

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA ADMISIBILIDAD Y LA ACEPTACIÓN DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE
PROTECCIÓN EN EL SISTEMA ECUATORIANO EN CASOS DE VIOLACIÓN DEL
DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL**

AUTOR: AB. DIEGO F. MOGROVEJO JARAMILLO

2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos para la obtención del grado de Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al Centro de Información, o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar, la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Ab. Diego F. Mogrovejo Jaramillo.

Quito, diciembre de 2011.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA ADMISIBILIDAD Y ACEPTACIÓN DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE
PROTECCIÓN EN EL SISTEMA ECUATORIANO EN CASOS DE VIOLACIÓN DEL
DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL**

AUTOR: AB. DIEGO F. MOGROVEJO JARAMILLO

TUTOR: DR. AGUSTÍN GRIJALVA

QUITO, DICIEMBRE DE 2011

ABSTRACT.

En el anterior régimen constitucional del Ecuador (Constitución de 1998) se excluyó al órgano judicial del control de constitucionalidad de sus actuaciones, prohibiéndose el amparo contra resoluciones judiciales, aún cuando en sistemas extranjeros se había permitido dicho control. En el nuevo sistema constitucional ecuatoriano (Constitución de 2008) el *Estado constitucional de derechos y justicia* (Art. 1), garantiza los derechos constitucionales a *la tutela judicial y el debido proceso* (Arts. 75 y 76), consagrando como *garantía jurisdiccional* a la acción extraordinaria de protección en contra de las resoluciones judiciales ejecutoriadas violatorias de derechos constitucionales (Art. 94), más aun cuando la *potestad jurisdiccional* que emana del pueblo (Art. 168) se somete al *principio de juridicidad* integrado por la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (Art. 172), y al *principio de estricta legalidad* pues el poder público limitado formalmente (Art. 226) se vincula sustancialmente a los derechos por el *principio de supremacía y sujeción constitucional* (Arts. 424 y 426), correspondiendo a la *Corte Constitucional* en la acción extraordinaria de protección controlar si el órgano judicial ha violado derechos constitucionales en el proceso (Art. 437). La presente tesis, partiendo conceptualmente de la evolución el *rol del juez* en los distintos modelos de Estado (absolutismo, legalismo, constitucionalismo, neoconstitucionalismo), y enfocándose dentro del *paradigma neoconstitucional garantista*, abordará de forma crítica el ámbito normativo, doctrinario y jurisprudencial, de la *admisibilidad y aceptación de la acción extraordinaria de protección* en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial, analizando sus *presupuestos formales* (legitimación, activa, legitimación pasiva, oportunidad) y sus *presupuestos sustanciales* (materia u objeto, procedibilidad, relevancia constitucional).

DEDICATORIA

A mi esposa María Esther y a nuestros hijos Emilia y Enrique,
por ser la fuerza y razón para mis emprendimientos.

Diego F.

AGRADECIMIENTO

A Dios por haberme permitido proseguir y culminar con éxito este proceso.

Al conocimiento adquirido en la reflexión académica y la práctica profesional.

A la UASB, centro de alto nivel bajo la directiva de su Rector, Vicerrector y demás autoridades.

A la presta colaboración del Área de Derecho, a su Director Dr. César Montaña, y su personal.

A la acertada y valiosa tutoría del Constitucionalista Profesor Dr. Agustín Grijalva.

A la precisa y útil revisión de los Procesalistas Dra. Vanesa Aguirre y Dr. Francisco Iturralde.

Diego F. Mogrovejo Jaramillo.

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. EL ROL GARANTISTA DEL JUEZ.

1.1.- Evolución del rol del juez en las distintas concepciones sobre el modelo de Estado.

1.1.1.- En el absolutismo (Estado absoluto).

1.1.2.- En el legalismo (Estado legal de derecho).

1.1.3.- En el constitucionalismo (Estado constitucional de derecho).

1.1.4.- En el neoconstitucionalismo (Estado Constitucional de derechos).

1.2.- Postulados garantistas en el neoconstitucionalismo.

1.2.1.- De la mera aplicación normativa a la creación jurídica.

1.2.2.- Crítica interna y externa del derecho.

1.2.3.- Protección objetiva del derecho y protección subjetiva de los derechos.

1.2.4.- Instrumentalidad garantista del proceso (tutela judicial y debido proceso)

1.2.5.- Cambio de paradigma judicial.

CAPÍTULO II. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.

2.1.- Garantía jurisdiccional para el control constitucional de las decisiones judiciales.

2.1.1.- Control del principio de supremacía y sujeción constitucional.

2.1.2.- Control del principio de estricta legalidad y del principio de juridicidad.

2.2.- Acción que genera un proceso constitucional.

2.2.1.- Proceso constitucional (admisión, sustanciación y sentencia).

2.2.2.- Acción y presupuestos (condiciones constitucionales y requisitos legales).

CAPITULO III. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.

3.1.-Configuración normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los presupuestos formales.

3.1.1.- Legitimación activa (toda persona que ha sido parte de un proceso o haya debido serlo).

3.1.2.- Legitimación pasiva (órgano judicial que viola el derecho constitucional).

3.1.3.- Oportunidad (20 días termino desde la notificación a la parte o desde cuando se enteró quien debió ser parte).

3.2.- Configuración normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los presupuestos sustanciales.

3.2.1.-Materia u objeto (acción u omisión del órgano judicial que viola el derecho constitucional).

3.2.2.-Procedibilidad (contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se encuentren firmes o ejecutoriadas por agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios a menos que su falta de interposición no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado).

3.3.3.-Relevancia constitucional (violación al derecho reconocido en la Constitución, énfasis en la vulneración del debido proceso y la tutela judicial).

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

La Constitución, es por naturaleza un pacto social y un instrumento jurídico para la convivencia humana, que emana del poder constituyente y subordina al poder constituido. Sin embargo en sus orígenes no pasó de ser más que un discurso político, habiendo uno de los estamentos del poder constituido, el Legislativo, acaparado a través de la ley el universo del Derecho.

La ley y no la Constitución se constituyó en la primera fuente jurídica, la norma legal por ser el producto de la mayoría política que detentaba el poder, se la entendía expresión de la voluntad soberana, y se daba por hecho que respondía a la perfección a los derechos y exigencias de pueblo (legalismo).

Sin embargo no muy pocas veces esa ley se apartó del requerimiento del soberano y en su lugar respondió a la coyuntura del poder constituido, razón por la cual el pueblo a través de un proceso de constitucionalización del derecho, no exento de las vicisitudes propias de las conquistas y reivindicaciones sociales, logró ratificar su condición de titular del poder constituyente para dotar a la Constitución, como expresión de dicho ejercicio, con la máxima jerarquía y supremacía normativa, en virtud de los derechos que consagra (constitucionalismo).

La Constitución como norma suprema, necesitó entonces de ser defendida por medio de una jurisdicción que debía protegerla, sin embargo la realidad demostró que los juzgadores continuaron guardando tributo solemne a la ley, supeditando los derechos a las reglas, desatendiendo los principios constitucionales, aplicando de forma mecánica la ley a través del silogismo o subsunción legal, habiéndose inclusive excluido del control constitucional a las decisiones judiciales.

Por ello en una nueva conquista para subordinar el poder constituido al poder constituyente, cuyo titular soberano es el pueblo, paulatinamente algunos países de Iberoamérica fueron consagrando en sus Constituciones o reconociendo en su jurisprudencia constitucional que los órganos judiciales, como cualquier otro órgano de poder público, le deben sujeción a los derechos y disposiciones de la norma suprema, más aún cuando dentro del

paradigma garantista los jueces se estatuyen en los garantes de las normas y los derechos dentro de un proceso judicial (garantismo).

En este sentido se habilitó el control de constitucionalidad de decisiones judiciales en: España (Art. 161 de la Constitución de 1978 y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español); México (Art. 107 de la reforma constitucional de 1993 y jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación mexicana); Colombia (Art. 86 de la Constitución de 1991 y jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana); y Perú (Art. 200 de la Constitución de 1993 reformado en 1995 y jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano).

Sin embargo en el Ecuador se estableció expresamente la exclusión del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales (Arts. 95 inciso segundo y Art. 276 inciso final de la Constitución Política del Ecuador de 1998 y Resoluciones del Tribunal Constitucional ecuatoriano) al considerarse dentro de su contexto jurídico-social que toda autoridad debía atenerse a la constitucionalidad, pero en el caso de los jueces en virtud de la independencia y seguridad jurídica, sus decisiones no debían ser objeto de control constitucional.

La prohibición del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales respondía a un contexto en el que se estimó necesaria su improcedencia, sin embargo interna e internacionalmente se expusieron sólidos argumentos para sostener que el reconocimiento de este mecanismo, debidamente regulado no tenía porqué atentar contra la independencia y seguridad jurídica, sino que la garantía respondía a una exigencia que toda autoridad, en virtud de la estricta legalidad, debe atenerse a los límites formales y vínculos sustanciales de la Constitución, incluso los órganos jurisdiccionales (paradigma neoconstitucional garantista).

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) promulgada el 20 de octubre de 2008 dentro del paradigma el Estado constitucional de derechos y justicia, instauró a través de la acción extraordinaria de protección un mecanismo para controlar si el juez ha asumido su papel garantista, es decir para constatar si se ha adecuado al marco de los derechos y disposiciones constitucionales en un proceso judicial, tanto más que el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) promulgado el 09 de marzo de 2009 desarrolla los principios propios de la

administración de justicia ordinaria y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada el 22 de octubre de 2009 (LOGJCC) lo hace con los de la justicia constitucional.

El presente trabajo investigativo, parte entonces desde la evolución del rol del juez en los distintos modelos de Estado, y rescatando las características primordiales o notas caracterizadoras del paradigma vigente (rematerialización de los derechos, paso de la mera legalidad a la estricta legalidad y nuevos métodos de interpretación), nos permite formular los postulados garantistas del neoconstitucionalismo (creación jurídica, crítica interna-externa del derecho, protección objetiva-subjetiva, instrumentalidad garantista, cambio de paradigma judicial), para definir que en el sistema ecuatoriano, la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección, se constituye conceptualmente en un mecanismo de control constitucional de las actuaciones de los jueces (control de los principios de supremacía y sujeción constitucional, estricta legalidad y juridicidad), y procesalmente se estatuye en una acción que genera un proceso constitucional sujeto a condiciones constitucionales y requisitos legales que configuran presupuestos para su operación.

Es así que la acción extraordinaria de protección se somete a condiciones constitucionales (establecidas en la CRE) y requisitos legales (previstos en la LOGJCC), que configuran los presupuestos formales para su admisión cuando ha sido interpuesta legítimamente de manera oportuna (legitimación activa, legitimación pasiva, oportunidad), y los presupuestos sustanciales para su aceptación de mérito (materia u objeto, procedibilidad y relevancia constitucional). En tal virtud acudiendo a los criterios y parámetros que la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición ha venido aplicando en sus autos de admisibilidad y sentencias, se examinará a la acción extraordinaria de protección como garantía, mecanismo de control constitucional de las decisiones judiciales, y proceso sujeto a presupuestos, en casos de violación del debido proceso y tutela judicial, derechos de protección que los jueces deben garantizar, y son los más invocados y analizados en esta acción.

CAPÍTULO I. EL ROL GARANTISTA DEL JUEZ.

Para la doctrina constitucionalista especializada del Estado absoluto (absolutismo), pasando por el Estado legal de Derecho (legalismo), y el Estado constitucional de derecho (constitucionalismo), se arriba al Estado constitucional de derechos (neoconstitucionalismo), advirtiéndose en este proceso una evolución del rol del órgano judicial (de ser una función de mera aplicación de la ley pasa a constituirse en un poder de crítica del ordenamiento jurídico).

El neoconstitucionalismo plantea que todo órgano de poder público debe actuar limitado formalmente por las competencias que le son atribuidas jurídicamente y vinculado sustancialmente por los derechos constitucionales de las personas.

Estos límites y vínculos constitucionales, sujetan sin excepción alguna a todo órgano que ejerce potestad pública, más aun a los órganos judiciales que en el anterior régimen ejercieron sus competencias formales para aplicar normas (mera legalidad) sin asumir necesariamente la protección los derechos.

El nuevo modelo propugna que los jueces limitados por las competencias y vinculados por los derechos que se encuentran llamados a proteger (estricta legalidad) asuman a la luz de la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (juridicidad) su rol de garantes de los derechos (garantismo).

En esta evolución se arribará a los postulados garantistas del neoconstitucionalismo en torno al papel o rol del juez en el nuevo paradigma, los mismos que servirán de parámetros para conceptualizar a la acción extraordinaria de protección como un mecanismo de control constitucional de las actuaciones judiciales.

1.1.- Evolución del rol del juez en las distintas concepciones sobre el modelo de Estado.

El Estado entendido como la organización jurídico-política de la sociedad, históricamente ha experimentado un proceso evolutivo con relación al Derecho (normas del ordenamiento jurídico) y a los derechos (expresiones de la dignidad humana).

Ramiro Ávila Santamaría expone la relación de los distintos modelos de Estado con el Derecho y los derechos, marcando la existencia del Estado absoluto (sobre el derecho), del

Estado de derecho (Estado legal de derecho y Estado constitucional de derecho), y del Estado de derechos (que enfatiza la parte dogmática sobre la parte orgánica de la Constitución pues el poder se encuentra sometido a los derechos), de la siguiente manera:

“...Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al Derecho, tendríamos tres modelos: El Estado sobre el derecho (Estado absoluto), el Estado de Derecho y el Estado de derechos. En el Estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho el poder está sometido al Derecho bajo dos modalidades. En la una el Derecho es entendido exclusivamente como ley; en la otra, el Derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal con el sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el Estado de derechos finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos...”¹

1.1.1.-En el absolutismo (Estado absoluto).

En el Estado absoluto no sometido al Derecho, prácticamente no existió ningún límite ni control (judicial) del ejercicio unilateral de la autoridad, comúnmente despótico y autoritario, de quienes detentaban el poder sin base democrática.

Aquello derivó en que el Estado se encuentre sobre los derechos de los particulares, que no contaban con mecanismos o medios jurídicos para contrarrestar el poder absoluto, es decir no se encontraban provistos de garantías para su defensa frente a la arbitrariedad.

Resultan excepcionales en este sentido ciertas figuras para la protección del ciudadano frente al poder monárquico, como el surgimiento del debido proceso en el derecho anglosajón originado en la Carta Magna inglesa de 1215 (*due process of law*)²; y su tratamiento en el derecho colonial español en la Constitución Política de la Monarquía española promulgada en

¹ **Ramiro Ávila Santamaría**, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría (Editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Número 3 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, noviembre de 2008, pp. 28 y 29.

² **Oswaldo Alfredo Gozañi**, “Derecho Procesal Constitucional: el debido proceso”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 19 señala: “...Es cierto que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el Capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey “Juan Sin Tierra” a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación...”

Cádiz en 1812 (Título V De los tribunales y la administración de justicia en lo civil y lo criminal, Arts. 244 y 287).³

1.1.2.-En el legalismo (Estado legal de derecho).

En el Estado legal de derecho sometido a la ley (mera legalidad) y relacionado al positivismo jurídico formalista (denominado paleopositivismo o modelo paleopositivista por el constitucionalista Luigi Ferrajoli)⁴, el juez centraba su atención en el denominado derecho positivo, es decir en las normas jurídicamente objetivadas.

El derecho objetivo producido por el Legislativo, como órgano estatal competente con potestad normativa legal, debía únicamente ser aplicado por el juez, bajo la premisa que la norma jurídica producida legislativamente se encontraba adecuada a la Constitución por haber proseguido el procedimiento constitucional (ámbito formal), razón por la cual procedía su mera aplicación al caso (silogismo legal) sin cuestionar su contenido (ámbito material).

Se estatuyó entonces a la Constitución como parte del ordenamiento jurídico, pero en la práctica no fue considerada como norma sino como un discurso político.

Por ello la ley, por el mero hecho de ser emitida por el órgano legislativo se entendía perfecta, y en tal virtud solamente debía ser aplicada por el juez (silogismo legal), pues no se encontraba habilitado para desconocer la voluntad de aquel “legislador perfecto” es decir contrariarlo mediante una interpretación constitucional (a través de la hermenéutica).

Se configuró así una función formalista del papel del juez: la mera aplicación del derecho positivo, es decir aquel objetivado en una norma jurídica, limitándose la labor del

³Constitución de Cádiz de 1812 (disponible en http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)

“...Don Fernando VII, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, y en su ausencia y cautividad la Regencia del Reino, nombrada por las Cortes generales y extraordinarias, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las mismas Cortes han decretado y sancionado la siguiente:

Constitución Política de la Monarquía Española:

Título V De los tribunales y la administración de justicia en lo civil y en lo criminal.

Art. 244.-Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas.

Art. 287.-Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión”.

⁴ Luigi Ferrajoli, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2001, pp. 66 y 67 señala: “...las condiciones sustanciales de validez de las leyes...en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad...”.

juzgador a aplicar la norma jurídica, especialmente la ley, que en esta concepción era considerada la principal fuente jurídica.

En el contexto del llamado *positivismo formalista* únicamente se planteaban límites formales para evitar la arbitrariedad del poder público, y no existían en estricto sentido mecanismos efectivos de exigibilidad de los derechos, aún cuando ya Georg Jellinek en 1900 delineó el concepto de *jurisdicción* como una “*garantía jurídica de derecho público*”, centrada en cuestiones de derecho objetivo para la atención de intereses.⁵

1.1.3.- En el constitucionalismo (Estado constitucional de derecho).

El Estado constitucional de derecho emerge como una concepción que ubica a la *Constitución como norma suprema*, expresión de un pacto de convivencia social establecida para la limitación del poder público (parte orgánica) y el establecimiento de un régimen de derechos (parte dogmática).

En este modelo la Constitución como la norma jerárquicamente superior, requiere de una defensa, para lo cual se instaura un órgano jurisdiccional de control constitucional concentrado, como es el caso del Tribunal Constitucional austriaco de 1920, diseñado bajo los planteamientos del jurista Hans Kelsen, creador de la denominada *pirámide jerárquica normativa* cuya cúspide es la Constitución y de la *teoría pura del derecho*, aportes primordiales en el ámbito objetivo-normativo, pues a través de ellos se configuró un modelo que defendía la supremacía constitucional frente a ley, debiendo en casos conflictivos definirse por una decisión jurídica del Tribunal Constitucional, abstraída de elementos extrajurídicos (morales, políticos, etc.). Kelsen configuró la tesis de que una norma es jurídicamente completa cuando impone una consecuencia jurídica a la conducta prevista, a través de una atribución de responsabilidad técnico-jurídica.⁶

⁵ **Georg Jellinek**, “Teoría General del Estado”, capítulo veintidós las garantías del derecho público, versión en español de la edición original alemana de 1900, México, Compañía Editorial Continental, 1958, pp. 641-642.

⁶ **Hans Kelsen**, “Teoría Pura del Derecho”, capítulo III definición del derecho, punto 4 norma primaria y norma secundaria, versión en español de la edición original alemana de 1934, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Eudeba, 1960, pp. 60-61.

Bajo este enfoque el Tribunal Constitucional se estatuye como órgano concentrado para el control de constitucionalidad de las normas, actuando a manera de un “legislador negativo” en ejercicio de su atribución de expulsar las normas del ordenamiento jurídico, marcando el inicio de la defensa jurisdiccional de la Constitución desde el ámbito objetivo-normativo (control abstracto).

Entonces la Constitución pasa de ser un discurso político a ser norma, superándose la sumisión del Estado a la ley (legalismo), hacia la Constitución como condición de unidad y validez del ordenamiento jurídico, para limitar el poder y reconocer derechos (constitucionalismo).

En este contexto la estructura estatal (parte orgánica), debía garantizar *per se* a los derechos reconocidos constitucionalmente (parte dogmática), es decir dado que la estructura organizacional del poder se encontraba limitada y además sujeta a un control constitucional objetivo-normativo, se deducía que el ámbito subjetivo-humano de los derechos se protegerían sin mayor intervención judicial.

1.1.4.- En el neoconstitucionalismo (Estado constitucional de derechos).

La dramática experiencia constitucional de la segunda guerra mundial evidenció que la *jurisdicción constitucional* en el ámbito objetivo-normativo de las normas, requería profundizarse, con la *justicia constitucional* en el ámbito subjetivo-humano de los derechos (en este punto si bien para parte de la doctrina el modelo kelseniano debe entenderse superado⁷, se aprecia que dicho modelo respondía a su contexto y por lo tanto no significa que ya no tenga valor, sino que conforme a un nuevo contexto requiere una profundización).

Es así que dado el énfasis que se le dio a la protección de los derechos humanos, se instauró a criterio de Luigi Ferrajoli un *nuevo paradigma*, emergido de la Carta de la

⁷ Domingo García Belaúnde, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, en Víctor Bazán (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, marzo de 2010, pp. 5 y 6, señala: “...a) Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado...b) Kelsen postula una jurisdicción constitucional...c) Si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que este tipo de jurisdicción es de carácter legislativo, y de ahí que el Tribunal sea caracterizado como “legislador negativo”, concepto importante, pero rebasado en la actualidad por la experiencia constitucional de la segunda posguerra...”.

Organización de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental alemana de 1949⁸; lo que trascendió según Osvaldo Alfredo Gozaíni al ámbito interamericano con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁹, y según Miguel Carbonell configuró la tendencia iberoamericana con énfasis a partir de los años setenta del siglo XX, de que los textos constitucionales no solamente consagren la separación de los poderes públicos, sino que contengan altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionen la actuación estatal, como el caso de la Constitución española de 1978, la Constitución brasileña de 1988 y la Constitución colombiana de 1991.¹⁰

La protección integral de la persona es planteada por neoconstitucionalismo puesto que no presupone que la estructura orgánica estatal garantiza *per se* al régimen dogmático de los derechos (constitucionalismo), sino que se preocupa que dichos derechos cuenten en concreto con garantías efectivas para su cumplimiento (acercando *al ser el deber ser* del derecho).

