciones constitucionales diferentes a la acción de protección, en el total de la región durante el año 2013.

2.2.4.2.2.1 Instancia que se motiva para rechazo en la provincia de Bolívar durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

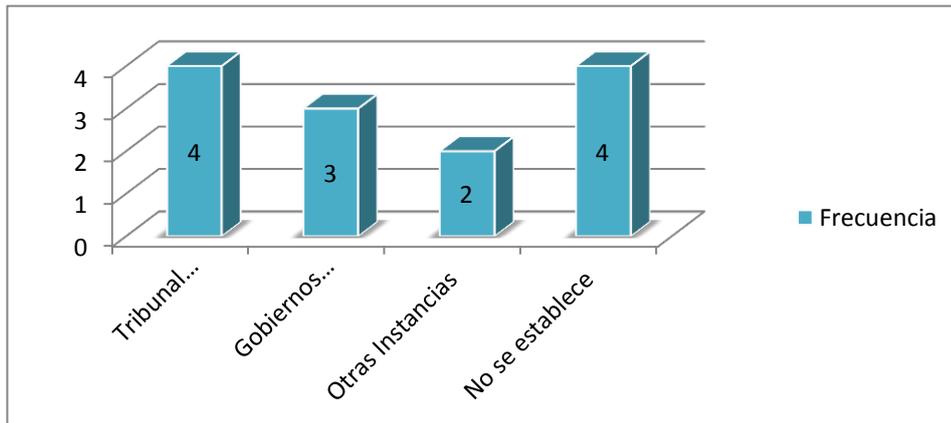
Tabla Nro. 2.1.- Instancia que se motiva para rechazo en la provincia de Bolívar

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Tribunal Contencioso Administrativo	4	31
Gobiernos Seccionales Interno	3	23
Otras Instancias	2	15
No se establece	4	31
Total	13	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 2.1.- Instancia que se motiva para rechazo en la provincia de Bolívar



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 13 sentencias de acción de protección constitucional que no se aceptaron, el 31% se motivó por existir vía judicial en el Tribunal Contencioso Administrativo, el 23% en procedimientos internos de los Gobiernos Seccionales Autónomos, el 15% en otras instancias y en el 4% no se establece motivo, en la provincia de Bolívar durante el año 2013.

2.2.4.2.2 Instancia que se motiva para rechazo en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

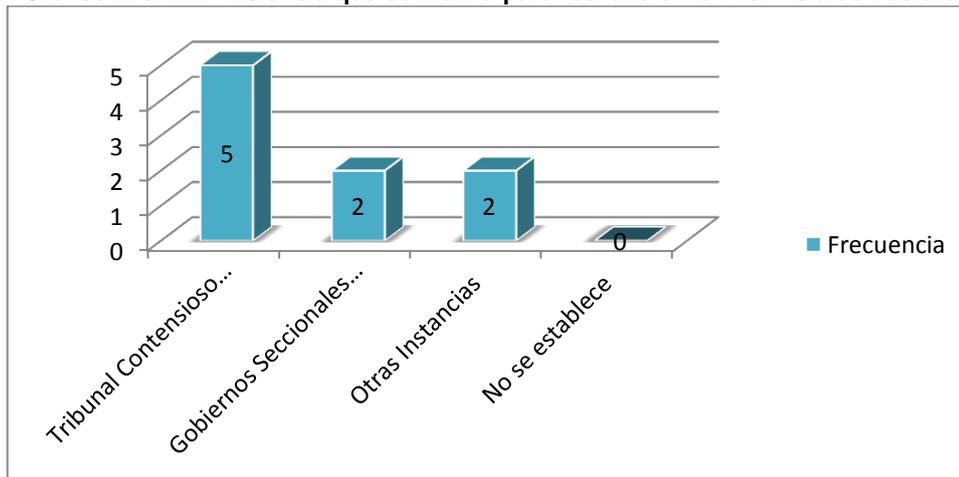
Tabla Nro. 2.2.- Instancia que se motiva para rechazo en la Provincia de Pastaza

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Tribunal Contencioso Administrativo	5	56
Gobiernos Seccionales Interno	2	22
Otras Instancias	2	22
No se establece	0	0
Total	9	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 2.2.- Instancia que se motiva para rechazo en la Provincia de Pastaza



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 9 sentencias de acción de protección constitucional que no se aceptaron, el 56% se motivó por existir vía judicial en el Tribunal Contencioso Administrativo, el 22% en procedimientos internos de los Gobiernos Seccionales Autónomos y en el 22% en otras instancias, en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

2.2.4.2.3 Instancia que se motiva para rechazo en la provincia de Chimborazo durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

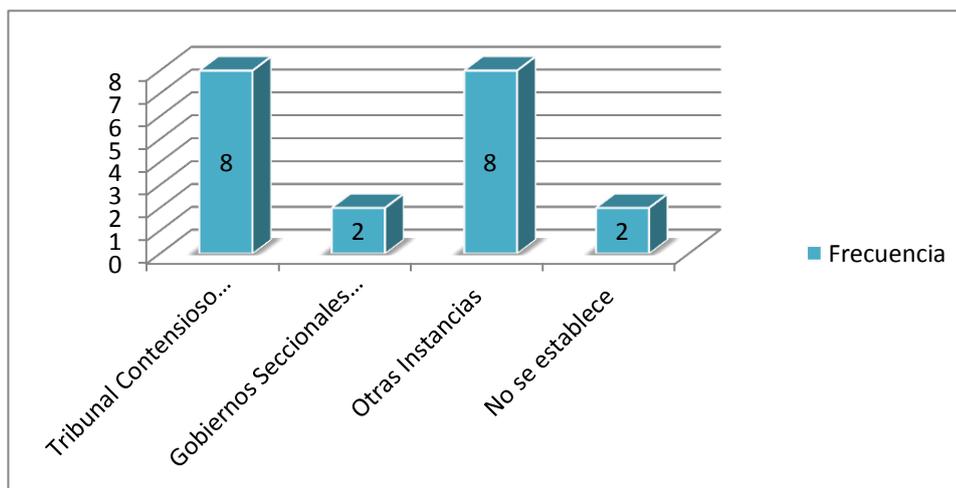
Tabla Nro. 2.3.- Instancia que se motiva para rechazo en la Provincia de Chimborazo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Tribunal Contencioso Administrativo	8	40
Gobiernos Seccionales Interno	2	10
Otras Instancias	8	40
No se establece	2	10
Total	20	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 2.3.- Instancia que se motiva para rechazo en la Provincia de Chimborazo



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 20 sentencias de acción de protección constitucional que no se aceptaron, el 40% se motivó por existir vía judicial en el Tribunal Contencioso Administrativo, el 10% en procedimientos internos de los Gobiernos Seccionales Autónomos, el 40% en otras instancias y en el 10% no se establece motivo, en la provincia de Chimborazo durante el año 2013.

2.2.4.2.2.4 Instancia que se motiva para rechazo en el total de la Región durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

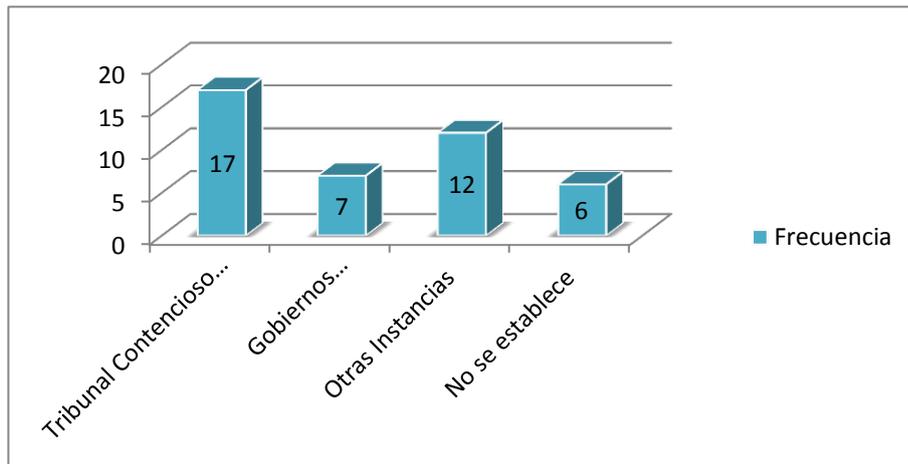
Tabla Nro. 2.4.- Instancia que se motiva para rechazo en el total de la Región.

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Tribunal Contencioso Administrativo	17	40
Gobiernos Seccionales Interno	7	17
Otras Instancias	12	29
No se establece	6	14
Total	42	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 2.4.- Instancia que se motiva para rechazo en el total de la Región.



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 42 sentencias de acción de protección constitucional que no se aceptaron, el 40% se motivó por existir vía judicial en el Tribunal Contencioso Administrativo, el 17% en procedimientos internos de los Gobiernos Seccionales Autónomos, el 29% en otras instancias y en el 14% no se establece motivo, en el total de la Región durante el año 2013.

2.2.4.2.3.1 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Bolívar

Análisis Estadístico:

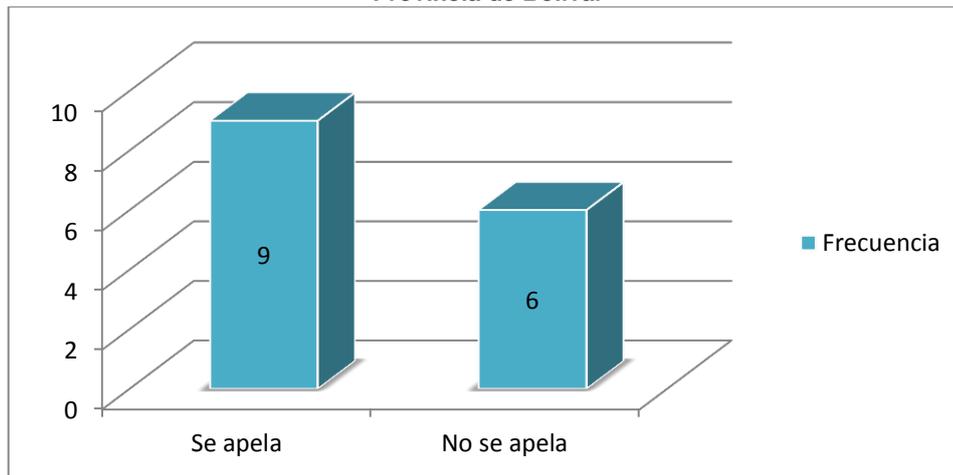
Tabla Nro. 3.1.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Bolívar

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se apela	9	60
No se apela	6	40
Total	15	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 3.1.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Bolívar



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 sentencias existentes en Acciones de Protección Constitucionales, el 60% fue impugnado a segunda instancia provincial y el 40% no tuvo apelación, en la provincia de Bolívar durante el año 2013.

2.2.4.2.3.2 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Pastaza

Análisis Estadístico:

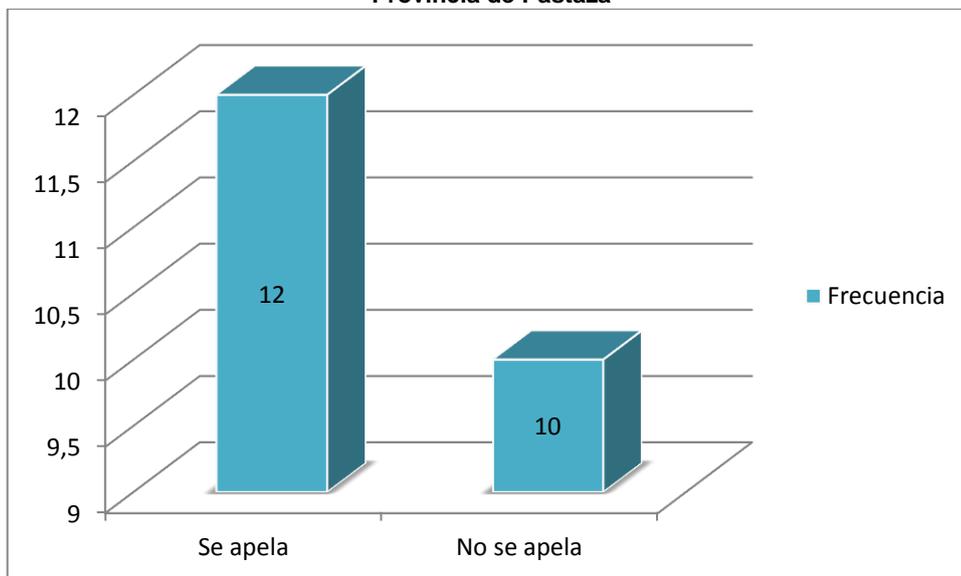
Tabla Nro. 3.2.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Pastaza

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se apela	12	55
No se apela	10	45
Total	22	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 3.2.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Pastaza



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 22 sentencias existentes en Acciones de Protección Constitucionales, el 55% fue impugnado a segunda instancia provincial y el 45% no tuvo apelación, en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

2.2.4.2.3.3 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Chimborazo

Análisis Estadístico:

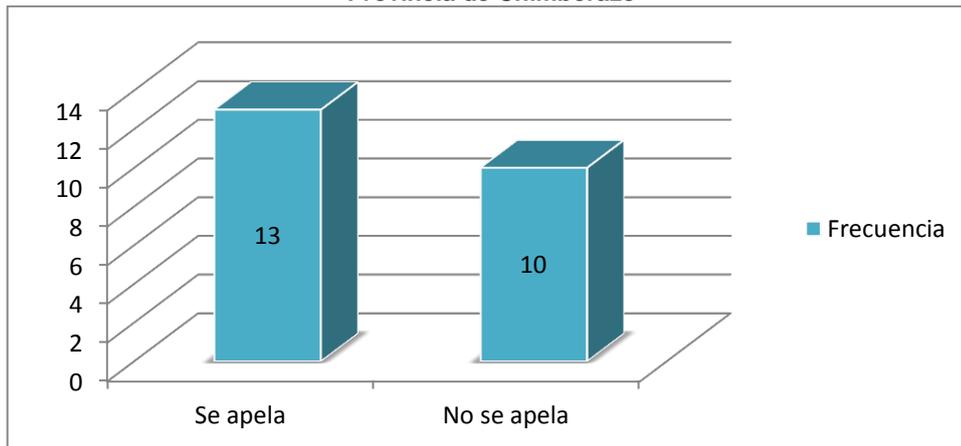
Tabla Nro. 3.3.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Chimborazo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se apela	13	57
No se apela	10	43
Total	23	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 3.3.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en la Provincia de Chimborazo



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 23 sentencias existentes en Acciones de Protección Constitucionales, el 57% fue impugnado a segunda instancia provincial y el 43% no tuvo apelación, en la provincia de Chimborazo durante el año 2013.

2.2.4.2.3.4 Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en el total de la región

Análisis Estadístico:

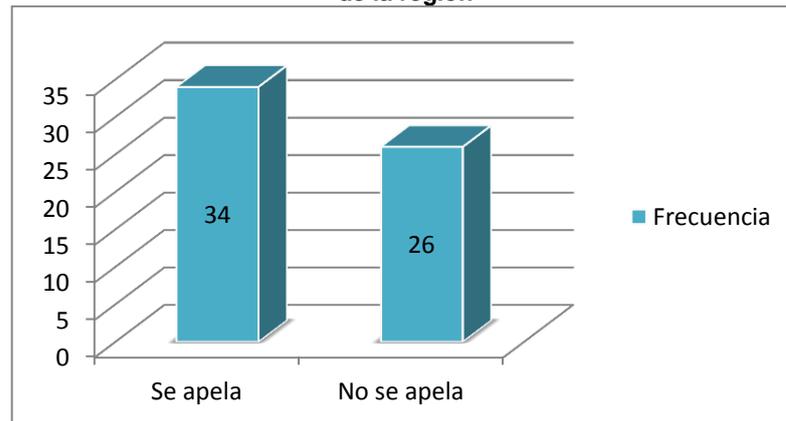
Tabla Nro. 3.4.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en el total de la región

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Se apela	34	57
No se apela	26	43
Total	60	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 3.4.- Apelación de Sentencias Acción de Protección en Segunda Instancia en el total de la región



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 60 sentencias existentes en Acciones de Protección Constitucionales, el 57% fue impugnado a segunda instancia provincial y el 43% no tuvo apelación, en el total de la región durante el año 2013.

2.2.4.2.4.1 Derecho que se Demanda en la Provincia de Bolívar durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

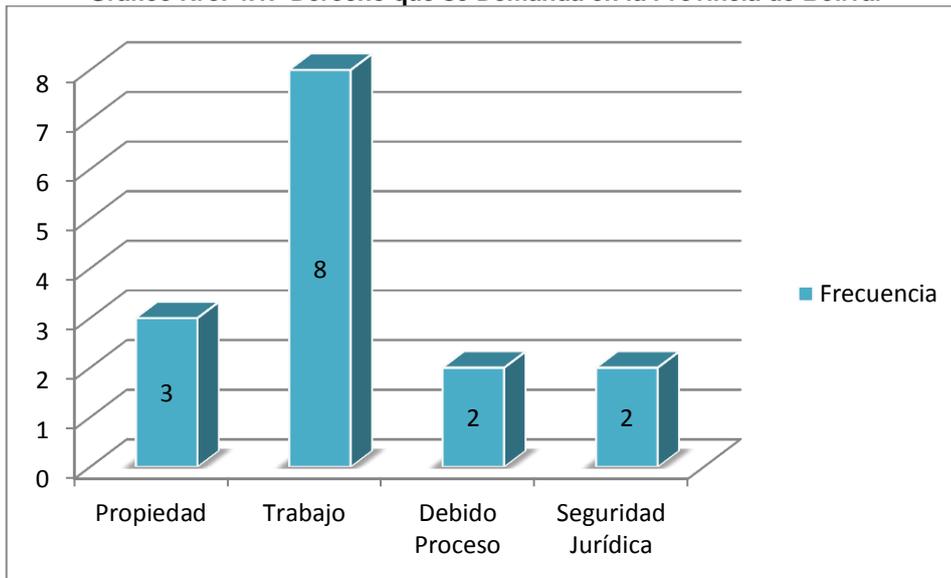
Tabla Nro. 4.1.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Bolívar

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Propiedad	3	20
Trabajo	8	53
Debido Proceso	2	13
Seguridad Jurídica	2	13
Total	15	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 4.1.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Bolívar



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 Acciones de Protección insertadas, el 20% fueron demandando el derecho de propiedad, el 53% el derecho de trabajo, el 13% el derecho al debido proceso y en 13% el derecho a la seguridad jurídica, en la provincia de Bolívar durante el año 2013.

2.2.4.2.4.2 Derecho que se Demanda en la Provincia de Pastaza durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

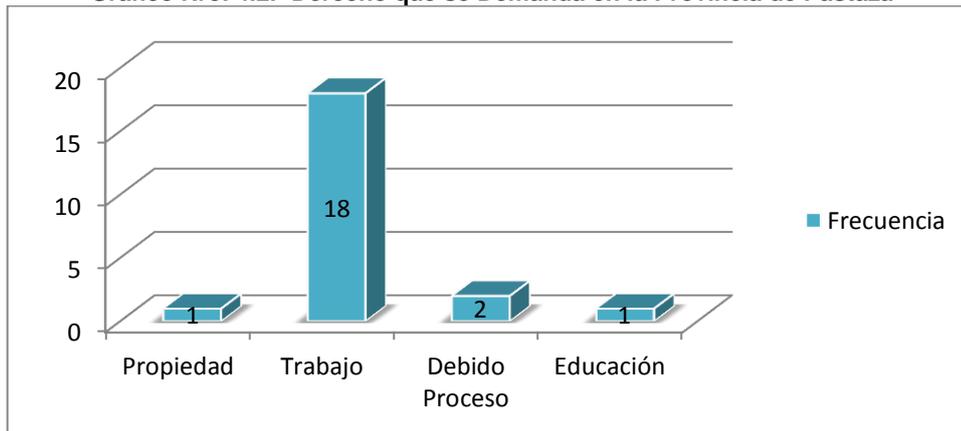
Tabla Nro. 4.2.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Pastaza

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Propiedad	1	5
Trabajo	18	82
Debido Proceso	2	9
Educación	1	5
Total	22	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 4.2.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Pastaza



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 22 Acciones de Protección insertadas, el 5% fueron demandando el derecho de propiedad, el 82% el derecho de trabajo, el 9% el derecho al debido proceso y en 5% el derecho a la educación, en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

De las 18 acciones de protección por derecho al trabajo 13 corresponden a la detención de vehículos de carga de madera, como un dato especial.

2.2.4.2.4.3 Derecho que se Demanda en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

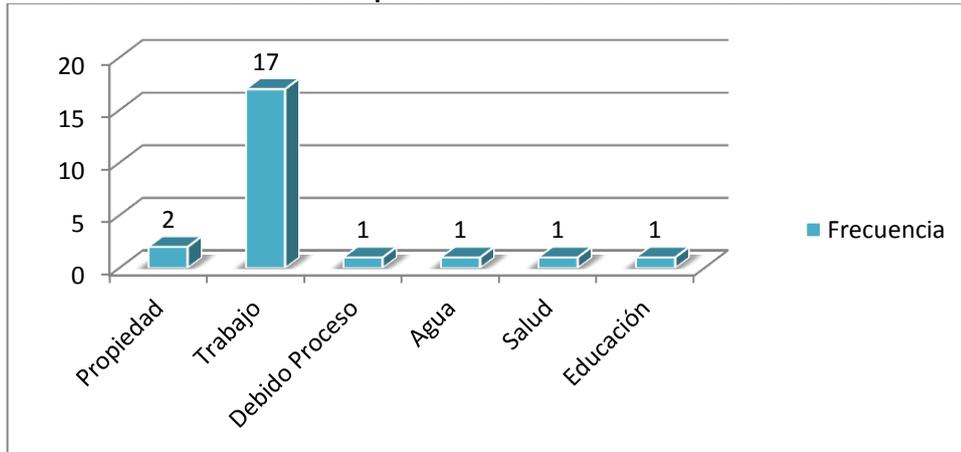
Tabla Nro. 4.3.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Chimborazo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Propiedad	2	9
Trabajo	17	74
Debido Proceso	1	4
Agua	1	4
Salud	1	4
Educación	1	4
Total	23	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 4.3.- Derecho que se Demanda en la Provincia de Chimborazo



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 23 Acciones de Protección insertadas, el 9% fueron demandando el derecho de propiedad, el 74% el derecho de trabajo, el 4% el derecho al debido proceso, el 4% el derecho a la educación, el 4% el derecho al agua y el 4% el derecho a la salud, en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

2.2.4.2.4.4 Derecho que se Demanda en el total de la región durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

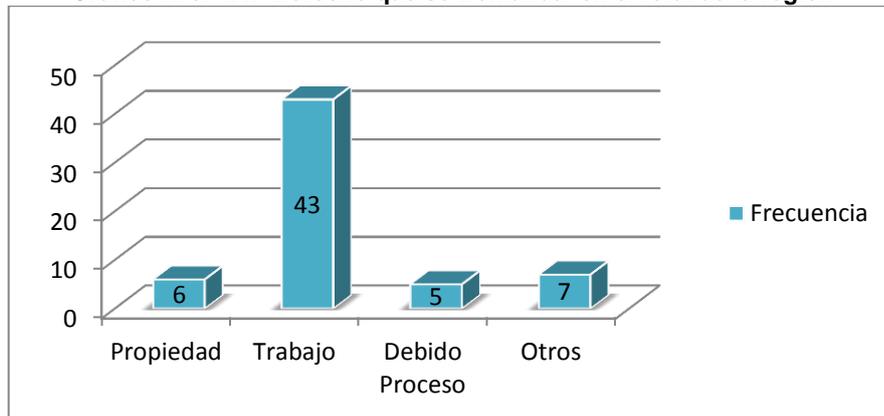
Tabla Nro. 4.4.- Derecho que se Demanda en el total de la región

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Propiedad	6	10
Trabajo	43	70
Debido Proceso	5	8
Otros	7	11
Total	61	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 4.4.- Derecho que se Demanda en el total de la región



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 61 Acciones de Protección insertadas, el 10% fueron demandando el derecho de propiedad, el 70% el derecho de trabajo, el 8% el derecho al debido proceso y el 11% en otros derechos, en el total de la región durante el año 2013.