Sussana Pozzolo plantea que el *neoconstitucionalismo* (concepción neoconstitucionalista) se distingue del constitucionalismo liberal (concepción descriptiva), porque la función jurisdiccional mecanicista (mera aplicación legal) se transforma para

⁸ **Luigi Ferrajoli**, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2001, pp. 67, señala:

“...Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo -la carta de la ONU de 1945, la *Declaración universal* de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949...”.

⁹ **Osvaldo Alfredo Gozaíni**, “Derecho Procesal Constitucional: el debido proceso”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 37, señala:

“...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente...”.

¹⁰ **Miguel Carbonell**, “Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, diciembre de 2008, p. 9 y 10, señala:

“...Se trata de una tendencia que se agudiza a partir de los años 70 del siglo XX y que da lugar a Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991...”.

denunciar la incompatibilidad de la ley con los valores y principios constitucionales (concepción preceptiva sustantiva).¹¹

El neoconstitucionalismo es un modelo sobre la relación entre el Derecho y los derechos, *a priori* “antipositivista”, sin embargo en él confluyen por una parte una corriente *iuspositivista* que propone criticar y validar el Derecho para que no irrespete los derechos constitucionalmente positivizados; es decir, instaura una crítica al interior del ámbito jurídico-normativo sin acudir a valoraciones externas que lo vinculen con la Moral (en esta corriente puede ubicarse al constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli que plantea el *paradigma constitucional garantista*, el principio de *estricta legalidad* y la conceptualización de las *garantía como la ley del más débil*).

Y por otra parte, una corriente *iusnaturalista* que pretende solucionar los casos concretos de conflicto entre Derecho y derechos mediante principios constitucionales de justicia (en esta corriente puede ubicarse al constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky que propone el *principio de constitucionalidad*, *la optimización* y *el derecho dúctil*), acudiéndose en esta tendencia inclusive a valoraciones externas que terminan por vincular el Derecho con la Moral (en esta corriente puede ubicarse al jurista alemán Robert Alexy que propugna el *efecto irradiación* y la *ponderación* para sopesar principios contrarios, y al constitucionalista norteamericano Ronald Dworkin que sostiene la tesis de los *derechos en serio*).

Es decir, no existe una sólo línea del neoconstitucionalismo, sino varias perspectivas, las mismas que han sido abordadas por Alfonso García Figueroa, mediante una entrevista

¹¹ **Susanna Pozzolo**, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010, pp. 209, 215, 216, 225 y 227, señala:

“...El término *neoconstitucionalismo*... fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista...

...Al confrontar la concepción descriptiva con la concepción preceptiva-sustantiva neoconstitucionalista, se delinearán de forma más clara, los dos modelos constitucionales: uno propio del liberalismo garantista, donde la Constitución representa un marco abierto dentro del cual, en el respeto de algunos límites, se desarrolla libremente el juego de la fuerza política (por ejemplo la concepción kelseniana); el otro propio del neoconstitucionalismo, donde la Constitución es una dirección vinculante, es ordenamiento de valores estructurados que dominan el desarrollo de la legislación (Por ejemplo G. Zagrebelsky)...

...En efecto, los principios de justicia, antes relegados al papel de proclamaciones políticas sin una fuerza real vinculante, en la Constitución neoconstitucionalista encuentran una directa fuerza obligatoria y se convierten en tareas de los poderes públicos: para ser legítima, la acción de los poderes tiene que resultar conforme a los valores y principios expresados por la Constitución...

...En ese contexto, el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que disolver definitivamente. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción...

...El neoconstitucionalismo denuncia la creciente inadecuación del legislador, especialmente en la concreción de los derechos enunciados en los textos constitucionales...”.

personal al constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli, quien sitúa su tesis del *paradigma constitucional* dentro del iuspositivismo (defendiendo la separación del Derecho y la Moral) a diferencia de las tesis iusnaturalistas de Robert Alexy y Ronald Dworkin (que a su criterio vinculan el Derecho y la Moral).¹²

Razón por la cual Alfonso García Figueroa expone que la tendencia iuspositivista conformaría una especie de *neoconstitucionalismo débil* (en el sentido de circunscribirse a plantear soluciones desde el ámbito normativo del Derecho) y la tendencia iusnaturalista configuraría una especie de *neoconstitucionalismo fuerte* (en el contexto de propender a la solución justa de conflictos de derechos mediante otras valoraciones del Derecho).¹³

Por su parte Paolo Comanducci, crítico del neoconstitucionalismo, lo divide en tres clases: *teórico, ideológico y metodológico*. En el neoconstitucionalismo teórico (descriptivo del proceso de constitucionalización) señala la existencia de las dos tendencias iuspositivista y iusnaturalista sin decantarse por ninguna de ellas; critica al neoconstitucionalismo ideológico (expuesto por Alexy y Dworkin, porque estima que la *ponderación* como método de interpretación permite la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación del derecho), y

¹² **Alfonso García Figueroa**, “Entrevista a Luigi Ferrajoli”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Trotta, 2005, p. 519, señala:

“...AGF: Tu teoría del derecho se compromete con la tradición positivista y la tradición analítica, pero a mismo tiempo se mantiene atenta a una nueva forma de contemplar el derecho, una nueva visión *in fieri*, a la que tú mismo te refieres como *paradigma del constitucionalismo*... ¿Dónde se sitúa tu teoría con la de autores neoconstitucionalistas como Alexy, Dworkin o Nino?”

LF: El paradigma constitucional teorizado por mí no es otro que el paradigma de las actuales democracias constitucionales, estructuralmente diverso del paleoiuspositivismo del Estado legislativo de derecho, mas no por ello menos, sino antes bien aun más, al principio iuspositivista de legalidad...de un lado la sujeción a la ley incluso del poder legislativo que en regimenes desprovistos de constituciones rígidas es un poder absoluto, y de otro, la positivización también del *deber ser* del derecho...

...Distinguiría entre los tres autores citados. El iusnaturalismo tendencial verificable en sus tesis tiene explicaciones diversas. En Dworkin se explica en el hecho de que escribe teniendo como principal referente sistemas del *Common Law*, dentro del cual el principio de legalidad es menos exclusivo que en nuestros ordenamientos e inevitablemente es más amplio el papel normativo e innovador de la jurisprudencia. En Nino y sobre todo en Alexy tengo la impresión de que se puede advertir una especie de cognitivismo ético, o cuando menos, la sustancial negación de la separación entre derecho y moral que representa un corolario del positivismo jurídico...”

¹³ **Alfonso García Figueroa**, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010, pp. 254 y 255, señala:

“...El neoconstitucionalista reconoce que no podemos fragmentar el ordenamiento jurídico por la fuerza irradiante de la Constitución, pero aquí los caminos del neoconstitucionalismo se bifurcan. Como hemos podido distinguir un neoconstitucionalismo débil como el de FERRAJOLI...que no fragmenta el ordenamiento jurídico constitucional, pero si fragmenta el discurso práctico general y un neoconstitucionalismo fuerte....al estilo antipositivista de ALEXY, DWORKIN o NINO...”

refuta al neoconstitucionalismo metodológico (por justificar las decisiones judiciales en una norma moral).¹⁴

Esta crítica es contradicha a su vez por autores neoconstitucionalistas, como José Juan Moreso, quien, en réplica a Paolo Comanducci, afirma que si bien métodos propios de interpretación en el neoconstitucionalismo como la *ponderación* podrían ser criticados por la supuesta discrecionalidad que generan y propician la interpretación moral de la Constitución, su aplicación se justifica porque caso contrario los jueces emitirían sentencias injustas, alejadas de un *razonamiento práctico* para la solución justa del caso que no es patrimonio exclusivo del neoconstitucionalismo.¹⁵

Siendo así, la crítica que puede plantearse hacia el neoconstitucionalismo (distinguiéndolo entre débil o fuerte, según la carga de convicción antipositivista; y diferenciándolo entre teórico, ideológico y metodológico según la dosis de vinculación con la moral), debe superarse rescatando las *características primordiales del modelo neoconstitucional*, esto es: el paso de la mera legalidad a la estricta legalidad (límites y vínculos constitucionales), la rematerialización de los derechos (como eje central de la institucionalidad), y los nuevos métodos de interpretación (efecto irradiación, optimización, ponderación,

¹⁴ Paolo Comanducci, “Constitución y Neoconstitucionalismo”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010, pp. 177, 179, 186 y 187, señala:

“...El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización...
 ...En el interior de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación con el mismo método pero con un objeto parcialmente modificado, del iuspositivismo, otros sostienen, por el contrario, que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología y que por lo tanto el neoconstitucionalismo presente diferencias cualitativas respecto de iuspositivismo teórico...
 ...El neoconstitucionalismo ideológico no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y los defiende...
 ...algunos de sus promotores (pienso, por ejemplo en ALEX Y, CAMPBELL, DWORKIN Y ZAGREBELSKY) entienden que en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos se produce una conexión necesaria entre derecho y moral...
 ...la particular manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también ella la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación ex ante del derecho (Guastini)...
 ...La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si se deriva, en última instancia, de una norma moral”

¹⁵ José Juan Moreso, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010, pp. 200, 202 y 204, señala:

“...Comanducci añade a su defensa de la certeza de la creación de los principios constitucionales y su modo peculiar de aplicación, la ponderación a falta de una moral común aumenta la discrecionalidad de los jueces...
 ...Aunque es verdad que en la toma de decisiones en virtud de principios aumenta la discreción, debe apreciarse cuál es la alternativa. En mi opinión, la alternativa es menor discreción judicial, pero decisiones más injustas...
 ...Aparte de estas consideraciones, a Comanducci parece preocuparle cómo puede fundarse una decisión jurídica en una norma moral...
 ...No veo por qué ha de ser esta una tesis controvertida, ni patrimonio exclusivo de los neoconstitucionalistas. Creo que es una tesis de filosofía moral, bien fundada si la unidad del razonamiento práctico se mantiene.”

proporcionalidad, razonabilidad), *notas caracterizadoras* que permiten denotar la conexión entre *neoconstitucionalismo* y *garantismo*, a fin de que los derechos alcancen efectividad (a través de mecanismos de efectivización como son las garantías).

En definitiva el neoconstitucionalismo en lo primordial plantea la rematerialización sustantiva de la Constitución, pues la consagración normativa de los derechos por la vía constitucional no resulta suficiente, sino que además requiere de mecanismos de garantía para su efectivo cumplimiento, conectándose de esta forma el modelo neoconstitucional con el garantismo, que confía esta tarea a los jueces, quienes deben asumir un papel garantista en la defensa de los derechos de las personas, a través de nuevos métodos y herramientas de interpretación o hermenéutica.

Luigi Ferrajoli ha planteado el denominado *paradigma constitucional garantista* y es considerado como el principal precursor del garantismo, en virtud de haber aportado dos tesis fundamentales: la conceptualización de la *garantía* como medio de protección primaria y secundaria de los derechos del más débil hacia el más fuerte; y el *principio de estricta legalidad* como límite formal y vínculo sustancial del poder público a fin de proteger los derechos.¹⁶

En esta línea, Luis Pietro Sanchís plantea que el neoconstitucionalismo y el garantismo se necesitan y retroalimentan, puesto que la rematerialización sustantiva de la Constitución (característica del modelo neoconstitucional) requiere de mecanismos para realizarse (a través de garantías).¹⁷

¹⁶ **Luigi Ferrajoli**, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2001, pp. 43, 65-68, señala:

“...Los derechos fundamentales, de la misma forma que los demás derechos, consisten en expectativas positivas o negativas, a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convento en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir de sus garantías primarias...”

“...El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales de la legislación positiva...”

“...De este modo, se produce un cambio de la naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho. Éste ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también relativos a sus contenidos o significados...”

¹⁷ **Luis Prieto Sanchís**, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010, pp. 280 y 281, señala:

“...Como se ha dicho, tal vez el rasgo más destacado del constitucionalismo contemporáneo, y también el principal argumento de las concepciones neo constitucionalistas, sea la rematerialización, esto es la (re)incorporación de contenidos sustantivos...”

Razón por la cual Miguel Carbonell expone que esta tendencia está expresada en varios *regímenes constitucionales de América Latina que cuentan con un carácter fuertemente materializado* por el amplio catálogo de derechos fundamentales que garantizan, en cuyo contexto los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos se han involucrado con nuevas técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales como la ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, efecto irradiación.¹⁸

En este contexto la Constitución ecuatoriana de 2008 consagra expresamente el *Estado constitucional de derechos y justicia*, desarrollándolo de forma transversal en las disposiciones que consagran *derechos y garantías*, su protección por el órgano judicial sometido al *principio de juridicidad* (Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley), bajo el *principio de estricta legalidad* que determina que el poder público además de ejercerse con límites formales (competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la ley) se encuentra sometido al *principio de supremacía y sujeción constitucional* (vínculos sustanciales de la Constitución suprema)¹⁹.

Por ello Ramiro Ávila Santamaría evidencia que la Constitución ecuatoriana de 2008 se enmarca dentro del *paradigma actual del derecho constitucional*, por cuanto es fuertemente materializada, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece a la Corte Constitucional como órgano de última instancia para resolver conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales, como reflejo del *paso de la centralidad de la ley a los derechos*, precisando que “...el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de

...La consecuencia es, entonces, que el juicio de validez sobre las normas se ha convertido en un juicio sustantivo que toma como parámetros normas constitucionales que encarnan al propio tiempo normas de moralidad; singularmente, que expresan derechos fundamentales...

...El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales...”

¹⁸ Miguel Carbonell, “Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, diciembre de 2008, p. 11.

¹⁹ La CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008) consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1); profundizando el régimen de derechos (Art. 11) y garantías (Art. 84); determinando que la potestad de administrar justicia emana del pueblo (Art. 167); estableciendo que los jueces se someten al principio de juridicidad por encontrarse sujetos a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, y a la ley (Art. 172), señalando que todo órganos de poder público debe respetar el principio de estricta legalidad, pues únicamente debe ejercer las competencias atribuidas en la Constitución y la ley (Art. 226) y primordialmente le debe sujeción a la Constitución Suprema (Arts. 424 y 426).

los derechos constitucionalmente reconocidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución...”.²⁰

En definitiva, en el Estado constitucional de derechos, como expresión del neoconstitucionalismo, el poder público no debe únicamente limitarse para evitar su arbitrariedad sino que primordialmente debe hacer efectivo los derechos, razón por la cual la estructura estatal (parte orgánica) se entiende al servicio de los derechos de las personas (parte dogmática).

En esta línea, Santiago Andrade Ubidia, evidencia que la Constitución ecuatoriana de 2008, determina la sujeción de los juzgadores a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (principio de juridicidad), denotando que el régimen constitucional ha avanzado y es consecuente con su *posición garantista de los derechos humanos*.²¹

Contexto que según Agustín Grijalva denota *el paso de la mera legalidad a la estricta legalidad*, pues el juez no debe limitarse a aplicar la ley vigente formalmente (legalidad formal) sino que debe tener presente el parámetro constitucional para determinar su validez sustancial (estricta legalidad), al señalar:

“...El juez ordinario, en definitiva, requiere siempre de la Constitución para aplicar la ley en función de los derechos constitucionales de personas y colectivos. Sin este parámetro constitucional, el juez puede derivar en un agente legitimador de la violación de estos derechos, aun actuando en el marco del principio de legalidad formal. Sólo el parámetro constitucional permite al juez interpretar y aplicar la ley en el marco de los derechos constitucionales, es decir de lo que Ferrajoli ha llamado el principio estricto de legalidad, en otras palabras aplicar leyes tanto formalmente vigentes como constitucionalmente válidas.

²⁰ **Ramiro Ávila Santamaría**, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría (Editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Número 3 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, noviembre de 2008, pp. 23 y 36.

²¹ **Santiago Andrade Ubidia**, “La transformación de justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Volumen 30 de la Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, julio de 2009, p. 254.

...Como se ha dicho, los derechos constitucionales son el ineludible marco de actuación legítima de la justicia ordinaria y de su rol garante de la Constitución...”²²

En resumen, *el Estado constitucional de derechos concreta el neoconstitucionalismo garantista*, que surge poner a la parte orgánica constitucional dirigida a la limitación del poder público, al servicio de la parte dogmática constitucional relativa al régimen de los derechos, cobrando radical importancia el *rol de los jueces garantes de los derechos*, a través de las *garantías* entendidas como mecanismos para su protección (garantismo).

Siendo así el papel del juez alcanza una fundamental importancia, puesto que el juzgador debe procurar la protección de los derechos más allá de la aplicación mecánica de la norma jurídica (mera legalidad), razón por la cual actuando limitado por las competencias y vinculado por los derechos (estricta legalidad), se encuentra llamado a defender la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (principio de juridicidad) e interpretar las normas bajo nuevas herramientas hermenéuticas (efecto irradiación, optimización, ponderación, proporcionalidad, razonabilidad) que permitan concretar los postulados del neoconstitucionalismo garantista (sin que ello implique confundir los asuntos de la justicia ordinaria con los de la justicia constitucional como se verá más adelante).

1.2.- Postulados garantistas en el neoconstitucionalismo.

Evidenciada la conexión entre el neoconstitucionalismo y el garantismo, la administración de justicia debe responder a *postulados garantistas* que implican que los juzgadores emprendan en: la *creación jurídica* (superando la mera aplicación normativa); la *crítica interna y externa del Derecho* (desde adentro y desde afuera del orden jurídico); la *protección objetiva del derecho y la protección subjetiva de los derechos* (defensa de normas y derechos constitucionales); la *instrumentalidad garantista del proceso* (en especial de la tutela judicial y el debido proceso); y *el cambio de paradigma judicial* (entendiendo a la jurisdicción no sólo como una función sino como un poder al servicio de los derechos de las personas).

²² Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Volumen 30 de la Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, julio de 2009, pp. 283 y 285.

1.2.1.- De la mera aplicación normativa a la creación jurídica.

Luigi Ferrajoli expone que el juzgador, acorde al *principio de estricta legalidad*, debe asumir una posición crítica de las normas jurídicas que aunque vigentes resultan inválidas por contrariar principios constitucionales, mediante la interpretación constitucional garantista, al señalar:

“...La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas...”²³

Para Ferrajoli, el juzgador debe advertir contradicciones normativas (antinomias) y vacíos jurídicos (lagunas), y superar dichos problemas (aporías) mediante la interpretación crítica del ordenamiento jurídico dentro del marco de la Constitución (hermenéutica constitucional), cuando señala:

“...el grado superior de las normas constitucionales respecto de la legislación, permite calificar como antinomias y como lagunas las posibles divergencias deónticas entre los dos niveles normativos, y, consiguientemente permite asignar un carácter (también) crítico y normativo (además de obviamente explicativo) a las disciplinas jurídicas positivas, a las que impone denunciar las antinomias y las lagunas, y por tanto criticar el derecho vigente, promover su corrección, proponer la solución de los inevitables problemas, conflictos y aporías generados por la complejidad de su objeto...”²⁴

Por su parte, Gustavo Zagrebelsky diferencia el Estado legal de derecho del Estado constitucional, a través del *principio de constitucionalidad* como un derecho más alto, integrado de reglas legales supeditadas a principios superiores plurales que procuran la unidad y armonía del ordenamiento jurídico y por lo tanto se encuentran sujetos a una articulación, balance,

²³ Luigi Ferrajoli, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 68.

²⁴ Luigi Ferrajoli, “Garantismo. Debate sobre el Derecho y la Democracia”, traducción de Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2006, pp.73.

concordancia práctica, u optimización, con prudencia en su ponderación, para su conciliación recíproca, al exponer:

“...Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del ordenamiento jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador... He ahí entonces la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores...el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.

... La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos, hace que no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. La concordancia práctica...el balance de bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad...entran en este enfoque...Quizás la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la optimización posible de todos los principios... Por lo demás es propio de los principios y los valores relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente.”²⁵

Siguiendo a Zagrebelsky el juez debe categorizar el caso a la luz de todos los principios implicados y buscar la regla jurisprudencial adecuada a las exigencias del caso (razonabilidad), siendo entonces el *juez garante de la ley, derechos y justicia* (ordenamiento dúctil), al señalar:

“...En la práctica de la aplicación judicial, el carácter razonable del derecho se evidencia en sus dos momentos: la categorización del caso a la luz de los principios y la búsqueda de la regla razonable al caso... Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados; es razonable la regla individualizada en el marco de condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento, que responden a las exigencias del caso. En la búsqueda de esta razonabilidad de conjunto consiste la labor de unificación del derecho que tiene asignada como tarea la jurisprudencia.

... Hoy ciertamente, los jueces...son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia...”²⁶

En este contexto, dentro del modelo neoconstitucional garantista las fuentes tradicionales del derecho son replanteadas sobre la base de la interpretación o hermenéutica constitucional, fundamentada en nuevos métodos interpretativos (efecto irradiación, optimización, ponderación, proporcionalidad y razonabilidad) a través de los cuales, el juez

²⁵ Gustavo Zagrebelsky, “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia”, traducción de Marina Gascón Abellán, Madrid, Editorial Trotta, cuarta edición, 2004, pp. 49-50 y 125.

²⁶ *Ibidem*, pp. 147-148, y 153.

experimenta un cambio cualitativo en su labor, pues de la mera aplicación mecánica de la ley se pasa a la interpretación crítica del derecho.

Para Robert Alexy la tesis del *efecto irradiación* implica que la Constitución irradia sus valores objetivos de justicia al ámbito público y privado, lo que permite al juez apreciar el conflicto jurídico bajo la luz de la Constitución como orden valorativo objetivo de todo el ordenamiento jurídico, al señalar:

“...El Tribunal Constitucional Federal, trata de dar cuenta del “efecto de irradiación” de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto del orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: *De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo un orden valorativo objetivo, que en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices para la legislación, la administración y la justicia. Los conceptos centrales de esta construcción son el de valor y el de objetivo...*”²⁷

Siguiendo a Alexy, el juez se aparta del silogismo legalista (aplicación de la norma general, en especial la ley, al caso particular) para asumir el ejercicio de una interpretación constitucional (ponderación) a fin de determinar cuál de los principios contrarios considerados como mandatos de optimización (realizables acorde las posibilidades fácticas y jurídicas) prima en el caso concreto sopesando su afectación e importancia (fórmula de peso), al exponer:

“...Por ello los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas, y sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

...Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel...Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación...El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: *Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o*

²⁷ Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 507.

restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

...La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio (Pi) y la importancia concreta del principio contrario (Pj)...”²⁸

Es decir el juez, de mero aplicador mecánico de la norma, en especial de la ley (paleo positivismo basado en la aplicación silogística de reglas), pasa a asumir su rol de garante de los derechos como intérprete crítico de la norma legal que aunque vigente debe declararse inválida por contrariar la justicia como contenido material de la Constitución (principios constitucionales que deben optimizarse para garantizar su concordancia plural y dúctil, o ponderarse cuando encontrándose en conflicto deba primar el más importante en el caso concreto).

En tal virtud siguiendo a Ronald Dworkin, creador de la tesis de los *derechos en serio*, el rol del poder judicial es apreciar la *decisión correcta* en caso de conflicto de derechos, determinando que: “...si hace la opción adecuada, y protege el derecho más importante a costa del que lo es menos, entonces no ha desvalorizado la noción de lo que es un derecho; cosa que por el contrario, habría hecho si hubiera dejado de proteger al más importante de los dos...”²⁹

En definitiva desde un *enfoque ecléctico* (priorizando los elementos de las tesis neoconstitucionalistas sin confundirlas) el juez ya no se encuentra sometido a la mera legalidad, sino que se sujeta al *principio de juridicidad* que abarca a la *estricta legalidad* como límite formal y vínculo sustancial del ejercicio del poder para la *crítica normativa* en *garantía* de los derechos (Ferrajoli), y a la *constitucionalidad* como un derecho más alto para la *optimización dúctil* de la ley, derechos y justicia (Zagrebelsky), o la *ponderación* de principios contrarios o en conflicto en el caso concreto bajo la luz del *efecto irradiación constitucional* (Alexy), a través de la *decisión correcta* que tome los *derechos en serio* (Dworkin).

²⁸ **Robert Alexy**, “La fórmula de peso”, traducción de Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, diciembre de 2008, pp. 14, 15 y 30.

²⁹ **Ronald Dworkin**, “Los Derechos en serio”, Barcelona, Editorial Ariel, 1995, p. 288.

Es decir el juzgador no debe reducir su labor a una operación mecánica, sino que para resolver un asunto, parte del marco normativo y asume un enfoque crítico, optimizador o ponderativo según corresponda para el caso concreto, del tal manera que aplicará o interpretará la norma según sea lo correcto.

Cabe enfatizar que en el neoconstitucionalismo el juez aprecia el sistema de fuentes de la siguiente manera: la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, ello atañe que supedita su actuación como operador de justicia al marco constitucional y de los derechos humanos, pero no implica que abandone su tarea de aplicar normas (en especial la ley) pues si ello es lo correcto debe aplicarlas pero siempre bajo el espectro constitucional que supedita dicha operación, habilitando su crítica e interpretación si la mera subsunción es insuficiente (en este sentido opera la creación jurídica, sin ello implique constitucionalizar asuntos de legalidad, ni conceder lo improcedente).

Que el juez aplique normas no comporta perder su rol garantista, sino cuando acude al silogismo o subsunción para evadir o soslayar la connotación constitucional del asunto puesto a su conocimiento y resolución, es decir cuando encuentra en la mera aplicación mecánica de la norma la vía de escape para no asumir su papel de garante de los derechos, eludiendo asumir una posición crítica, ponderativa u optimizadora según sea lo que corresponda.

Como afirma Carlos Parodi Remón: "...No se trata de obviar o incumplir la ley. Absolutamente. Es imprescindible su conocimiento, su aplicación y su respeto. Pero la honradez y la ética de quien la deba aplicar, sabrá interpretarla de acuerdo al objeto del litigio, a las circunstancias específica y peculiares del caso sublitis y a su proyección social..."³⁰

Por ello la Constitución, los derechos humanos, y la ley (juridicidad) limitan y sujetan a los jueces en el ejercicio del poder jurisdiccional señalándoles un papel y rol garantista (de los derechos y las normas) para arribar a la justicia (valor), buscando la coexistencia de estos tres elementos del sistema jurídico (derecho, valor y norma).

³⁰ Carlos Parodi Remón, "¿Activismo o garantismo judicial?", en Eduardo Ferrer Mac-gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo X Tutela Judicial y Derecho Procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, p. 357.

En este contexto, Alfonso García Figueroa, señala que el juzgador debe realizar una *aplicación racional* de las normas (razón práctica), entendidas no como imperativos inderrotables sino como normas derrotables que viabilicen la rematerialización de los derechos (derrotabilidad), con una estructura flexible capaz de dar solución a los casos no previstos (axiología aspiracional).³¹

De tal forma que el juzgador no debe apreciar a los preceptos jurídicos como imperativos absolutos (inderrotables), puesto que ello en lugar de asegurar la seguridad jurídica (previsibilidad), podría resquebrajar la estructura del ordenamiento jurídico (que debe ser flexible y en ese sentido derrotable). Por lo tanto el juez no deja de aplicar normas, sino que esa aplicación debe responder al contenido rematerializado de los derechos (axiología), a través de una razón práctica que logre la viabilidad de dicho contenido (aplicación racional).

De ello se colige que cuando el juez con la debida *motivación* denota que existe *normativa clara* para el caso, debe aplicarla, más aun si ello responde a un esfuerzo de conciliación del aparente conflicto, pues el juez es garante de las *normas y los derechos* dentro de un proceso sustanciado acorde al *trámite propio de cada procedimiento* y al principio de *seguridad jurídica* (Art. 76 No.1, Art. 76 No. 3 parte final, Art. 76 No. 7 letra 1), Art. 82 de la CRE)³².

1.2.3.- Crítica interna y externa del derecho.

³¹ Alfonso García Figueroa, "Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica", en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010, pp. 256,261,262,267 y 268, señala:

"...Se suele afirmar que una norma es derrotable, superable, revisable, cuando el conjunto de las excepciones de su aplicación no puede ser determinado exhaustivamente ex ante.

...la consideración como normas derrotables...permite resolver razonablemente el problema de la imprevisibilidad...

...La derrotabilidad responde a una exigencia de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser revisables para enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prever...

...sólo la aplicación racional de las normas hace inteligible el contenido de las normas. En un Estado constitucional esto implica en el plano estructural que las normas tengan una estructura flexible (derrotable) capaz de encausar la base ética de la derrotabilidad de las normas (Bruno Celano), es decir la intensa dimensión axiológica del derecho constitucionalizado...

.. Pero la necesidad de que tales normas sean derrotables no es sólo una consecuencia de la axiología pluralista que reconocen las actuales constituciones ...Además estamos ante una axiología aspiracional, una axiología que establece ideales...y de nuevo esto requiere un tipo de normas, los principios, las normas derrotables, que pueden garantizar la viabilidad de un orden jurídico rematerializado...".

³² La CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008) establece que el juez debe garantizar los derechos y normas dentro de un proceso (Art. 76 No. 1), con la observancia del trámite propio de cada procedimiento (Art. 76 No. 3 parte final), y decidir con motivación (Art. 76 No. 7 letra 1) aplicando para efectos de la seguridad jurídica normas claras (Art. 82).

El neoconstitucionalismo garantista plantea la superación del llamado paleo positivismo, resultando de especial connotación el cambio de la concepción de la jurisdicción, puesto que de conceptualizarse como una función del órgano jurisdiccional para la aplicación de la ley, pasa a considerarse como un verdadero poder ejercido por los jueces que asumen su rol garantista a través de la apreciación crítica de la norma legal bajo la luz de los derechos y principios constitucionales.

Antonio Manuel Peña Freire establece la diferencia entre la función del juez en el Estado legal de derecho en el cual aplica la ley de una forma cerrada considerando a todo conflicto como privado, del papel del juez en el Estado Constitucional en el cual se sujeta a la Constitución, garantiza los derechos, corrige las falencias del legislador, marcando una ruptura con la aplicación silogística de la ley que presume a todo conflicto como privado sin considerar su connotación social; razón por la cual el juez se erige en el guardián de los derechos constitucionales de las personas, ejerciendo un auténtico poder jurídico y encontrándose en tal sentido sometido a un control social que aprecia si ha alcanzado legitimidad funcional, constitucional y democrática al haber asumido su rol de garante de los derechos y de la tutela judicial efectiva³³.

En tal virtud en el garantismo, el juez asume el papel de garante y guardián de los derechos, las normas y la justicia, emprende una interacción con los principios constitucionales para corregir la legalidad vigente, de tal forma que si el juzgador aplica la ley no lo hace como producto del silogismo legal, sino de un ejercicio hermenéutico crítico.

Marina Gascón Avellán considera que el modelo garantista cuenta con un uso interpretativo, así como con un uso crítico y valorativo, en definitiva el juez interpreta de una forma crítica las normas vigentes a la luz de los principios constitucionales garantistas, para

³³ **Antonio Manuel Peña Freire**, "La garantía en el Estado Constitucional de Derecho", capítulo octavo La garantía en el momento judicial del Estado constitucional de derecho, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 233 a 241.

cuestionar desde adentro y desde afuera el positivismo, evidenciando la legalidad vigente contraria a este paradigma.³⁴

Siendo así, el órgano judicial asume un nuevo papel garantista dirigido a la protección y tutela de los derechos, debiendo colmar las lagunas y solucionar las antinomias dentro del sistema jurídico-normativo (crítica interna o desde adentro) o acudiendo a otros esquemas valorativos del orden jurídico (crítica externa o desde afuera).

En esta línea para Luis Pietro Sanchís el neoconstitucionalismo y el garantismo se retroalimentan y condensan en torno a la protección de los derechos fundamentales, por cuanto el garantismo propugna una crítica comprometida con la efectividad de estos derechos, recalcando que la tarea del juez es realizar la crítica desde adentro detectando lagunas y antinomias existentes y proponiendo las soluciones garantistas que ofrece el sistema y la crítica desde afuera que formule nuevas formas de garantía, por cuanto el modelo garantista propicia un control judicial de todos los actos de poder tomando como parámetro los preceptos constitucionales.³⁵

En definitiva en el modelo neoconstitucional garantista, el juez está llamado a garantizar los derechos constitucionales, es decir debe procurar: cumplir, efectivizar, proteger y tutelar estos derechos; detectando si la norma ofrece una garantía insuficiente e inclusive inexistente, en cuyo caso se encuentra autorizado a proporcionar una garantía adecuada, por el mecanismo idóneo y pertinente, vale decir el previsto constitucionalmente, de tal manera que no resulta *garantista* la creación jurídica sin sustento alguno (por ser arbitraria) ni se torna *antigarantista* señalar que un asunto tiene expresa remisión constitucional a la ley (es decir que es de legalidad) o que cuenta con reserva de ley (por así prescribirlo la propia Constitución).

1.2.4.- Protección objetiva del derecho y protección subjetiva de los derechos.

³⁴Marina Gascón Abellán, “La Teoría General del Garantismo. Rasgos Generales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Editorial Trotta, 2005, pp. 32 y 33.

³⁵ Luis Pietro Sanchís, “Constitucionalismo y Garantismo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Trotta, 2005, pp.44, 46 y 52.

La doctrina constitucionalista internacional ha sostenido que para la defensa de la Constitución, tanto de sus normas (protección objetiva), como de los derechos que consagra (protección subjetiva) se requiere de un máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, constituyéndose en el órgano de cierre y garante final de la Constitución.

Como se indicó anteriormente Hans Kelsen de manera pionera propuso la instauración del Tribunal Constitucional como órgano de control constitucional concentrado (1920), debiendo rescatarse lo primordial de ese diseño de *jurisdicción constitucional* que circunscrita al ámbito objetivo-normativo de las normas priorizó su función técnico-jurídica (y no política), situación que luego de la experiencia constitucional de la segunda posguerra (1945) debió profundizarse hacia el diseño de una *justicia constitucional* para la protección subjetiva-humana de los derechos, desarrollada con énfasis en las últimas tres décadas del siglo XX a través del denominado sistema internacional de protección de derechos humanos.

Debido a ello la *jurisdicción constitucional* orgánicamente estructurada además de proteger el derecho en el ámbito objetivo-normativo (Constitución como norma suprema frente a la ley) debe profundizarse con la *justicia constitucional* en el ámbito subjetivo-humano para proteger los derechos como expresiones de la dignidad humana (titularidad subjetiva de las personas frente a las violaciones). Sin que por ello estos dos aportes en los ámbitos objetivo-normativo y subjetivo-humano deban contraponerse, sino más bien complementarse a través de la denominada *doble función de la justicia constitucional*, estos es defender la Constitución y proteger los derechos constitucionales (puesto que tanto las normas como los derechos forman parte del ordenamiento jurídico y son importantes).

Pablo Pérez Tremps establece que los órganos de justicia constitucional realizan una doble función como garante de la Constitución, una objetiva de defensa e interpretación de la norma fundamental, y otra subjetiva de defensa de intereses y derechos concretos y específicos, funciones que no se contraponen puesto que no hay defensa de la Constitución (función

objetiva) si no hay defensa de derechos (función subjetiva), debiéndose en un caso constitucional conectar los intereses subjetivos en juego y la trascendencia objetiva del asunto, al exponer:

“...el trabajo de la justicia constitucional debe ser fundamentalmente de garante de la Constitución, como intérprete supremo de ésta, actualizando el alcance de sus contenidos, adecuándolos a las cambiantes circunstancias políticas, sociales y culturales

... Cumple así la justicia constitucional una función objetiva... de defensa e interpretación de la norma fundamental, e íntimamente ligada a ella, la justicia constitucional cumple una función subjetiva, de defensa de intereses y derechos concretos y específicos...No se trata de dos concepciones distintas de la justicia constitucional, ni de principios contrapuestos de la misma

... no hay defensa de la Constitución, si no hay defensa de derechos e intereses ... los órganos encargados de administrar justicia constitucional deben poder valorar de manera liminar la viabilidad formal y material de una demanda constitucional, partiendo de los tres datos ya indicados: base legal para ello, intereses subjetivos en juego y trascendencia objetiva del asunto... ”³⁶

En el sistema ecuatoriano, la protección objetiva-subjetiva de la Constitución se inicia en los juzgadores ordinarios, que de modo general conocen y resuelven asuntos de justicia ordinaria: civiles, penales, laborales, etc.-, en los cuales deben tener siempre presente el *principio de aplicabilidad directa* de las disposiciones de la Constitución (derechos y normas constitucionales) y de instrumentos internacionales de derechos humanos (bloque de constitucionalidad); y en materia de justicia constitucional conocen y resuelven las *garantías jurisdiccionales* de acción de protección, habeas corpus, habeas data y acción de acceso a la información pública, en las que se encuentran llamados a defender los derechos constitucionales que dichas garantías protegen.

En este punto vale distinguir que en el Ecuador la *justicia ordinaria* se configura en torno al *sistema procesal dispositivo*, en el cual las partes son las que aportan y determinan los hechos, objeto y tema del proceso (demanda y contestación a la demanda), configurando un *límite procesal* (pretensiones del actor y excepciones del demandado) al cual el juez debe

³⁶ Pablo Pérez Tremps, “La admisión en los procesos constitucionales”, en Pablo Pérez Tremps (Coordinador), “Derecho Procesal Constitucional”, Número 12 de la Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea, y Tribunal Constitucional del Ecuador, Editora Nacional, 2005, pp. 90 a 91 y 103.

atenerse en el momento de decidir (*congruencia*), ello sin perjuicio de algunas facultades oficiosas del juez en la instrucción del trámite; razón por la cual los jueces, dentro de la justicia ordinaria, proceden generalmente a aplicar la ley para resolver el caso, salvo que dicha aplicación genere una *duda razonable y motivada* sobre su constitucionalidad, situación en la cual procede la consulta de constitucionalidad para que la Corte Constitucional resuelva sobre su apego constitucional (en ejercicio de su calidad de intérprete final de la Constitución).

A diferencia de lo anterior en la *justicia constitucional*, específicamente en las garantías jurisdiccionales, el juez ordinario que actúa en ejercicio de potestad jurisdiccional constitucional, puede declarar de oficio la vulneración de derechos constitucionales, aún cuando no han sido expresamente invocados por los afectados (*principio iura novit curia*), sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia, dada la naturaleza jurídica de la justicia constitucional cuya misión es la defensa y protección de los derechos de las personas que consagrados constitucional e internacionalmente se encuentran dotados de la máxima jerarquía.

La indicada protección objetiva-subjetiva de las disposiciones y de los derechos constitucionales, culmina en la Corte Constitucional que, de modo general, como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional; conoce y resuelve las *garantías jurisdiccionales* de acción por incumplimiento de norma, acción de incumplimiento de sentencia, y acción extraordinaria de protección; ejerce *control abstracto de constitucionalidad* de actos normativos y actos administrativos de carácter general; y resuelve las consultas de constitucionalidad de normas detectadas por los juzgadores ordinarios como contrarias a la Constitución dentro del *control concreto de constitucionalidad*.

Actuando entonces, la Corte Constitucional como órgano de cierre de la justicia constitucional, razón por la cual se encuentra llamada a través de sus sentencias a delinear los criterios, parámetros y perspectivas para entender las normas y derechos constitucionales (protección objetiva-subjetiva de la Constitución).

En este sentido Agustín Grijalva relaciona el rol de la Corte Constitucional de crear jurisprudencia vinculante relativa a las garantías jurisdiccionales a cargo de los jueces ordinarios (acción de protección, habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública), con la acción extraordinaria de protección (control constitucional de decisiones judiciales) como mecanismos para la unificación de la interpretación en materia constitucional.³⁷

Cabe precisar que la diferencia conceptual entre la justicia ordinaria (dispositiva) justicia constitucional (protectora) no debe confundir la asunción del papel del juez, pues en las dos clases de justicia, es garante de las normas y los derechos, en la primera adecuándose a los recaudos procesales aportados por las partes para emitir una sentencia congruente (basado generalmente en la debida aplicación o interpretación de la ley), y en la segunda protegiendo los derechos a través de las garantías jurisdiccionales (fundamentado en los métodos de la hermenéutica constitucional). En tal virtud las dos tareas son igualmente importantes y deben responder siempre a la igualdad, lealtad y mérito procesal, dentro del marco constitucional (constitucionalización del derecho).

Sin embargo el denominado proceso de *constitucionalización del derecho* (derivado del *principio de sujeción constitucional* previsto en el Art. 426 inciso primero de la CRE), por el cual la Constitución debe iluminar al operador jurídico en todos los casos puestos a su conocimiento y resolución (conforme la tesis de Robert Alexy sobre el *efecto irradiación*); requiere ser debidamente entendido (para evitar tergiversaciones), puesto que no implica la superposición de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, es decir que los problemas jurídicos de mera legalidad puedan ser tratados como problemas con relevancia constitucional, pues todo ordenamiento jurídico cuenta con un orden fundamental relativo a los

³⁷ Agustín Grijalva, Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Editores), La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones, Volumen 30 de la Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Editorial Ecuador, julio de 2009, p. 285, señala:

“... la facultad de la Corte para dictar jurisprudencia vinculante en materia de garantías (art. 436 núm. 6) y el recurso extraordinario contra sentencias, autos y resoluciones violatorias de derechos constitucionales (arts. 94 y 437), siendo dos competencias diferenciables son en realidad complementarias, en el sentido de que el recurso extraordinario es el mecanismo procesal que termina asegurando la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte. Por supuesto, ambas funciones son concreciones de la condición y facultad de la Corte como intérprete jurídico final de la Constitución.”

derechos constitucionales y un ordenamiento marco referente a los temas de legalidad (conforme la tesis diseñada por el propio Robert Alexy sobre *los márgenes de acción*).³⁸

Siendo así, por una parte los juzgadores en ejercicio de la jurisdicción ordinaria no se encuentran impedidos de aplicar o interpretar la ley puesto que el asunto se circunscribe a la legalidad, en su lugar incurren en una arbitrariedad si *crean derecho sin sustento* apartándose de *principio dispositivo y de congruencia* o suspenden causas para elevar *consultas de constitucionalidad improcedentes* pues sólo lo pueden hacer en caso de *duda razonable y motivada* (Art. 4 primer y segundo incisos y Art. 9 inciso primero del COFJ)³⁹.

Por otra parte los juzgadores en ejercicio de jurisdicción constitucional se encuentran llamados a conceder garantías jurisdiccionales cuando han constatado la existencia violaciones constitucionales aun cuando no hayan sido invocadas en virtud del *principio iura novit curia* (Art. 140 inciso final del COFJ y Art. 4 No. 13 de la LOGJCC)⁴⁰, pero no deben

³⁸ **Robert Alexy**, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 53 y 56, en Juan Jacobo Calderón Villegas, “Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción” (http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/950/1/Constitucionalizacion_derecho.pdf) “...Una constitucionalización adecuada sólo puede construirse por el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción...Una constitución es un orden fundamental cualitativo, si resuelve aquellas preguntas fundamentales para la comunidad que pueden y deben estar resueltas en la Constitución Este concepto de orden fundamental es compatible con el de orden marco. Una constitución puede resolver asuntos fundamentales, y en ese sentido ser un orden fundamental, y, sin embargo, dejar muchas preguntas sin responder y por tanto ser un orden marco”.