2.2.4.2.5.1 Argumentación en Sentencia en la Provincia de Bolívar durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

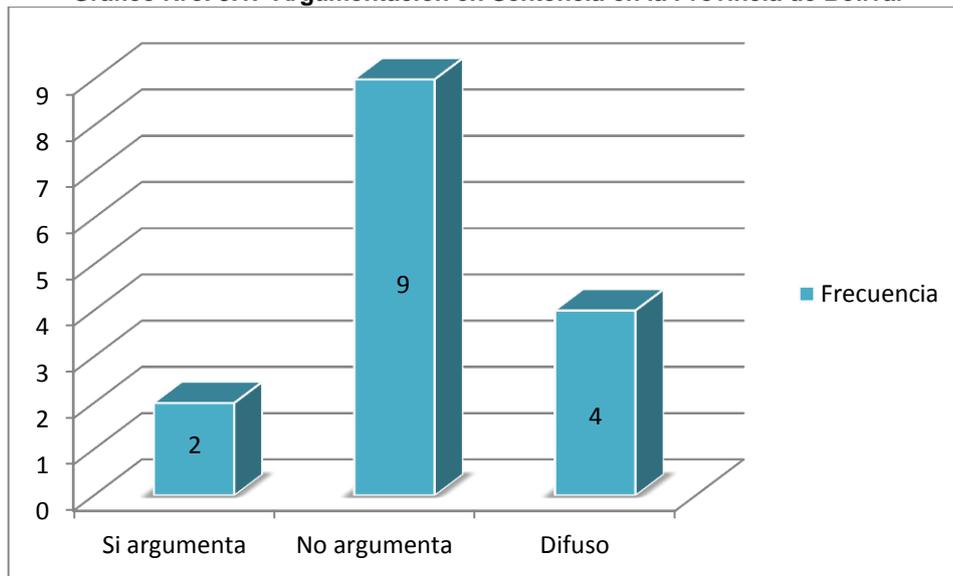
Tabla Nro. 5.1.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Bolívar

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si argumenta	2	13
No argumenta	9	60
Difuso	4	27
Total	15	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 5.1.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Bolívar



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 13% presentan argumentos, el 60% no los presenta y en el 27% el argumento es difuso o no se comprende con claridad, en la provincia de Bolívar durante el año 2013.

2.2.4.2.5.2 Argumentación en Sentencia en la Provincia de Pastaza durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

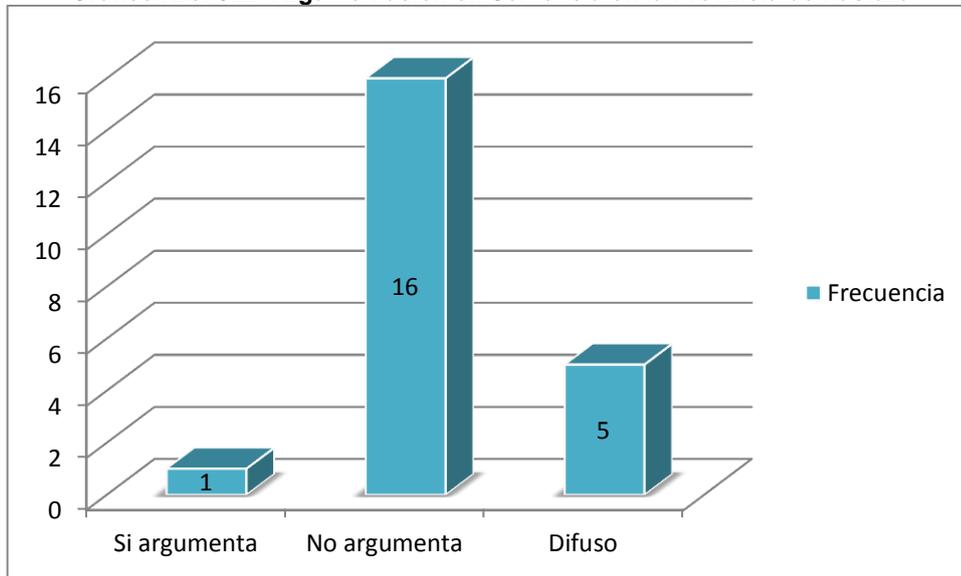
Tabla No. 5.2.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Pastaza

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si argumenta	1	5
No argumenta	16	73
Difuso	5	23
Total	22	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico No. 5.2.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Pastaza



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 22 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 5% presentan argumentos, el 73% no los presenta y en el 23% el argumento es difuso o no se comprende con claridad, en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

2.2.4.2.5.3 Argumentación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

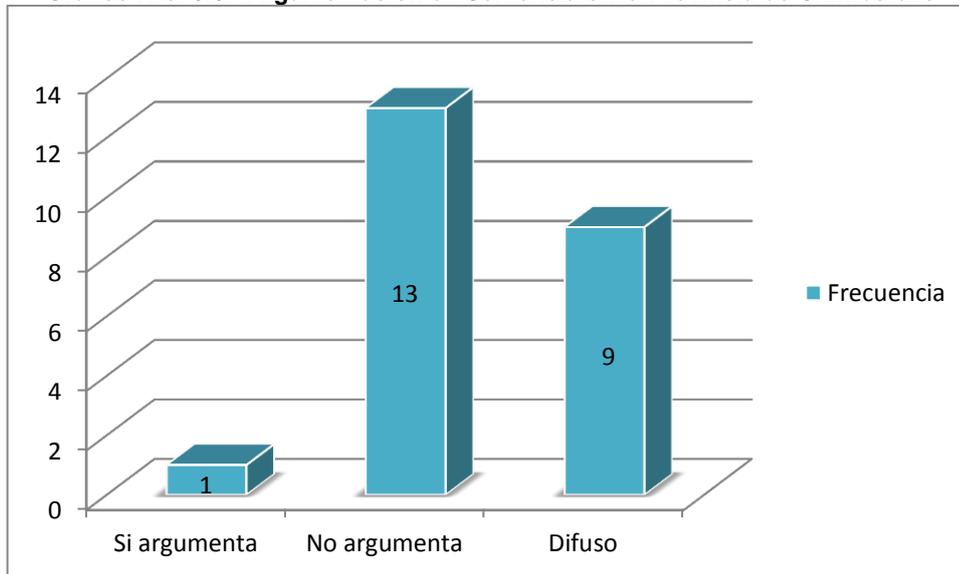
Tabla Nro. 5.3- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si argumenta	1	4
No argumenta	13	57
Difuso	9	39
Total	23	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 5.3.- Argumentación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 23 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 4% presentan argumentos, el 57% no los presenta y en el 39% el argumento es difuso o no se comprende con claridad, en la provincia de Chimborazo durante el año 2013.

2.2.4.2.5.3 Argumentación en Sentencia en el total de la región durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

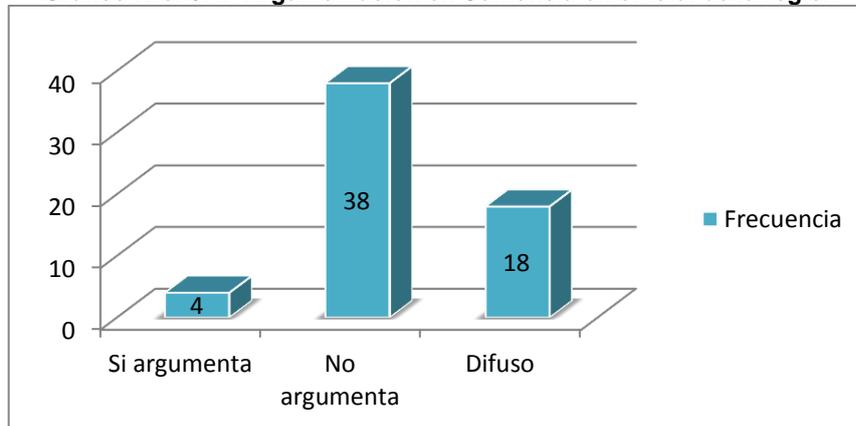
Tabla Nro. 5.4- Argumentación en Sentencia en el total de la región

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si argumenta	4	7
No argumenta	38	63
Difuso	18	30
Total	60	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 5.4.- Argumentación en Sentencia en el total de la región



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 60 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 7% presentan argumentos, el 63% no los presenta y en el 30% el argumento es difuso o no se comprende con claridad, en el total de la región durante el año 2013.

2.2.4.2.6.1 Motivación en Sentencia en la Provincia de Bolívar durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

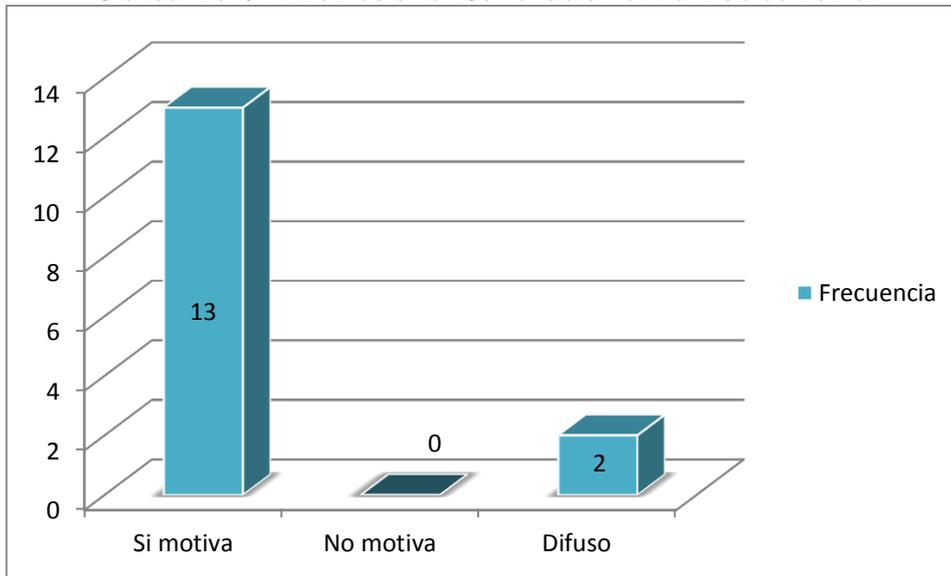
Tabla Nro. 6.1.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Bolívar

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si motiva	13	87
No motiva	0	0
Difuso	2	13
Total	15	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 6.1.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Bolívar



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 87% motiva jurídicamente, el 0% no lo hace y en el 13% la motivación es difusa o no se comprende con claridad, en la provincia de Bolívar durante el año 2013.

2.2.4.2.6.2 Motivación en Sentencia en la Provincia de Pastaza durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

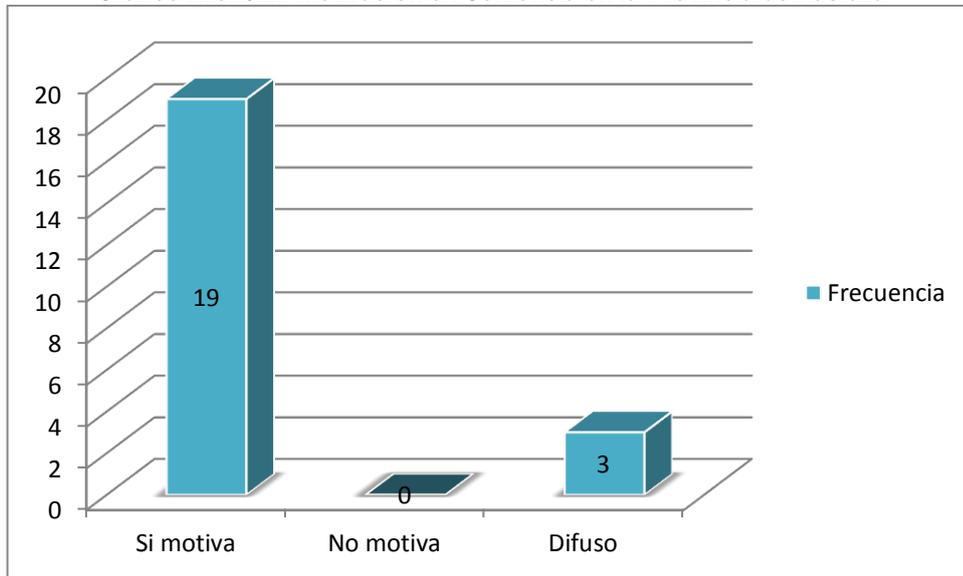
Tabla Nro. 6.2.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Pastaza

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si motiva	19	86
No motiva	0	0
Difuso	3	14
Total	22	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 6.2.- Motivación en Sentencia en la Provincia de Pastaza



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 22 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 86% motiva jurídicamente, el 0% no lo hace y en el 14% la motivación es difusa o no se comprende con claridad, en la provincia de Pastaza durante el año 2013.

2.2.4.2.6.3 Motivación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

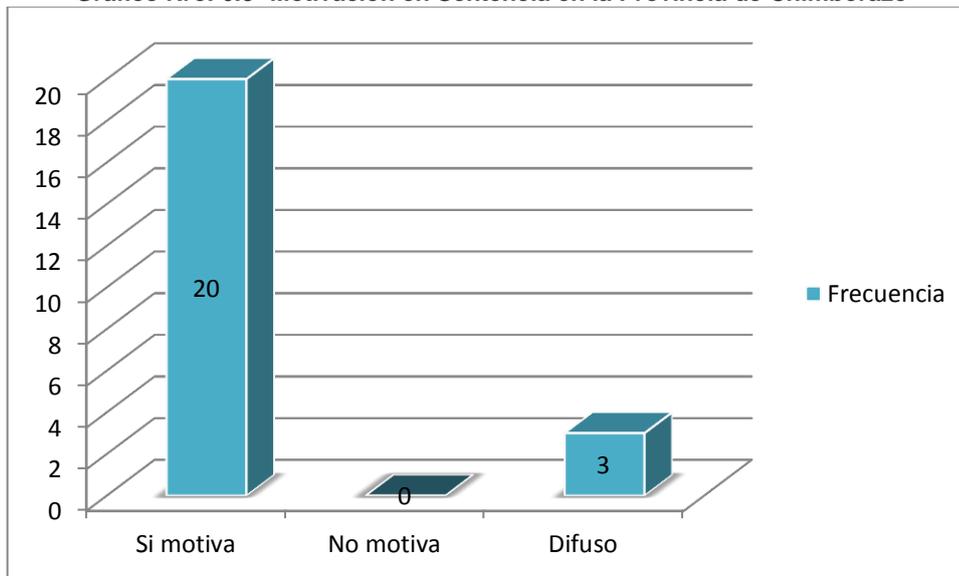
Tabla Nro. 6.3- Motivación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si motiva	20	87
No motiva	0	0
Difuso	3	13
Total	23	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 6.3- Motivación en Sentencia en la Provincia de Chimborazo



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 23 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 87% motiva jurídicamente, el 0% no lo hace y en el 13% la motivación es difusa o no se comprende con claridad, en la provincia de Chimborazo durante el año 2013.

2.2.4.2.6.4 Motivación en Sentencia en el total de la región durante el año 2013.

Análisis Estadístico:

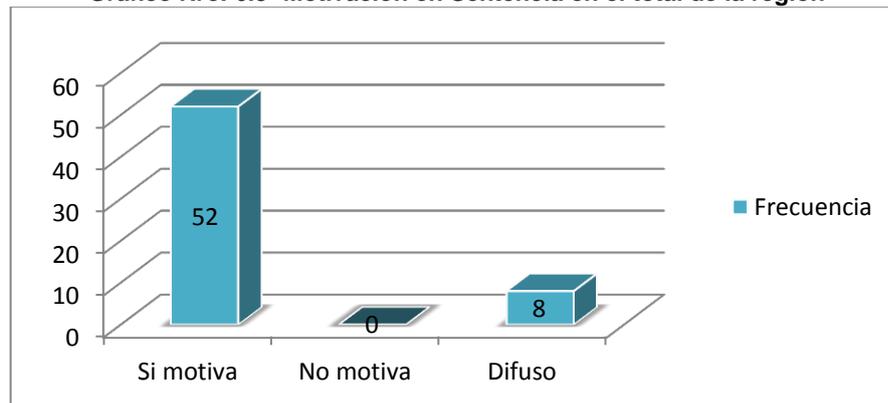
Tabla Nro. 6.3- Motivación en Sentencia en el total de la región

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Si motiva	52	87
No motiva	0	0
Difuso	8	13
Total	60	100

Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico Nro. 6.3- Motivación en Sentencia en el total de la región



Fuente: Archivo Dirección Regional Chimborazo Procuraduría General del Estado

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 60 sentencias constitucionales en acciones de protección, el 87% motiva jurídicamente, el 0% no lo hace y en el 13% la motivación es difusa o no se comprende con claridad, en el total de la región durante el año 2013.

2.2.4.3 ARGUMENTACIÓN Y CRITERIO DE LOS ACTORES

En la presente tesis realizamos entrevistas dirigidas específicamente a tres grupos de personas, jueces/as constitucionales que tienen competencia en el conocimiento de acciones de protección, abogados en libre ejercicio que patrocinan y asesoran en este tipo de recursos y finalmente abogados y director de la Dirección Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, la cual ha tenido participación en los procesos constitucionales de las provincias de Chimborazo, Pastaza y Bolívar. Finalmente la entrevista también está dirigida a un académico del Derecho involucrado con el proceso constituyente de Montecristi en el año 2008.

2.2.4.3.1 ARGUMENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA.

2.2.4.3.1.1 Entrevista a Juez en la Provincia de Bolívar

Dr. Washington Basantes, Juez Provincial de Bolívar (Grabación en Anexo 4)

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

Hay dos aspectos a considerar, hay que ver que en la moral no existe el aspecto coercitivo queda el fuero juzgo que lo llamamos en la persona, en cambio el Derecho por ser una creación de la sociedad y de las personas, su característica es la coercibilidad, sin embargo entre el Derecho y la Moral hay una relación porque primero parte toda norma legal de las normas morales. Así tenemos por ejemplo que la ley del no matar de los diez mandamientos posteriormente se convirtió en normas legales, es así que el homicidio, el asesinato están tipificados como delitos, es decir hay una vinculación intrínseca entre Derecho y Moral, así como sus diferencias y características propias. El Derecho Romano de Latinoamérica y en especial del Ecuador está basado en un Derecho Canónico que parte de la religión y es por eso que ciertas leyes a ser todas en cuenta primero deben considerar, como se ha visto, que hay que tomar la opinión de la iglesia, hablemos por ejemplo del aborto, de la eutanasia. El aspecto religioso está enquistado en la sociedad ecuatoriana y juega un rol trascendental que no solamente deja en manos del asambleísta o legislador

que elabora la ley, nosotros tenemos esa tradición a diferencia del sistema europeo que tiene otra concepción. Nosotros tenemos la influencia del catolicismo que hace que el asambleísta piense dos veces para realizar la ley.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Es un nuevo constitucionalismo, básicamente nuestro país a partir de 1998 y en especial con la Constitución del 2008 se estableció el Neoconstitucionalismo, que en Europa ya está en desuso. Hablamos de un constitucionalismo moderno que en la Constitución del Ecuador en su artículo 1 habla del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, tal es así que básicamente estamos saliendo de un Estado legal a un Estado Constitucional, de un estado basado en reglas a un estado basado en los principios constitucionales, y, de esto habla Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Miguel Ángel Carbonell, que critican el anterior estudio de la ley para la ley, es así que hablamos de una nueva profundización del estudio de las normas en todos los órdenes como manifiesta Ricardo Guastini, debemos dejar el Estado Legal para ingresar a un Estado Constitucional, y también en el Estado legal el juez es un sujeto pasivo, es la boca de la ley como decía Montesquieu, los jueces no pueden hacer absolutamente nada, pero en el nuevo modelo el juez es un ente activo, un creador del Derecho y esa es la esencia, nos dirigimos a los principios. Se ha hablado mucho y se ha trillado sobre estos aspectos pero todavía de la influencia legalista han quedado muchas secuelas. Para esto el juez debe estar imbuido de conocimiento, el juez lo que hace es interpretar la ley, argumentar y aplicar, para llegar a un caso tiene que estar primero con una moral bien contundente, bien fuerte y saber que lo que se ve dentro de las dos realidades, la histórica y la procesal, esta segunda debe influir a la decisión del juez, lo que llamamos dentro del aspecto legal la sana crítica, aquella conformada por el conocimiento, la experiencia y la lógica que se debe aplicar para que el juez tenga una convicción y saber que una persona, por ejemplo en el caso penal es inocente o es culpable, pero sobre la base de las pruebas de cargo y descargo acercándose a esa objetividad que el juez debe tener, sobre la convicción

llegar a la certeza, no a criterio subjetivo la subjetividad del juez casi no cuenta, lo que cuenta es el mandato constitucional, el mandato legal y también los tratados internacionales, entonces el juez está imbuido en una causa para aplicar en su orden la Constitución, los tratados y la ley de acuerdo a la materia que lo vaya a realizar. Si se administra justicia sobre la subjetividad, apartándose de los criterios no voy a crear Derecho, el Derecho es creación de conocimiento rumbo las certezas, ese es el activismo judicial. Es importante destacar en este aspecto el debate Dworkin-Hart, el segundo dice que la interpretación de la norma hay una sola, mientras que Dworkin plantea que hay varias y lo que hay que definir es cuál se apega o está más cerca a los principios constitucionales.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

La acción de protección, anteriormente llamado amparo constitucional nace como una defensa del ciudadano ante el poder del Estado y las instituciones, porque el primer vulnerador de los derechos es el Estado y entonces qué tenía el ciudadano antes de eso, nada, había que crear un institución jurídica donde se pueda defender y como reza la Constitución es una acción inmediata, rápida, sumarisima, donde se precautela los derechos constitucionales y la ley orgánica de garantías jurisdiccionales dice que procede o se admite cuando hay violación de derechos constitucionales, siendo una defensa y garantía al ciudadano ante el ciudadano, el Estado omnímodo presente frente al ciudadano que no tiene absolutamente nada. Aparte de lo que reza la carta magna es efectivamente una defensa que se da y que hoy se lo quiere delimitar porque anteriormente el amparo constitucional se vulgarizó porque por todo se interponía amparo constitucional y no se sabía cómo ejecutarlo inclusive, había sentencias contra una institución pero no se sabía cómo ejecutarlo o concretizarlo, hoy con la acción de protección vino normado que si no se cumple la entidad demandada o el representante puede ser destituido del juez, y esta potestad la tienen solo los jueces constitucionales de la Corte. Actualmente se lo quiere limitar porque una vez que se concedió esas

garantías, el Estado va a seguir siendo el omnipresente, el omnipotente, el que vulnera y el ciudadano tiene estas garantías.