³⁹ **COFJ (RO -S- 544 de 09 de marzo de 2009)**

Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.- Primer y segundo incisos.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Art. 9.- PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.- Primer inciso.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

⁴⁰ **COFJ (RO -S- 544 de 09 de marzo de 2009)**

Art. 140.- OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

constitucionalizar un asunto ordinario, es decir deben evitar incurrir en la *desnaturalización de las garantías* de los derechos constitucionales, puesto que las consecuencias o efectos derivados de temas legalidad tienen su vía adecuada en la justicia ordinaria, lo cual se impone para frenar el *abuso* de aquellos accionantes que pretenden convertir temas legales en constitucionales (Art. 20 de la LOGJCC).⁴¹

1.2.4. Instrumentalidad garantista del proceso (tutela judicial y debido proceso).

A la par del reconocimiento de los derechos, deben existir garantías para su efectivización, es decir mecanismos para lograr su cumplimiento efectivo o su reparación en caso de violación, debiendo el juez asumir su rol garantista, razón por la cual se debe entender a la tutela judicial y el debido proceso como *medios* para proteger los derechos.

Jesús González Pérez plantea que la protección de los derechos fundamentales de la persona humana corresponde a los tribunales de los distintos órganos jurisdiccionales en función de la persona de la que dimana la lesión y la naturaleza de la relación jurídica a través del *proceso que en cada caso arbitra el ordenamiento jurídico*, proceso que no debe poner como obstáculo un formalismo excesivo, pues los trámites y procedimientos tienen como función ser cauce del acceso a la *tutela jurisdiccional efectiva* y no deben impedir al justiciable la satisfacción de sus justas pretensiones.⁴²

Para Domingo García Belaunde, el carácter instrumental del derecho procesal con relación al derecho sustantivo, se entiende como *un medio para obtener un fin*,

LOGJC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

13. *Iura novit curia.*- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

⁴¹ **LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)**

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.

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.

⁴² **Jesús González Pérez**, "Las violaciones del derecho al debido proceso por las jurisdicciones instituidas para su protección", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., Editorial Porrúa, 2001, pp. 1033-1034.

instrumentalidad que se va ampliando y cubriendo vacíos en donde haya instituciones que defender; en cuyo contexto se ubican las garantías constitucionales como mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, lo que impone la necesidad de analizar con óptica procesal los instrumentos de defensa de la Constitución tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica.⁴³

Néstor Pedro Sagüés considera que para la protección de la supremacía orgánica y dogmática de la Constitución, se ha estatuido el derecho procesal constitucional que contempla los dispositivos jurídicos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional, del cual emerge la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales como *medios efectivos* para el efecto.⁴⁴

Siendo así el ordenamiento jurídico exige que a la par del derecho sustantivo que establece derechos sustanciales, se establezca el derecho adjetivo con el fin de resguardar por medio de las formalidades el contenido esencial del derecho sustancial, teniendo en este sentido los procedimientos un carácter *instrumental* y *garantista*.

Por ello el *proceso es un medio de la realización de la justicia*, el más alto valor del Derecho, cuya realización se encuentra a cargo de la Función Judicial dotada para ello de autonomía e independencia y de una especial legitimidad, puesto que la potestad de administrar de justicia emana del pueblo⁴⁵, se ejerce a través de los órganos jurisdiccionales y se concreta por medio de las decisiones judiciales motivadas.

Oswaldo Alfredo Gozaíni, considera que cuando el derecho constitucional pone acento en el derecho a la jurisdicción se ocupa de los poderes del juez y las garantías volviendo al *debido proceso* como una *garantía de las garantías*, *debiendo el juez avizorar si el conflicto se resuelve aplicando la ley o en su lugar cabe la interpretación* a través de la valoración judicial

⁴³ Domingo García Belaunde, "Derecho Procesal Constitucional", Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 13, 15, 29 y 32.

⁴⁴ Néstor Pedro Sagüés, "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 4 y 5.

⁴⁵ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución

de los hechos y el derecho; existiendo una interconexión entre la jurisdicción, garantías y los procesos constitucionales, para controlar la supremacía de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales que merecen una protección procesal. Este autor aprecia que en la justicia constitucional, la función del juez se modifica por cuanto en los conflictos constitucionales no existe propiamente una lucha entre partes sino un problema de interpretación sobre la validez de la ley, razón por la cual la sentencia constitucional exige *argumentación y fundamentos* que no se vale de la simple y mecánica aplicación de la ley. En tal virtud estima que los *procesos constitucionales* se constituyen en vías, mecanismos y herramientas para garantizar efectivamente la protección de los derechos que no debe someterse a fórmulas solemnes que impidan la libre e independiente interpretación que la justicia constitucional necesita.⁴⁶

Cabe señalar que la Constitución ecuatoriana de 2008 consagra a la *tutela judicial* (Art. 75)⁴⁷ y al *debido proceso* como *derechos de protección* que orientan al sistema de justicia, pero no implica que todos los temas puestos a consideración del poder jurisdiccional deban ser favorablemente atendidos, pues existe un *trámite propio para cada procedimiento* que debe ser resuelto con *motivación* aplicando las normas pertinentes a los antecedentes de hecho (Art. 76 No. 3 parte final y Art. 76 No. 7 letra l)⁴⁸ en atención a la *seguridad jurídica* (Art. 82)⁴⁹.

⁴⁶ **Oswaldo Alfredo Gozaíni**, “El Derecho Procesal Constitucional como Ciencia. Alcance y Contenidos”, en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo I Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Marcial Pons, 2008, pp. 740, 741, 746, 753, 754 y 755.

⁴⁷ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

⁴⁸ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 76.- 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:

3. Parte final.- Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Siendo el proceso un medio para la realización de la justicia, la misma que no debe sacrificarse por la omisión de meras formalidades (Art. 169 de la CRE)⁵⁰, no debe asociarse indefectiblemente que una aceptación judicial ha protegido el derecho y que una negativa judicial lo ha violado, puesto que no es garantista que un juez admita y conceda lo improcedente, ni resulta antigarantista que el juzgador señale que la vía planteada no es la apropiada o que el accionante no es titular del derecho.

En esta línea Vanesa Aguirre en consonancia con la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, reliva el carácter instrumental de la *tutela judicial* (ejercitada a través de una acción), la misma que es *independiente* del derecho sustancial (pretensión), ya que tiene por objeto la emisión de una *decisión fundada en derecho* (motivada), razón por la cual si no se acoge las *pretensiones* del accionante (negativa) ello no implica una violación de la tutela judicial efectiva.⁵¹

Cabe enfatizar que siendo distintas la *justicia ordinaria* en la cual la contienda es de aplicación legal y se somete a mayores formalidades en atención al *principio dispositivo* y de *congruencia* determinado por las pretensiones del actor y deducciones del demandado (Art. 23

⁴⁹ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 82.- 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.

⁵⁰ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

⁵¹ Vanesa Aguirre, “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador”, en Programa Andino de Derechos Humanos PADH (compilador), *¿Estado constitucional de derechos y justicia? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, (disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/925/1/Art.1-Aguirre-La%20tutela%20judicial.pdf>), pp. 14 y 17 señala:

“...se conceptúa a la tutela judicial efectiva como el derecho a acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no del derecho material

...En numerosas sentencias, la antigua Corte Suprema de Justicia, por su parte, relacionó la tutela judicial efectiva con el derecho a obtener una respuesta fundada en derecho y –en concatenación directa al principio del proceso como sistema-medio– estableció que el objetivo del proceso es otorgar siempre a los justiciables una respuesta motivada, característica que, a su vez, está integrada por algunos requisitos; también aclaró en numerosas ocasiones que el hecho de que un tribunal no acoja las pretensiones de uno de los litigantes, no significa, per se, negativa del derecho a la tutela judicial efectiva, porque no se puede identificarlo con el derecho material materia de la pretensión...”

del COFJ)⁵²; y la *justicia constitucional* en la que se instaura un proceso de garantía y control constitucional sujeta a menores formalidades pues lo primordial es que el juez se *forme criterio sobre la violación de los derechos* (Art. 4 No. 6 y Art. 14 inciso tercero primera parte de la LOGJCC)⁵³; en estas dos vías, que son las apropiadas para conocer y resolver los asuntos de legalidad y de constitucionalidad respectivamente, los juzgadores deben actuar con *motivación*, argumentando y razonando debidamente el por qué no se ha admitido a trámite o aceptado en decisión de mérito un caso, pues lo contrario devendría en una *denegación de justicia* (violación de la tutela judicial) o generaría un *estado de indefensión* (violación del debido proceso en su garantía de la defensa).

1.2.5.- Cambio de paradigma judicial.

La estructura de los derechos integrada por un titular, un obligado y un contenido esencial, exige que además del reconocimiento de los derechos se consagren garantías, lo cual obliga al juzgador a asumir un *cambio de paradigma judicial*, del legalismo formalista al garantismo neoconstitucional, en el cual priman los derechos que requieren de un efectivo cumplimiento.

Carlos Bernal Pulido expone que existe un verdadero *cambio de paradigma* cuando por el nuevo derecho constitucional las garantías del derecho procesal se vinculan de forma

⁵² COFJ (RO-S- 544 de 09 de marzo de 2009)

Art. 23.- PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

⁵³ LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

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 procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

Art. 14.- Inciso tercero.- Primera parte.- La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos...

inescindible a la efectividad del derecho sustancial, existiendo una prevalencia del derecho sustancial basado en finalidades superiores de justicia sobre las reglas procesales o de forma, constituyéndose el debido proceso en el instrumento para *garantizar* que el derecho material se realice objetivamente.⁵⁴

Gerardo Pisarello plantea la reconstrucción de las *garantías*, entendidas como *mecanismos o técnicas predispuestas para la protección de los derechos*, con un enfoque multinivel político, jurisdiccional y social, destacando las medidas de acción positiva dirigidas a tutelar los derechos de los sujetos más débiles acompañadas de intervenciones que aseguren deberes a los sujetos más fuertes, así como las *garantías jurisdiccionales*, de tal forma que los jueces sean capaces de involucrarse y de ser activos frente a las actuaciones o abstenciones legislativas que restrinjan de manera ilegítima el alcance de los derechos, pues las garantías se dirigen tanto al legislador (en la regulación del contenido esencial) cuanto a los tribunales (para su exigibilidad judicial).⁵⁵

Siendo así, el garantismo neoconstitucionalista ha planteado la *reformulación de las fuentes tradicionales del derecho y del papel de la hermenéutica jurídica* como método de interpretación propio del Derecho, puesto que más allá del mero reconocimiento de los derechos y libertades, resulta trascendental el *papel garantista* del juez en la protección de los derechos constitucionales, superándose su rol meramente legalista.

Víctor Abramovich y Christian Courtis, plantean la *exigibilidad directa* de todos los derechos, para lo cual las acciones judiciales deben dirigirse a obtener la realización de la conducta estatal debida, puesto que los derechos constitucionales implican tres niveles de

⁵⁴ **Carlos Bernal Pulido**, “El derecho de los derechos”, Capítulo XI El derecho fundamental al debido proceso, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 375 y 376.

⁵⁵ **Gerardo Pisarello** “Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para una reconstrucción”, Capítulo 6. Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel, Madrid, Editorial Trotta, España, 2007, pp. 111, 116, 119, y 122, señala: “El reconocimiento constitucional de los derechos...su caracterización al mismo tiempo, como derechos negativos, de defensa, y como derechos positivos, de prestación; su configuración como derechos con un contenido esencial lo suficientemente preciso como para determinar los deberes que imponen sobre los poderes públicos y sobre los particulares, y lo suficientemente amplio para que su concreción admita interpretaciones políticas y sociales plurales; su valor jurídico como mandatos o principios dirigidos al legislador, pero también , al mismo tiempo, como derechos subjetivos, susceptibles de ser reclamados ante los tribunales...”

obligaciones: *respetar, proteger y satisfacer* el derecho en cuestión, debiendo la jurisdicción declarar la omisión estatal como una violación del derecho, que da lugar a la exigencia del mismo con precisión de la conducta del Estado para reparar dicha violación, fundándose una nueva tradición judicial que *tome en serio* la protección jurisdiccional de los derechos, que en definitiva logren garantizar los derechos fundamentales que implican un compromiso de cumplimiento.⁵⁶

En resumen en el garantismo neoconstitucionalista, las *garantías* son mecanismos para concretar, cumplir, defender, efectivizar, exigir, garantizar, precautelar, proteger, resguardar, reparar y tutelar los derechos, siendo así se constituyen en un medio (instrumento formal) para lograr un fin sustancial (protección de los derechos).

Perfecto Andrés Ibañez expone que con el garantismo el juez pierde su papel tradicional de mero aplicador de la ley, al asumir su obligación de intérprete crítico *en clave constitucional* de la legalidad aplicable y operador neutral en el momento de enjuiciamiento; enfatizando el papel central de la *motivación* en la lógica del modelo garantista, pues el juez debe mostrar una convicción razonada, fundadamente convencida y convincente como conocedor y decisor imparcial del asunto, logrando *legitimidad constitucional* al superar la simple legalidad por la *estricta jurisdiccionalidad, tomándose en serio el régimen de garantías*.⁵⁷

Humberto Nogueira Alcalá considera que en el contexto del acceso a la jurisdicción las disposiciones procesales deben interpretarse en *clave de derechos humanos* en el sentido más favorable para la protección de los derechos de las personas, para lo cual el juzgador debe ser objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, manifestando con *motivación* su razonamiento judicial pormenorizado y exhaustivo lo que garantiza contra la arbitrariedad o irracionalidad de sus actuaciones. Se construye así un *nuevo paradigma* que ya no es

⁵⁶ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 133, 135, 146 y 148.

⁵⁷ Perfecto Andrés Ibañez, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Trotta, 2005, pp. 62, 65, 70 y 73.

estatocéntrico sino antropocéntrico, situando a la persona en la posición central y al Estado en una posición instrumental, cuyas normas son válidas en la medida que sean compatibles con la dignidad y los derechos humanos que tienen preminencia sobre la potestad estatal, razón por la cual el derecho procesal constitucional debe contemplar los procedimientos que protejan y garanticen los derechos mediante un acceso a la jurisdicción y a un debido proceso efectivo.⁵⁸

Siendo así, en el neoconstitucionalismo garantista la potestad de administrar justicia (potestad jurisdiccional), ya no se concibe como una mera función, sino un verdadero poder que emana del pueblo (poder público) y que por lo tanto se encuentra a su servicio, debiendo su accionar gozar de legitimidad (control de constitucionalidad).

En definitiva, la legitimidad que alcanzan los jueces se expresa de una manera funcional y democrática cuando los juzgadores garantizan los derechos (es decir los concretan, cumplen, efectivizan, protegen, resguardan, y tutelan) mediante decisiones judiciales justas y motivadas (es decir argumentadas y fundamentadas).

Para Alfonso García Figueroa, en el *paradigma del neoconstitucionalismo*, los operadores jurídicos deben conectar la integralidad del Derecho, la teoría (postulados teóricos) con la dogmática (derecho aplicado), el sistema jurídico (normas) con la moral (axiología), de tal forma que a través de la argumentación (fundamentación o motivación) el paradigma neoconstitucionalista sea una filosofía aplicada (razón práctica).⁵⁹

Razón por la cual el nuevo paradigma judicial en el neoconstitucionalismo engloba el papel de un juez garante comprometido con los derechos (órgano funcional), el rol de una justicia independiente y legitimada por sus decisiones argumentadas y motivadas (estructura

⁵⁸ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la jurisdicción, al debido proceso en el bloque de constitucionalidad de derechos en Chile”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IV Derechos Fundamentales y Tutela Jurisdiccional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Marcial Pons, 2008., pp. 794, 801, 818 y 862.

⁵⁹ Alfonso García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010, pp. 270 y 271, señala:
 “...Actualmente bajo el ascendente paradigma jurídico del neoconstitucionalismo se impone la integración de amplias gamas de la reflexión jurídica: dogmática constitucional y teoría del derecho, filosofía política y moral y teoría del sistema jurídico y de la argumentación.
 ...este movimiento heterogéneo e *in fieri* que se ha dado en denominar neoconstitucionalismo: cabe esperar que se convierta en algo así como una *filosofía aplicada*...”

sistémica), y una práctica judicial ética (actuación íntegra de todos los operadores jurídicos), que efectivice en la realidad concreta los postulados teóricos y axiológicos del neoconstitucionalismo (Estado constitucional de derechos y justicia).

Cabe señalar que la Constitución ecuatoriana de 2008 dota a la *potestad jurisdiccional* que emana del pueblo (Art. 167), de *independencia judicial interna y externa* que la defiende de los intereses ilegítimos (Art. 168 No. 1), a fin de que responda a la *juridicidad, debida diligencia y responsabilidad* (Art. 172), así como a la *imparcialidad y proscripción del proselitismo* (Art. 174 inciso tercero), para lo cual dispone que el acceso al cargo judicial se efectúe por *meritocracia* (Art. 176)⁶⁰.

El Código Orgánico de la Función Judicial en este sentido reitera que la justicia no puede ser objeto de *interferencia* interna o externa, sancionando los casos de violación de este principio, así como ratifica que los jueces se someten únicamente a la *juridicidad* (Art. 8).⁶¹

De lo anterior se desprende que la meritocracia concreta en la práctica la independencia e imparcialidad judicial, pues ha confiado a los jueces, que han accedido al cargo por méritos académicos, éticos, humanos y profesionales, la difícil tarea de impartir justicia sobre la base

⁶⁰ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

Art. 174.- Inciso tercero.- Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso.

Art. 176.- Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.

Con excepción de las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, las servidoras y servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial.

⁶¹ COFJ (RO -S- 54 de 09 de marzo de 2009)

Art. 8.- PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.- Inciso primero.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.

Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

del *mérito procesal* y con la debida *motivación* (Art 130 No. 4 del COFJ⁶² y Art. 4 No. 9 de la LOGJCC⁶³).

En suma el juez debe afrontar con total responsabilidad su delicado papel, asumiendo que además de desempeñar un rol *técnico jurídico* también ejerce un papel de *catalizador social*, para lo cual debe proyectar a cabalidad todas las *connotaciones* que involucran el caso puesto a su conocimiento y resolución, adecuando sus fallos al mérito procesal y a los diferentes factores de la realidad (jurídica, política y social), debiendo con *razón práctica* determinar cuáles son los efectos reales del fallo que dictará (para la sociedad en su conjunto), acudiendo inclusive a la denominada *modulación de los efectos de las sentencias* para concretar esta trascendental tarea (Art. 5 de la LOGJCC⁶⁴).

Siendo así, un *juez independiente*, tanto en la justicia ordinaria, como en la justicia constitucional, abstrae el caso de los *intereses ilegítimos*, lo inserta en el *contexto jurídico-político-social*, lo proyecta en todas sus *connotaciones*, y lo resuelve con *motivación*.

En este contexto Francisco Iturralde señala que la motivación es un requisito de fondo de las sentencias, que debe derivar de la *voluntad y convencimiento* del juez en ejercicio de su *independencia*, y que en virtud de reunir los elementos *lógicos y jurídicos* necesarios ha

⁶² COFJ (RO -S- 54 de 09 de marzo de 2009)

Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

⁶³ LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

⁶⁴ LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 5.- Modulación de los efectos de las sentencias.- Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

convencido a las partes; motivación que publicita las *razones* de la decisión judicial y permite a las partes y al resto de la sociedad controlar el accionar de los jueces y evitar la arbitrariedad.⁶⁵

En efecto cuando el juez asume con plena *convicción* su decisión, *convencido* de las razones por las que la adoptó, ha actuado de manera *convinciente* para las partes y con *independencia* que es lo que exige la sociedad en su conjunto.

En este contexto se justifica el *control constitucional* de las decisiones judiciales, a través de la acción extraordinaria de protección, consagrada como una garantía para oponerse a las decisiones judiciales arbitrarias por ser violatorias de los derechos constitucionales.

Todo ello como expresión de los postulados garantistas del neoconstitucionalismo, que giran en torno a la centralidad de los derechos, los mismos que los jueces se encuentran llamados a proteger, puesto que se les ha confiado la calidad de garantes.

La acción extraordinaria de protección responde entonces al proceso evolutivo del rol juez, puesto que se instaura para superar la negativa del control constitucional de las decisiones judiciales (Constitución de 1998) como una garantía jurisdiccional cuyo conocimiento y resolución corresponde a la Corte Constitucional (Constitución de 2008) que examinará a través de los métodos hermenéuticos apropiados para el efecto si los jueces en el caso concreto han asumido su calidad de garantes de los derechos y de las normas (neoconstitucionalismo).

⁶⁵Francisco Iturralde, "Necesidad de requisitos en la sentencia", Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, septiembre de 2009, (disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/700/1/T754-MDP-Iturralde-Necesidad%20de%20requisitos%20en%20la%20sentencia.pdf>), pp. 48-49 y 69 señala:

"...El juzgador al dictar la resolución que pone fin a un conflicto de intereses, debe actuar con absoluta libertad en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, y en mi opinión la libertad de las actuaciones del juez, son la manifestación de su voluntad, dicho sea de paso, la voluntad no puede convertirse en el libre albedrío del juez, sino más bien debe ser el reflejo del convencimiento que ha obtenido del proceso para dictar una sentencia de fondo.... Desde este análisis entonces, no podemos separar el principio de independencia de los jueces para emitir sus resoluciones, de su voluntad para hacerlo; en consecuencia, la voluntad libremente adoptada y expresada es requisito fundamental de la sentencia.

... También la motivación de las sentencias y resoluciones, asegura la publicidad de la conducta del juez y no permite su arbitrio, ya que lo indicado consiente el control popular de los jueces; de esta manera, el deber de motivar las sentencias tiene como razón fundamental la de posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, tanto por otros jueces distintos, mediante los recursos, como por las partes y el resto de la sociedad; si el Juzgador explica las razones de su decisión es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica, de la razón y de la legalidad; caso contrario, la decisión es el resultado de una pura arbitrariedad."

CAPÍTULO II. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.

Como señalamos en el capítulo primero de esta tesis, la evolución jurídica hacia el *Estado Constitucional de derechos*, impone desde la Constitución dotada de supremacía normativa, no sólo la limitación formal, sino que también y fundamentalmente la sujeción sustancial de todo órgano de poder público, que está sometido a la Constitución suprema, debiendo sus actos mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, formal y sustancialmente, es decir atenerse tanto al procedimiento prescrito, como a los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, más aún los órganos judiciales que dentro del *neoconstitucionalismo garantista* tienen el rol de ser garantes de los derechos.

En tal virtud se configura el control constitucional de las decisiones judiciales en cuanto al cumplimiento de los *principios de supremacía y sujeción constitucional y de estricta legalidad y juridicidad*, ello a través de la interposición de una *acción extraordinaria de protección*, que genera un *proceso constitucional* sujeto a admisión, sustanciación y sentencia por parte de la Corte Constitucional que a través de su jurisprudencia orienta a los operadores de justicia y demás operadores jurídicos en el debido entendimiento de esta nueva garantía, la misma que no puede ser restringida ni tampoco abusada.

2.1.- Garantía jurisdiccional para el control constitucional de las decisiones judiciales.

Tema de especial relevancia dentro del Derecho Constitucional con énfasis en el Control Constitucional, es el control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales, cuestión que amerita un recuento de lo sucedido en el sistema ecuatoriano sobre la materia.

La Convención Interamericana de los Derechos Humanos ratificada por el Ecuador mediante Acuerdo Ministerial No. 202 publicado en Registro Oficial No. 801 del 06 de agosto de 1984, determinó en el Art. 25 la obligación estatal de establecer un “*recurso ágil y eficaz*” para garantizar los derechos de las personas ante violaciones de todo órgano de potestad estatal, sin embargo en el régimen constitucional ecuatoriano no se consagró dicha garantía para

oponerse a decisiones judiciales, puesto que se consideró que con ello se afectaría la *independencia judicial y la seguridad jurídica*.

Esta exclusión del control constitucional de las decisiones del órgano judicial en el Ecuador no se compadecía de los sistemas jurídicos extranjeros que habían ya paulatinamente emprendido en un camino de evolución para permitir el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales.

Así, el establecimiento de un mecanismo constitucional contra decisiones judiciales se encontraba consagrado normativamente en México en el *amparo casación*, en España por medio del *recurso de amparo contra resoluciones judiciales*, y en Perú a través del *amparo de excepción* (investigación de la Comisión Andina de Juristas efectuada por Carolina Garcés Peralta, 1994⁶⁶); y jurisprudencialmente en Colombia con la instauración de la *acción de tutela por vía de hecho* (Sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-368 de 1993, T-231 de 1994, T-094 de 1997, SU-047 de 1999 citadas por Néstor Raúl Correa Henao⁶⁷), aunque cabe advertir que dicha consagración no estuvo exenta de conflictos o enfrentamientos entre los

⁶⁶ **Carolina Garcés Peralta**, “Amparo contra resoluciones judiciales: amparo vs. amparo”, en *Lecturas Constitucionales Andinas 3*, Lima, Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1994, pp. 211 a 213, señala:

“...La procedencia de la acción de amparo contra resoluciones judiciales constituye un tema sobre el cual no existe consenso en el derecho constitucional comparado. La doctrina distingue entre los sistemas que aceptan su procedencia y aquellos que lo excluyen tajantemente.

Entre los argumentos esgrimidos por quienes sostienen la improcedencia de la acción de amparo contra resoluciones judiciales, se encuentra en primer lugar la salvaguarda del valor seguridad jurídica y del principio de la cosa juzgada...

De otro lado se encuentra la denominada tesis permisiva dentro de la cual se suelen distinguir tres modalidades (Abad Y., Samuel, “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales 2*, Lima, CAJ, 1998, págs. 38,39). Así la tesis permisiva amplísima permite el amparo contra todo tipo de resolución judicial. Tales el caso del amparo casación en Méjico, que en líneas generales, procede contra sentencias y demás decisiones judiciales. Por otro lado, un claro ejemplo de la tesis permisiva amplia, se da en España, donde procede el amparo contra resoluciones judiciales ante el Tribunal Constitucional, siempre y cuando se hayan agotado todos los recursos previstos en la vía judicial y que la violación del derecho sea imputable de modo inmediato y directo al órgano judicial con independencia de los hechos. Finalmente según la tesis permisiva restringida, la procedencia de amparo se encuentra limitada a situaciones de excepción como ocurre en el caso del Perú...”

⁶⁷ **Néstor Raúl, Correa Henao**, “Derecho Procesal de la Acción de Tutela”, Segunda Parte “De los Presupuestos de Fondo de la Tutela” y Capítulo Especial “La Tutela Contra Providencias Judiciales” Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp.162, 163, 164 y 168, señala:

“...Agrega la Corte que la vía de hecho es un vicio incluso más grave o radical que la nulidad absoluta, pues el desapego al ordenamiento jurídico no es leve sino total (Sentencia T-368 de 1993). Quizá pueda hacerse una gradación de los vicios judiciales, de menor a mayor, con su respectiva sanción: Pequeño vicio de forma: subsanable (aún es providencia). Vicio de forma de mayor entidad: nulidad absoluta (aún es providencia). Vicio atroz de fondo o de forma: vía de hecho (ya no es providencia).

...Por otra parte, la vía de hecho es un fenómeno extraordinario y excepcional, que requiere ser probado en el curso de la tutela, como lo ha señalado la Corte (Sentencia T-094 de 1997).

...Por último la vía de hecho puede ser prospectiva, o sea que resulta de los futuros efectos de la providencia, no de los pasados... Es una cuestión de tiempo. En este sentido la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: *Podría denominarse una vía de hecho prospectiva, por cuanto, hacia el pasado, las decisiones del funcionario judicial, aunque discutibles, son inacatables por medio de la tutela...* (Sentencia SU-047 de 1999)

... La Corte ha precisado que si existe otro medio de defensa judicial para atacar a una vía de hecho, se interpone ese otro medio y el vicio subsiste, procede la acción de tutela (Sentencia T-231 de 1994)...”

máximos órganos de administración de justicia ordinaria y constitucional en el denominado *choque de trenes, discordia o guerra de las cortes* (Rosario Serra Cristóbal, 1999⁶⁸).

Sin embargo en el sistema ecuatoriano la codificación de la Constitución publicada en el Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero de 1997 (Art. 31) y Ley de Control Constitucional publicada en el Registro Oficial No. 99 de 02 de julio de 1997 en su Título II “De las Garantías de los Derechos de las Personas”, Capítulo III “Del Amparo Constitucional”, estableció el “*recurso de amparo*” frente a un *acto ilegítimo de autoridad de la administración pública*, sin realizar referencia expresa de su procedibilidad contra resoluciones judiciales (Arts. 46 a 58).

La Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, estableció varios mecanismos de control de la constitucionalidad de la normativa jurídica y de los actos de poder público, a través de la “*acción de amparo*” (Art. 95), sin embargo excluyó como objeto de control constitucional a las resoluciones de los órganos judiciales, pues establecía la improcedencia de la acción de amparo en contra de decisiones judiciales adoptadas en un proceso (Art. 95 inciso segundo) y la prohibición expresa del Tribunal Constitucional para el control de constitucionalidad de providencias de la Función Judicial (Art. 276 último inciso).

Las tres salas del Tribunal Constitucional se pronunciaron en el sentido de la improcedencia de la acción de amparo en contra de las decisiones judiciales así las Resoluciones números: 025-99-RA-IIS de 12 de febrero de 1999⁶⁹, 072-RA-99-IS de 29 de

⁶⁸ **Rosario Serra Cristóbal**, “La Guerra de las Cortes. La Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del Recurso de Amparo”, Madrid, Editorial Tecnos. S.A., 1999, p.181, señala:

“... el TC (Tribunal Constitucional) en casos como los citados, anuló la sentencia del TS (Tribunal Supremo) y dio validez a sentencias de tribunales inferiores porque era el único modo de preservar o restablecer el derecho del recurrente...”

...No obstante a nuestro parecer, aceptar esta argumentación como justificación de actuaciones del TC del tenor que acabamos de describir supone introducir una peligrosa herramienta y dejar abierta la puerta para que se reitere en ese mismo modo de proceder, algo que no viene sino a sembrar la *discordia* entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional...”

⁶⁹ **Resolución 025-99-RA-IIS de 12 de febrero de 1999**: “...De acuerdo con la Carta Política y la ley no son susceptibles de amparo constitucional las decisiones judiciales adoptadas en un debido proceso y en los asuntos que han sido materia de la litis. En cambio puede y debe intervenir, cuando sus actos administrativos...violen o puedan violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en instrumento internacional vigente. Este no es el caso en el asunto materia de análisis. El asunto es esencialmente competencia de la Función Judicial...En síntesis la Segunda Sala no puede ni debe pronunciarse sobre los asuntos que han sido motivo de la acción de amparo...Resuelve. Ratificar lo resuelto por el Tribunal de primera instancia, y consecuentemente negar la acción de amparo constitucional...”

marzo de 1999⁷⁰, 098-RA-99-IS de 20 de abril de 1999⁷¹; 046-99-RA-IIIS de 20 de agosto de 1999⁷², y 135-99-RA-IIIS de 12 de octubre de 1999⁷³.

Estas denegatorias empezaron a generar una problemática jurídica-social, en virtud de que la mayoría de argumentos de los accionantes consistía en la vulneración del *debido proceso* expresado en la resolución del órgano judicial.

La negativa del control de la constitucionalidad de resoluciones judiciales, contenida en el propio texto constitucional, en normativa legal, y aplicada en las denegatorias de acciones de amparo constitucional, profundizaron una serie de análisis y cuestionamientos en pro y en contra; así: por una parte se afirmaba que esta negativa constituía una violación del Ecuador de las obligaciones asumidas por la ratificación de convenios internacionales que establecen el deber del Estado de dotar a la persona de los medios ágiles y efectivos que le amparen contra actos violatorios de sus derechos fundamentales (esto en virtud de que la decisión judicial como producto humano podía estar sujeta a errores e influencias internas y presiones externas que podían vulnerar los derechos fundamentales de las personas).

Y por otra se planteaba que si se concediera expresamente el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales, se estaría permitiendo una intromisión a la

⁷⁰ **Resolución 072-RA-99-IS de 29 de marzo de 1999** : "...El inciso segundo del Art. 95 de la Constitución dispone claramente que no son susceptibles de Acción de Amparo las decisiones adoptadas en un proceso; y, de autos obra que tanto la sentencia de prescripción adquisitiva de dominio como la demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada, cada una de ellas son parte de un proceso judicial propio de la función del Juez como Juzgador dentro del ámbito de su competencia, la Función Judicial, de tal forma, que este tipo de actuaciones judiciales dentro de un proceso jurisdiccional, están excluidas de las Acciones de Amparo Constitucional...Resuelve: Declarar la inadmisión de la acción planteada..."

⁷¹ **Resolución 098-RA-99-IS de 20 de abril de 1999**: "...El inciso segundo del Art. 95 de la Constitución expresamente dispone que: "No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones jurisdiccionales adoptadas en un proceso", y que la Disposición Transitoria Vigésimo sexta de la Carta Suprema, dispone que todos los magistrados y jueces que dependen de la Función Judicial, sometiéndose a sus propias leyes, incluyendo, de manera expresa, a los jueces militares, de policía y de menores, por lo que efectivamente la resolución impugnada, es de aquellas que corresponden a la Función Judicial y adoptada en un proceso, de tal forma que forma parte de las exclusiones determinadas en el antes referido inciso segundo del Art. 95 de la Constitución...Resuelve: Declarar inadmisión la acción planteada..."

⁷² **Resolución 046-99-RA-IIIS de 20 de agosto de 1999**: "... El recurso constitucional propuesto por la actora es improcedente, pues la Constitución en el inciso segundo del Art. 95 ordena: "no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso", además no se trata de un acto administrativo que es la declaración de voluntad de autoridad pública que crea, modifica o extingue derechos o situaciones jurídicas, en tanto que es acto judicial se expresa mediante providencias...Resuelve: Confirmar la resolución expedida ...y en consecuencia negar el amparo constitucional solicitado..."

⁷³ **Resolución 135-99-RA-IIIS de 12 de octubre de 1999**: "...El Recurso de Amparo previsto en el Art. 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional tutela derechos...quedando expresamente excluidas de este recurso, las decisiones adoptadas en un proceso ...Consta del expediente que el recurso de amparo presentado...tiene relación con hechos vinculados a la providencia de aprehensión y deprecatorio dentro del juicio seguido en torno a un vehículo constituido en reserva de dominio. Si el demandante considera perjudicado sus intereses en esta causa es ante el juez competente que debe hacer valer sus derechos, por lo cual ha equivocado la vía de reclamo...Resuelve: Inadmitir la acción de amparo por improcedente..."

independencia judicial en su potestad de administrar de justicia, reduciéndose el poder instituido a favor de los jueces si se permitiera que sus decisiones sean revisables por un organismo que no forma parte del sistema judicial, y que además seguramente se generaría un incontrolable *abuso de este medio* a tal punto de convertirlo en un instrumento para retardar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, en perjuicio de la *seguridad jurídica*.

En este contexto, el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Resolución No. 184-TP publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 213 del 28 de noviembre del 2000, declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Control Constitucional relativas a la acción de amparo, al considerarlas incompatibles con la norma constitucional, sin que se haya advertido en esa ocasión en la necesidad de revisar la razonabilidad de la exclusión del control constitucional de resoluciones judiciales; habiéndose una vez realizada esta *conciliación normativa*, declarado a la Ley de Control Constitucional con jerarquía y carácter de ley orgánica, mediante Resolución Legislativa No. 22-058 publicada en el Registro Oficial No. 280 de 08 de marzo de 2001.

Sin embargo ya la doctrina nacional había empezado a abordar la necesidad de resguardar mediante formalidades procesales la protección de los derechos sustanciales, debiendo en este sentido el órgano judicial velar principalmente por las *garantías básicas* del derecho constitucional al *debido proceso* (Alberto Wray Espinosa, 2000)⁷⁴; así como reconociéndose que la Constitución de 1998 excluía expresamente el control constitucional de decisiones judiciales, se precisó que dicha exclusión no abarcaba a los actos administrativos

⁷⁴ **Alberto Wray Espinosa**, "El debido proceso en la Constitución", en *IURIS DICTIO*, Revista publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Vol. I, No. 1, enero de 2000, pp. 35 a 36, señala:

"...a) Las reglas del debido proceso aluden siempre a la forma en que se priva a una persona de un derecho sustantivo o se lo limita...

b) De esta manera la forma adquiere importancia en cuanto se constituye en instrumento para la protección eficaz de un derecho sustantivo...

c) Como se trata de una garantía funcional, el concepto de debido proceso no puede reducirse a un número predeterminado de reglas fijas...

d) Pueden sin embargo, enunciarse ciertas cualidades o exigencias básicas, a partir de las cuales podría examinarse si una determinada manera de obrar corresponde o no al concepto debido proceso...

e) Tal examen puede recaer en las actuaciones de cualquier órgano de poder: si se trata de uno de las ramas judicial o administrativa, la referencia inmediata será, de ordinario, la ley; pero también es posible someter a examen a la ley misma, con el propósito de verificar si en el procedimiento establecido en ella para limitar un derecho o para extinguirlo, satisface o no esas exigencias básicas..."

ilegítimos de la Función Judicial de las que sí procedía el amparo (Resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional R 491-98-RA comentada por Rafael Oyarte, 2001).⁷⁵

Dado que el régimen constitucional vigente a la época prohibía el control constitucional de resoluciones judiciales, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, *ante la duda sobre la inteligencia* de la Ley de Control Constitucional en lo referente a la acción de amparo y las interpretaciones contradictorias de los Jueces y Tribunales, expidió la Resolución No. 1 publicada en el Registro Oficial No. 378 de 27 de julio de 2001 de “*Interpretación de la Acción de Amparo Constitucional*”, que en su Art. 2 letra c) dispuso que la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano cuando se interponga respecto de las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

En esta línea mediante Resolución del Tribunal Constitucional No. 262 publicada en el Registro Oficial No. 492 de 11 de enero de 2002, se expidió el Reglamento de Trámites de Expedientes en el Tribunal Constitucional, que en el Art. 50 No. 2 dispuso que no procede la acción de amparo y por tanto será inadmitida respecto de decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

Cabe señalar que en este contexto prohibitivo del control constitucional de las resoluciones judiciales, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia precisó que las normas constitucionales son susceptibles de ser violadas al igual que las disposiciones legales y en tan virtud, cabía fundamentarse la interposición del *recurso de casación por violación de normas constitucionales* citándose además la *normativa infraconstitucional* que la desarrolla (fallo de casación dictado el 21 de mayo del 2002⁷⁶).

⁷⁵ Rafael Oyarte, “El amparo ante la jurisprudencia y el derecho positivo”, en *Guía de Litigio Constitucional* Tomo II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, enero de 2001, p. 150 y 151 señala:

“...La Constitución excluye del ámbito de la acción de amparo a las decisiones judiciales, adoptadas en un proceso...Pero no toda decisión de un órgano de la Función Judicial se encuentra excluida del ámbito de competencia de la acción de amparo. Así la Segunda sala del Tribunal Constitucional concede un amparo contra un acto ilegítimo de la Corte Superior de Loja respecto de un concurso de merecimientos...La sala realiza un análisis sobre lo que es jurisdicción...y que en el caso se refiere a un acto administrativo (es una designación de juez) y que en esta razón el Tribunal Constitucional es competente para conocer la acción de amparo propuesta, la que finalmente concede (Resolución de la Segunda Sala en el caso No. 491-98-RA)...”.

⁷⁶ El fallo de casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 21 de mayo de 2002 publicado en el Registro Oficial No. 627 de 26 de julio de 2002 en el expediente No. 100 por reivindicación Vicuña vs. Muñoz Calle señaló que: “...cuando en un recurso de casación se acusa la violación de la norma constitucional deben señalarse también cuales son las normas secundarias infringidas y en todo caso el recurrente debe señalar en forma expresa y clara como el

Por ello en este punto para la doctrina nacional si bien el control constitucional de las decisiones judiciales se encontraba excluido, ello no implicaba que el juzgador no se encuentre sometido al *principio de juridicidad* englobante del ámbito constitucional y legal en el ejercicio de la potestad pública de administrar justicia (Santiago Andrade Ubidia, 2003)⁷⁷.

Razón por la cual se expuso la necesidad de que el Tribunal Constitucional interprete el verdadero alcance de dicha negativa y se proceda a la admisión del *amparo constitucional por violación del órgano judicial del derecho constitucional al debido proceso* en el cual no se examine a la decisión judicial como instrumento pues se encontraba prohibido, sino el cumplimiento de las garantías constitucionales del proceso (Jorge Zavala Egas, 2003)⁷⁸; tanto más cuando se advertía que en la justicia ordinaria ecuatoriana existen *decisiones judiciales no susceptibles de casación* e incluso *decisiones judiciales desprovistas de recurso alguno* (Santiago Andrade Ubidia, 2005)⁷⁹.

sentenciador ha dejado de actuar en la forma en que la Constitución y la ley disponen y de qué manera concreta se ha producido la situación de indefensión en que ha sido colocado...”.

⁷⁷ **Santiago Andrade Ubidia**, “Independencia Judicial y Estado de Derecho”, en “*Temas de Derecho Constitucional*”, publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Ediciones Legales, octubre de 2003, pp. 284,294, 297 y 298, señala:

“El principio de “juridicidad”, generalmente conocido como de “legalidad”... es el soporte de la independencia judicial y el vehículo de legitimación social del juez (...)

Pero independencia no significa autarquía ni de la Función Judicial ni de los jueces que la integran (...)

Los jueces, igualmente, no pueden actuar arbitrariamente “*están sometidos a la Constitución y a la ley*”... Sus fallos deberán enmarcarse dentro de los parámetros sustantivos y procesales del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de ello, son responsables por su manera de obrar (...)

El principio de legitimación democrática es sin lugar a dudas la base de todo nuestro ordenamiento jurídico-político (...) Según lo declara el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil “*La jurisdicción, esto es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes*”, por lo tanto, la administración de justicia es el ejercicio de un poder público, que nace de la soberanía, que se halla radicada en el pueblo...”.

⁷⁸ **Jorge Zavala Egas**, “Recurso de Amparo Constitucional contra violación por órgano judicial del derecho del debido proceso: una competencia olvidada del TC”, en “*Temas de Derecho Constitucional*”, publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Ediciones Legales, octubre de 2003, pp. 360 a 361, señala:

“...el Recurso de Amparo y la correspondiente decisión del T.C , tiene como materia , no el litigio concreto entre las partes subsumible en una hipótesis de la Ley, sino declarar que en ese proceso judicial se respetó el derecho constitucional de toda persona a un debido proceso y a recibir tutela judicial efectiva...”.

⁷⁹ **Santiago Andrade Ubidia**, “La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas”, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador y Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, septiembre de 2005, pp. 99 y 100 señala:

“...Varias disposiciones del C.P.C. (v.gr. arts. 469,473), niegan todo recurso u ordenan imperativamente que no se admitirá recurso alguno contra determinadas sentencias o autos, y ante estas normas, cabe preguntar si está abierto el recurso de casación, teniendo en cuenta que la L.de C. es un conjunto normativo que regula un determinado recurso y, como tal, forma parte de la legislación procesal general, se ha de aplicar y entender las diversas disposiciones de esta ley en armonía con el sistema en general...por lo tanto la conclusión lógica es que en tales casos, no es viable el recurso extraordinario...”.