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

Lo primero, ante una vulneración de un derecho constitucional la reparación es inmediata y no se debería esperar que se agote las instancias legales, un trámite ordinario para decir después de eso venga. Sí yo sufro el atropello de una entidad o he sido destituido ilegalmente tengo que agotar todo en la vía administrativa y de ahí ir a la etapa constitucional, eso es una vulneración peor, y la acción de protección persigue la reparación inmediata del daño causado, por eso también se establece las medidas cautelares, caso contrario qué sentido tendría. La Corte Constitucional hizo un análisis de los elementos que determinaban los casos de inadmisión e improcedibilidad, alrededor de los numerales del artículo 42. Ante una violación inminente de un derecho la reparación también es inminente.

Elaborar una sentencia no es una cosa fácil, involucra un raciocinio, hay varios aspectos, primero los hechos u obiter dictum, la ratio decidendi o aspectos que se toman en cuenta y la resolución, lo que se maneja en una sentencia, lógico que el juez conoce el Derecho, con el principio de Iura Nobit Curia, que decíamos tradicionalmente, dadme los hechos que os daré el derecho. Entonces hay los hechos y realizamos los razonamientos para llegar a la razón dura, a lo contundente, a lo que voy a resolver para abordar la resolución. En materia constitucional hablamos de ponderación de principios al caso concreto, pero en materia legal hablamos de la subsunción³⁴ donde tenemos una

³⁴ Operación lógica en que se establece una dependencia de especie a género o de hecho a ley, o de afirmación individual a afirmación general. El razonamiento deductivo suele extenderse como una operación de este tipo, en que se va de lo general a lo particular. En derecho, más estrictamente, es la relación lógica de una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta e hipotética de la ley. (Fuente: GARRONE, José A., *Diccionario Jurídico – Tomo IV*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 538).

premisa mayor y una premisa menor, los hechos encuadrados al Derecho. Si se dan los hechos cómo hago para que este contraste o como hago que los derechos encuadren en la norma, éste es un estudio de razonabilidad y en base de ésta hago la argumentación del caso y si a ésta argumentación le añado doctrina, le añado jurisprudencia al caso concreto voy a crear una obra de arte de sentencia. Argumentar no es solamente enunciar los artículos, consiste en contrastar los hechos con la norma, entonces al ser ese contraste con la subsunción más la jurisprudencia y la doctrina estamos creando Derecho, hay que crearlo permanentemente. Nuestro sistema no está creando Derecho, nos hemos limitado a ser la boca de la ley y si a esto le añadimos los principios constitucionales mucho mejor. Las sentencias están en la base de la pirámide que elaboró Kelsen, desde la Constitución hasta la sentencia, porque ésta recoge todos esos instrumentos jurídicos, una vez revisados, agitamos todo y elaboramos el trabajo de racionalidad, en materia constitucional se habla de los test de razonabilidad como los establece Robert Alexy y otros autores.

2.2.4.3.1.2 Entrevista a Juez en la Provincia de Pastaza

Dr. Lenin Naranjo López, Juez Provincial de Pastaza (Grabación en Anexo 4)

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

En lo que respecta a este tema de estudio, el Derecho y la Moral van interrelacionadas y concordantes, pues el Derecho es un conjunto de normas que tratan de regular la vida y convivencia de los seres humanos en la sociedad, y la Moral, un conjunto asimismo de órdenes y valores que dependen de la familia, la sociedad y el Estado. En ese orden van unidas siempre estas dos partes importantes dentro de la vida de un ser humano. Yo consideraría que es muy importante la vinculación del Derecho y la Moral porque con ello se puede llegar a lo que muchos tratadistas tratan de llevar a una sociedad perfecta o en perfección, si logramos que el ser humano sea criado, educado y formado en una sociedad donde los valores primen por

sobre los hechos y consecuencias que se presentan en el normal desenvolvimiento social, es decir que los valores de los seres humanos deben ir por arriba de las circunstancias sociales para que una sociedad pueda lograr el ámbito progresista y progresivo que lo han obtenido muchas sociedades a nivel exterior y por eso han logrado llegar a sitios muy importantes del conocimiento y la ciencia. Y qué bueno que nosotros como ciudadanos ecuatorianos tengamos la oportunidad de analizar estos ámbitos que se refieren al Derecho y a la moral.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Esta figura traída desde que nosotros los ecuatorianos aprobamos una nueva constitución viene de buena manera porque esta Constitución es sobre todo garantista de derechos por sobre todas las cosas. Yo en el trajinar de todas las cosas veo que esta Constitución ha servido de buena manera, anteriormente nos visionábamos en una situación legalista de tramitación del proceso, muy exigente en que si no se cumplía una formalidad, no se podía revisar el fondo de los derechos de las personas, ahora con el Neoconstitucionalismo prácticamente cambiamos este entorno y nos centramos en el fondo del problema que pueda existir para las personas o un colectivo. En este caso resolvemos los jueces las circunstancias que fueron atentatorias a los derechos de las personas, estas circunstancias son las que han creado un progreso en la situación constitucional, hablo de que los derechos de las personas, individual o colectivamente están muy progresistas o adelantadas en este tema y el objeto es vincular a que toda persona en cualquier ámbito tenga protección y que esto habla mucho de que el derecho en el Ecuador ha variado y que está cambiando en favor del ser humano.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

Es una garantía constitucional que se ejercita a través de una acción que no necesita de mucha formalidad, sólo la simple actuación de una persona que

considere que se le han vulnerado sus derechos se puede actuar ante cualquier juez, y ahí con esa situación de predisposición de este legitimado activo, que se lo conoce en Derecho, poder el orden judicial a través de un juez constitucional, y hablo de juez constitucional entre comillas pues no es el juez normal u ordinario el que analiza una acción de protección sino e juez constitucional, que tiene que ver una visión totalmente diferente de un proceso judicial, porque este tipo de juez va a analizar los temas de Derecho Constitucional, los tratados internacionales que tenga vigente el Ecuador, junto con sus convenios donde que primordialmente se respeta el derecho de los seres humanos, el derecho a la vida, a la libertad, así como el derecho al trabajo, es muy importante ya que son respetados a nivel internacional y que son materia de convenios del Ecuador para respetar esos derechos.

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

En mi criterio y de muchos analistas es importante analizar que se haya violado un derecho fundamental y prácticamente a conocimiento del juez constitucional, por eso le hablaba que hay que poner entre comillas juez constitucional se considera que a la persona o colectivo se le violó un derecho fundamental, allí el juez está obligado a declarar ese derecho fundamental, más no detenerse en motivos de proceso que en criterio de muchos analistas y el mío no tendrían asidero porque la acción constitucional de protección va encaminada a tutelar los derechos fundamentales del ser humano.

2.2.4.3.1.3 Entrevista a Juez en la Provincia de Chimborazo

Dr. Oswaldo Ruiz Falconí – Juez Corte Provincial de Chimborazo

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

Bueno, concebida la sociedad como una organización que depende y se rige por normas para el convivir son lineamientos sobre los cuales deben observar los ciudadanos de una determinada población de una ciudad y estado, la moral viene intrínseco del ser humano son los principios, las metas, los ideales que rigen su vida personal, el derecho tiene que estar circunscrito necesariamente a la moral que puede entenderse también como valores éticos, entonces, en ese sentido al concebirse a la sociedad como un estado social de derechos necesariamente tiene que tener entre sus normas, normas morales que permitan una relación entre las personas y se establezcan límites de los derechos. Bien dice un dicho que el derecho de una persona termina cuando empieza el derecho de la otra entonces, esos lineamientos siempre deben ser establecidos en base a las normas y esas normas deben estar muy enraizadas en lo que son los ideales morales de un individuo.

En las religiones existe una concepción filosófica, son concepciones filosóficas ideológicas yo no me iría con el tratamiento aislado de moral, puede haber diferentes criterios pero llegan a unos estados a unos principios que son únicos y universales por ejemplo: el ser honrado, honesto, ético, no depende tanto de diversas concepciones que puedan tener o filosofías que puedan tener diversos grupos o personas, yo creo que esos principios son únicos y no están enraizados ni por la religión ni por la filosofía sino simplemente son consustanciales del ser humano.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Bueno es una superación de un estado constitucional de derechos, es una nueva filosofía y metodología jurídica en la que se establecen garantías jurisdiccionales en favor para hacer efectivos los derechos sociales determinados en la constitución deja de ser un cuerpo normativo para ser un cuerpo unas normas en conjunto que garantizan el establecimiento y la vigencia de los derechos reconocidos en la constitución y los tratados internacionales.

No, no hay respuestas únicas ya desaparece el cumplimiento o el estricto cumplimiento por parte de los jueces o administradores operadores de justicia al cumplimiento estricto de una ley porque ese se denomina el principio de legalidad, entonces, le hace al juez creador del derecho, le hace interpretar las normas del derecho en función de respetar los derechos de los ciudadanos y a la vez respetar el derecho de la sociedad que están distribuidas no solo en el cuerpo constitucional sino en todas las leyes; es un cambio de óptica, de visión del derecho, de ampliación del derecho, un cambio de filosofía, de metodología jurídica inclusiva que ya no es la mera aplicación de la norma únicamente, es la aplicación del estado para garantizar los derechos de los ciudadanos.

Hay que empezar revisando las competencias de la Corte Constitucional y una de ellas es emitir sentencias vinculantes y al hablar de vinculantes se dejaría de ser sentencias interpartes donde solo a los actores procesales estaría su cumplimiento pero bueno la constitución ya va más allá es decir establecer mecanismos jurisprudenciales de origen en cuanto a las garantías jurisdiccionales entonces lastimosamente todavía existen pocas sentencias que son vinculantes y que establecen normas o pautas o principios que deben seguir en determinadas garantías jurisdiccionales, yo creo que hace falta todavía la Corte Constitucional un trabajo en ese aspecto y bueno todavía yo creo que a nivel regional la corte constitucional colombiana va llevando va adelante en la emisión de sentencias con carácter vinculante y en la que se establece verdaderos argumentos de protección de los derechos fundamentales del ser humano.

Bueno en un proceso judicial en nuestro procedimiento se establece o se sanciona o se resuelve a través de la prueba aportada por las partes y hay un principio que nos rige en nuestro sistema procesal que es el principio de la sana crítica entonces hay que elevar la posibilidad del juez en función de lo aportado de las pruebas del actor y demandado establecer la verdad procesal, la verdad procesal incluso está establecida como principio en el Código Orgánico de la Función Judicial entonces, obviamente el juez tiene la obligación de fallar en función de las pruebas aportadas y en la que le dé la

certeza de los hechos porque sería inconcebible también, nuestro ordenamiento se destruiría si el juez fallara sin ningún elemento probatorio que demuestre la certeza tanto de la pretensión del demandado como las excepciones del actor por eso es que en nuestro sistema se obliga a evaluar todas las pruebas presentadas en un proceso judicial y en función de esa evaluación dejar a la sana crítica del juez que es definida como la racionalidad, la experiencia del juzgador para fallar y sentenciar en favor de una u otra persona pero siempre con la certeza o la verdad procesal del proceso.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

La acción de protección en nuestro sistema constitucional es una garantía constitucional que se dictó para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos, contra actos u omisión ya sea del poder público o particulares, está regulado por la ley, lastimosamente observó que en el art. 42 existen muchas limitaciones para que pueda sentenciarse cuando un acto esté contraviniendo el derecho de algún ciudadano, estas limitaciones si prohíben por ejemplo el que sí existe una vía administrativa existe un límite para la acción de protección, pero respecto a ello incluso hay sentencias de la Corte Constitucional que obligan a los juzgadores a revisar si hay violación o no de los derechos fundamentales y sobre ellos fallar, pero, lastimosamente en nuestro sistema judicial ha venido de menos la acción de protección, incluso ya los abogados por la negativa recurrente de los juzgadores se ha visto un decrecimiento en el uso de esa garantía jurisdiccional.

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

Hay que partir de un principio fundamental, un proceso judicial no está aislado de un principio que es el formalismo procesal no se puede decir, existen solemnidades que se deben establecer en todo proceso judicial y al ser inobservadas estas solemnidades acarrearán nulidad, entonces, si no tuviéramos

un procedimiento a seguir en todo incluso en la garantía jurisdiccional sería potestad del juez a su voluntad y antojo establecer que diligencias efectuar en determinado caso, eso no puede suceder, no está aislado el estado constitucional de derechos con el tema de seguridad jurídica entendido también como principio en virtud del cual lo que corresponde al juzgador y operador de justicia es garantizar que sea el procedimiento conforme lo establece la ley pero el análisis del juez en función a los hechos que a las pretensión del actor o demandado siempre debe ser revisado con una óptica de garantía de los derechos fundamentales de las personas, esa es la concepción esa es la nueva filosofía ese es el neo constitucionalismo, que hemos pasado de un estado constitucional de derecho a un estado garantista eso debe ser entendido por el juez el operador de justicia y revisar, primero la norma incluso del COFJ, la CRE obliga al juez revisar primero las normas constitucionales sobre determinado caso por el tema de supremacía constitucional, tratados internacionales y la defensa de derechos de los ciudadanos, entonces, en función de eso debe ser revisado todo procedimiento judicial.

No es formalismo, lo que acabas de decir es importante, la propia LOGJCC establece procedimiento rápido para hacer efectivo, es porque a través de la acción de protección lo que se ha estado buscando o cuidando tiene un objetivo fundamental la protección de los derechos, entonces al proteger los derechos yo tengo que hacer un trámite rápido, sencillo, por ejemplo: en el tema de la notificación puedo dar a conocer a la parte demandada a través de cualquier medio no a través de las citaciones como lo mandaba en el PC, entonces una vez notificado se hace inmediatamente la audiencia y en audiencia el juez tiene la obligación de resolver, entonces, no es que no existe un procedimiento, existe un procedimiento y están las normas en la LOGJCC lo que existen son procedimientos sencillos que hagan eficaz el ejercicio de las acciones constitucionales.

Yo estimo que la propia concepción del servidor público establecido en la Constitución de la República del Ecuador ya se ha hecho un cambio radical, antes como principio estaba establecido en concurso de méritos y oposición,

ahora es una obligación y la obligación va con la sanción de la mano para la autoridad que no cumpla al momento de realizar concursos para llenar vacantes en las instituciones del sector público, puede incluso ser sancionado con la destitución. El tema de meritocracia en los concursos hace que a su vez los mejores ciudadanos, las personas mejor formadas, las personas con mayor capacitación la posibilidad de acceso al servicio público. En eso ha hecho un cambio importante el estado en todas sus instituciones el propio COFJ al establecer evaluaciones periódicas de los jueces no solo con el tema productividad sino también con el tema no solo cuantificar sino cualificar también, ver la forma como están argumentado sus fallos los jueces, revisar y evaluar esa forma a la par de la capacitación continua que tiene que tener todo juez y claro demostrar que se sigue preparando porque el derecho es una ciencia que exige constante estudio, dedicación y lectura, entonces, bien decía el decálogo del abogado que nos enseñaban en primer año el Abogado que no estudia cada día es menos abogado, entonces exige una auto preparación del juez permanente, todos los días para poder emitir una sentencia con suficiente argumento y suficiente motivación, así lo exige la constitución. Existe en el consejo de la Judicatura un plan de capacitación para los jueces, existe en el Consejo de la Judicatura en la Escuela Judicial sometidos una evaluación periódica, si a esto le añadimos además que el COFJ permite que los jueces o servidores judiciales, puedan continuar con sus estudios de cuarto nivel, entonces, yo creo que las normas están puestas en la normativa legal vigente, lo que sí y debes haber observado muchas veces es exigir que los concursos sean transparentes, los futuros en el país de la nada, nombramientos a dedo, ahora estamos con concursos yo creo, no estoy diciendo en la Función Judicial he visto en determinadas instituciones como ex Director de la Contraloría que todavía debe existir valoración objetiva sin dedicatoria al momento de realizar los reglamentos para los Concursos de méritos y oposición, y seguir lo que dice la Ley, la LOSEP establece que si la autoridad no tiene por qué inmiscuirse en la designación de las personas que acceden a un cargo público simplemente la unidad de talento humano y esos parámetros tienen que ser generales, que permitan la mayor participación de los ciudadanos y al ser generales entonces,

estamos garantizando no solo la mayor participación sino una participación de calidad.

2.2.4.3.2 ARGUMENTACIÓN DE ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO.

2.2.4.3.2.1 Entrevista a Abogado/a en libre ejercicio profesional en la Provincia de Bolívar

Dr. Mario Espinoza – Abogado en Libre Ejercicio durante más de veinte años (Grabación en Anexo 4)

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

Desde la sección determinada por el Derecho Constitucional el Derecho es dar a cada quien lo que les corresponde, a partir de eso los seres humanos tenemos que actuar dentro de un ámbito legal de respetar el derecho ajeno, lo que está basado en la moral, sí una persona tiene la moral íntegra o la deontología determina que lo que le pertenece a los demás uno no puede apropiárselo, a partir de esa cuestión tiene que respetar la ley y realmente configurar al Derecho como uno de los modos para regular el objetivo de entregar a cada quien lo que le corresponde.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

La Constitución de la República del Ecuador es una constitución garantita de derechos y esa situación no solamente se determina para el ser humano sino también para la tierra, y el Neoconstitucionalismo establece que los seres humanos estamos íntimamente vinculados con la tierra o la Pacha Mama como se le llama, entonces tenemos que respetar tanto los derechos de la tierra como los derechos de los seres humanos, entendidos desde el punto de vista que si nosotros estamos dotados de una moral o una ética no podemos ir más allá de lo que la Constitución nos indica y manda, sabiendo que la ley es la declaración que el Estado hace para determinar ciertas normas que mandan,

prohíben y permiten, entonces el Neoconstitucionalismo determina que los seres humanos tenemos hasta cierto punto nuestro actuar y accionar.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

La acción de protección es una norma constitucional que nos garantiza poder reclamar los derechos que están establecidos en el artículo 66 de la misma Constitución, es decir el derecho a la vida, al trabajo, a gozar de los recursos naturales, a gozar de la familia y todas esas circunstancias hacen que demandemos del Estado la protección, porque nosotros no podemos estar huérfanos de la protección del Estado, ya que estamos dentro del ámbito judicial definitivamente la Constitución no tendría razón de ser y la acción de protección se aplica cuando uno de esos derechos está siendo perjudicado.

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ordena que se garantice y se cumpla los derechos, y esta norma se aplica cuando los derechos establecidos en el artículo 66 de la Constitución de la República están siendo violentados. Es contradictorio que primero debemos esperar que se cumpla una vulneración es decir que no se configure una amenaza sino un hecho y el momento que se constituye en un hecho recién aplicar la acción de protección ante los jueces, pero definitivamente la Ley también nos habla que cuando existe una amenazas a la violación de los derechos se puede aplicar y solicitar esta protección para evitar que se vaya más allá por cuanto tendríamos que haber sufrido ya el impacto de esa amenaza para solicitar la acción de protección, por cuanto ésta tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales cuando haya una vulneración de los mismos. En

cambio la Ley Orgánica determina cuando haya una amenaza y la Constitución cuando haya surtido efecto o ya haya sido violentado.

2.2.4.3.2.2 Entrevista a Abogado/a en libre ejercicio profesional en la Provincia de Pastaza

Dr. Franklin Lalama – Abogado en Libre Ejercicio durante más de treinta años (Grabación en Anexo 4)

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

La Moral, para mí, es el origen de lo que luego sería la norma y después se convirtió en Derecho, porque el Derecho viene siendo el paso primero para el establecimiento de la ley.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Tiene su razón de ser, la Constitución es una norma pragmática, la Carta Magna donde están todas las normas que debemos los ciudadanos y el Estado poner en práctica en nuestra vida en común y por supuesto que para volverle operativa a esa norma programática se requieren de leyes y por eso es que ahora los neoconstitucionalistas tratan de que todo sea arreglado, de que todo tenga una norma, que un principio constitucional sea convertido en norma o ley, y si no pueden hacerlo por lo menos lo reclaman de diversos modos, especialmente por los medios, por vía de actuaciones constitucionales.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

La acción de protección es también una norma operativa fundada en la norma programática y consta en la Constitución, y que lamentablemente el Estado y la Asamblea todavía no han recogido todas esos principios y normas programáticas para convertirlas en ley y por tanto los neoconstitucionalistas decimos que van por ese sendero a tratar de que se vuelvan operativas esas

normas. Si no es por medio de leyes, por medio de su lucha permanente para que se practique ese Neoconstitucionalismo.