En este contexto, se sostuvo por una parte que el análisis sobre la posibilidad de consagrar un amparo contra sentencias judiciales debía apreciar determinadas circunstancias y *condiciones* dada la complejidad del tema (Hernán Salgado, 2005)⁸⁰; y por otra parte se recaló que no toda actuación judicial *califica como decisión judicial*, como el caso de devolución de escritos en una judicatura que no comportan una providencia y de los cuales sí se concedió amparo (Resolución del Pleno del Tribunal Constitucional 0367-2003-RA, comentada por Rafael Oyarte 2006).⁸¹

En este sentido, y en ocasión del proceso constituyente ecuatoriano en el periodo 2007-2008, se presentaron dos proyectos de reforma constitucional sobre el tema: el primero respecto de la procedibilidad del *recurso extraordinario de amparo* por violación de las garantías del debido proceso en contra de sentencias firmes de la justicia ordinaria de las cuales no quepa ningún recurso judicial (Art. 114 del proyecto de Constitución propuesta por el Consejo Nacional de Educación Superior de octubre de 2007); y el segundo, sobre la competencia de una nueva Corte Constitucional para conocer y resolver *acciones de amparo en contra de decisiones judiciales* definitivas de la justicia ordinaria cuando violen el debido proceso u otros derechos fundamentales (Art. innumerado sobre las competencias de la Corte Constitucional constante en la Resolución No. 0001-08-AD de 08 de enero de 2008 del Pleno del Tribunal Constitucional).

El 25 de julio de 2008 la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el nuevo texto constitucional, mismo que fue sometido a referéndum aprobatorio el 28 de septiembre de 2008,

⁸⁰ **Hernán Salgado**, “Manual de justicia constitucional ecuatoriana”, Número 5 de la Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea, y Tribunal Constitucional del Ecuador, Editora Nacional, 2005, p. 85, señala:

“...Es sabido que en otros países sí existe posibilidad de presentar una acción de amparo contra las sentencias judiciales, dentro de determinadas circunstancias y condiciones...Esta cuestión es objeto de diversas discusiones desde distintos puntos de vista, uno de ellos sostiene que muchas veces en la Función Judicial se violan las reglas básicas del debido proceso y que para esta situación debería haber la posibilidad del amparo. Como se observa, sobre estos asuntos que revisten complejidad no es fácil dar una respuesta”.

⁸¹ **Rafael Oyarte**, “La acción de amparo constitucional: jurisprudencia, dogmática y doctrina”, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006, p. 141 señala:

“...Por otra parte no toda actuación de un servidor o funcionario judicial dentro de un proceso puede calificarse de *decisión judicial*, por lo que el Pleno del Tribunal Constitucional concedió amparo frente al acto de devolución de un escrito a través del cual se interponía un recurso, acto que fue calificado de ilegítimo por la Magistratura:

QUINTO...En atención a las precisiones hechas anteriormente, esta conducta del Secretario Relator puede ser considerada como un acto de autoridad pública, a más de que se puede afirmar que no se trata de una decisión judicial...por cuanto la devolución del escrito del recurso del demandante no comporta una decisión judicial o providencia, en sus especies sentencia, auto o decreto. Más aún, el Secretario debió recibir el escrito, para que sean los miembros de la Corte Superior los que investidos de competencia resuelvan lo procedente (Pleno del Tribunal Constitucional. Resolución 0367-2003-RA)...”.

siendo aprobado por mayoría de votantes, de tal forma que la vigente Constitución de la República del Ecuador se promulgó en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

La Constitución ecuatoriana vigente luego de un importante debate sobre la incorporación de nuevas instituciones jurídicas, consagró que dentro del *Estado constitucional de derechos y justicia* (Art. 1), el más alto deber del Estado es reconocer, respetar y *garantizar los derechos* constitucionales de las personas (Art. 11), entre ellos los denominados *derechos de protección* aplicables dentro de un proceso judicial como lo son la *tutela judicial* efectiva, imparcial y expedita (Art. 75) y el *debido proceso* constituido de 7 garantías básicas y 13 específicas para la defensa, es decir 20 garantías para asegurar el cumplimiento de las normas y de los derechos (Art. 76), así como otras disposiciones que por su contenido deben entenderse integrantes del *régimen garantista*, así: las *garantías específicas del proceso penal* que regulan aspectos formales como la orden de detención y prisión preventiva, (Art. 77), el principio de *seguridad jurídica* (Art. 82), *la reserva de ley* para tipificar infracciones y sus sanciones (Art. 132 No. 2), y la consagración del *sistema procesal como un medio para la realización de la justicia*, debiendo las normas procesales hacer efectivas las garantías del debido proceso y *no sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades* (Art. 169).

En tal virtud se consagró constitucionalmente como una garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales a la denominada *acción extraordinaria de protección* en contra de las resoluciones judiciales que vulneren dichos derechos (Art. 94), más aún cuando la *potestad de administrar justicia emana del pueblo* (Art. 167) y los órganos judiciales se encuentran sometidos a la *Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley* (Art. 172), ratificándose de este modo el *control constitucional de las resoluciones judiciales* a través de la acción extraordinaria de protección por violación del debido proceso u otro derecho constitucional ante la Corte Constitucional (Art. 437).

Es así que la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por ciudadanos de forma individual o colectiva ante la Corte Constitucional, contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, siempre que se encuentren firmes o

ejecutoriadas por agotamiento de 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, y se demuestre la violación por acción u omisión del debido proceso u otro derecho reconocido en la Constitución (Arts. 94 y 437).

Esta garantía jurisdiccional se instaura entonces para la protección de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido vulnerados por un órgano jurisdiccional, como un mecanismo de *control constitucional de las decisiones judiciales*, cuya interposición según la doctrina especializada no debe considerarse como una dificultad para la justicia ordinaria sino como un *mecanismo que contribuye a su correcto funcionamiento* a fin de que la Corte Constitucional determine el *contenido esencial* de los derechos constitucionales (Agustín Grijalva, 2008)⁸².

En este contexto se promulgó el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009 estatuido para hacer efectivo los derechos de los justiciables y vivificar *los principios constitucionales de la Función Judicial* que tienen entre ellos una profunda imbricación a fin de establecer una *nueva justicia profundamente humana* que gire en torno a *la supremacía constitucional* (Santiago Andrade, 2009)⁸³. Tomándose en consideración que los derechos, garantías, principios, obligaciones y valores de la nueva Constitución integran un contenido esencial o núcleo duro de

⁸² Agustín Grijalva, "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional", en *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Número 2 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, octubre de 2008, pp. 271 y 272, señala:

"...Son razonables las críticas en el sentido de que una atribución de este tipo crearía una nueva instancia y dilataría los procesos, pero lo son únicamente bajo el supuesto de una inadecuada regulación legal de tal atribución y un verdadero abuso de aquella por parte de la Corte Constitucional. Por el contrario si la Corte Constitucional se limita estrictamente a examinar las violaciones al debido proceso constitucional u otras violaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales, tal control contribuye, antes que dificulta el correcto funcionamiento de la justicia ordinaria."

⁸³ Santiago Andrade Ubidia, "Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008", en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan (editores), *La Transformación de la Justicia*, Número 7 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, abril de 2009, pp. 5, 8 y 9, señala:

"...Como se ha señalado antes, la Carta Fundamental introduce cambios profundos en la estructura de la Función Judicial...El constituyente ha querido otorgar una visión integral al servicio de la administración de justicia; de fondo, se busca, mediante un nuevo esquema, hacer realidad los derechos de los justiciables y dar vida a los principios constitucionales que rigen la actividad de la Función Judicial y los que informan la sustanciación de los procesos.

...Los principios que trae el COFJ tiene todos ellos una profunda imbricación, no pueden tomarse aisladamente, son engranajes de una compleja maquinaria que tiene por finalidad sentar las bases de una nueva administración de justicia diferente, honesta, democrática, solidaria y profundamente humana.

...Estos principios son: de supremacía constitucional, aplicabilidad inmediata y directa de la norma constitucional..."

textos incuestionables entre ellos los que consagran derechos fundamentales que además se reconocen en *instrumentos internacionales de derechos humanos* que en este tema cuentan con *igual jerarquía constitucional*. (César Montaña, 2009).⁸⁴

Así como se expidió la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009 que según la doctrina especializada establece una *regulación estricta de la admisibilidad* de la acción extraordinaria de protección *para evitar su abuso* al pretenderla deformar como una *nueva instancia* de la justicia ordinaria (Agustín Grijalva, 2010)⁸⁵, tal como fue la preocupación de la doctrina autorizada que expuso la inquietud de que esta acción no llegue a convertirse en una *cuarta instancia* para lo cual resultaba necesario imponer determinados *límites* en la ley pertinente (Hernán Salgado, 2010).⁸⁶

2.1.1.- Control del principio de supremacía y sujeción constitucional.

La Constitución ecuatoriana de 2008, establece un nuevo diseño constitucional adhiriéndose como advertimos en el capítulo primero de esta tesis al *neoconstitucionalismo garantista*.

⁸⁴ César Montaña Galarza, “Las Relaciones Internacionales y Los Tratados en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Volumen 30 de la Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, julio de 2009, pp. 353 y 379, señala:

“...La Constitución reconoce y establece valores, principios, obligaciones, derechos, garantías, es un producto complejo del devenir histórico y cultural del pueblo dispuesto políticamente; cada Carta Política es resultado de los aciertos y desaciertos de otras precedentes. Modernamente se acepta de manera amplia que el núcleo de la Constitución está formado por un conjunto de textos incuestionables, que versan sobre derechos fundamentales, soberanía popular, división e independencia de poderes.

...Con esta previsión constitucional es factible ratificar que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos poseen rango constitucional o que han sido equiparados a la Carta Política.”

⁸⁵ Agustín Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Número 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 667 señala:

“...La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGCC). Esta ley regula en nuestro derecho la acción extraordinaria de protección.

...Específicamente en cuanto a la acción extraordinaria de protección esta normativa resultaba indispensable dada la novedad de esta garantía en nuestro sistema. Los artículos 61 y 62 de la LGCC regulan los requisitos de la demanda y la admisibilidad de la acción. En general puede apreciarse que estas condiciones tienden a una regulación estricta que evite el abuso de la acción extraordinaria deformándola hasta convertirla en una nueva instancia...”

⁸⁶ Hernán Salgado, “La nueva Corte Constitucional del Ecuador”, en Víctor Bazán (coordinador), *Derecho procesal americano y europeo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 541 y 542, señala:

“...Bajo la denominación de “acción extraordinaria de protección” se establece el amparo contra sentencias y autos judiciales ejecutoriados. En los círculos judiciales y de abogados se ha comentado que se trata de establecer una cuarta instancia (la tercera, que no lo es, sería el recurso de casación ante la Corte Suprema)

...Todo lo dicho lleva a concluir que si se quiere, que en el Ecuador, opere adecuadamente la acción de amparo (o protección) contra sentencias judiciales, habría que rediseñar el sistema del amparo, imponiéndole determinados límites ¿podrá la ley pertinente asumir esta tarea?”.

La Constitución en el Art. 1 incisos primero y segundo⁸⁷ establece que el Ecuador es un *Estado constitucional de derechos y justicia* en el cual la base de la autoridad radica en la soberanía del pueblo que es ejercida a través de los *órganos de poder público*.

La norma suprema en el Art. 11 prescribe que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios, en el No. 1 que los derechos se podrán exigir ante autoridad competente (*exigibilidad*), en el No. 2 que todas las personas son iguales no cabiendo discriminación en el goce de los derechos (*igualdad*) pudiéndose adoptar acciones estatales afirmativas a favor de los grupos en desventaja (*acción afirmativa o positiva*), en el No. 3 que los derechos son de directa e inmediata aplicación ante cualquier servidor público (*aplicabilidad directa*), en el No. 4 que ninguna norma puede restringir los derechos (*no restricción del núcleo esencial*), en el No. 5 que se debe estar a la interpretación más favorable la vigencia de los derechos (*pro- vigencia*), en el No. 6 que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (*inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia*), en el No. 7 que los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas (*cláusula abierta y pro-homine*), en el No. 8 que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva y no regresiva (*progresividad y no regresividad*), y en el No. 9 que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos constitucionales debiendo reparar su violación (*responsabilidad estatal*).⁸⁸

⁸⁷ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

⁸⁸ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

La Constitución en el Art. 225 establece la conformación del denominado *sector público* integrado por dependencias, entidades, instituciones, organismos, y en general por toda persona que ejerce *potestad estatal*, y en el Art. 226 establece el *límite formal* para el ejercicio del poder público pues *sólo se puede ejercer las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la ley*.⁸⁹

Esta *limitación formal* encuentra un *vínculo sustancial* en el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales que se encuentran consagrados con la máxima jerarquía normativa; así la Constitución en el Art. 424 primer inciso dispone que la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre el resto del ordenamiento jurídico, debiendo el resto de normas guardarle conformidad so pena de carecer de eficacia jurídica (*supremacía constitucional*); en el Art. 425 en el primer inciso establece a la Constitución en la cúspide de la escala jerárquica normativa por sobre el resto de normativa (*máxima jerarquía*) y en el segundo inciso establece todo órgano de poder público debe resolver los conflictos normativos con la

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. 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 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.

9. 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.

⁸⁹CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

aplicación de la norma jerárquica superior (*principio jerárquico*); en el Art. 426 en el primer inciso dispone que toda persona, autoridad e institución se encuentra sujeta a la Constitución (*sujeción constitucional*) y en el segundo y tercer incisos dispone que todo órgano de poder público debe aplicar directamente las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos (*bloque de constitucionalidad*) que son de inmediato cumplimiento no pudiéndose alegar falta de ley para su desconocimiento (*aplicabilidad directa*).⁹⁰

En definitiva el *principio de supremacía y sujeción constitucional* se constituye en la piedra angular del régimen garantista del Estado Constitucional de derechos y justicia, pues su principal función es hacer prevalecer las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales del ser humano (*principios*), que no pueden ser vulnerados por normas legales o reglamentarias inferiores (*reglas*), ni por ningún órgano de poder público (*en especial los órganos jurisdiccionales*).

2.1.2.- Control del principio de estricta legalidad y del principio de juridicidad.

En el Estado constitucional de derechos y justicia de carácter democrático, conceptualizado como aquella forma de organización política-jurídica fundamentada en la decisiones adoptadas directa e indirectamente por el pueblo (soberanía), la Constitución se encuentra dotada de la máxima jerarquía normativa y sus disposiciones sujetan a todos los órganos poder público (principios de supremacía y sujeción constitucional).

⁹⁰ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 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.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

En virtud de que la norma suprema es el instrumento estatuido para evitar la concentración y arbitrariedad del poder (límites formales), con el fin de resguardar la protección de los derechos constitucionales (vínculos sustanciales), dentro del *sector público*, integrado por las Funciones del Estado y sus dependencias, entidades, instituciones y organismos que ejercen *potestad estatal*, tiene irrestricta aplicación para todos los *órganos de poder público* sin distinción alguna el denominado *principio de estricta legalidad* (límites y vínculos constitucionales).

La Constitución ecuatoriana de 2008 establece a la Función Judicial, como una de las cinco “Funciones del Estado” integrante del sector público (Art. 225 No. 1), y por lo tanto se encuentra enmarcada al límite formal para el ejercicio de sus competencias (Art. 226) y sujeta a la supremacía y sujeción constitucional como vínculo sustancial para la protección de los derechos (424 inciso primero y Art. 426 inciso primero), principios constitucionales que como queda expuesto, no admiten exclusión alguna dentro del ejercicio de potestades públicas, entre ellas la de jurisdicción.

La norma suprema en el Art. 167 dispone que los órganos de la Función Judicial son los que ejercen la *potestad de administrar justicia emanada del pueblo*; en el Art. 168 No. 1 consagra el *principio de independencia judicial* y, en el Art. 172 establece el denominado *principio de juridicidad* al señalar que los juzgadores se sujetan a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.⁹¹

De ello se colige que la Función Judicial (órgano institucional) y los jueces, juezas y tribunales (órgano funcional), si bien gozan de independencia para ejercer la potestad pública

⁹¹ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

de administrar justicia (independencia judicial interna y externa), como todo órgano de poder público, deben someterse a los principios fundamentales de *supremacía y sujeción constitucional* y al *principio de estricta legalidad*, como mecanismos para limitar el ejercicio del poder público y proteger los derechos constitucionales, en tal virtud conforme al *principio de juridicidad* los jueces, juezas y tribunales de justicia se encuentran sometidos a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley.

Siendo así la Constitución ha consagrado en el Art. 94 a la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los órganos judiciales (Título III Garantías Constitucionales, Capítulo Tercero Garantías Jurisdiccionales); y en los Arts. 429 y 437 dispone que corresponde su interposición ante la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y justicia constitucional (Título IX Supremacía de la Constitución, Capítulo Segundo Corte Constitucional).

Ello en concordancia con el Código Orgánico de la Función Judicial que en el Art. 1 establece que la potestad jurisdiccional emana del pueblo y en Art. 5 dispone que los órganos jurisdiccionales aplicarán las normas constitucionales y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos (juridicidad)⁹².

En suma las decisiones judiciales están sujetas al control constitucional para examinar el principio de estricta legalidad (límites y vínculos constitucionales) y el principio de juridicidad (disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad) a través de la acción extraordinaria de protección (garantía y mecanismo de control constitucional).

2.2.- Acción que genera un proceso constitucional.

⁹² COFJ (RO -S- 544 de 09 de marzo de 2009)

Art. 1.- FUNCIÓN JUDICIAL.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial.

Art. 5.- PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 establece a la *acción extraordinaria de protección* como una *garantía jurisdiccional*, siendo así acorde al Art. 86 No. 3 inciso primero un *accionante* la ejerce para instaurar un *proceso* para *constatar* la violación de derechos constitucionales, que conforme el Art. 94 se dirige *en contra* de decisiones judiciales a la que se le imputa dicha violación constitucional, para lo cual según el Art. 437 la Corte Constitucional debe *constatar* que dicho *recurso* se presente de una decisión judicial firme y ejecutoriada y que el accionante *demuestre* la indicada violación constitucional (razón por la que es una garantía que se ejerce como una acción y se presenta a manera de un recurso, generándose un proceso constitucional autónomo sujeto a admisión, sustanciación y sentencia).⁹³

Las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición (RPECCC) publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 466 de 13 de noviembre de 2008 normaron transitoriamente a esta acción (hasta el 21 de octubre de 2009) habiendo señalado: los elementos para su procedibilidad, (Art. 52), la competencia de la Corte Constitucional para su conocimiento y resolución (Art. 53), la legitimación activa (Art. 54), el contenido de la demanda (Art. 55), el trámite correspondiente (Art.56), y los efectos de la sentencia (Art. 57).⁹⁴

⁹³ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

3. Inciso primero.- Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

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.

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

⁹⁴ **RPECCC (RO -S- 466 de 13 de noviembre de 2008)**

Art. 52.- Requisitos de procedibilidad.- La acción extraordinaria de protección procede de manera excepcional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de sentencias, autos, y resoluciones firmes y ejecutoriados;

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009, regula actualmente a la acción extraordinaria de protección, señalando: su objeto (Art. 58); la legitimación activa (Art. 59); el término para accionar (Art. 60); los requisitos de la demanda (Art. 61 numerales 1 a 6); la admisión para verificar los 6 elementos comunes a toda interposición de esta acción de los cuales se desprende la legitimación pasiva, procedibilidad y relevancia constitucional (Art. 61 numerales 1 a 6, ya que los numerales 7 y 8 responden a situaciones específicas de la justicia electoral y corrección por desnaturalización de la garantía); el trámite de admisibilidad en la Sala de Admisión, la sustanciación con el Juez Sustanciador sorteado que remitirá como Juez Ponente el proyecto (Art. 62 incisos finales) para la resolución del Pleno de la Corte Constitucional en sentencia (Art. 63); y las sanciones en caso de interposición indebida (Art. 64).⁹⁵

b) Que el recurrente demuestre que durante el juzgamiento se ha violado por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos fundamentales;

c) Que se hayan agotado todos los medios procesales de impugnación previstos para el caso concreto dentro de la jurisdicción ordinaria, salvo el caso de que la falta de interposición de los recursos no fuera imputable a la negligencia del titular del derecho fundamental vulnerado.

Art. 53.- Competencia.- Será competente para conocer de la acción extraordinaria de protección el Pleno de la Corte Constitucional.

Art. 54.- Legitimación activa.- Son legitimados activos en esta acción cualquiera de las partes que intervinieron en el proceso judicial cuya decisión se impugna.

Art. 55.- Requisitos.- La acción extraordinaria de protección se iniciará por demanda que contendrá:

- a) El nombre del accionante;
- b) La identificación de la decisión judicial impugnada, del proceso, y de la jueza o juez o tribunal que expidió la decisión;
- c) El o los derechos fundamentales que se consideran vulnerados por la decisión judicial;
- d) La argumentación de las razones por las que se consideran violados los derechos fundamentales del accionante;
- e) La pretensión concreta respecto de la reparación de los derechos fundamentales vulnerados;
- f) La casilla constitucional; y
- g) La firma o huella digital del accionante.

A la demanda se acompañará copia certificada de la decisión judicial impugnada y de las piezas procesales indispensables para demostrar la presunta vulneración del derecho fundamental.

Art. 56.- Trámite.- En cuanto a su recepción, admisión y sorteo, se aplicarán las normas comunes para la sustanciación de las acciones ante la Corte Constitucional de estas reglas.

La Sala de Sustanciación en el auto inicial avocará conocimiento del proceso y dispondrá:

- a) La notificación a la jueza o juez o tribunal que expidió la decisión judicial impugnada, adjuntando copia de la demanda, con el señalamiento de la fecha día para la realización de la audiencia de que trata el Art. 86 numeral 3 de la Constitución. En la misma providencia se dispondrá la presentación de un informe motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda; y
- b) La comunicación a la contraparte del accionante para que de considerarlo pertinente, se pronuncie en el plazo de quince días, exclusivamente de la presunta vulneración en el proceso de juzgamiento de los derechos reconocidos en la Constitución.

Realizada la audiencia, la Sala de Sustanciación elaborará y remitirá al Pleno el proyecto de sentencia.

Art. 57.-Efectos de la sentencia.- De comprobarse que la sentencia, auto o resolución con fuerza de sentencia impugnando ha violado los derechos constitucionales del accionante, así se lo declarará y dispondrá la correspondiente reparación integral.

⁹⁵ LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

Art. 59.- Legitimación activa.- La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial.

El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC) publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 127 de 10 de febrero de 2010 con una última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 30 de noviembre de 2011, señala: que el contenido de la demanda deberá reunir los requisitos de ley (Art. 34); que la acción presentada ante la judicatura a la que se le imputa la violación constitucional únicamente puede ser admitida a trámite por la Corte Constitucional (Art. 35) a través de la Sala de Admisión, para que luego de ser admitida y del sorteo de rigor pase a la sustanciación por el Juez Sustanciador (Art. 35), el mismo que para el estudio del expediente constante en original o documentación certificada remitido por la judicatura de origen (Art. 36), avocará conocimiento disponiendo que la judicatura a la que se le imputa la violación constitucional remita un informe (Art. 37) y señalará cuando lo estime pertinente la

Art. 60.- Término para accionar.- El término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia.

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

1. La calidad en la que comparece la persona accionante.
2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.
3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.
4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.
5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.
6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.

Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;
4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;
6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley (...)
7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,
8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión.

La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión.

Art. 63.- Sentencia.- La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.

La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción. La sentencia de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción.

Art. 64.- Sanciones.- Cuando la acción extraordinaria de protección fuere interpuesta sin fundamento alguno, la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione a la o el abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La reincidencia será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

realización de una audiencia, luego de la cual Juez Ponente preparará el proyecto respectivo (Art. 38) para el conocimiento y resolución del Pleno de la Corte Constitucional que dictará sentencia (Art. 39).⁹⁶

2.2.1. La acción extraordinaria de protección como proceso constitucional: admisibilidad, sustanciación y sentencia.

En la investigación efectuada por la Comisión Andina de Juristas sobre el control constitucional de decisiones judiciales, se previno sobre la necesidad de evitar la proliferación de amparos contra sentencias, debiéndose establecer la regulación legal y jurisprudencial que impidan convertir el amparo en una última instancia.⁹⁷

⁹⁶ RSPCCC (RO -S- 127 de 10 de febrero de 2010 reformado RO -S- 587 de 30 de noviembre de 2011)

Art. 34.- Requisitos de la demanda.- La demanda de acción extraordinaria de protección deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y lo dispuesto en las normas procesales comunes del presente Reglamento.

El recurrente deberá demostrar documentadamente que en las sentencias o autos definitivos se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos constitucionales.

Art. 35.- Trámite.- La acción extraordinaria de protección será presentada de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el presente Reglamento.

Cuando la acción extraordinaria de protección se presente en la judicatura, sala o tribunal que expidió la decisión judicial impugnada, deberá hacérselo para ante la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, es el único órgano competente para admitir, conocer y resolver la acción extraordinaria de protección, en consecuencia, la judicatura, sala o tribunal se limitará a receptor la demanda y la remitirá con el expediente, sin más trámite, dentro del término previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo observar lo dispuesto en el artículo 36 del presente Reglamento. En caso de incumplimiento de esta disposición, la Corte Constitucional pondrá en conocimiento del Consejo de la Judicatura el hecho, para la sanción disciplinaria correspondiente.

La acción extraordinaria de protección seguirá el trámite previsto en los Capítulos I, II y V del Título II del presente Reglamento, en cuanto a su recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación.

La Sala respectiva, en el término de diez días, verificará que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, término que correrá a partir del momento en que el expediente se encuentre al despacho.

Si la Sala declara inadmisibles o rechaza la acción, remitirá el caso a la Secretaría General para el archivo de la causa y la devolución del expediente al juez, sala o tribunal de origen.

Art. 36.- Documentación certificada.- En la acción extraordinaria de protección, la judicatura, sala o tribunal ante la que se presente esta acción, deberá obtener copias certificadas de las sentencias o autos definitivos y de las demás piezas procesales necesarias para su ejecución, para que el juez de instancia haga cumplir lo resuelto en la sentencia o auto definitivo, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 21 y 62, inciso penúltimo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 37.- Informes.- La jueza o juez ponente, o el Pleno, para mejor resolver, podrá solicitar informe a la jueza o juez de la instancia donde presuntamente se produjo la vulneración del derecho, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 38.- Audiencia.- La jueza o juez ponente podrá señalar día y hora para la realización de la audiencia, cuando lo considere necesario.

Efectuada la audiencia o no, la jueza o juez ponente elaborará el proyecto de sentencia, el que remitirá a la Secretaría General para conocimiento y resolución del Pleno.

Art. 39.- Sentencia.- El Pleno de la Corte Constitucional, una vez que Secretaría General haya notificado a las partes con la recepción del proceso para su conocimiento y decisión, emitirá su sentencia en el término máximo de 30 días, que se contarán de conformidad con lo establecido en el Art.8 de este Reglamento.

⁹⁷ Carolina Garcés Peralta, "Amparo contra resoluciones judiciales: amparo vs. amparo", en *Lecturas Constitucionales Andinas 3*, Lima, Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1994, p. 213, señala:

"... En consecuencia, de existir una violación de un derecho humano por parte de una decisión de un órgano judicial, cabría la procedencia de una acción de amparo contra dicha decisión a fin de reparar el derecho vulnerado.

...Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter excepcional del amparo, y el peligro que implica permitir su procedencia contra resoluciones judiciales, sobre todo en sistemas donde la administración de justicia se encuentra en crisis, y se busca recurrir a él como una suerte de última instancia, es que consideramos conveniente que se establezcan criterios a nivel legislativo y/o jurisprudencial a fin de evitar la proliferación de amparos contra decisiones judiciales..."

En este sentido en el sistema español la doctrina constitucional ha planteado la necesidad de establecer la *admisión en procesos constitucionales* para establecer la *vialidad formal y material* incluso mediante *inadmisión liminar* es decir en primera providencia⁹⁸. En el sistema colombiano conforme la jurisprudencia constitucional se planteó el establecimiento de *presupuestos formales y materiales* para determinar si el vicio de la providencia judicial es grave y evidente para la procedibilidad de la *acción de tutela por vía de hecho*⁹⁹. En el sistema ecuatoriano se delineó que la *acción extraordinaria de protección* no debe ser incondicionada sino *reglada y excepcional* sujeta a una *estricta regulación legal y jurisprudencial* como el caso español y colombiano¹⁰⁰.

La regulación de la etapa de admisión en la acción extraordinaria de protección se justifica de la particular realidad jurídica de nuestro país, caracterizada lamentablemente por una incorrecta utilización de las acciones y de los recursos, y se impone a fin de esclarecer que ésta no se constituye en “*última instancia*” de las decisiones judiciales de la justicia ordinaria.

⁹⁸ **Pablo Pérez Tremps**, “*La admisión en los procesos constitucionales*”, en Pablo Pérez Tremps (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Número 12 de la Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea, y Tribunal Constitucional del Ecuador, Editora Nacional, 2005, p. 103, señala:

“...los órganos encargados de administrar justicia constitucional deben poder valorar de manera liminar la viabilidad formal y material de una demanda constitucional, partiendo de los tres datos ya indicados: base legal para ello, intereses subjetivos en juego y trascendencia objetiva del asunto...”

⁹⁹ **Néstor Raúl, Correa Henao**, “Derecho Procesal de la Acción de Tutela”, Segunda Parte “De los Presupuestos de Fondo de la Tutela” y Capítulo Especial “La Tutela Contra Providencias Judiciales” Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 73, señala:

“...Una vez vistos los aspectos conceptuales de la acción de tutela, a continuación se estudian los presupuestos de mérito de este mecanismo, es decir, las condiciones indispensables para que ella termine en una decisión favorable. La Corte Constitucional ha dicho que *las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela hacen parte de su núcleo fundamental* (Sentencia C-531 de 1993).

Estos presupuestos de fondo son los tres siguientes: que se trate de un derecho constitucional, que ese derecho sea vulnerado o amenazado y que no hay otro medio de defensa judicial. Al final como un capítulo singular, se hará una especial referencia al tema de la tutela contra providencias judiciales.

...Podemos definir como vía de hecho en materia de tutela el error o vicio grave y evidente de las providencias judiciales que viola de manera inminente derechos constitucionales fundamentales.”

¹⁰⁰ **Agustín Grijalva**, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Número 2 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, octubre de 2008, pp. 272, señala:

“...En efecto, la propuesta constituyente apunta a una estricta regulación de tal atribución, y la Corte Constitucional independiente y profesional que la nueva Constitución busca regularla adicionalmente esta facultad mediante su propia jurisprudencia... A estas regulaciones habrá que agregar las que desarrolle la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional en relación a plazos y otros requisitos que posibiliten un razonable y adecuado funcionamiento de la institución. En definitiva esta atribución de la Corte Constitucional no es absoluta o incondicionada, sino que más bien, tendrá un carácter reglado y excepcional.

De hecho, la estricta regulación legal y jurisprudencial de este tipo de control, y no su exclusión, ha sido la solución que se ha implementado en países como Colombia, Perú o España...”

Es así que en la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición (página web <http://www.corteconstitucional.gob.ec>), desde el 20 de octubre de 2008 al 31 de diciembre de 2010, han ingresado en total 2917 casos de acción extraordinaria de protección (cada caso es numerado de la siguiente forma 0001-08-EP,etc.).

De los 2917 casos ingresados:

- 64 casos ingresaron en el periodo del 20 de octubre al 31 de diciembre de 2008.
- 975 casos ingresaron en el periodo del 05 de enero al 31 de diciembre de 2009.
- 1878 casos ingresaron en el periodo del 04 de enero al 31 de diciembre de 2010 (denotando un incremento de interposiciones).

De los 2917 casos ingresados:

- 811 causas se encuentran en trámite
- 2106 procesos están concluidos.

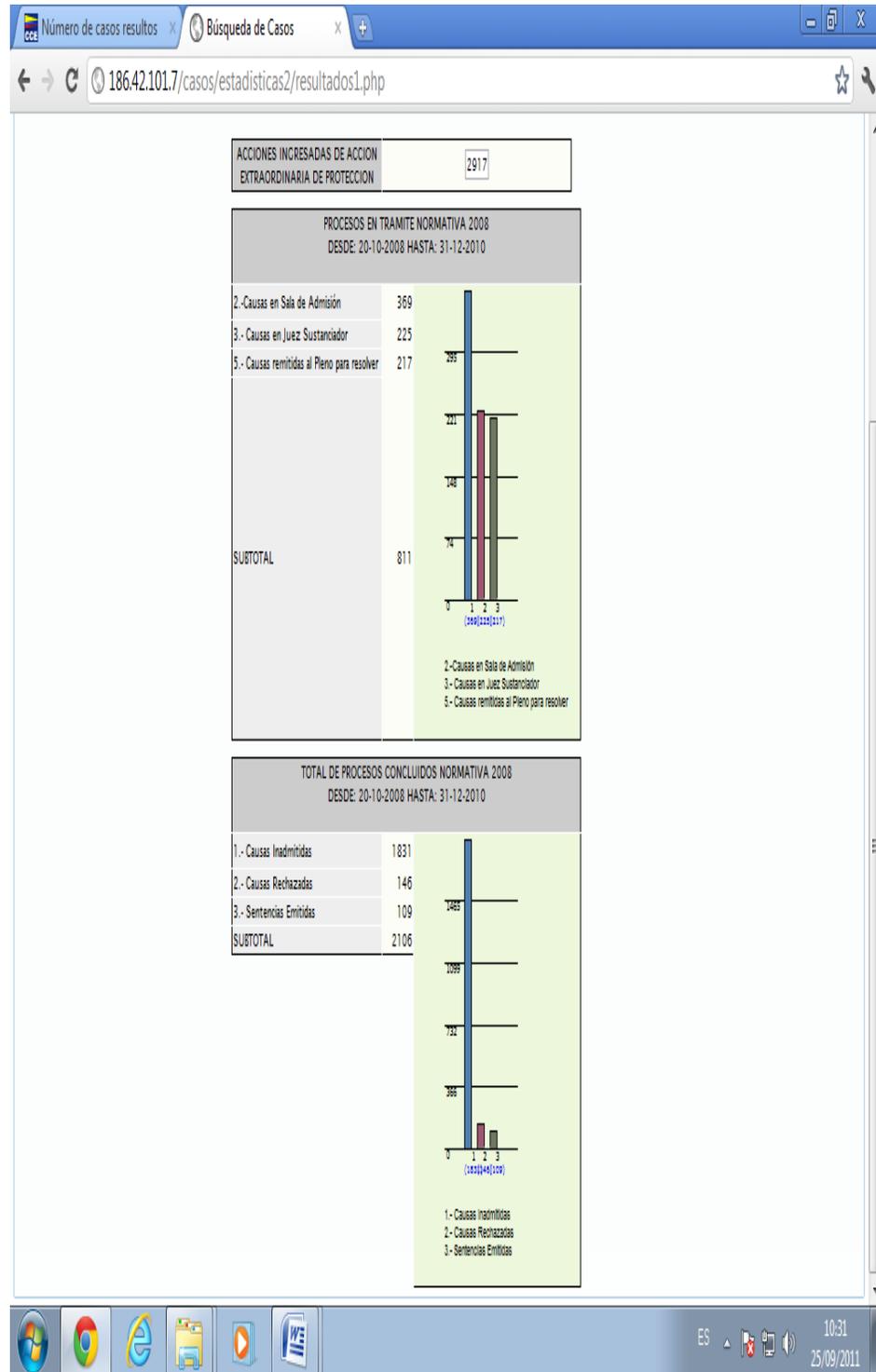
De las 811 causas en trámite:

- 369 casos están en la Sala de Admisión.
- 225 procesos se encuentran con el Juez Sustanciador.
- 217 causas han sido remitidas al Pleno para ser resueltas.

De los 2106 procesos concluidos:

- 1831 causas fueron inadmitidas por inadmisión liminar o de plano es decir en la primera providencia de la Sala de Admisión (87%).
- 146 causas fueron rechazadas por haberse presentado la acción fuera del término legal o por no completar la demanda dentro del término de 5 días (7%).
- 109 sentencias fueron emitidas luego de que el caso fue admitido, sustanciado y remitido al Pleno para que dicte la sentencia (6%).

Como se aprecia en la siguiente gráfica:



Tratándose de las providencias de inadmisión liminar o de plano que alcanzan 1831 casos, se puede establecer algunos criterios jurisprudenciales aplicados por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el periodo de transición, tales como: que la acción involucra cuestiones de *legalidad* (auto de 25 de marzo de 2010 en el caso 0001-10-EP)¹⁰¹; que la garantía atañe una cuestión que carece de *relevancia constitucional* (auto de 30 de marzo de 2010 en el caso 0047-10-EP)¹⁰²; que el accionante pretende volver a discutir un *asunto de la justicia ordinaria* (auto de 07 de abril de 2010 en el caso 0975-09-EP)¹⁰³; que la impugnación se limita únicamente a *lo injusto o equivocado* de la resolución judicial (auto de 13 de abril de 2010 en el caso 0198-10-EP)¹⁰⁴; que el accionante *no argumenta* el derecho constitucional violado (auto de 02 de junio de 2010 en el caso 0618-10-EP)¹⁰⁵; que la acción se interpone confundiéndola con otra *instancia* (auto de 07 de junio de 2010 en el caso 0138-10-EP)¹⁰⁶; y que

¹⁰¹**Caso 0001-10-EP** Auto de admisibilidad de 25 de marzo de 2010 a las 18h06 disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/35dea42f-9a82-4a0a-83b7-35ebf2530deb/0001-10-EP-sa.pdf>

"...El Art. 62 ibídem, prevé los requisitos para la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección establece. En la especie el numeral primero manifiesta que "exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso"; el numeral segundo de la norma invocada dispone "que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión"; el numeral tercero determina "que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado sentencia"; el numeral cuarto expresa "que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley"...De la revisión de la demanda se desprende que la accionante solicita que mediante sentencia de la Corte Constitucional se deje sin efecto la sentencia recurrida fundamentando la misma en consideraciones de orden legal...lo que evidencia que la accionante pretende que esta Corte conozca sobre asuntos de legalidad...".

¹⁰²**Caso 0047-10-EP** Auto de admisibilidad de 30 de marzo de 2010 a las 09h56 disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a30552ef-a952-4d1d-b64b-aa8dcf9f558e/0047-10-EP-sa.pdf>

"...Dentro de su solicitud el accionante no demuestra mediando una adecuada argumentación el derecho violado, ni justifica argumentadamente, la relevancia del problema jurídico y de la pretensión...".

¹⁰³**Caso 0975-09-EP** Auto de admisibilidad de 07 de abril de 2010 a las 10h45 disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/685b1c8f-326c-4529-b1fb-f7eb2ddfcef1/0975-09-EP-sa.pdf>

"...Del texto de la demanda se evidencia que los accionantes intentan utilizar esta vía constitucional que es excepcional para volver a discutir un asunto que fue conocido y resuelto en la justicia ordinaria...".

¹⁰⁴**Caso 0198-10-EP** Auto de admisibilidad de 13 de abril de 2010 a las 15h11 disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3716bff0-c0d3-441e-b01d-59e2fa91e70a/0198-10-EP-sa.pdf>

"...no existe un argumento claro sobre los derechos vulnerados y su relación directa e inmediata con la resolución emitida por la autoridad judicial. El principal fundamento del accionante se limita a consideración de lo injusto y equivocado de la resolución judicial...".

¹⁰⁵**Caso 0618-10-EP** Auto de admisibilidad de 02 de junio de 2010 a las 12h19 [tp://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9bff378f-ee72-420d-b55e-233b02673761/0618-10-EP-sa.pdf](http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9bff378f-ee72-420d-b55e-233b02673761/0618-10-EP-sa.pdf)

"...Dentro de su solicitud el accionante no demuestra mediando una adecuada argumentación el derecho violado... Se verifica que no existe la presencia de los presupuestos establecidos en el artículo 62 numerales 1, 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la procedencia de la presente acción. En tal virtud, la pretensión jurídica no se ajusta a los requisitos de la acción extraordinaria de protección...".

¹⁰⁶**Caso 0138-10-EP** Auto de admisibilidad de 07 de junio de 2010 a las 16h20 disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/611cc0ef-1f33-4a03-9d3d-0859e1cc9c35/0138-10-EP-sa.pdf>

"...Del análisis de la demanda y la revisión del proceso, la Sala concluye sin mayor esfuerzo que los comparecientes confunden el objeto de la acción extraordinaria de protección, al pretender que esta Corte actúe como otra instancia dentro de la acción de protección cuyas sentencias les fueron desfavorables, lo cual es ajeno a la naturaleza de la presente acción...".

la garantía se ha interpuesto de fuera del término legal es decir de forma *extemporánea* (auto de 07 de junio de 2010 en el caso 0101-10-EP)¹⁰⁷.

Respecto de los casos en los que la Corte Constitucional para el periodo de transición, ha admitido a trámite la acción extraordinaria de protección, se evidencia que la Sala de Admisión señala que *cumple con los requisitos* y que dicha *admisión no implica un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones* (auto de 07 de junio de 2010 en el caso 0005-10-EP).¹⁰⁸

Con relación a las 109 sentencias emitidas, aproximadamente 37 sentencias se han expedido en el año 2009 (de la 001-09-SEP-CC a la 037-09-SEP-CC); y 72 sentencias se ha expedido en el año 2010 (de la 001-10-SEP-CC a la 072-10-SEP-CC).

Luego de esta aproximación general, se pueden advertir tres situaciones puntuales sobre esta garantía jurisdiccional: 1) Las acciones extraordinarias de protección que *son inadmitidas de plano o liminarmente* (que alcanzan un 87%) denotan una aplicación estricta de los presupuestos de admisibilidad; 2) Las acciones extraordinarias de protección que son *rechazadas* por no completarse en el término normativo (que alcanzan un 7%) evidencian que los interponentes no argumentan constitucionalmente; y, 3) Las acciones extraordinarias de protección que siendo admitidas, sustanciadas y *han merecido sentencia* (que alcanzan un 6%), evidencian cuando son negadas que la admisión no implica un pronunciamiento en el fondo de las pretensiones, y cuando son aceptadas que la argumentación constitucional ha sido contundente para la efectividad de esta garantía, que concedida permite a la Corte Constitucional establecer criterios y parámetros para la operación de este mecanismo de control constitucional extraordinario y excepcional de las decisiones judiciales.

¹⁰⁷**Caso 0101-10-EP** Auto de admisibilidad de 07 de junio de 2010 a las 16h45 disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ceacf4-ba60-4bc3-beb3-263fb59d93b1/0101-10-EP-sa.pdf> “...La hoy demandante concurre ante esta Corte Constitucional y presenta su demanda de acción extraordinaria de protección...fuera del término previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional...”.

¹⁰⁸**Caso 0005-10-EP** Auto de admisibilidad de 07 de junio de 2010 a las 16h09 disponible en: <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8fea5b7b-548f-417c-891b-c9abda9e7275/0005-10-EP-sa.pdf> “...El Art. 62 ibídem, prevé los requisitos para la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección. Esta Sala considera que en aplicación de las normas referidas en los considerandos anteriores, la presente demanda de acción extraordinaria de protección reúne los requisitos de procedibilidad establecidos en la Constitución de la República, así como los requisitos formales exigidos para la presentación de la demanda previstos en el Art. 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo expuesto y sin que esto implique un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones, se ADMITE a trámite...”.