4. Para usted como Abogado ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

Yo creo que la naturaleza no reconoce entre el bien y el mal pero sí reconoce entre lo que es equilibrio y desequilibrio, siempre cuando hay un desequilibrio la naturaleza trata de poner equilibrio para que todo vuelva a la normalidad. Siempre que hay un derecho que ha sido violado o está siendo de alguna manera dañado, eso es un desequilibrio y alguien debería poner equilibrio, y primero debería ser el Derecho y relevante antes la justicia, los jueces tienen que hacer justicia, y si ello les manda la Constitución estimo yo que el equilibrio puesto no sale de la norma a rajatabla sino haciendo la justicia. Ahí está la dama de la justicia, puede ser ciega, pero no muda y puede ser muda pero no tonta y lo importante es que equilibra las cosas, tiene su balanza, es ciega para no ver cuál es el plato que le corresponde al débil y cuál es el plato que le corresponde al débil. Desde la sabiduría de lo que es justicia se equilibra la balanza sin saber ni ver de quién se trata, eso es lo que se persigue con la acción de protección, no la aplicación a rajatabla de la norma, además de eliminar el retardo, el proceso lento y los conflictos de intereses entre los mismos jueces. Lo más relevante y lo único importante es hacer justicia, volver a equilibrar la balanza.

2.2.4.3.2.3 Entrevista a Abogado/a en libre ejercicio profesional en la Provincia de Chimborazo

Dr. Luis Cargua Ríos, Abogado en Libre ejercicio durante 35 años

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

Esta gran pregunta incluso es la pregunta central del debate de las modernas teorías de la justicia, porque a la final, lo que es lo que el derecho persigue, ubiquémonos en el contexto conceptual para responder mejor la pregunta, usted me decía la relación entre la moral y el derecho verdad, la cuestión moral es una de las interrogantes que caracteriza al derecho moderno, a la teoría jurídica moderna, incluso a los debates sobre la teorización de la justicia, hay un gran debate sobre qué mismo es la justicia, que es lo justo, si uno se pregunta qué es la justicia, estamos bajo el supuesto de que el derecho siempre busca la justicia, por eso estamos hablando de la justicia, si pensamos que o concluimos que esto es o no justo es porque a la final el criterio de lo justo está implícitamente relacionado con el criterio de la moral de lo bueno, porque entendemos que si es justo es porque es bueno, entonces, la pregunta sobre la moral y el derecho va por ahí porque a la final es lo moral lo que está subyacente en las respuestas actuales sobre si el derecho va o no a la justicia y si está previsto, está diseñado para hacer o buscar la justicia.

Respecto a su palabra utilizada en la pregunta respecto al retorno, yo quisiera retrotraer a esta mesa de conversación lo que decía Karl Popper en su famoso libro La Sociedad Abierta y sus enemigos, él a la final analiza toda la historia de la humanidad y concluye diciendo que toda la historia de la humanidad es un eterno, un permanente, un secuencial retorno, porque a la final siempre estamos avanzando y retornando avanzando y retornando, estamos en un eterno retorno en el sentido de que nada hay nuevo bajo el sol, entonces a la final las grandes preguntas de la actualidad que usted mencionaba, a la final, lo que hacen es hacernos ver que estamos siempre retornando a esta gran pregunta, ¿cuál es el rol del derecho' y tratando de desentrañar si la norma está contribuyendo o no a la búsqueda de la verdad, de la justicia etc.

Con el advenimiento de la revolución francesa con la exposición de Montesquieu sobre la estructura del poder, la división de poderes, a la final es esta la concepción de que el constitucionalismo estaba orientado fundamentalmente a eso, es decir a la distribución equitativa del poder, al cuidado de la no concentración del poder, por eso, la no separación de poderes

concentrado en una sola persona, en suma a lo político, a cuidar del poder político, pero eso no ha sido suficiente, sino que ha sido necesario que hayan nuevas concepciones en el constitucionalismo, en el término de que no solamente el constitucionalismo y una constitución concretamente debe cuidar la estructura del poder, el control del poder, la separación del poder, sino fundamentalmente debe propiciar el respeto a los derechos de los ciudadanos, entonces, a la final el control al poder, la división del poder, a la final tiene sentido en la medida en que son mecanismos que permiten o deberían permitir un respeto irrestricto a los derechos de los ciudadanos, en este sentido de los gobernados.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Según el título de la obra Dworkin hay que tomar los derechos del ser, el título de una de sus famosas obras y ¿qué significa eso de tomar los derechos del ser?, significa no solo tomarlos desde el punto de vista de la teoría o de una teoría solo conceptual o filosófica, sino fundamentalmente de una teoría que posibilite analizar en la práctica de una sociedad, en la realidad concreta de una sociedad, ese respeto a los derechos, esa vigencia de los derechos de los ciudadanos y eso es importante, pero todo esto tiene relación, Dworkin es uno de los críticos modernos del derecho y él se enmarca en lo que viene siendo un debate técnico de alta conceptualización, como es el teorema de la imposibilidad de Arow, si no estamos claros en este teorema y tratamos de ubicar las respuestas que se den o no a este teorema entre ellos por ejemplo Dworkin hace su aporte con otros, Rawls en su teoría de la justicia, Arow no es propiamente un jurista, más bien hace su aporte desde el punto de vista de la reflexión matemática, y entonces dice a la final el derecho, la búsqueda de la justicia, una sociedad justa o lo que pretende la norma, es hacer justicia, etc. todo esto está relacionado con si en la práctica se puede concretar o no el bien común, el bien general o el interés general de lo que hablaban pues los teóricos más clásicos, el interés general por sobre el interés de un particular por ejemplo, el interés social y general de toda la sociedad, entonces la gran pregunta es no solamente de las ideas filosóficas sino desde el punto de vista

matemático, se pueden hacer cálculos matemáticos y encontrar cuantificadamente ecuaciones matemáticas, lo que es el bien común o es solamente una idea, todos persiguen el bien común el gobierno, los ciudadanos contribuimos de alguna manera al bien común, el policía cuando hace justicia busca el bien común, la ley propicia supuestamente el bien común pero ¿existe bien común? Técnicamente hablando no solo filosóficamente, el teorema de la imposibilidad que según Arow no es posible cuantificar y demostrar que existe el bien común, no existe el bien común no puede existir el bien común, entonces alrededor de las respuestas del teorema de imposibilidad de Arow se van generando varias teorías, muchos dirán bueno en realidad no existe el bien común y otros dirán en realidad existe el bien común, muchos dirían si no existe debemos hacer lo que exista, pero en función de las respuestas a este teorema es que hay una escuela, una tendencia u otra, y las conclusiones son otras porque si partimos y aceptamos el teorema de la imposibilidad de Arow, nos vamos a ubicar en una tendencia, y si creemos que existe el bien común nos vamos a ubicar en otra tendencia y en qué hacer va a ser distinto, no solamente la concepción sino el que hacer entorno al derecho y a la justicia, Dworkin plantea en su libro derechos y el ser que definitivamente tenemos que mirar cuales son las motivaciones individuales, ir hacia un positivismo social, mirar las instituciones no solo Dworkin sino Coi, Rolss, donde se van orientando y dicen bueno el bien común en definitiva existe, se demuestra matemáticamente que existe y una de las formas de propiciar el bien común es de que hayan instituciones que propicien el bien común más allá de la voluntariedad o involuntariedad de los individuos, sino que sean instituciones creadas por los individuos que sean sólidas y bien orientadas las que propicien la justicia, integren y funcionen, a tal punto que si hay instituciones que en la práctica no hacen justicia en sus distintos ámbitos económico, social, incluso deben desaparecer, es una concepción revolucionaria, deben desaparecer estas instituciones que no propician la justicia que no son funcionales a la justicia entonces, este teorema de la imposibilidad es muy importante y dentro de esta discusión sobre la justicia hay que tener en el camino a Dworkin.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

La acción de protección en primer lugar está prevista en el art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador y desarrollada en la LOGJCC y está prevista dentro de los mecanismos que garantizan los derechos, no es propiamente un mecanismo de control constitucional, sino un mecanismo de garantía de derechos constitucionales, y analizar con detenimiento el contenido del Art.88 de la acción de protección y el contenido del Art. 42 y siguientes de la LOGJCC se va a dar cuenta que la gran amplitud con la que fue concebida la acción de protección incluso el mayor avance del recurso de protección que estaba ya en la constitución del 98, en la LOGJCC se reduce, se la vuelve residual, hasta cierto punto hay razón, pero el problema radica en que si en la LOGJCC se la redujo y concibió como residual, ya vamos a tener claro el concepto de residualidad constitucional, no es el concepto de residualidad en el término común sino en término constitucional, para que la residualidad de la acción de protección no atente contra la amplitud de constitucionalidad prevista en la constitución, era necesario que las otras ramas del derecho también se vayan constitucionalizando, que es lo que no ha pasado y aquí viene el error, le explico, está la constitución, los derechos, etc. y todas las ramas del derecho, derecho penal, laboral, administrativo, todas las ramas son de un tronco común que son el derecho constitucional es el que debe darle sentido a las demás normas, tomando por ejemplo el derecho administrativo, está para aplicar y desarrollar frente a los casos concretos las normas constitucionales en otras palabras, la solución de casos administrativos no pueden estar contrarias a la constitución igual el resto, si fuese así en realidad, entonces los mecanismos de garantías jurisdiccionales solo quedarían para lo que no es objeto del derecho administrativo porque este tiene que aplicar constitucionalmente las normas administrativas y estar presente para la solución de los problemas administrativos entonces, solo lo que las normas administrativas no pueden agotar sino solo donde no se haya previsto solucionarlos a esos problemas administrativos, entonces vamos a mecanismos constitucionales como la acción de protección, en ese sentido es la residualidad o sea es una

residualidad en el sentido de que solo lo que no está previsto en el derecho administrativo, lo que no ha visto este, entonces vamos a las normas constitucionales y a la acción de protección constitucional y si no, entonces sigamos en el derecho constitucional, esa es la residualidad constitucional, no en el sentido de que es el resto o el residuo sino lo contrario los temas y problemas no previstos para ser solucionados mediante normas administrativas no pueden quedar en el vacío, vamos a la acción constitucional, ahí si cabe, aquí viene el problema como esas ramas del derecho todavía no se han constitucionalizado de verdad, entonces al aplicarle esa residualidad se dejan de lado de solucionar varios problemas de carácter administrativo que ameritan que sea en vía constitucional, aquí si veo una gran falla que tuvo la Corte Constitucional en transición porque cuando recién se dictó la constitución actual y se dictó la LOGJCC y se siguió por el mecanismo de control constitucional en el sentido de que hay una corte central pero también hay jueces comunes que solucionan problemas constitucionales, porque tienen competencia, por ejemplo para la acción de protección tenía que haberse irradiado mediante una gran capacitación y mensaje de constitucionalidad a todos los jueces en todas las ramas para que apliquen en la solución de problemas administrativos con las normas administrativas, en la solución de sus problemas laborales con normas laborales, en la solución de problemas civiles con normas civiles, apliquen siempre como base las normas constitucionales los principios constitucionales y eso es lo que ha faltado, pero creo que todavía estamos a tiempo, el país está atravesando varias reformas legales, creo que se está poniendo, lo que está pasando en la variedad de países de américa latina, en Ecuador estamos discutiendo el código general de procesos, se va hacer un proceso único para resolver todos los problemas civiles, laborales, etc. ya no van a haber distintos trámites sino un solo trámite un solo procedimiento, Colombia lo dictó hace 2 años y en enero entró en vigencia y ellos están experimentado sus novedades, nosotros estamos discutiendo en la asamblea el código general de procesos, el código penal ustedes saben entro en vigencia el año pasado igual están cambiando leyes como es lógico estamos poniéndonos igual que en Perú con el código penal, entonces, si todo tiene que darse con visión constitucional ese es el punto, todo

tiene que darse respetando los principios constitucionales, en un problema laboral, administrativo, penal, entonces solo para resolver problemas que los ciudadanos dicen el juez civil, administrativo no resuelve, usted señor juez deme este paraguas por eso le planteo esta acción de protección porque quiero que usted como juez me proteja de esta arbitrariedad que quiere cometerse en mi contra por parte especialmente de la autoridad, de los poderes.

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

A parte de esa alternativa que usted plantea creo que debe empezarse, ahora que se están reformando leyes, una inmediata reforma de lo contencioso administrativo todo está cambiando en el poder judicial que ahora ya no hay juzgados sino unidades judiciales aparte de los edificios y todo, vayamos al modelo de gestión ahora hay unidades judiciales que me parece muy adecuado, pero se da cuenta que lo que ha permanecido intocado es lo contencioso administrativo y tome en cuenta usted que el 80% de las acciones de protección son relacionadas con asuntos contenciosos administrativos porque obviamente es un ciudadano que reclama contra tal alcalde o prefecto, ministro, director, etc. como es lógico no son asuntos realmente de derecho contencioso administrativo y eso no ha cambiado, sigue la misma estructura, hay tribunales distritales de lo contencioso administrativo, nosotros por ejemplo de Riobamba tenemos que ir al de Quito que es nuestra jurisdicción, entonces, que es lo que plantean la mayor parte de colegas en las acciones de protección relacionadas con los problemas de la administración planteamos esta acción señor juez porque imagínese lo que es ir al contencioso administrativo, primero ir a Quito, contratar abogado en Quito, y analice usted lo que demora en promedio los juicios contenciosos administrativos allí, en la práctica no hay otra vía judicial para solucionar mi problema por eso planteo esta acción de protección constitucional, cuando gran parte de esos asuntos son típicamente

contenciosos administrativos porque si usted lee la ley de lo contencioso administrativo los tribunales están para solucionar problemas no solo de legalidad sino asuntos que afectan los derechos de los administrados y se entiende el asunto cuando se plantea esto, en casos de ciudadanos de Loja, nororiente todo lo que implica viajar, cuando realmente se podría haber hecho lo mismo que se hizo en materia constitucional, que todos los jueces sean multicompetentes y puedan asumir cualquier juez en materia administrativa salir sorteado cualquiera de los jueces, porque claro lo otro sería crear más juzgados y eso significa más costos etc. obviamente esta es una cuestión especial pero igual de especial y más profundo es lo penal, lo civil está basto nuestras ramas del derechos igual en lo contencioso administrativo es cuestión de capacitar a los jueces pero de verdad, como decía Dworkin tomemos los derechos del ser.

Yo creo que para el servicio del ciudadano es mejor hacer lo que se hizo en materia constitucional porque el debate era para los asuntos constitucionales acción de protección, creamos jueces constitucionales especializados o más bien hacemos que cualquier juzgado asuma el conocimiento de las acciones de protección, que es lo más acertado, pero eso significo que se perdió la gran oportunidad de capacitar a los jueces y ahí si ya vamos a técnica jurídica si decimos que lo constitucional se irradia a todas las ramas y si decimos que en todas la ramas se deben aplicar las normas y principios constitucionales, ¿cuál es el límite técnicamente hablando entre el derecho administrativo y el derecho constitucional? ¿Cuándo termina lo uno y empieza lo otro? ¿Hasta dónde? porque si no todo sería constitucional, entonces más bien eliminemos los tribunales contenciosos administrativos y que los jueces constitucionales asuman eso, así de simple y no es así entonces cual es el límite, este es el punto hasta dónde va la residualidad constitucional, hasta donde analizamos lo que las leyes administrativas no han previsto para solucionar los problemas judiciales administrativos, sean realmente los que vengán residualmente a ser producidos por los jueces constitucionales para que no queden vacíos a los ciudadanos, igual acá que es lo que hace propiamente que un problema administrativo, laboral, que es lo que hace que ese asunto deba ser tramitado

ante juez constitucional porque todos acudimos a los jueces civiles, penales, laborales porque pensamos y consideramos que nos ha sido afectado un derecho, señor juez considero que no me paga esta letra de cambio y se afecta a mi derecho patrimonial, me han robado se afecta a mi derecho a la propiedad, todo es afectación de derechos, pero que tipo de afectación de derechos es lo que tiene que ser conocido por el juez constitucional y cuáles no, más concretamente vayamos a lo laboral o administrativo que es lo más relacionado a lo constitucional por ejemplo: un Alcalde despide a un trabajador, es despido intempestivo, está afectando mi derecho laboral previsto en la constitución y voy al juez constitucional y eso es materia del juez constitucional o del juez laboral o igual el empleado dice no me renuevan el contrato me vulneran el derecho es un caso administrativo si pero pongo esta acción de protección constitucional, hasta donde realmente tiene que ser conocido por el juez constitucional cuando podría también ser conocido por el juez de lo contencioso administrativo, primero debe estar claro y ampliar materia contencioso administrativa pero también informar y capacitar a los jueces para que vean cuando un caso es realmente constitucional y en eso hay tres eventualidades, todo está relacionado con el poder, la acción de protección es protéjame señor juez contra esta arbitrariedad del Alcalde, del Rector, tenga este paraguas protéjame, siempre está ahí, a la final que es lo que sucede el Rector, Alcalde etc. están utilizando su poder afectando mis derechos, pero cuando ese ejercicio de poder puede ser constitucional y no administrativo o laboral, puede ser abuso de poder, arbitrariedad de poder o desviación de poder, ahora hay muchas otras formas de cómo el poder puede desviarse de su cauce adecuado y correcto, y sus variantes y cuando se logra establecer que es una de esas es materia constitucional.

2.2.4.3.3 ARGUMENTACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS AL TEMA

2.2.4.3.3.1 Entrevistas al Director Regional de la Procuraduría General del Estado

Dr. Guillermo Vasco León, Director Regional Chimborazo (Grabación en Anexo 4)

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

El Derecho quiere decir recto y la moral es lo mismo, lo recto; lo que los diferencia es que una norma moral puede o no convertirse en norma jurídica, y se convierte en tal cuando la sociedad lo acepta en una disposición obligatoria respaldada por la fuerza, en ese momento se convierte en lo que se llama ley, ordenanza o como se quiera llamarle y es una convención social de carácter obligatorio. Moral viene de Moris, que es costumbre, y éstas obviamente son conductas reconocidas socialmente en un tiempo y en un lugar determinado, no es igual que ética, la ética es trascendente. La moral son las costumbres en una época y en una geografía determinada.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Puede considerarse un gran avance, en todas las cosas se habla de equilibrio: el Derecho, la política es una moneda de dos caras, el sello se entiende que es la legislación y la cara el gobernante. Cristo pidió que le den una moneda, en el un lado estaba el símbolo de una águila imperial y en el otro lado estaba la cara del César, cuando le preguntaron si es lícito pagar tributos –una pregunta jurídica- el pidió una moneda y manifestó “al César lo que es del César”. Ese es el ejemplo más claro de que en todas las cosas usted va a encontrar un sello que es una ley y una cara que es un gobernante, entonces son relativas las cosas, se puede tener una legislación, pero quien la aplica es un ser humano. Son los dos extremos de las cosas, el uno tener una norma que es fija y al otro lado una cara que puede pronunciarse sobre algo que es amarillo,

verde o rojo, eso ya depende de quién está al frente al administrar justicia o administrar un Estado, por eso van juntas las dos cosas en dos extremos, tener normas que fijan las cosas y administrarse a la discrecionalidad de los jueces. Estos son los dos extremos que el mundo entero ha conocido siglos atrás. El algún momento estaba concentrado el poder, por ejemplo Salomón tenía concentrados todos los poderes, o el Rey Sol, Luis XIV dijo “El Estado soy yo”, entonces ahí se pregunta usted hasta qué punto sirven las leyes. Un avance de la Revolución Francesa fue decir que quien manda en la sociedad no es el rey, quien manda en la sociedad es la ley, esa fue la base democrática. Hoy estamos a mitad del camino, se habla de que podemos tener una norma, pero en el otro extremo está un aplicador de la norma y nuestra Constitución es una amalgama de corrientes, nosotros estamos en lo que los tratadistas llaman la periferia de los avances que existen en países como Alemania, Italia o Estados Unidos, y nosotros hemos copiado las cosas con ciertos retrasos, por lo que hemos incorporado esta tesis que no es nueva, siempre ha habido la opción de regirse por lo que dice una ley o por lo que dice un juez o una autoridad pública y el Neoconstitucionalismo nos dice que habiendo un marco de referencia legal y habiendo una persona que emite su criterio, se debe proceder con justicia como una de las características esenciales del ser humano, el sentimiento de lo que es justo, que al mismo tiempo puede ser cierto como puede ser relativo, porque hay personas que tienen su alma dañada y para ellos justicia será matar al que les hizo daño, otros pueden decir no, yo soy cristiano y yo perdono a los que nos hicieron daño, por eso es bastante relativo obrar entre los dos extremos de una ley y un administrador de justicia, son conceptos subjetivos, estamos en el campo de la subjetividad. La mayor contribución del siglo anterior con el Código de Andrés Bello fue la entrega de la teoría positivista, frente a la subjetividad del Juez se llegó al aporte del positivismo: que se norme en lo posible todo. La ley de Moisés, no robarás, no matarás, entre otros, son preceptos clarísimos, porque hay que dar parámetros y reglas resultado de convenciones sociales. El Ecuador recibió la corriente del positivismo cuando adoptamos el Código Civil de Andrés Bello que es un modelo similar al Código de Napoleón cuando le arrebataron a la autoridad el poder de hacer lo que quiera y ponerlo en la ley en reglas. Por eso el artículo

18 del Código Civil es realmente una suma de sabiduría, de hermenéutica jurídica, cómo interpretar la ley, y allí dice la “letra de ley”, la palabra es lo más poderoso que existe.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

Me parece una buena institución porque rompe esquemas ante la inmovilidad de otras leyes o la dificultad de hacer efectiva en forma rápida un derecho constitucional violado, lo que pasa es que en el Ecuador se da un abuso tremendo de esta figura. La cantidad de acciones que se interponen es excesiva, se hace constitucional todo aquello que se puede alegar en el campo administrativo o en el campo judicial, y la gente dice que tiene razón en ello, esto es verdad y no, porque puede una persona decir que se le ha violado por ejemplo el derecho al debido proceso y allí para qué voy a ir por la vía laboral o contencioso administrativa si me violaron un derecho constitucional y es válido.

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

En el fondo esta norma no se respeta porque la gente sigue presentando una cantidad de acciones de protección de una manera abusiva, pero antes que responder en el plano jurídico quisiera manifestar algo de orden filosófico: no hay nada bueno ni malo, es el uso el que determina su fin. Un fósforo por ejemplo, si se usa para incendiar un bosque es malo, pero si se usa para encender y cocinar la leche que alimente a un niño eso es muy bueno, el dinero es bueno para todo pero si se lo usa para contratar un sicario que asesine es malo el dinero. Esta arma constitucional que se les ha dado a los litigantes es muy buena pero al igual las leyes hechas como alternativas son muy buenas, un juicio laboral dice que en veinte días tiene que fijarse la audiencia y en veinte días más ya entregar la sentencia, son términos

rapidísimos. Por qué un Juez Constitucional tiene que moverse rápido, hay jueces que demoran bastante tiempo, entonces no podemos decir que el recurso es malo, se trata de la utilización del recurso por los litigantes o por los señores jueces lo que complica esta acción y su aplicación. Buena o mala es la actuación humana.

2.2.4.3.3.2 Entrevista a Abogado de la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado

Dr. Dorian Oviedo, Abogado de la Procuraduría (Grabación en Anexo 4)

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

Hay una relación muy práctica entre el Derecho y la Moral, la Moral desde el punto de vista histórico ha ido evolucionando con respecto a cada estadio social donde antes algo era aceptado ahora está prohibido, ejemplos claros son la esclavitud que moralmente era aceptada, pero por ejemplo moralmente no eran aceptadas otros tipos de conducta. El Derecho ha ido evolucionando en una forma paralela pero independiente, las normas morales son desde el punto de vista de la persona, de la religión, de la filosofía, pero desde el punto de vista del Derecho se encuentran impregnadas dentro de la ley. No creo que estén cercanas, sino más bien paralelas

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Es una corriente en construcción, autores como Dworkin, Ferrajoli, Bobbio, Pietro Sanchis, y, a nivel de Latinoamérica hay uno en especial Miguel Carbonell han hecho grandes avances dentro de esta nueva corriente. Vale decir que esta corriente es muy criticada a nivel de Europa; García de Enterría ilustre profesor de Derecho Administrativo es muy crítico de esta escuela que principalmente se genera a nivel de nuestra región, como es una escuela en construcción pienso que se han dado pasos muy importantes pero todavía no se ha llegado al ideal, no soy convencido de que se haya pasado de un sentido ius positivista en el cual el juez era boca de la ley a un nuevo

constitucionalismo en el cual el juez será creador del Derecho, no creo que se cree un Derecho, creo que se pondera y aplica dentro del catálogo de derechos humanos que existe en este país y a nivel internacional. Lo que se hace es una aplicación correcta con los métodos que están establecidos de ponderación u otros dentro de este sistema. Es una corriente valiosa que recoge varios principios que antes no se lo hacía, por ejemplo nuestra Constitución recoge los derechos de la naturaleza, vale decir que porque la naturaleza cada vez está siendo más perdida, no nos damos cuenta que en un mediano y corto plazo la misma desaparecerá, y allí en Neoconstitucionalismo ha ayudado en esta parte a que la naturaleza tenga derechos. Un profesor nos decía que cuando se pone un derecho en la Constitución es cuando éste fue socialmente violentado, sea por razones históricas u otras, en Chile por ejemplo se impregnaron muchos Derechos por situación de violencia o desaparición de personas. Revisando el libro Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy, éste autor hace un método casi matemático para lo que tiene que ver con el análisis de sentencias cuando hay colisión de derechos, nuestra conducta humana a la par ha ido evolucionando con nuestra conducta social y desde el boom de la sociedad industrial al nuevo boom de la sociedad informatizada global vale decir que no se puede realizar la tipificación del cien por ciento de las conductas humanas, mucho más allá que con los medios y herramientas que se están utilizando para las personas de este mundo. El juez constitucional tendrá que aplicar el catálogo de derechos tanto nacional como internacional al caso concreto, vale agregar que los principios universales pro homine nunca se han movido, luego de la segunda guerra mundial, de los juicios de Núremberg, comenzó a haber una nueva corriente, dirigida hacia las personas, lastimosamente los Estados aún no los reconocen, se quedan en el papel, en la ideología, simplemente en el imaginario colectivo de que esos derechos flotan, pero vale decir que quienes tienen que aplicar es una parte de la función del Estado llamada función judicial, mientras eso suceda la sociedad y dentro de ella las personas en forma individual o colectiva, con los derechos difusos o las personas jurídicas, podrán sentirse satisfechas con las pretensiones de sus demandas y requerimientos que

puedan hacer por parte de un libro llamado Constitución de la República del Ecuador que al fin y al cabo es el deber ser de un Estado.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

Hay que analizar que la acción de protección se da contra actos entendiendo dentro del punto de vista del Derecho Administrativo, que define al acto como la declaración de la administración pública que genera, modifica o extingue derechos subjetivos. Nosotros revisamos en nuestro caso particular de la Procuraduría que defiende a las instituciones del Estado, las acciones de protección atacan actos administrativos, muy pocas acciones han sido presentadas en casos de omisiones administrativas. Al atacar en este caso los actos administrativos como tal dentro de las acciones de protección, éstas no se proponen de forma correcta por parte de los accionantes o demandantes de esta garantía tan especial. La falta de llegar a un buen fin dentro de los procesos constitucionales, desde mi punto de vista, es por la ausencia de saber reconocer cuándo hay una violación de un derecho constitucional y cuando hay la violación de un derecho legal, es decir por parte de los accionantes y de sus abogados no hay una distinción entre lo que es la justicia constitucional y la justicia ordinaria, y, la no distinción de las normativas constitucionales y normativa infra-constitucional ha hecho que un setenta u ochenta por ciento de causas de entrada tengan las más grandes posibilidades de pérdida, ya que las mismas se han referido a asuntos de mera legalidad, se está abusando de esta acción, a pesar de estar correctamente realizada dentro de nuestra Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales, esta ley como procedimiento adjetivo en su artículo 42 ha puesto como causales de improcedencia en los numerales 1 al 4 y las causales de inadmisión en el 5 y siguientes, en las cuales los jueces tienen límites para aceptar estas garantías. A los jueces no se les puede exigir que por reclamar un derecho constitucional o incorrectamente presentado ellos tengan que aceptarlo per se. En las acciones de protección las partes ni siquiera presentan prueba, es más, el Estado ha revertido la carga de la prueba para que sean rechazadas las

acciones, la Corte Constitucional ha hecho la distinción en lo que tiene que ver a lo que son derechos constitucionales y lo que no lo es: sí es normativa infra-constitucional se tiene vía ordinaria para la solución de sus requerimientos, pero le soy sincero, son muy pocos casos los que en verdad deberían llegar a la vía constitucional

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

Particularmente el Código Orgánico de la Función Judicial puso una regla más a los jueces para resolver en sus artículos 31 y 217, simplemente recordar que existe la vía de impugnación de los actos en sede de la justicia ordinaria, estos artículos dicen que corresponde a los jueces que integran las salas de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer y resolver las controversias entre la administración pública y los particulares. Si la jurisdicción y competencia se ha establecido para asuntos de mera legalidad a ellos hay que recurrir y no activar la justicia constitucional, yo no creo que lo jueces sean creadores del Derecho como tal, no lo crean, yo pienso que lo ponderan, lo aplican y en caso de las garantías jurisdiccionales los tutelan, no he visto que un juez haya podido crear algo nuevo que no haya estado establecido en la Constitución, o en los tratados internacionales de los cuales el Ecuador es signatario, lo que ha hecho es aplicarlo.

2.2.4.3.4 Entrevista a Académico Nacional de Neoconstitucionalismo

Dr. Regis Parra Proaño, PHD en Ciencias Jurídicas en la Universidad de la Habana – Cuba y Universidad de Valencia – España. Asesor en la Asamblea Constituyente de Montecristi 2008. Asesor Asamblea Nacional del Ecuador (Grabación en Anexo 4)

1. ¿Cómo considera usted que se vincula el Derecho y la Moral?

Efectivamente esa es una de las preguntas trascendentales en la Filosofía Jurídica en los momentos actuales porque las tesis que hoy se mantienen son las de romper con un positivismo duro, un positivismo radical en el que se pretendió extirpar toda relación entre la moral y el Derecho, sea en las tesis de Joseph Raz, sea en los tratados de Hans Kelsen, en definitiva el Derecho se preocupaba de lo que es y no de lo que debe ser, básicamente esa era la distinción que se hacía entre Derecho y Moral. Kelsen en el inicio de su obra manifestó con claridad que lo que pretendía es purificar al Derecho de todo condimento extraño como lo es la Moral. Sin embargo ahora los tratadistas actuales, muchos de ellos han vinculado el Derecho y la Moral, que debo decir, no siempre estuvo desvinculado del todo, pero actualmente se habla de una relación entre estas dos vertientes, pero no como una relación externa o como último criterio de validez del Derecho, que era la relación Derecho-Moral antiguamente, las normas jurídicas tenían un valor en tanto en cuanto tengan cierto ajuste a las normas morales. La diferencia que podemos señalar en la actualidad es que esta relación pasa de ser externa a una relación interna, es decir, las normas constitucionales son normas que mantienen un vasto contenido moral, las normas constitucionales siendo positivas tienen en sí mismas un destello moral. Tal vez no lo encontremos en las reglas, pero si lo encontraremos en los principios jurídicos porque como se sabe las normas se dividen en principios y reglas. Ahora la relación entre moral y derecho es una relación afirmada, no negada, es más se está planteando las posibilidades de encontrar criterios de corrección de valores, se está reconociendo que el juez antes que cognoscitivo es valorativo o la mezcla de ambas cosas. Es difícil que en la actualidad se pueda negar una relación entre moral y derecho, pero no cualquier moral, estamos hablando de una moral contenida en las normas jurídicas, es por eso que el Neoconstitucionalismo ha adquirido un nuevo nombre, se lo llama Neoconstitucionalismo ético.

2. ¿Qué es para usted el Neoconstitucionalismo?

Esa es una pregunta amplia, el Neoconstitucionalismo para muchos de sus autores que se confrontan entre sí es varias cosas, es una dedicación intelectual vasta, pongamos un ejemplo en teoría del Derecho, trata de erigirse como aquel punto medio entre el ius naturalismo y el ius positivismo pero difícilmente alcanza a entregar postulados de orden universal como si lo hace el ius naturalismo y ius positivismo, es muy complejo, inclusive improcedente incorporar en un solo frasco o una sola etiqueta el Neoconstitucionalismo porque es una empresa tan grande que no se lo puede hacer en estos momentos. Lo que si me permito manifestar en mi modesto criterio es que el Neoconstitucionalismo es una herramienta muy importante para poder explicar los ordenamientos jurídicos constitucionalizados como el nuestro que adoptó el Ecuador en el año 2008, es decir Constituciones absolutamente rematerializadas, no solamente materiales sino rematerializadas, en donde el Neoconstitucionalismo es una herramienta muy importante para poder explicar cómo es el funcionamiento del ordenamiento jurídico. Me permito poner un ejemplo, el Neoconstitucionalismo da herramientas para que los operadores de justicia puedan argumentar con mucha precisión y solvencia, si bien eso tiene su basamento en la filosofía del lenguaje, pero, ciertas líneas del Neoconstitucionalismo se ocupan de la argumentación jurídica como tal. También para explicar la supremacía de la constitución, que en palabra de Guastini es completamente invasiva en el ordenamiento jurídico, el entender como un juez puede emitir resoluciones con efectos erga omnes y que puedan anular una disposición de segundo nivel, una disposición en línea subordinada a la Constitución. En fin, yo pienso que el Neoconstitucionalismo es una herramienta muy importante para poder explicar cómo se desenvuelve actualmente nuestro ordenamiento jurídico. Esta corriente a través de formas de interpretación de principios, específicamente la ponderación da la posibilidad para que se colmen lo que ha sido problema de la teoría del Derecho desde hace tiempo, el problema de las lagunas, que si bien puede ser tomado desde varias perspectivas, desde la omisión del legislador al no plantear este tema, al dejar vacíos constitucionalmente establecidos, no obstante el Neoconstitucionalismo entendiendo que la Constitución establece principios de optimización, o mandatos de optimización, más aún cuando tratas

los derechos sociales, colectivos, que son derechos difusos, la solución que se ha encontrado por el momento es abrazar las líneas de la tradición anglosajona, específicamente norteamericana para que sea la Jurisprudencia una fuente principal de Derecho. Eso evidentemente altera nuestra idea de las fuentes del Derecho, la Jurisprudencia en primer lugar se limitaba a ser una luz de la ley y ahora no es así, ahora la Jurisprudencia tiene que llenar esas lagunas, esas omisiones, esas vaguedades de los legisladores, ha cambiado el sistema de fuentes, el Derecho se va a ordenar y la Jurisprudencia tiene que hacer eso de parte de la Corte Constitucional, que no necesariamente tiene que venir del más alto tribunal de control constitucional sino que al ser os jueces constitucionales se podrá darle sistematicidad a los fallos en acciones de protección. Hay que topar otro tema del Derecho y es la relación que mantiene con la política, no se puede pensar que estos momentos exista una posibilidad fáctica de los poderes para poder considerar una administración de justicia absolutamente libre, por un lado y por otro lado yo recuerdo una frase del maestro Bulté, un maestro cubano que decía que en las facultades de Jurisprudencia se debe empezar a enseñar Derecho y no exclusivamente legislación. Éste es un problema de orden formal, sustancial, estructural y material, es un problema muy complejo que nos involucra a todos los actores, especialmente a la academia, yo creo que la empresa instaurada en el 2008 lastimosamente está en quiebra, me disculpo que sea pesimista en este aspecto, pero no hemos estado a la altura de comprender las posibilidades que nos puede traer este tema, es más no se debate, seguimos ahogándonos en un positivismo criollo, que el positivismo por sí sólo no es malo el positivismo abonó a la historia del Derecho con certezas y sistematicidad, pero definitivamente esta es una empresa que está tambaleándose, por la parte externa los poderes, la vinculación de la administración de la justicia con poderes reales y ese es un caso palpable de la Corte Constitucional, ahí hay un error de Montecristi cuando muchos de los jueces provienen de los poderes constituidos y eso puede afectar la aplicación de este sistema, porque la Constitución inició como una carta que permitía al ciudadano velar sus derechos frente al poder público y ese es el génesis del constitucionalismo en la época medieval.

3. ¿Qué es para usted la acción de protección en el marco de nuestra Constitución de la República?

Cuando se tiene una Constitución rematerializada en el sentido de que las normas que se encuentran contenidas en ella pasan a regular todas las actividades de la vida, por ejemplo puede parecer una exageración pero no, permitir alimentar palomas en el parque puede llegar a ser un problema constitucional, cuando del Neoconstitucionalismo plantea la norma constitucional como norma jurídica de inmediata y plena aplicación lo que hace es darle a la acción de protección un vasto campo de aplicación. La acción de tutela que es una de las acciones no tan antiguas como el habeas corpus o el habeas data de origen romano, la acción de protección lo que pretende es precautelar los intereses de las personas, sus derechos sustanciales, sus bienes jurídicos importantes, si bien ahora ya no están jerarquizados, pero todos los derechos de libertad antes denominados derechos individuales en nuestra historia constitucional, la acción de protección es la herramienta más idónea, más ágil, sumaria para hablar como hablan los procesalistas, para poder nosotros reclamar un derecho que nos es mermado o violado o que está por violarse, la acción de protección es una acción de tutela que tienen los ciudadanos frente al poder, no solamente público sino privado, ya que esta Constitución puede regular las relaciones entre particulares. Cuando los jueces no tienen esa posibilidad de emitir fallos con absoluta independencia y sin temores de ninguna naturaleza, nosotros podríamos tener garantizado que esa acción de protección con los fines para los cual la sociedad y el pacto los creó. Recordemos que fue un juez en la época media, Edwrad Coke el que comenzó a equiparar los derechos entre los ciudadanos, entre los comunes con el rey, entonces la labor del juez históricamente ha sido fundamental y la labor del juez mediante el instrumento de la acción de tutela pues es un instrumento absolutamente válido. Pretender como se quiso con la recientes enmiendas, a pesar de que no se pudo, se quiso limitar y desnaturalizarle en su fin y creo que estaremos mejor cuando la acción de protección sea concebida en la mayoría de los casos sin hablar necesariamente de que esta es una afirmación a priori,

sino que la acción de protección desconocida vía formalidades es un síntoma de que estaríamos muy mal.

4. Para usted como Juez Constitucional ¿Qué es más importante, dilucidar si se violó un Derecho o el cumplimiento estricto de las normas establecidas en el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la improcedencia de la acción de protección?

Si nosotros nos atenemos a la definición del Estado ecuatoriano como un estado de justicia, aunque la acción exista, cuando la vía anterior no es expedita no cumple con los fines del estado de justicia, el establecer límites a la acción de protección en principio son contraproducentes porque habría que ver qué clase de vicios podría acarrear una petición de esa naturaleza, sea un vicio de legitimidad. En cuanto a lo de fondo pienso que no existen muchas razones para que se pueda desechar de forma simple, sencilla y desmotivada una acción de protección. En definitiva el juez hoy en día tiene herramientas de orden normativo y doctrinario mucho más vasto que el Ecuador desde hace diez años y el hecho de que los operadores de justicia no la sepan utilizar es una afección de este sistema y lo que se propende en un Estado constitucional y si el juez sigue actuando bajo el paradigma del positivismo duro, de ser la voz muda del derecho y ser un simple aplicador de normas, Dworkin manifestaba algo que todo el mundo acepta en el medio académico que el juez realiza actos de reflexión y valoración, no podía ser de otra manera. Yo pienso que en estos momentos el juez tiene una obligación realmente importante en la creación del Estado de Justicia. La reflexión de los grandes pensadores han llegado a la idea de que se puede construir una sociedad justa a través del Derecho, es decir el Derecho antes simplemente regulaba las normas de convivencia, ahora el Derecho da un salto más allá y se dedica a moldear las relaciones sociales, a cambiar la sociedad, en el papel estamos viviendo el gobierno de los jueces y esperemos que los jueces hagan eso, gobiernen de la manera más sabia posible.

2.2.4.4 ENCUESTAS

2.2.4.4.1 ENCUESTAS A JUECES

La presente encuesta fue dirigida a los señores/as jueces/as de la administración de justicia constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza.

2.2.4.4.1.1. Pregunta N° 1

¿Se considera usted Juez Constitucional según la actual Carta Magna?

Análisis Estadístico:

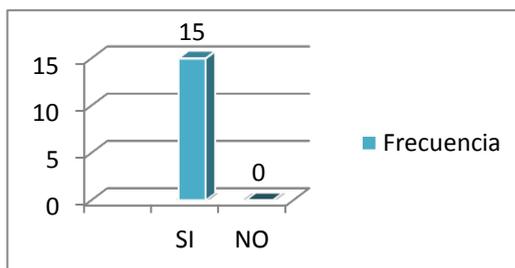
Tabla Nro. 1.5- Juez Constitucional

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	15	100
NO	0	0
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 1.5.- Juez Constitucional



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, el 100% de los encuestados se consideran jueces constitucionales, ninguno de los encuestados no se consideran jueces constitucionales, correspondiendo este dato al 0% de los jueces en las provincias donde se investiga.

2.2.4.4.1.2. Pregunta N° 2

¿Considera usted que la vulneración de los derechos que constan en la Constitución de la República deben ser conocidos inmediatamente por los jueces de primera instancia?

Análisis Estadístico:

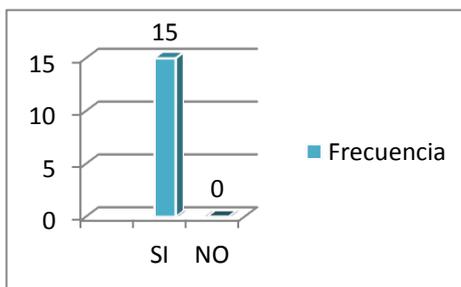
Tabla Nro. 2.5- Vulneración de derechos conocida por jueces de primera instancia

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	15	100
NO	0	0
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 2.5.- Vulneración de derechos conocida por jueces de primera instancia



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, el 100% de los encuestados consideran que la vulneración de derechos debe ser conocida por los jueces de primera instancia, mientras que ninguno de los encuestados consideran que los jueces de primera instancia no deben conocer la vulneración de derechos constitucionales, correspondiendo este dato al 0% de los jueces en las provincias donde se investiga.

2.2.4.4.1.3. Pregunta N° 3

¿Considera usted que una vulneración de derechos debe cumplir instancias previas administrativas o judiciales antes de utilizarse la vía constitucional?

Análisis Estadístico:

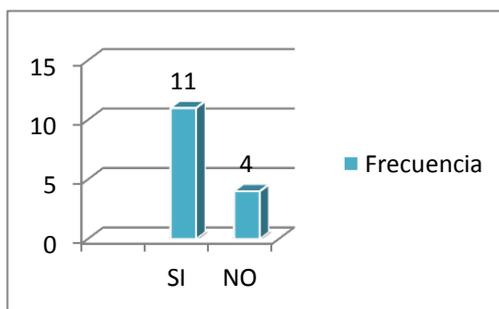
Tabla Nro. 3.5- Instancias previas administrativas o judiciales

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	11	73
NO	4	27
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 3.5.- Instancias previas administrativas o judiciales



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 11 de los encuestados, que representan un 73% consideran que cuando exista vulneración de derechos si se debe cumplir instancias previas administrativas o judiciales antes de utilizarse la vía constitucional, mientras que 4 de los encuestados, que representan un 27% consideran que cuando exista vulneración de derechos no se debe cumplir con instancias previas administrativas o judiciales antes de utilizarse la vía constitucional.

2.2.4.4.1.4. Pregunta N° 4

¿Considera usted que la Administración de Justicia actual debe comprometerse con los principios del denominado Neoconstitucionalismo?

Análisis Estadístico:

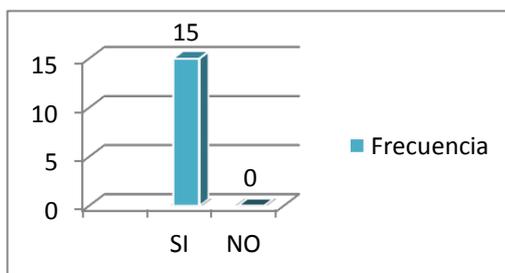
Tabla Nro. 4.5- Principios del Neoconstitucionalismo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	15	100
NO	0	0
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 4.5.- Principios del Neoconstitucionalismo



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 15 de los encuestados, que representan un 100% consideran que la Administración de Justicia debe comprometerse con la aplicación de principios del Neoconstitucionalismo, mientras que ninguno de los encuestados, que representa un 0% consideran que la Administración de Justicia no debe comprometerse con los principios del Neoconstitucionalismo.

2.2.4.4.1.5. Pregunta N° 5

¿Considera usted que el Juez Constitucional debe resolver causas de esta naturaleza indistintamente de su especialización?

Análisis Estadístico:

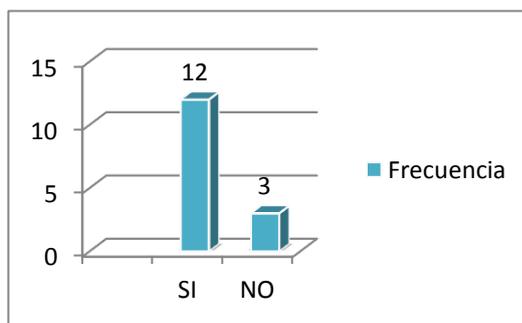
Tabla Nro. 5.5- Resolución de causas constitucionales

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	12	80
NO	3	20
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 5.5.- Resolución de Causas constitucionales



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 12 de los encuestados, que representan un 80% consideran que los Jueces indistintamente de su especialización deben resolver causas constitucionales, mientras que 3 de los encuestados, que representan un 20% consideran que los Jueces constitucionales no deben resolver causas de este tipo indistintamente de su especialización.

2.2.4.4.1.6. Pregunta N° 6

¿Cuál considera usted que debe ser el rol del Juez?

Análisis Estadístico:

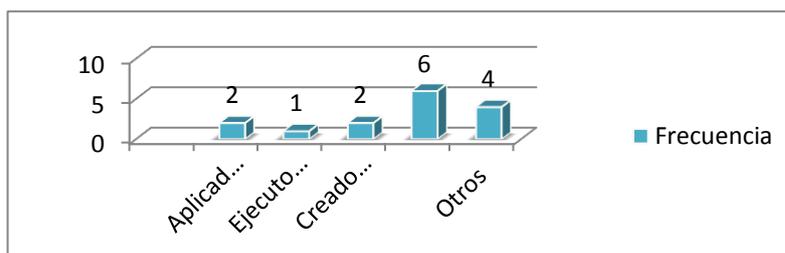
Tabla Nro. 6.5.-Rol del Juez

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Aplicador de la Norma	2	13
Ejecutor de aquello que plantea la ley	1	6.5
Creador de Derechos	2	13
Ponderador de derechos	6	41
Otros	4	27
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 6.5.- Rol del Juez



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 1 de los encuestados, que representa el 6.5% considera que el rol del Juez es el de ser aplicador de la norma, 1 encuestado, que representa el 6.5%, considera que el rol del Juez es ser aplicador de la norma y ejecutor de lo que plantea la ley, 2 de los encuestados, que representan el 13% consideran que el rol del Juez es ser creador de la norma, 6 de los encuestados, que representan un 41% consideran que el rol del Juez es el de ser ponderador de derechos y 4 de los encuestados, que representan un 27% consideran que el rol del juez es otro.

2.2.4.4.1.7. Pregunta N° 7

El rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es:

Análisis Estadístico:

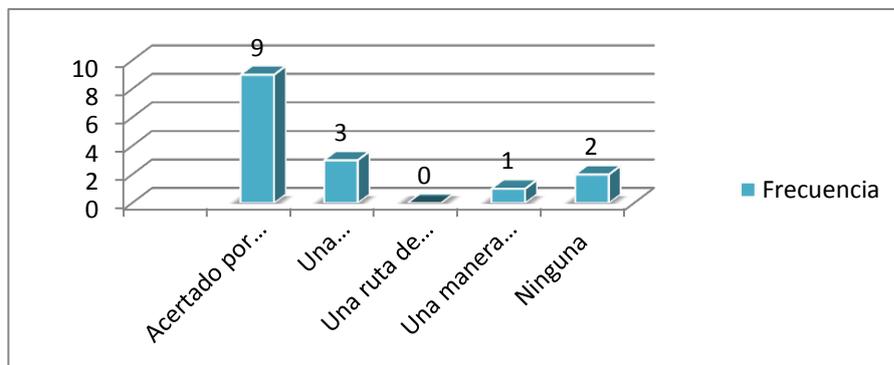
Tabla Nro. 7.5.-Rechazo de acciones constitucionales

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Acertado por disposición de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	9	60
Una vulneración al principio de aplicación inmediata de la Constitución	3	20
Una ruta de escape para no abultar las causas en el Juzgado	0	0
Una manera de no permitir el irresponsable ingreso de causas por parte de los abogados	1	6.5
Ninguna	2	14
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 7.5.- Rechazo de acciones constitucionales



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 9 de los encuestados, que representan el 60% consideran que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es Acertado por disposición de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 3 de los encuestados que representan el 20%, consideran que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es Una vulneración al principio de aplicación inmediata de la Constitución, ninguno de los encuestados, que representa el 0% considera que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es Una ruta de escape para no abultar las causas en el Juzgado, 1 de los encuestados que representa el 6.5%, considera que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es Una manera de no permitir el irresponsable ingreso de causas por parte de los abogados, mientras que 2 de los encuestados que representan el 14%, consideran que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es Ninguna.

2.2.4.4.1.8. Pregunta N° 8

¿Cree usted que el Art. 42, numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre la improcedencia de una acción de protección debe ser reformada? Siendo su texto actual es siguiente: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”

Análisis Estadístico:

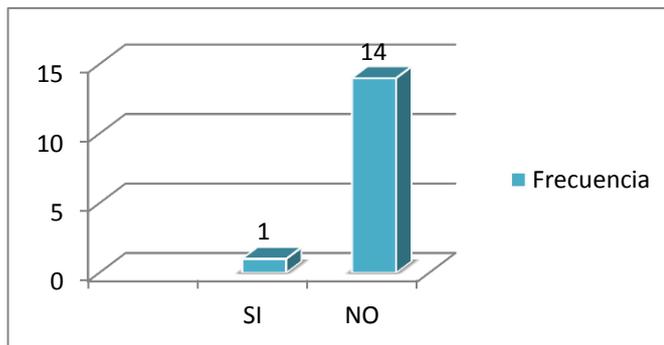
Tabla Nro. 8.5.-Reforma del Art. 42 núm. 4 de la LOGJCC

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	1	6.5
NO	14	93.5
Total	15	100

Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 8.5.- Reforma del Art. 42 núm. 4 de la LOGJCC



Fuente: Jueces y Juezas de la Administración de Justicia Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a jueces de la Administración Constitucional en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 1 de los encuestados, que representa el 6.5% considera que el Art. 42, numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional debe ser reformado, mientras que 14 de los encuestados, que representan un 93.5%, consideran que el Art. 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no debe ser reformado.

2.2.4.4.2 ENCUESTAS A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

La presente encuesta fue dirigida a los señores/as abogados/as de la Provincia de Chimborazo, Bolívar y Pastaza.

2.2.4.4.2.1. Pregunta N° 1

¿Se considera usted abogado/a con conocimiento de Derecho Constitucional?

Análisis Estadístico:

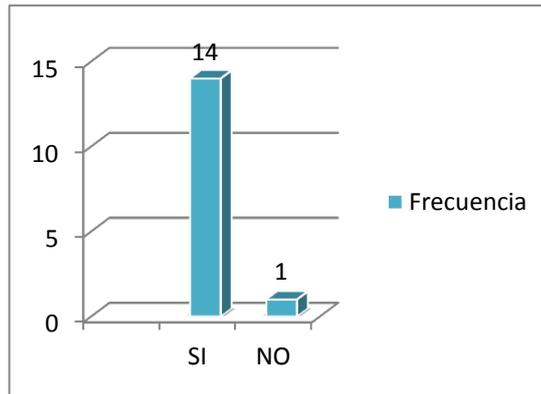
Tabla Nro. 1.6- Abogado Constitucional

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	14	93.5
NO	1	6.5
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 1.6.- Abogado Constitucional



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 14 de los encuestados que representan un 93.5% se consideran Abogados con conocimiento de Derecho constitucional, mientras que 1 de los encuestados que representa el 6.5% no se considera Abogado con Conocimiento de Derecho Constitucional.

2.2.4.4.2.2. Pregunta N° 2

¿Considera usted que la vulneración de los derechos que constan en la Constitución de la República deben ser conocidos inmediatamente por los Jueces de primera instancia?

Análisis Estadístico:

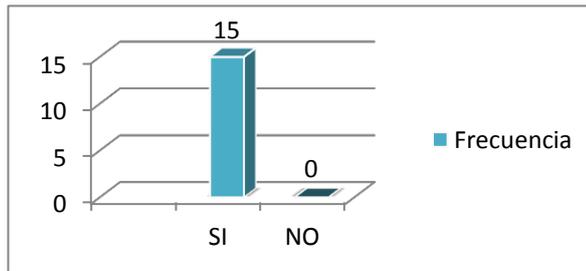
Tabla Nro. 2.6- Conocimiento de la Vulneración de derechos

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	15	100
NO	0	0
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 2.6.- Conocimiento de la Vulneración de derechos



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 15 de los encuestados que representan un 100% consideran que la vulneración de derechos constitucionales debe ser conocida por Jueces/as de primera instancia, mientras que ninguno de los encuestados, es decir el 0% considera que la vulneración de derechos constitucionales no debe ser conocida por jueces/as de primera instancia.

2.2.4.4.2.3. Pregunta N° 3

¿Considera usted que una vulneración de derechos debe cumplir instancias previas administrativas o judiciales antes de utilizarse la vía constitucional?

Análisis Estadístico:

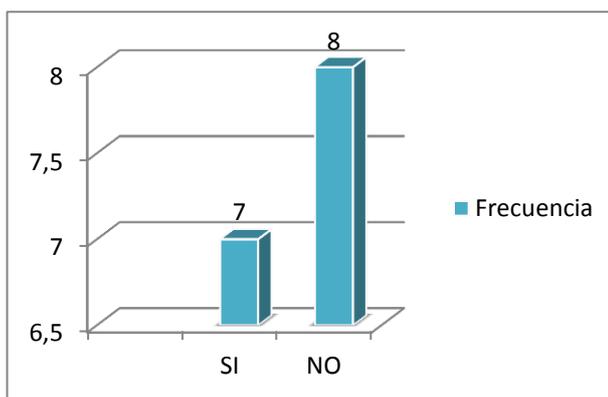
Tabla Nro. 3.6 Instancias previas

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	7	47
NO	8	53
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 3.6.- Instancias Previas



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 7 de los encuestados que representan un 47% consideran que en una vulneración de derechos si deben cumplirse instancias previas administrativas o judiciales antes de utilizarse la vía constitucional, mientras que 8 de los encuestados, que representan el 53% consideran que en una vulneración de derechos no deben cumplirse instancias previas administrativas o judiciales antes de utilizarse la vía constitucional.

2.2.4.4.2.4. Pregunta N° 4

¿Considera usted que la Administración de Justicia actual debe comprometerse con los principios del denominado Neoconstitucionalismo?

Análisis Estadístico:

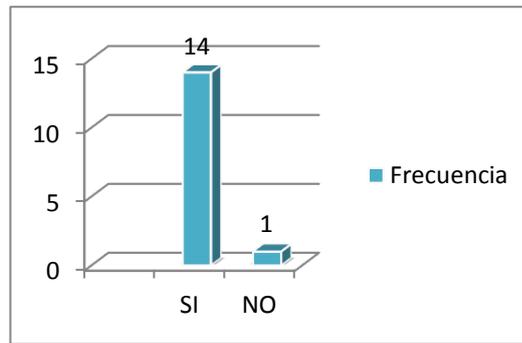
Tabla Nro. 4.6 Compromiso con los Principios del Neoconstitucionalismo

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	14	93.5
NO	1	6.5
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 4.6.- Compromiso con los Principios del Neoconstitucionalismo



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 14 de los encuestados que representan un 93.5% consideran que la Administración de Justicia actual sí debe comprometerse con los principios del Neoconstitucionalismo, mientras que 1 de los encuestados, que representa el 6.5% considera que la Administración de justicia actual no debe comprometerse con los principios del Neoconstitucionalismo.

2.2.4.4.2.5. Pregunta N° 5

¿Considera usted que se debe imponer acciones de protección por cualquier problema social?

Análisis Estadístico:

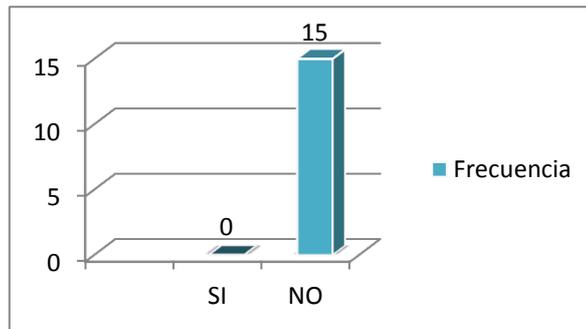
Tabla Nro. 5.6 Interposición de acciones de protección

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	0	0
NO	15	100
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 5.6.- Interposición de acciones de protección



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, ninguno de los encuestados que representan un 0% consideran que sí se deben interponer acciones de protección por cualquier problema social, mientras que 15 de los encuestados que representan un 100% consideran que no se deben interponer acciones de protección por cualquier problema social.

2.2.4.4.2.6. Pregunta N° 6

¿Cuál considera usted que debe ser el rol del Juez?

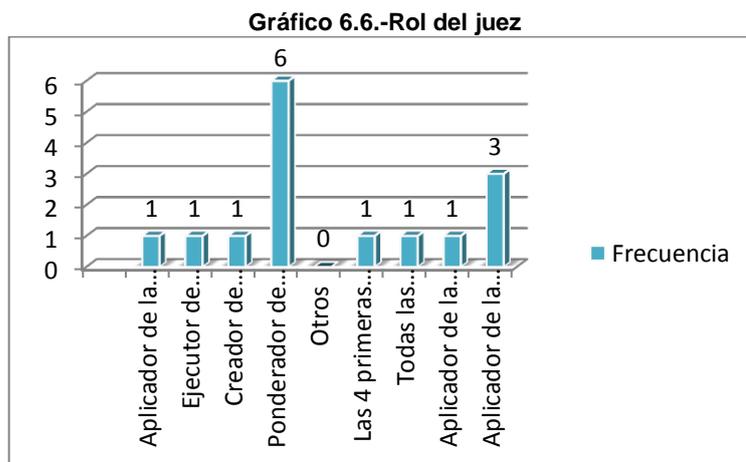
Análisis Estadístico:

Tabla Nro. 6.6 Rol del juez

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Aplicador de la Norma	1	6.5
Ejecutor de aquello que plantea la ley	1	6.5
Creador de derechos	1	6.5
Ponderador de derechos	6	40
Otros	0	0
Las 4 primeras opciones excepto otros	1	6.5
Todas las opciones excepto creador de derechos	1	6.5
Aplicador de la norma y ejecutor de aquello que la ley plantea	1	6.5
Aplicador de la norma y Ponderador de derechos	3	20
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 1 de los encuestados que representa el 6.5% considera que el rol del juez es de aplicador de la norma, 1 de los encuestados que representa el 6.5% considera que el rol del juez es de ejecutor de aquello que la ley plantea, 1 de los encuestados que representa el 6.5% considera que el rol del juez es el de ser creador de derechos, 6 de los encuestados que representan el 40% consideran que el rol del juez es el de ser ponderador de derechos, 1 de los encuestados que representa el 6.5% considera que el rol del juez es el de aplicador de la norma, ejecuto de aquello que plantea la ley, creador de derechos y ponderador de derechos, 1 de los encuestados que representa el 6.5% considera que el rol del juez es aplicador de la norma, ejecutor de aquello que plantea la ley, ponderador de derechos y otro, 1 de los encuestados que representa el 6.5% considera que el rol del juez es aplicador de la norma y ejecutor de lo que la ley plantea, mientras que 3 de los encuestados que representan el 20% considera que el rol del juez es el de aplicador de la norma y ponderador de derechos.

2.2.4.4.2.7. Pregunta N° 7

El rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es:

Análisis Estadístico:

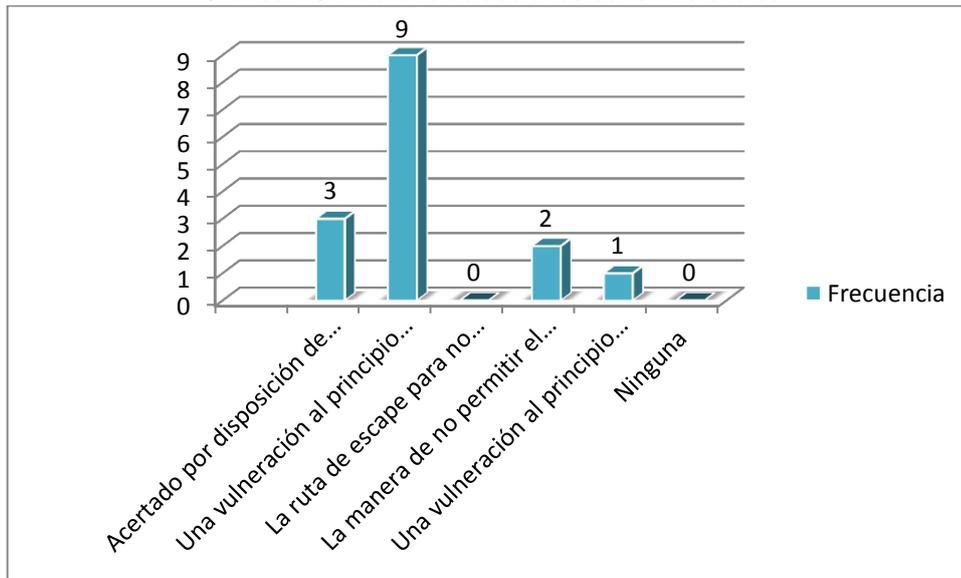
Tabla Nro. 7.6 Rechazo de acciones constitucionales

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
Acertado por disposición de la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional	3	20
Una vulneración al principio de aplicación inmediata de la constitución	9	60
La ruta de escape para no abultar las causas en el juzgado	0	0
La manera de no permitir el irresponsable ingreso de causas por parte de los abogados.	2	13
Una vulneración al principio de aplicación inmediata de la constitución y la ruta de escape para no abultar las causas en el juzgado	1	6.5
Ninguna	0	0
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 7.6.-Rechazo de acciones constitucionales



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 3 de los encuestados que representan el 20% consideran que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es acertado por disposición de la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional, 9 de los encuestados que representan el 60% consideran que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es una vulneración al principio de aplicación inmediata de la constitución, ninguno de los encuestados que representa 0% considera que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es la ruta de escape para no abultar las causas en el juzgado, 2 de los encuestados que representan el 13% consideran que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es La manera de no permitir el irresponsable ingreso de causas por parte de los abogados, 1 de las personas encuestadas que representa el 6.5% considera que el rechazo de las acciones constitucionales por incumplimiento de instancia previa es una vulneración al principio de aplicación inmediata de la constitución y la ruta de escape para no abultar las causas en el juzgado.

2.2.4.4.2.8. Pregunta N° 8

¿Cree usted que el Art. 42, numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre la improcedencia de una acción de protección debe ser reformada? Siendo su texto actual es siguiente: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”

Análisis Estadístico:

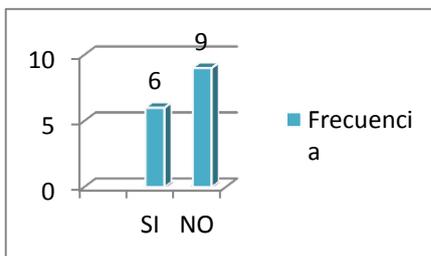
Tabla Nro. 8.6 Interposición de acciones de protección

Detalle	Frecuencia	Porcentaje (%)
SI	6	40
NO	9	60
Total	15	100

Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Gráfico 8.6.- Interposición de acciones de protección



Fuente: Abogado/a de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza

Autor: Aquiles Hervas Parra

Interpretación de Resultados:

De las 15 encuestas realizadas a Abogados/as en las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, 6 de los encuestados que representan un 40% consideran que el Artículo 42, numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre la improcedencia de una acción de protección sí debe ser reformada, mientras que 9 de los encuestas que representan un 60% consideran que el Artículo 42, numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre la improcedencia de una acción de protección no debe ser reformada.

UNIDAD V

2.2.5. ESTUDIO DE CASO

2.2.5.1 ANÁLISIS DE UNA DE LAS CAUSAS RECHAZADAS POR UN JUEZ DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA PRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN, COMO UNA DE LAS ACCIONES QUE CONSTAN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

En juicio Nro. 06282-2013-2229 en la provincia de Chimborazo los sujetos A, B, C, D, E, F como docentes universitarios a través de Procurador Común interponen acción de Protección dirigida a la Institución Pública de Educación Superior X, con motivo de reclamar su ascenso en el escalafón laboral que determina el nivel de ingresos.

Derechos Constitucionales Reclamados
<ul style="list-style-type: none">• Igualdad ante la Ley, Artículo 11 numeral 2 de la Constitución.• Trabajo, Artículo 326 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución.• Seguridad Jurídica, Artículo 82 de la Constitución.
Existe argumentación en la demanda
Si, se demuestra mediante argumentos fuertes la violación del derecho, además de la necesidad de utilización de esta vía constitucional para justificar la acción establecida, veamos algunos ejemplos de frases implementadas en el sustento: “para que proceda la acción de protección, la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por la acción u omisión de la autoridad o particular” ³⁵ , asimismo “no existe en el ordenamiento jurídico otro procedimiento expedito, inmediato y eficaz para lograr la reparación integral del daño causado por la violación de nuestros derechos constitucionales conculcados, la única vía posible, inmediata y eficaz es el ejercicio de la garantía constitucional” ³⁶ o finalmente “Ferrajolli manifestaba, todos los

³⁵ Demanda de Juicio Constitucional de Chimborazo Nro. 06282-2013-2229, página 12.

³⁶ Ibídem. Página 13.

derechos tienen varias dimensiones, las garantías jurisdiccionales y particularmente la acción de protección han sido instituidas para aquellos aspectos de los derechos de las personas y de la naturaleza relacionados con la dignidad” ³⁷
Pedidos que se hacen
<ul style="list-style-type: none">• Pedido de declaración de la admisibilidad de la acción de protección.• Pedido de declaración del derecho vulnerado.• Pedido de disposiciones para la reparación de ese derecho vulnerado.
Sentencia
La sentencia manifiesta “ administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, se INADMITE la acción de protección deducida y propuesta por los ciudadanos A, B, C, D, E, F” ³⁸ y en las partes considerativas exponen entre otras cosas: “no han justificado ni ha probado conforme a derecho que haya reclamado y agotado el trámite administrativo, limitándose únicamente en su petitorio hacer un relato de los hechos, no existe constancia legal de sus actuaciones administrativas” y “refiere a aspectos de mera legalidad en razón de las cuales existían vías judiciales ordinarias, particularmente la vía administrativa jerárquica, vía la cual como en varias ocasiones se ha dicho no se ha probado haber iniciado y/o agotado su trámite, la Acción de Protección no procede ya que en el caso que nos ocupan se insiste en que es de carácter administrativo, más no de orden constitucional sin que se haya vulnerado lo dispuesto en la norma constitucional que se ha alegado”
Motivación Legal
<ul style="list-style-type: none">• Artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.• Artículo 38 de la Ley de Modernización• Artículos 3 y 10 de la Jurisdicción Administrativa Contenciosa.

³⁷ Demanda de Juicio Constitucional de Chimborazo Nro. 06282-2013-2229, página 14.

³⁸ Ibídem, página 25.

2.2.5.2 REFLEXIÓN DEL CASO.

La acción si presenta varios elementos argumentativos de fuerza, en lo concerniente a los derechos constitucionales, si bien es cierto todo aquello que se trata en una Litis de cualquier tipo o naturaleza es derivado de la afeción a un derecho y muy seguramente de forma símil a un derecho constitucional, no es menos cierto que lo que se analiza en materia constitucional es la afectación fundamental vinculada a los bienes mayores del ser humano como la dignidad o la misma vida, al igual que la necesidad de inmediata remediación o un proceso de remediación ágil y sencillo. Los dos elementos se encuentran argumentados en la acción, y sobre todos se encuentra un acápite específico que demuestra que las otras vías judiciales no son eficaces ni efectivas. La sentencia en todas sus partes, reúne una muestra de positivismo duro, al no analizar mínimamente los elementos argumentativos de la acción, y remitirse para su resolución a los aspectos legislados reglamentarios de la ley orgánica, es decir una ruta breve de finalización del conflicto. No existe un compromiso con la búsqueda de una sentencia argumentativa, que logre entregar además posibles elementos que alimenten las fuentes del Derecho. El Derecho se sigue concibiendo como las reglas reunidas en normatividad, y no como un compilado progresivo de ideas que se vuelvan principios que se acerquen al fin mayor de la justicia. La resolución se resume estrictamente en la cita legal de una norma.

2.2.5.3 ANÁLISIS DE UNA DE LAS CAUSAS ACEPTADAS POR UN JUEZ DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA PRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN, COMO UNA DE LAS ACCIONES QUE CONSTAN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

En juicio Nro. 16241-2013-0037 en la provincia de Pastaza el sujeto A como ciudadano interpone acción de Protección dirigida a la Institución Pública X, con motivo de reclamar un bien mueble de su propiedad, herramienta de trabajo y que sería decomisada.

Derechos Constitucionales Reclamados
<ul style="list-style-type: none">• Trabajo, Artículos 33, 325 y 329 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución.

- Vida digna, Artículo 66 numeral 2 de la Constitución.
- Debido Proceso, Artículo 76 numeral 7 de la Constitución.

Existe argumentación en la demanda

La acción interpuesta contiene riqueza en torno a la fundamentación en derecho de su acción, por ejemplo “en referencia a la triplicidad de sanciones que se me impone el artículo 76 numeral 7, literal i de la Constitución de la República del Ecuador dispone...” o “se deberá respetar lo previsto en el artículo 426 el cual manifiesta que las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar aunque la Constitución no las invoque expresamente”. No existe mayor presencia de argumentación que nos ayude a dilucidar la existencia de un derecho constitucional vulnerado, sin embargo no es una obligación estricta para el accionante, el mismo dará los hechos y el juez otorgará el derecho.³⁹

Pedidos que se hacen

- Pedido de libertad del bien mueble.
- Pedido de reparo de daños ocasionados.

Sentencia

La sentencia manifiesta “ administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, deja sin efecto la sanción de decomiso del vehículo contenida en el acto administrativo expedido XYZZ y dispone que el señor YYXX, disponga la inmediata devolución del vehículo antes singularizado, concediéndole para el efecto 24 horas, se le exceptúa al accionante el pago de cualquier valor de garaje, parqueadero o bodegaje, se le previene a la autoridad accionada para que en futuros casos similares se abstenga de proceder en forma contraria a la Constitución. En la parte considerativa se establece entre otras cosas “la sanción de decomiso deber tener una relación directa con la infracción

³⁹ Existen las famosas locuciones jurídicas derivadas del latín que describen este acto, “Da mihi factum, dabo tibi ius”, dadme los hechos que os daré el Derecho. O “iura novit curia”, el Juez conoce el Derecho.

administrativa, de modo que la privación del derecho a la propiedad se justifique bien por razones de seguridad personal o económica o porque por su acción lesiva se requiere retirarlos de circulación para prevenir o evitar que siga causando más daño”
Motivación Legal
<ul style="list-style-type: none">• Artículo 76 numeral 3 de la Constitución.• Artículo 78 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre 65 del Código Penal⁴⁰

2.2.5.4 REFLEXIÓN DEL CASO.

La acción no presenta elementos argumentativos de fuerza, se trata de un documento tradicional de la técnica jurídica que entrega los hechos sustentado en el derecho positivo y establece los derechos constitucionales que se reclaman como vulnerados. El accionante fundamentó en su acción principalmente el derecho al trabajo y el debido proceso, sin embargo al momento de concederle su petición los administradores de justicia lo hicieron amparados en el derecho a la propiedad, es decir otorgaron el derecho que consideraron se ajustaba más a la violación.

La sentencia reúne los requisitos de una sentencia positiva en virtud de que hace una reflexión acertada de contradicción jerárquica de normas, sosteniendo el derecho a la propiedad por encima de la capacidad de decomiso en otros cuerpos jurídicos de tipo penales, y, menos aún de tipo administrativos. La sentencia no muestra señal de establecer una ponderación específica de derechos encontrados, probablemente entre los del ambiente y el de la persona, se remite a encontrar una razón legal normativa que permita garantizar la no doble sanción a quién fue sancionado administrativamente y también se le quita un bien mueble.

⁴⁰ Derogado a la actualidad. Hoy existe el Código Orgánico Integral Penal en sus siglas COIP.

2.2.5.5 ANÁLISIS COMPARATIVO.

Juicio Nro. 06282-2013-2229 en la provincia de Chimborazo	Juicio Nro. 16241-2013-0037 en la provincia de Pastaza
Derechos Constitucionales Reclamados	
<ul style="list-style-type: none"> • Igualdad ante la Ley, Artículo 11 numeral 2 de la Constitución. • Trabajo, Artículo 326 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución. • Seguridad Jurídica, Artículo 82 de la Constitución. 	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajo, Artículos 33, 325 y 329 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución. • Vida digna, Artículo 66 numeral 2 de la Constitución. • Debido Proceso, Artículo 76 numeral 7 de la Constitución.
Existe argumentación en la demanda	
<p>Si, se demuestra mediante argumentos fuertes la violación del derecho, además de la necesidad de utilización de esta vía constitucional para justificar la acción establecida, veamos algunos ejemplos de frases implementadas en el sustento: “para que proceda la acción de protección, la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por la</p>	<p>La acción interpuesta contiene riqueza en torno a la fundamentación en derecho de su acción, por ejemplo “en referencia a la triplicidad de sanciones que se me impone el artículo 76 numeral 7, literal i de la Constitución de la República del Ecuador dispone...” o “se deberá respetar lo previsto en el artículo 426 el cual manifiesta que las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la</p>

<p>acción u omisión de la autoridad o particular”⁴¹, asimismo “no existe en el ordenamiento jurídico otro procedimiento expedito, inmediato y eficaz para lograr la reparación integral del daño causado por la violación de nuestros derechos constitucionales conculcados, la única vía posible, inmediata y eficaz es el ejercicio de la garantía constitucional”⁴² o finalmente “Ferrajoli manifestaba, todos los derechos tienen varias dimensiones, las garantías jurisdiccionales y particularmente la acción de protección han sido instituidas para aquellos aspectos de los derechos de las personas y de la naturaleza relacionados con la dignidad”⁴³</p>	<p>obligación de aplicar aunque la Constitución no las invoque expresamente”. No existe mayor presencia de argumentación que nos ayude a dilucidar la existencia de un derecho constitucional vulnerado, sin embargo no es una obligación estricta para el accionante, el mismo dará los hechos y el juez otorgará el derecho.⁴⁴</p>
Pedidos que se hacen	
<ul style="list-style-type: none">• Pedido de declaración de la admisibilidad de la acción de protección.• Pedido de declaración del derecho vulnerado.• Pedido de disposiciones para la reparación de ese derecho vulnerado.	<ul style="list-style-type: none">• Pedido de libertad del bien mueble.• Pedido de reparo de daños ocasionados.

⁴¹ Demanda de Juicio Constitucional de Chimborazo Nro. 06282-2013-2229, página 12.

⁴² Ibídem. Página 13.

⁴³ Demanda de Juicio Constitucional de Chimborazo Nro. 06282-2013-2229, página 14.

⁴⁴ Existen las famosas locuciones jurídicas derivadas del latín que describen este acto, “Da mihi factum, dabo tibi ius”, dadme los hechos que os daré el Derecho. O “iura novit curia”, el Juez conoce el Derecho.

Sentencia

La sentencia manifiesta “ administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, se INADMITE la acción de protección deducida y propuesta por los ciudadanos A, B, C, D, E, F”⁴⁵ y en las partes considerativas exponen entre otras cosas: “no han justificado ni ha probado conforme a **derecho** que haya reclamado y agotado el trámite administrativo, limitándose únicamente en su petitorio hacer un relato de los hechos, no existe constancia legal de sus actuaciones administrativas” y “refiere a aspectos de mera legalidad en razón de las cuales existían vías judiciales ordinarias, particularmente la vía administrativa jerárquica, vía la cual como en varias ocasiones se ha dicho no se ha probado haber iniciado y/o agotado su trámite, la Acción de Protección no procede ya que en el caso que nos ocupan se insiste en que es de carácter administrativo, más no de orden constitucional sin que se haya vulnerado lo dispuesto en la norma constitucional que se ha alegado”

La sentencia manifiesta “ administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, deja sin efecto la sanción de decomiso del vehículo contenida en el acto administrativo expedido XXYYZZ y dispone que el señor YYXX, disponga la inmediata devolución del vehículo antes singularizado, concediéndole para el efecto 24 horas, se le exceptúa al accionante el pago de cualquier valor de garaje, se le previene a la autoridad accionada para que en futuros casos similares se abstenga de proceder en forma contraria a la Constitución. En la parte considerativa se establece entre otras cosas “la sanción de decomiso deber tener una relación directa con la infracción administrativa, de modo que la privación del derecho a la propiedad se justifique bien por razones de seguridad personal o económica o porque por su acción lesiva se requiere retirarlos de circulación para prevenir o evitar que siga causando más daño”

⁴⁵ Ibídem, página 25.

Motivación Legal	
<ul style="list-style-type: none">• Artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.• Artículo 38 de la Ley de Modernización• Artículos 3 y 10 de la Jurisdicción Administrativa Contenciosa.	<p>Artículo 76 numeral 3 de la Constitución.</p> <p>Artículo 78 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre 65 del Código Penal⁴⁶</p>
Conclusiones Comparativas	
<ol style="list-style-type: none">1. El caso mayor argumentado constitucionalmente es negado jurisdiccionalmente, y el menor argumentado constitucionalmente es aceptado en vía jurisdiccional.2. Los dos casos contienen sentencias que reúnen normativa positiva exclusivamente, sin ampliar elementos argumentativos que otorguen creación de derecho susceptible de ser sistematizada y convertida en fuentes jurisprudenciales.3. El caso con demostración doctrinaria no recibe procesamiento de ese aspecto en la parte reflexiva de la sentencia, mientras que el caso sin demostración doctrinaria reúne algunos elementos analíticos de principios para la consideración previa a la sentencia.4. En el primer caso se establece con precisión varios elementos de las reglas y del Derecho y a pesar de ello es rechazado, mientras que el segundo recibe el complemento jurídico de los jueces y es además aceptado.	

⁴⁶ Derogado a la actualidad. Hoy existe el Código Orgánico Integral Penal en sus siglas COIP.

UNIDAD VI

2.2.6 UNIDAD HIPOTÉTICA

2.2.6.1 HIPÓTESIS.

¿Cómo la Moral y el Neoconstitucionalismo influyen en el Derecho y la Administración de Justicia de las Garantías Constitucionales en la Región de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, durante el año 2013?

2.2.6.2 VARIABLES.

2.2.6.2.1 Variable independiente.

La Moral y el Neoconstitucionalismo.

2.2.6.2.2 Variable dependiente.

El Derecho y la Administración de Justicia de las Garantías Constitucionales.

2.2.6.3 Definición de términos básicos.

2.4 DEFINICIONES DE TÉRMINOS BÁSICOS

1. **IUS NATURALISMO.**- Doctrina que defiende la existencia de derechos naturales inalienables (como el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad) que son anteriores a las normas jurídicas positivas (las establecidas por los seres humanos) y a las que éstas deben someterse, sirviéndoles de fundamento y de modelo.
2. **ONTOLOGÍA.**- Una ontología es una especificación explícita de una conceptualización, es decir proporciona una estructura y contenidos de forma explícita que codifica las reglas implícitas de una parte de la

realidad, independientemente del fin y del dominio de la aplicación en el que se usarán o reutilizarán sus definiciones.

3. **IUS POSITIVISMO.-** También conocido como positivismo legal, es una corriente de pensamientos jurídicos. La principal tesis del iuspositivismo es la separación entre moral y derecho, que supone un rechazo a toda relación conceptual vinculante entre ambos.
4. **POST POSITIVISMO.-** Es una corriente que nace durante el siglo XX, donde se comenzó a estudiar el comportamiento del hombre para comprender cómo las personas piensan, se comportan y cómo interactúan. Entre las normas de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad, además de la noción lógica de consistencia normativa, se recurre a la idea de coherencia valorativa.
5. **ÓRGANO LEGISLATIVO.-** Es el órgano que ejerce el poder legislativo de la República del Ecuador. Es un parlamento unicameral, formada por 137 asambleístas, repartidos en 10 comisiones.
6. **INESCRUTABLES.-** Que no puede saberse ni averiguarse.
7. **SECULARIZACIÓN.-** La secularización es el paso de algo o alguien de una esfera religiosa a una civil o no-teológica. También significa el paso de algo o alguien que estaba bajo el ámbito o dominio de una doctrina religiosa (siguiendo sus reglas o preceptos), a la estructura secular, laica o mundana
8. **INMANENTES.-** La inmanencia es el ente intrínseco de un cuerpo; en filosofía se califica a toda aquella actividad como inmanente a un ser cuando la acción perdura en su interior, cuando tiene su fin en otro mismo ser. Se opone por lo tanto a trascendencia.
9. **CONSUETUDINARIO.-** El derecho consuetudinario es el basado en la tradición o costumbres, típicamente propio de las sociedades premodernas
10. **POSITIVISMO JURÍDICO.-** En el transcurso de la historia esta corriente ha tenido diversos significados, entre los cuales se encuentran: a) Los alemanes en el siglo XIX que lo denominaban derecho positivo por posición (por los legisladores) en oposición al derecho natural; b) En el sentido de la Filosofía positiva por el francés Augusto Comte (la actitud

científica, es incompatible con los actividades metafísicas y aprioristas concretándose a la experiencia sensible).

- 11. NATURALISMO JURÍDICO.-** El derecho natural es también conocido con el nombre de ius naturalismo. El ius naturalismo del latín ius= derecho, y natura= naturaleza, es una corriente de la filosofía del derecho que afirma que al menos una parte de las normas convencionales del derecho y la moral están asentadas en principios universales e inmutables; este conjunto de normas conforman el derecho natural.
- 12. INDETERMINISMO MORAL.-** El indeterminismo sostiene que la conducta humana no está sometida al principio de causalidad natural sino que es libre. El principio de causalidad afirma que todos los fenómenos están sometidos a regularidades invariables o leyes necesarias.
- 13. NEO CONSTITUCIONALISMO.-** Corriente que abarca el estado constitucional de derechos y justicia, trasciende el positivismo. La interpretación en el Estado neoconstitucional -es nuestra propuesta- asume un contexto diverso al de la justicia común. Se exige, en sede de derechos fundamentales, una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supervalores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución y los conflictos que atañen a las personas.
- 14. POSITIVISMO MODERNO.-** Desde el punto de vista positivista, no se estudia al ser como un ser, sino como lo que puede hacer, ni se estudia la situación actual como funciona, sino en lo que puede hacer, es decir, es vano pensar en el por qué de las cosas, sino simplemente hay que obedecerlas.
- 15. IUS FILOSÓFICA.-** filosofía del derecho" ("ius" en latín es "derecho").
- 16. NEO POSITIVISMO.-** El neopositivismo es la visión filosófica nacida del empirismo moderno en la experiencia del Círculo de Viena, cuyos miembros más representativos, durante las persecuciones antisemitas en Europa, emigraron a los Estados Unidos y a Inglaterra, donde desarrollaron sus ideas.
- 17. PLUS ULTRA.-** Más allá, con un valor agregado.

2.7 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTOS	CATEGORÍA	INDICADORES	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIG.
<p>La Moral y el Neoconstitucionalismo</p>	<p>La moral o moralidad (del latín <i>mos, moris</i>, 'costumbre') son las reglas o normas por las que se rige el comportamiento o la conducta de un ser humano en relación a la sociedad (normas sociales), a sí mismo, y a todo lo que lo rodea.⁴⁷</p> <p>El Neoconstitucionalismo es la corriente del Derecho Político que plantea las garantías de los derechos como principio, fin y sentido de su existencia.</p>	<p>Modo de la costumbre</p> <p>Doctrina académica</p> <p>Propuesta social</p> <p>Corriente del Derecho</p>	<p>Antigua</p> <p>Moderna</p> <p>Contemporánea</p> <p>Científico</p> <p>No Científico</p> <p>Libros de Derecho</p> <p>Constitución de la República del Ecuador</p>	<p>Fichaje</p> <p>Observación</p> <p>Ficha Bibliográfica</p> <p>Guía de observación</p>

⁴⁷ Holbach, Paul Henry Thiry, Baron d' (1812,) "La moral universal o los deberes del hombre fundados en su naturaleza, 1: Teoría de la moral", Tmpr. I. Collado, pág. 1.

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADORES	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIG.
<p>El Derecho y la Administración de Justicia de las Garantías Constitucionales.</p>	<p>Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia y certeza jurídica, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter en un lugar y momento dado.</p> <p>Competencia de los jueces según la Constitución de la República del Ecuador.</p>	<p>Concepto</p> <p>Doctrina</p> <p>Potestad</p> <p>Competencia</p> <p>Procedimiento</p>	<p>Filosofía del Derecho</p> <p>Constitución de la República del Ecuador</p> <p>Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.</p>	<p>Entrevista</p> <p>Encuesta</p> <p>Guía de Entrevista</p> <p>Cuestionario</p>

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 MÉTODO CIENTÍFICO

En la presente investigación se utilizará los siguientes métodos:

3.1.1 Método Dialéctico.- Encontramos en la dialéctica el mejor de los mecanismos de producción de conocimiento con carácter de verdad. En términos generales hemos atravesado dos fuerzas esenciales, la de los insumos teóricos de suficiente nivel contrapuestos a una experiencia práctica directa con el espacio que analizamos. No considero que los asuntos sociales se puedan comprender desde el laboratorio, la experiencia se vive en el lugar mismo de los hechos, la cotidianidad no se puede explicar sin observarla y palparla. Este método nos permite romper la brecha del positivismo clásico y hasta del moderno que veía a la realidad social desde un enfoque tan deseoso de rozar lo objetivo que analizaba actores como quien analiza las cosas, allí estáticos, quietos, como plantas, como materias. La realidad social tiene un enfoque cambiante, en movimiento, de hecho queremos cambiarla por lo cual deseamos entender sus cambios anteriores para incidir de alguna manera en sus cambios posteriores o venideros. La realidad es un hecho en movimiento, no subirse en su recorrido y querer explorarlo desde fuera es un error que puede estar anulando por completo la esencia misma del proceso social.

3.1.2 Método Analítico.- Vamos a realizar un detallado análisis entre las fuentes bibliográficas utilizadas y el trabajo investigativo de corte empírico realizado. Cada información de una u otro segmento tendrá que procesarse a través del análisis racional y sistemático que nos lleve a los objetivos de la presente tesis.

3.1.3 Método Descriptivo.- El proceso de la administración de justicia constitucional era descrito si es posible paso por paso en la investigación, y esta descripción nos permitirá comprender las partes en las cuales hay un dilema doctrinario y cultural a reflexionar.

3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

3.2.1 Documental.- Porque se basará en la fundamentación teórica que ante el tema planteado han desarrollado reconocidos tratadistas jurídicos.

3.2.2 De campo.- Por cuanto para el desarrollo de la investigación se acudirá al lugar mismo que se está produciendo el problema, es decir en la administración de justicia de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, además de tener contacto directo con el problema de investigación planteado.

3.2.3 Descriptiva.- Porque una vez aplicado las técnicas e instrumentos de recolección de información, permitirá describir la problemática.

3.3 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Por la naturaleza y las características la investigación es de diseño no experimental, porque en el proceso investigativo no existirá una manipulación intencional de las variables. Se observará el fenómeno tal como se da en su contexto, por lo tanto no construye ninguna situación.

3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.4.1 POBLACIÓN

La población o universo de la presente investigación será:

POBLACIÓN	NÚMERO
Jueces/as de la Función Judicial de Chimborazo	28
Jueces/as de la Función Judicial de Bolívar	19
Jueces/as de la Función Judicial de Pastaza	5
Director Regional Chimborazo de la Procuraduría General del Estado	1
Abogados de la Dirección Regional Chimborazo de la Procuraduría General del Estado	4
Abogados en libre ejercicio que han patrocinado procesos constitucionales	1500
TOTAL	1557

3.4.2 MUESTRA

$$m = \frac{z^2 p q N}{E^2 (N - 1) + Z^2 p q}$$

$$m = \frac{(1,96^2)(0,002)(0,998)(777136)}{(0,05^2)(777135) + (1,96^2)(0,002)(0,998)}$$

$$m = 3,07$$

ESTADÍSTICAS*	Para el Ejercicio
Población Jueces Chimborazo: 28 Población Jueces Bolívar: 19 Población Jueces Pastaza: 9 Funcionarios de la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado: 5 Abogados en libre ejercicio aproximados: 1500 Población de interés: 1556 Población Chimborazo: 509532 habitantes Población Bolívar: 183641 habitantes Población Pastaza: 83963 habitantes Población Total: 777136	Nivel de Confianza Escogido = 95% z= 1,96 p= Proporción de Interés = 0,2% q= Proporción de no interés = 99,8% N= Tamaño de Población = 777136 E= Máximo Error Permitido= 5%
Fuente: Páginas Web de las Funciones Judiciales de las tres provincias.	

En vista de que la población involucrada en el presente trabajo investigativo no es muy extensa se procederá a trabajar con toda la población involucrada a quienes se aplicará los diferentes instrumentos de investigación, a fin de recabar información sobre el fenómeno o problema a investigarse.

POBLACIÓN MUESTRA	NÚMERO
Jueces/as de la Función Judicial de Chimborazo	5
Jueces/as de la Función Judicial de Bolívar	5
Jueces/as de la Función Judicial de Pastaza	5
Director Regional Chimborazo de la Procuraduría General del Estado	1
Abogados de la Dirección Regional Chimborazo de la Procuraduría General del Estado	4
Abogados en libre ejercicio que han patrocinado procesos constitucionales, divididos en las tres provincias.	15
TOTAL	35

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.5.1 TÉCNICA

3.5.1.1 Observación Participante.- Su aplicación servirá en la investigación de campo al mantener un contacto directo con el problema de investigación.

3.5.1.2 Fichaje.- Esta técnica será utilizada para recabar información bibliográfica sobre los temas que tienen relación con el título de investigación, facilitando así la indagación documental.

3.5.1.3 Encuesta.- Será empleada mientras se realice la investigación de campo.

3.5.1.4 Entrevista

.- Con esta técnica se pretende obtener información relevante tras un conversatorio.

3.5.2 INSTRUMENTOS

- Guía de Observación.
- Fichas Bibliográficas
- Guía de Encuesta
- Cuestionario.

3.5.3 TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS

Para el procesamiento, análisis y discusión de resultados se utilizarán técnicas estadísticas y reflexivas.

3.5.3.1 Técnicas estadísticas: se empleó para el procesamiento de datos el programa Excel. Se ha levantado la información existente en los archivos de la Dirección Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, institución en la cual se concentran los procesos de acciones de protección constitucionales de las provincias de Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Pastaza, y Bolívar, siendo éstas tres últimas provincia la unidad geográfica de análisis de la tesis.

3.5.3.2 Técnicas Reflexivas: para el análisis de datos se aplicará la síntesis y la reflexión de informaciones. Las informaciones reflexionadas son las provenientes de varios grupos de entrevistas realizadas con el mismo marco de preguntas, con objeto de disponer de una matriz común de comparación entre unas u otras respuestas. También a esto hemos agregado la elaboración de encuestas que reúnan la opinión cuantificada en valores de dos grupos relacionados al tema, jueces y abogados en libre ejercicio.

Las estadísticas procesadas y ordenadas, las entrevistas realizadas y transcritas y las encuestas tabuladas se hallan arriba en el Capítulo y unidades de investigación Empírica del presente trabajo.

3.6 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

¿Cómo la Moral y el Neoconstitucionalismo influyen en el Derecho y la Administración de Justicia de las Garantías Constitucionales en la Región de Chimborazo, Bolívar y Pastaza, durante el año 2013?

Después de la investigación bibliográfica, teórica, empírica y práctica hemos podido constatar las dos dimensiones de la tesis.

La Moral Influye en el Derecho en la medida subjetiva de las nociones de quienes practican el Derecho en todos sus niveles, la evolución histórica de la moral en la región de las tres provincias estudiadas se halla incidida por tales criterios y se puede observar en varias de las aplicaciones de ley o técnica jurídica.

Existe una discusión sobre el Neoconstitucionalismo en la administración de garantías constitucionales, a pesar de que la base positivista aún mantiene una fuerte influencia en la sustentación de sentencias, como en la elaboración de demandas. Esta idea Neoconstitucional está ganando terreno y eso se percibe en la investigación efectuada.

La tirante relación entre estas dos formas de ordenamientos social, moral y derecho, han permanecido interconectadas a lo largo de la historia de la humanidad, en algunos momentos, determinando la a la otra; y, en otros, buscando independencia y autonomía difícil de alcanzar. Sin embargo cada momento del desarrollo de la ciencia jurídica tienen diverso grado de influencia y determinación de valores y códigos de moralidad sobre los contenidos del derecho.

El ius naturalismo lo podemos ubicar en varias etapas de desarrollo o cambio de la humanidad, que va desde un esquema teológico, hasta llegar al pensamiento racionalista, que presenta otra forma de ver la realidad. Pero en cada caso, existe un plus ultra, en el comportamiento del ser humano en sociedad, que son normas morales impuestas, o puestas; superiores al derecho escrito, al cual lo condicionan y determinan, es más se tornaban en inmutables.

Sin embargo en un ius naturalismo que podríamos calificarlo como tardío, se presenta estos derechos ya como un creación de la razón humana, a través del pacto social, y por tanto su inmutabilidad pasa a ser discutida, pasando a una moralidad convencional.

Uno de los requisitos indispensables para el cambio en la visión sobre la relación moral y derecho, fue necesariamente la presencia en escena de la burguesía, como nuevo motor de desarrollo en la humanidad, y con ella el nacimiento del estado moderno, que garantizaba su existencia en las mejores condiciones. Esto trajo consigo la monopolización en la producción jurídica que radicaba en las asambleas legislativas. Esto pretendía crear un ambiente de certeza no solo en la producción jurídica, sino endiosaban a la ley, como expresión de verdad y justicia además de un instrumento que garantizaba limitar excesos de poder que se vivió en la Monarquía.

Concebida la ley como expresión de verdad y justicia, la moral convencional que no esté tipificada, pues simplemente no existía, es más su existencia está condicionada a su positivación, nada existe en esta etapa fuera de la ley, Sin embargo la presencia residual de moral en el derecho, tenía que ser erradicada para un concepción positivista dura, en tal sentido, apoyados e influenciado del positivismo filosófico, los contenidos del derecho, ahora no van a ser buscado en la moral, sino que van a ser simplemente hipotéticos y presupuestados, los mismos que constantes en una carta magna, darán vida al resto del ordenamiento jurídico, libre de moral.

Ante la dificultad de fundar un sistema normativo en hipotéticos con el único propósito de extirpar a la moral de su ámbito, el positivismo va cambiando al justificar el contenido del derecho en la realidad social, es decir en cuestiones empíricas, que puedan ser susceptibles de verificación.

Para el positivismo el material de estudio es la norma, tal cual es reflejada de la realidad social, es el sustrato y materia sobre la que se trabaja, independiente de consideraciones de orden moral, por tanto la ley pasa a ser validada desde su forma de consolidación y pertenencia a un sistema jurídico, la autoridad con la que se emite una ley es la parte medular para su validez, sin considerar que contenga aspectos positivos o negativos.

El pos positivismo, también necesitó un ambiente social y político especial como caldo de cultivo para su planteamiento, y esto fundamentalmente fue la existencia regímenes fascistas, que aun viviendo estado de derecho justificaron sus actos en la pura legalidad; así a partir del período post bélico, nuevamente se pone sobre la mesa de trabajo, temas como el derecho justo y la relación de la moral y el derecho, como regulador de la sociedad. Para tal efecto es indispensable la construcción de edificios constitucionales, cuya característica fundamental es ser textos materiales, plagados de valores, principios morales y máximas no determinadas, sino susceptibles de ser desarrolladas, no exclusivamente en leyes, sino a través de otras expresiones, la más importante de ellas los fallos judiciales.

Este renovado matrimonio moral y derecho, va a tener características propias, ya que se identificará una moralidad propia al ordenamiento jurídico, diferente a la tratada por el ius naturalismo. Esto es un moral restringida no solamente en sus alcances sino en su conceptualización. La moral no será universal, abierta, sustancial; sino especial, susceptible de ser materializada, circunscrita en normas constitucionales, y además de ello la forma de reconocimiento sigue procedimientos distintos, a como la moral es tratada y justificada en el campo de la ética; podríamos hablar de un concepción moral propia para el derecho.

Si utilizamos el concepto liberal, no desde su significado económico sino político, vemos que la democracia liberal, han sido términos simbióticos que no se excluyen como así lo atestigua la historia de las democracias liberales; sin embargo el concepción de democracia ha venido tomando distancias, a tal punto que la democracia liberal representativa tiene su punto culminante en el sufragio universal, la mima que no ha garantizado un ejercicio efectivo de poder de los ciudadanos; mientras el modelo de estado democrático tendrá que hacer efectivo el ejercicio del poder de conformidad a la voluntad general, de dos formas una a través de implementar derechos sustantivos de participación, y otra edificando una estructura orgánica estatal, en la cual exista una poder ciudadano en la misma jerarquía que los poderes clásicos. Por tanto si entre los poderes y potestades públicas ejercidas por delegatarios, como sucede en la administración de justicia, no refleja tanto en su forma de conformar los órganos como en sus atribuciones y competencias la voluntad e interés general

ni social, no se estaría en capacidad de considerar a la organización, ni como un estado democrático, ni como un estado de derecho.

Si el ordenamiento jurídico de un estado constitucional, gira en torno a la constitución y más allá, las normas y reglas están redactadas de forma subordinada a la carta fundamental, su alteración e incluso su interpretación es un acto propio de soberanía, en tal sentido las facultades interpretativas de los jueces sobre normas, principios y demás contenidos constitucionales sería un ejercicio de soberanía.

La visión del juez creador de derecho, es una realidad controvertible que puede tener diversas explicaciones, pero las aquí señaladas tienen relación fundamentalmente con dos cosas: la una sobre la arrogación de soberanía por parte del juzgador; y, la otra desde la actuación de un juez en un ordenamiento jurídico donde la fuente del derecho es primordialmente consuetudinaria; y de un ordenamiento, donde la fuente primera es la ley. En el primer caso la facultad de crear normas legales es del pueblo, de forma directa, o a través de diferentes mecanismos de participación, con el fin de que se constituya en un verdadera declaración de beneficio colectivo; sin embargo la actividad del juzgador que no es exclusivamente la de aplicación de la ley, sino la de juzgar la ley también, le ubica en un orden trascendental o superior al pueblo, como si se fuese el intérprete de su voluntad no delegada de forma directa, sino indirecta. Esto podría resultar que las facultades de administración de justicia, responde a un orden superior al real y formalmente otorgado.

En el segundo caso el derecho consuetudinario, necesita ser desarrollado no solo por legislación positiva, sino a través de precedentes judiciales, lo cual resulta ser más idóneo que interpretar el sentido de una norma jurídica, las costumbres se caracterizan por ser estáticas y permanentes, sin que por ello sean perennes; es el accionar de la sociedad recogida in concreto la guía del juzgador mientras que la ley podríamos decir es recogida in abstracto por el legislador.

En el orden de cosas que estamos planteando se deduce que si el nuevo rol del juez ordinario y especialmente del juez constitucional ha variado sustancialmente, como constructor de un estado de "justicia"; su legitimidad no sería asunto de simple formalismo; sino cuestión de vital importancia, a saber

por dos cosas planteadas en el presente trabajo: una porque regula y/o controla los actos de los poderes públicos, es decir tiene que mantener un estado de cosas donde en el que se medie entre el absolutismo y el anarquismo, en una posible organización social de equilibrio en el ejercicio del poder; y, por otro lado defender los derechos de las personas frente al poder, a través de resoluciones que vayan contra sus actos.

La materia neoconstitucional, post-positivista o neopositivista se halla adelantada más de un siglo a la situación real de nuestro sistema de justicia, cuerpo normativo, cultura social y perspectiva del Derecho de jueces, juezas, abogados y abogadas en libre ejercicio.

No nos hacen falta más normas, sino argumentación sobre los hechos a la luz del catálogo de derechos y principios socialmente construidos.

En definitiva el juez hoy en día tiene herramientas de orden normativo y doctrinario mucho más vasto que el Ecuador desde hace diez años y el hecho de que los operadores de justicia no la sepan utilizar es una afección de este sistema y lo que se propende en un Estado constitucional y si el juez sigue actuando bajo el paradigma del positivismo duro, de ser la voz muda del derecho y ser un simple aplicador de normas, Dworkin manifestaba algo que todo el mundo acepta en el medio académico que el juez realiza actos de reflexión y valoración, no podía ser de otra manera. Yo pienso que en estos momentos el juez tiene una obligación realmente importante en la creación del Estado de Justicia. La reflexión de los grandes pensadores han llegado a la idea de que se puede construir una sociedad justa a través del Derecho, es decir el Derecho antes simplemente regulaba las normas de convivencia, ahora el Derecho da un salto más allá y se dedica a moldear las relaciones sociales, a cambiar la sociedad, en el papel estamos viviendo el gobierno de los jueces y esperemos que los jueces hagan eso, gobiernen de la manera más sabia posible.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES:

1. Los jueces y juezas requieren proceder de un devenir histórico de formación de alto nivel intelectual y axiológico, lo primero lo otorga la voluntad, lo segundo el tiempo y las circunstancias.
2. Las sentencias en materia constitucional no pueden ser transcripciones jurídicas de las normas positivadas a nivel de Constitución, ley u otras variantes procesales adjetivas, las sentencias constitucionales se configuran en fuentes del Derecho que sistematizadas por la Corte Constitucional se convierten en Jurisprudencia de cumplimiento y orientación para otros hechos futuros.
3. Los jueces en el marco de la Constitución de la República vigente son mucho más que administradores de justicia, se revisten de creadores de Derecho, o al menos la Carta Magna les otorga ese rol.
4. El espíritu validador de la sentencia en materia constitucional no es el principio de motivación principalmente, lo es la argumentación jurídica que compone esa sentencia, y esta argumentación no se resume en la parte resolutive sino en el cuerpo entero del texto de la decisión.
5. En Derecho no existen verdades, lo que hay son certezas y en la medida que más discernimos sobre la ponderación de una postura ante otra a la luz del Derecho. de más se acercan esas certezas a lograr el estado de justicia.
6. En Derecho no existe imparcialidad, la justicia y quienes se revisten de jueces deben tomar parte, obedeciendo a dos enunciados: jamás lo harán antes de discernir lo justo, tomarán parte de lo que intelectual y trascendentalmente se oriente a una justa decisión.
7. El Derecho se concibe como las reglas reunidas en normatividad, y no como un compilado progresivo de ideas que se vuelvan principios acercados en mayor o menor medida real al fin mayor de la justicia.

4.2 RECOMENDACIONES

- Las Escuelas de Derecho deberían incorporar en sus mallas curriculares un compilado contundente de cátedras vinculadas a la Filosofía Jurídica, que permita reorientar su misión a la entrega de profesionales capacitados en las instituciones del Derecho, más no la aplicación estrictamente utilitaria de la técnica jurídica o la Abogacía Procesalista.
- Las sentencias de la administración de justicia tienen que incorporar un componente amplio de argumentación jurídica doctrinaria, normativa y reflexiva, que reúna el desarrollo de la discusión de los principios derivados de la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.
- En el campo legislativo se debe tender a eliminar las normas que mantienen el uso excesivo de la norma y el enfoque positivista.
- Los abogados y abogadas estamos en la obligación de capacitarnos y auto formarnos en el enfoque garantista del derecho Neoconstitucional, con el fin de evidenciar los preceptos de esta corriente doctrinaria y social en las acciones que cotidianamente se presentan.

CAPÍTULO V

MARCO ADMINISTRATIVO

5.1 RECURSOS

5.1.1 RECURSOS HUMANOS

Las personas directamente ligadas con la investigación son:

- Investigador: Sr. Aquiles Alfredo Hervas Parra
- Tutor: Dr. Fernando Peñafiel
- Personas que laboran en calidad de jueces en la función judicial de las provincias de Chimborazo, Bolívar y Pastaza.
- Abogados en libre ejercicio dentro de las causas constitucionales.

5.1.2 RECURSOS MATERIALES

Los materiales que se requiere para la cristalización de la investigación son los que a continuación se detalla:

- Útiles de oficina
- Bibliografía
- Copias fotostáticas
- Impresiones de computadora
- Anillados del proyecto
- Internet
- Empastados

5.1.3 RECURSOS TECNOLÓGICOS

- Computadora
- Proyector

- Flash memory
- Cámara digital
- Grabadora de Video

5.2 ESTIMACIÓN DE COSTOS

5.2.1 INGRESOS

El dinero que se posee para realizar el presente proyecto asciende a los mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y que será financiado por el investigador.

5.2.2 EGRESOS

DETALLE	VALOR
Útiles de oficina	60.00
Bibliografía	650.00
Copias fotostáticas	30.00
Impresiones de computadora	80.00
Anillados del proyecto	20.00
Internet	30.00
Flash memory	30.00
Empastados	50.00
TOTAL PARCIAL	950.00
Imprevistos	50.00
TOTAL	1000.00

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXI, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007.
- ALEXI, Roberto, “Derecho y razón práctica”, Distribuciones Fontamara, S.A, México, 2010.
- BAQUERO, Jaime: “*Ética para Políticos y Juristas*”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 154.
- BODENHEIMER, Edgar, “Teoría del derecho”, Fondo de Cultura Económica, cuarta reimpresión, México, 2005.
- BRETANO, Franz: “*El origen del conocimiento moral*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 11.
- BULTÉ, Julio Fernández, “Filosofía del Derecho”, Editorial Félix Varela, la Habana, 2005.
- CARBONELL, Miguel, “Los Retos del Constitucionalismo en el Siglo XXI” tomado de “El Nuevo Constitucionalismo en América Latina”, Editorial Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, página 49.
- CASTAÑO BEDOYA, Alejandro: “*Teoría dinámica del derecho*”, Comlibros, Medellín, 2005, p. 114.
- CASTRO Diaz-Balart, Fidel, “Ciencia, innovación y futuro”, Grijalbo, Barcelona, 2002.
- DEWEY, John: “*La miseria de la epistemología*”, Editorial, Biblioteca Nueva, S.L., Madrid, 2000, p. 157.
- ESQUIVEL, Javier: “*Racionalidad Jurídica, Moral y Política*”, Distribuciones Fontamara S.A., México, D.F., 1996, p. 117.
- FERRAJOLLI Luigi, ALEXI Robert, GUASTINI Ricardo, et al, “Neoconstitucionalismo (s)”, Edición Miguel Carbonnell (Comp.), Editorial Trotta, tercera edición 2006, Madrid.
- GARCÍA, Morente, “Lecciones preliminares de filosofía”, editores mexicanos unidos, S.A., 5ta edición, México, 1982.

- GARRONE, José A., *Diccionario Jurídico – Tomo IV*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 538).
- GUASTINI, Riccardo, “Estudios de Teoría Constitucional”, Distribuciones Fontamara, S.A., primera edición, México D.F., 2001.
- GUASTINI, Riccardo, “Nuevos estudios sobre interpretación”, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- HABERMAS, Jürgen, “Teoría de la Acción Comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalidad social”, Taurus Humanidades, Madrid, 1998.
- HESSEN, J, “*Teoría del Conocimiento*”, Editorial Nuevo Amanecer, Quito, 2007, p. 96.
- HOLBACH, Paul Henry, THIRY, Baron d', "La moral universal o los deberes del hombre fundados en su naturaleza, 1: Teoría de la moral", Tmpr. I., 1812, p. 1
- JASPERS, Karl: “*La comunicación como fundamento de la condición humana*”, Ediciones Mediterráneo Ltda., Santiago.Buenos Aires, 2009, p. 285.
- KAUFMANN, Arthur, “La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad”, Editorial Temis, Bogotá, 2007.
- KELSEN, Hans, “*¿Qué es Justicia?*”, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1992, p. 139.
- KELSEN, Hans, “Teoría Pura del derecho”, Editorial Unión, Ltda, Santafé de Bogotá, 2000.
- León, Irene; coord. “*Buen vivir y cambios civilizatorios. Qué es el SUMAKAWSAY, alternativa al capitalismo y al socialismo*”, 2 ediciones, Fedaeps: Quito, (2009).
- MARX, Karl, “Contribución a la Crítica de la Economía Política”, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1859.
- MICHELINI, Dorando, J: “*Bien Común y Ética Cívica*”, Editorial Bonum, Buenos Aires, 2008, p. 208.
- MONTAÑA, Juan, “Apuntes del Derecho Procesal Constitucional Tomo I”, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, página 51.

- MONTAÑA, Juan, “Apuntes del Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2”, Editorial Corte Constitucional, Quito, 2012, página 26.
- NAVARRO, Pablo: “*Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*”, Doxa, Madrid, 201, pp.133-166.
- NINO, Santiago: “*Introducción al análisis del derecho*”, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 63.
- NÚÑEZ Jover, Jorge: “*Comunidades científicas, ethos, y paradigmas*”, La Habana, 1999, p.80
- OLANDO GARCIA, Hernán A., “Qué es la costumbre”, editorial Temis S.A., Bogotá, 2008.
- ORTEGA Y GASSET, José, “La Rebelión de las Masas”, editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1989.
- PECES-BARBA, Gregorio, “*Ética, Poder y Derecho*”, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 2004, p. 62.
- PISARELLO, Gerardo, “Un Largo Termidor, Historia y Crítica del Constitucionalismo Antidemocrático”, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, página 151.
- PORRAS VELASCO, Angélica, ROMERO LARCO, Johanna, “Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana”, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, Quito, marzo 2012.
- RADBRUCH, Gustav, “Relativismo y derecho”, editorial temis S.A., Bogotá, 2009.
- RODRÍGUEZ Aguirre, Nelson, “Ciencia, Tecnología & Sociedad”, Editorial, Universitaria, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2012.
- RODRÍGUEZ AGUIRRE, Nelson: “*Ciencia Tecnología y Sociedad*”, Editorial Universitaria, Quito, 2002, pp. 64,65.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, “El contrato social”, Momo ediciones, Bogotá, 2012.
- STUART MILL, John, “Sobre la libertad”, www.ateismopositivo.com.ar/stuart%mill%20-%20sobre%20libertad.pdf .
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Introducción al estudio de la Constitución”, Distribuciones Fontamara, S.A. México, D.F. 1998.

- VALERA SIERRA, René, DEOLOFEU ZAMBRANO, Evarina (Comp.), ESPINA Mayra, et al: *“Introducción a debates filosóficos actuales”*, Selección de Lecturas, Universidad de la Habana, p.23.
- V.I.Lenin, “El Estado y la Revolución”, Ediciones de la Universidad de Cuenca, 1970.
- VICIANO PASTOR, Roberto (Comp.); MARTINEZ DALMAU, Rubén; VILLABUELA ARMEGOL, Carlos Manuel, et al, “Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”; Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

OTRAS FUENTES

- Constitución de la República del Ecuador.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Corte Constitucional, Resolución publicada en Registro Oficial nro. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Dictamen Nro. 001-14 –DRC-CC, Caso Nro. 001-14.RC, página 45.
- Sentencia Nro. 102-13-SEP-CC, caso Nro. 0380-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

ANEXOS

ANEXO 1

ANEXO 2

ANEXO 3

ANEXO 4

Disco Compacto