Al respecto en la jurisprudencia comparada la operación del control constitucional de decisiones judiciales es efectivamente extraordinaria y excepcional, así como lo señala Pablo Pérez Tremps al exponer que en el Tribunal Constitucional español "...La inmensa mayoría de los recursos de amparo resultan inadmitidos a trámite (en torno al 95% de los interpuestos). Ello se debe a que el art. 50 LOTC permite decretar la inadmisión de demanda no sólo por existencia de vicios procesales, falta de legitimación, falta de agotamiento de la vía judicial previa, o falta de invocación del derecho en dicha vía judicial, etc....También cabe inadmitir por razones de fondo, tales como que el Tribunal Constitucional ya hubiere desestimado asuntos similares o que la demanda carezca de contenido constitucional...". Este autor además aporta en el anexo "Resoluciones dictadas que ponen fin a asuntos" como dato que en el año 2005 se emitieron en relación a los casos de amparo ingresados un 5,44% de sentencias.¹⁰⁹

En suma la admisibilidad y aceptación estricta deriva de la naturaleza de este mecanismo, que no es la de superponerse a la justicia ordinaria, sino de adecuarla al marco constitucional cuando haya violado derechos constitucionales (nótese que en el sistema español la inadmisión es del 95% y la emisión de sentencias del 5%, en tanto que el sistema ecuatoriano la inadmisión es del 94% -sumando 87% de inadmisión liminar y 7% de rechazo- y la emisión de sentencias es del 6%).

Cabe señalar que en el sistema español la aceptación de este mecanismo se debe mayoritariamente por casos de violación del *debido proceso* y a la *tutela judicial* debido a que son derechos de índole constitucional que tiene mayor relación con un proceso judicial, que han sido recogidos en una misma disposición, el Art. 24 de la Constitución española CE¹¹⁰; norma que ha sido objeto de múltiples análisis, entre ellos: el expuesto por Joan Picó i Junoy quien por una parte expone que puesto que "el art. 24 CE es, con mucha distancia respecto de los demás,

¹⁰⁹ Pablo Pérez Tremps, "Los procesos constitucionales .La experiencia española", Lima, Palestra, noviembre de 2006, p. 136 y 173.

¹¹⁰ Constitución española

Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. **2.** Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

el precepto más invocado por el recurrente...es necesario examinar detenidamente la doctrina jurisprudencial de su máximo intérprete, esto es, del Tribunal Constitucional”¹¹¹ y por otra parte refiere que “La Constitución Española (CE), en su artículo 24, recoge toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, como el punto de referencia de todo el ordenamiento procesal”¹¹²; y el presentado por José de la Mata Amaya y Fernando Pastor López que analizan la jurisprudencia respecto de la tutela judicial y garantías constitucionales del proceso puesto que “...los problemas relativos al artículo 24.1 CE...han venido ocupando en buena medida la atención del Tribunal, en especial en la resolución de recursos de amparo”¹¹³.

En el sistema ecuatoriano ocurre algo similar, ya que de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional para el periodo de transición, se deduce que estos *derechos de protección* son los más invocados. Así accediendo al sistema de consulta de casos, búsqueda avanzada, dentro de las acciones extraordinarias de protección concluidas, constan 22 referentes al debido proceso, 17 relacionadas a la tutela judicial, a diferencia por ejemplo de las 4 relativas a los derechos de participación.¹¹⁴

Siendo entonces el debido proceso y la tutela judicial los derechos más invocados por los accionantes en la acción extraordinaria de protección, y los que han merecido mayor análisis por parte de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, en el tercer capítulo de esta tesis se analizarán 27 sentencias cuyo contenido relativo a estos derechos de protección, permite la estructuración de los presupuestos formales y sustanciales (véase al final del capítulo tres un cuadro que analiza sintéticamente los elementos de las sentencias).

¹¹¹ **Joan Picó i Junoy** “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1997, pp. 32 y 39.

¹¹² **Joan Picó i Junoy**, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en Eduardo Ferrer Mac-gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo X Tutela Judicial y Derecho Procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, p.527.

¹¹³ **José de la Mata Amaya y Fernando Pastor López**, “El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso”, en *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 273.

¹¹⁴ **Página web** de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición: http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=2

2.2.2.- Acción y presupuestos (condiciones constitucionales y requisitos legales).

En el Ecuador la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección genera un proceso constitucional sujeto a condiciones constitucionales (Arts. 94 y 437 de la CRE) y requisitos legales (Arts. 58, 59, 60, 61 Nros. 1 a 6, y 62 Nros. 1 a 6 de la LOGJCC).

Estas condiciones y requisitos son examinados por Agustín Grijalva de la siguiente manera:

“...La Constitución de 2008 en su artículos 94 y 437 crea un amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección.

...El artículo 94 de la Constitución establece que este recurso procede cuando mediante autos o sentencias definitivos se han violado derechos constitucionales. El artículo 437 agrega que las resoluciones con fuerza de sentencia, hace mención especial del derecho al debido proceso entre los derechos protegidos sin excluir los demás derechos.

... el recurso debe reflejarse en una estricta regulación legal y jurisprudencial de su admisibilidad. Esta debe incluir como de hecho en parte incluye la nueva Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional entre otros requisitos: términos perentorios para su interposición, incidencia directa del auto o resolución judicial cuestionada sobre el sentido de la sentencia, alegación oportuna de la violación constitucional en el curso del proceso, e imputabilidad directa de la violación constitucional a la actuación u omisión del juez u órgano judicial. Tales condiciones han sido establecidas en otras legislaciones y han mejorado ostensiblemente el funcionamiento de la institución.”¹¹⁵

En suma la admisión y aceptación de la acción extraordinaria de protección implica una revisión técnico-jurídica de varios elementos que previstos normativamente deben ser correctamente aplicados, a fin de no restringir la garantía ni tampoco permitir su abuso.

Es así que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el periodo de transición, ha determinado que la acción extraordinaria de protección se sujeta a condiciones *constitucionales* y *requisitos legales* que configuran *presupuestos formales* y *sustanciales*, mediante autos de admisibilidad emitidos el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP¹¹⁶ en los que señaló lo siguiente:

¹¹⁵ Agustín Grijalva Jiménez, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 662 y 663.

¹¹⁶ 1566-10-EP <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3218489e-8da4-4e93-a319-804cd9ff7062/1566-10-EP-sa.pdf>
1657-10-EP <http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c46fd0ee-c28c-431c-85b7-110a38999a90/1657-10-EP-sa.pdf>

“...La garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección genera un proceso constitucional sujeto a las condiciones constitucionales... y requisitos legales... es decir cuenta con presupuestos formales y sustanciales.

Los presupuestos formales contemplan: la legitimación activa, la legitimación pasiva y la oportunidad.

La legitimación activa de la acción extraordinaria de protección la tiene la persona titular del derecho constitucional vulnerado, individual o colectiva, que ha o haya debido ser parte en un proceso (Art. 94 inciso segundo parte final y Art. 437 inciso primero de la Constitución, Art. 59 y Art. 61 No. 1 de la LOGJCC)....

La legitimación pasiva de la acción extraordinaria de protección recae en el órgano judicial -jueza, juez, judicatura, sala, tribunal- que por acción u omisión incurre en una violación constitucional en el juzgamiento (Art. 94 inciso primero y Art. 437 No. 2 de la Constitución, Art. 61 No. 4 de la LOGJCC)...

La oportunidad se determina en el sentido de que la violación constitucional ocurrida en el juzgamiento debe ser oportunamente alegada, contándose con el término de 20 días para la interposición de la acción extraordinaria de protección...

...Los presupuestos sustanciales abarcan: la materia u objeto, la relevancia constitucional y la procedibilidad.

La materia u objeto de la acción extraordinaria de protección dice relación a la violación constitucional por acción u omisión del órgano judicial del derecho constitucional al debido proceso u otro derecho constitucional ocurrida durante un proceso judicial (Art. 94 inciso primero y Art. 437 No. 2 de la Constitución, Art. 58 y Art. 61 números 5 y 6 de la LOGJCC).

La relevancia constitucional consiste en que dicha violación o vulneración del derecho constitucional debe constar en la acción extraordinaria de protección debidamente argumentada y relacionada directa e inmediatamente con la acción u omisión del órgano judicial, en el sentido de evidenciar que el problema jurídico contiene relevancia constitucional, es decir que no se agota solamente en la consideración de que la decisión judicial impugnada es injusta o equivocada, que no ha aplicado o ha aplicado de forma errónea la ley, o que el órgano judicial no ha apreciado correctamente la prueba. (Artículos 62 números 1, 2, 3, 4 y 5 de la LOGJCC).

La procedibilidad se refiere a que la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia firmes o ejecutoriados, por agotamiento de 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, o se demuestre que sean ineficaces o inadecuados (Art. 94 incisos primero y segundo y Art. 437 inciso primero y número 1 de la Constitución, Art. 61 No. 3 de la LOGJCC)...”.

CAPITULO III. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.

En el tercer capítulo de esta tesis, se establecerá la configuración normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los *presupuestos formales* (legitimación activa, legitimación pasiva y oportunidad) y de los *presupuestos sustanciales* (materia u objeto, procedibilidad, y relevancia constitucional) y se analizará estos *criterios y parámetros* para admitir y aceptar en sentencia la acción extraordinaria de protección ante casos de violación de los derechos constitucionales de protección al debido proceso y tutela judicial dentro de un proceso judicial.

Es decir la jurisprudencia constitucional se analizará bajo el enfoque de los *presupuestos formales y sustanciales*, para desentrañar la naturaleza de esta garantía jurisdiccional establecida como mecanismo de control constitucional de los órganos jurisdiccionales (entendidos como órganos de poder público cuya potestad jurisdiccional emana del pueblo), que tienen el deber constitucional de ser garantes de los denominados derechos de protección dentro de un proceso judicial (específicamente del debido proceso y la tutela judicial), cuya violación procesal implica una inconstitucionalidad que debe declararse y reparar.

Cabe señalar que de modo general los *presupuestos procesales* son elementos para iniciar la acción, proseguir el proceso y culminar en sentencia de mérito, formales en cuanto determinan la interposición oportuna por el legitimado activo dirigida al legitimado pasivo, y sustanciales en atención a la procedibilidad y la procedencia de fondo, debiéndose tener presente que los *derechos procesales* se ejercen conforme a *presupuestos* que partiendo de *condiciones constitucionales* alcanzan una *configuración legal*, la misma que no puede restringir su contenido esencial, como sostiene Joan Picó i Junoy que siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español expone que:

“...Por ello no cabe deducir la existencia de un derecho incondicionado y absoluto a la prestación jurisdiccional; de igual modo, este derecho no podrá ejercitarse al margen de los causes y del procedimiento legalmente establecidos (STC 55/1997 de 17 de marzo y otras)

En este sentido, el TC nos recuerda que los requisitos y presupuestos legalmente establecidos no responden al capricho puramente ritual del legislador sino a la necesidad de ordenar el proceso a través de ciertas formalidades establecidas en garantía de los derechos e intereses legítimos de las partes (STC 123/1996 de 8 de julio y otras)

En la configuración legal de este derecho, el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la jurisdicción (STC 112/1997 de 3 de junio y otras). No obstante, ni el legislador puede poner obstáculos a este derecho que no respeten su contenido esencial, ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones a su alcance, ya que *sólo por Ley* puede regularse (STC 174/1995 de 23 de noviembre y otras)...”¹¹⁷

En suma los presupuestos de la acción extraordinaria de protección condensan aquellos elementos deben tener en cuenta los accionantes, los profesionales de derecho, y los operadores jurídicos en general en el momento de interponer esta acción, para lo cual resulta necesario interrelacionar la normativa constitucional y legal prevista, que comentada por la doctrina autorizada, ha sido finalmente aplicada en la jurisprudencia constitucional que ha aceptado la acción, todo ello seguido del correspondiente análisis para arribar a la configuración de dichos presupuestos, como se muestra a continuación.

3.1.-Configuración normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los presupuestos formales.

Los *presupuestos formales* de la acción extraordinaria de protección atañen condiciones constitucionales y requisitos legales referidos a cuestiones eminentemente procesales que permiten su admisión inicial, como: la aptitud para interponer la acción (*legitimación activa*), la capacidad para ser destinatario de la misma (*legitimación pasiva*), y la temporalidad para interponerlo *a manera de un recurso* que genera un proceso autónomo de índole constitucional (*oportunidad*); requerimientos que aún dada la admisión podrían ser verificados en sentencia puesto que el examen de admisibilidad inicial no es un pronunciamiento sobre el fondo.

3.1.1.- Legitimación activa (toda persona que ha sido parte de un proceso o haya debido serlo).

¹¹⁷ Joan Picó i Junoy “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1997, pp. 42 y 43.

La Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 en el Art. 10 primer inciso determina que las personas son titulares de los derechos, en el Art. 86 No. 1 dispone que las personas pueden proponer garantías jurisdiccionales, y en el Art. 94 segundo inciso parte final y Art. 437 primer inciso primera parte tratándose de la acción extraordinaria de protección identifica a las personas y ciudadanos como legitimados activos para presentar esta acción.¹¹⁸

La Corte Constitucional para el periodo de transición en la Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009, Sentencia No. 011-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009, y Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 06 de agosto de 2009, estableció dentro de los parámetros de la acción extraordinaria de protección que la misma tiene un triple carácter jurídico: *derecho, garantía y acción*, estatuida en el nuevo régimen constitucional para proteger los derechos constitucionales *de todas las personas*.¹¹⁹

En la Sentencia No. 024-09-SEP-CC de 29 de septiembre de 2009 se profundizó que la legitimación activa de la acción extraordinaria de protección comprende a *todas las personas*

¹¹⁸ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 10.- Primer inciso.-Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

Art. 94.- Segundo inciso.- Parte final.- 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.

Art. 437.- Primer inciso.- Primera parte.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

¹¹⁹ Sentencia No. 007-09-SEP-CC (RO -S- 602 de 01 de junio de 2009), Sentencia No. 011-09-SEP-CC (RO -S- 637 de 20 de julio de 2009) y Sentencia No. 019-09-SEP-CC (RO 18 de 03 de septiembre de 2009):

"...Con el surgimiento del neoconstitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos constitucionales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Social y Democrático de los Derechos, donde se reconocen la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales para que todos los derechos sean para todas las personas.

...la Acción Extraordinaria de Protección establecida en el Art. 94 de la Norma Suprema, edifica una múltiple garantía de protección a favor de la víctima de violación de derechos constitucionales o del debido proceso, bien sea por la acción u omisión en sentencias o autos definitivos dictados por un órgano de la Función Judicial; por ende, cuando se refiera a un derecho constitucional violado por acción u omisión, su reclamo de tutela debe plantearse ante una instancia diferente de la que expidió el fallo presuntamente infractor; esto es que, en el caso de sentencias judiciales, la instancia distinta a la función Judicial, la competente es la Corte Constitucional.

...Vale decir que la acción extraordinaria de protección se configura como un verdadero derecho constitucional para reclamar y/o exigir una conducta de obediencia y acatamiento estricto a los derechos constitucionales de los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales.

...Es por ende una acción constitucional para proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos constitucionales que han sido violados o afectados por la acción u omisión en un fallo judicial (sentencia o auto definitivo) dictado por un juez."

naturales o jurídicas, públicas o privadas, como *sujetos de procesos judiciales*, es decir *partes procesales*.¹²⁰

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional LOGJCC promulgada el 22 de octubre de 2009 en el Art. 9 primer inciso literal a) e inciso final determina que la legitimación activa de las garantías jurisdiccionales le corresponde a cualquier persona conforme la propia regla específica para la acción extraordinaria de protección, indicando en el Art. 59 y en el Art. 61 No.1 que la calidad de accionante de ésta acción le corresponde a la persona que ha sido parte procesal o debió serlo.¹²¹

Agustín Grijalva sobre el Art. 59 y Art. 61 No. 1 de la LOGJCC sostiene que dichas disposiciones enfatizan que la persona para accionar esta garantía debe haber tenido efectivamente legitimidad como parte en un proceso (parte procesal) o debió haberla tenido (excluido).¹²²

¹²⁰**Sentencia No. 024-09-SEP-CC (RO -S- 47 de 15 de octubre de 2009):**

“...Con relación a este apartado, es indispensable plasmar una interpretación integral de la Constitución identificando los siguientes cambios estructurales: *i*) no existe división de los derechos constitucionales, todos son exigibles (Art. 3.1 CRE); *ii*) si bien el artículo 437 habla de todo ciudadano, éste debe ser leído de forma integral en relación con los artículos: 10 “Las personas [...] gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” y 86.1 “cualquier persona [...] podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”; *iii*) de no ser así, se estaría restringiendo el acceso gratuito a la justicia de cualquier persona o grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad y a exigir de ella el cumplimiento de las garantías constitucionales que se expresan en el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 86.1 CRE); y, *iv*) en este sentido, la justicia constitucional debe ser entendida en el marco de su contexto e integridad (Art. 428 CRE).
El principio de acceso a la justicia, identificado en el artículo 86.1 de la Constitución de la República, es claro: “cualquier *persona*, grupos de *personas*, comunidad, pueblo nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”

...¿Por qué la Acción Extraordinaria de Protección es una acción prevista para el ejercicio de todas las personas? Porque busca revisar los autos y sentencias que son parte de un proceso judicial. El derecho al debido proceso contiene en sí el derecho a la igualdad en el proceso.

...A la luz de estos parámetros Constitucionales y de los Derechos Humanos, queda claro que -por ciudadanos que acceden a la justicia- debe entenderse a todas las personas. De esta forma se considera que se debe tomar en cuenta lo siguiente: *i*) que las personas en general tienen pleno derecho de acceder a la Acción Extraordinaria de Protección, siempre y cuando se cumplan los parámetros establecidos en el artículo 437.1 de la Constitución de la República; *ii*) Las personas jurídicas de derecho público y privado son también sujetas de procesos judiciales, para quienes también les son aplicables los principios de igualdad en el proceso y acceso efectivo a la justicia.”

¹²¹ **LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)**

Art. 9.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado

(...) En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.

Art. 59.- Legitimación activa.- La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial.

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

1. La calidad en la que comparece la persona accionante.

¹²²**Agustín Grijalva**, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Número 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 667 señala:

“...En cuanto a estos requisitos, establecidos en el artículo 61, tenemos:

En la Sentencia No. 016-10-SEP-CC de 29 de abril de 2010 se estableció que la legitimación activa corresponde a la parte procesal que actuó en el proceso o que debió haber actuado como parte procesal pero que se vio imposibilitada de hacerlo, conforme el Art. 59 de la LOGJCC.¹²³

En la Sentencia No. 055-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010 consta en el Primer Voto Concurrente sobre la legitimación activa de la acción extraordinaria de protección, que ésta es establecida no sólo para personas naturales sino también para personas jurídicas inclusive las *instituciones públicas* en aplicación de la *igualdad procesal*.¹²⁴

a) Establecer la calidad en que comparece la persona accionante.- Esta calidad según el artículo 59 de la misma Ley no puede ser sino: 1) la de haber sido efectivamente parte en un proceso judicial 2) la de haber tenido que ser, sin haberlo sido efectivamente, parte en un proceso judicial. Nótese en este segundo caso se da la posibilidad de accionar a terceros que han sido indebidamente afectados y excluidos de un proceso judicial en el cual por su interés o derechos tenían legitimidad procesal. En todo caso el tercero excluido debe ser titular de un derecho constitucional violado, pues este es en todos los casos el objeto de la acción según el artículo 58. También se admite en el artículo 59 que comparezca, a nombre de estas personas, un procurador judicial.”

¹²³ **Sentencia No. 016-10-SEP-CC (RO -S- 202 de 28 de mayo de 2010):**

“...El artículo 8, punto 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos fundamenta el contenido de este derecho constitucionalmente reconocido, al establecer que: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

Este derecho, por tanto, tiene como objetivo una justicia efectiva, en tanto permite que las personas puedan acceder al sistema judicial del país, que en la tramitación de la causa se cumplan reglas del debido proceso y que puedan obtener una sentencia basada en derecho, es decir, libre de arbitrariedad. Estas premisas, sin embargo, no solo pueden ser aplicadas en relación a quien participa de un proceso judicial, ya como demandante, ya como demandado, pues puede suceder que alguna persona, debiendo ser parte del mismo, ha dejado de participar en el proceso por diversas causas, como cuando no se notifica con la demanda al demandado o cuando se sigue un proceso en que se definen derechos de terceras personas sin su conocimiento, casos en los que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

...Ha alegado... que al no haber sido parte del proceso... no se encontraba legitimado para interponer la acción. Al respecto, el análisis realizado por la Corte en las consideraciones anteriores constituye el fundamento que permite desechar tal alegación, más aún, es necesario señalar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha solucionado definitivamente el asunto, al facultar, en el artículo 59, la presentación de la acción a quienes hayan sido o debido ser parte de un proceso.”

¹²⁴ **Sentencia No. 055-10-SEP-CC, Primer Voto Concurrente (RO -S- 359 de 10 de enero de 2011):**

“...Ciertamente sobre el tema existe un debate latente en la actualidad, con posiciones opuestas. Para unos, los derechos fundamentales que consagra la Constitución son únicamente para las personas naturales; otros agregan que también cabe la inclusión de las jurídicas, entre éstas, las fundaciones y corporaciones; y, un tercer sector que reconoce también como sujetos de garantías a las instituciones públicas, muchas de las cuales son reconocidas por ley como entes con personalidad jurídica.

...Está dicho antes que el paradigma constitucional actual, comprende también los mecanismos que permitan hacer efectivos los derechos constitucionales. El legislador constituyente, recogió experiencias pasadas, introdujo en el texto constitucional los principios atinentes al ejercicio de esos derechos. Tales se encuentran en el Art. 11 de la misma. De la lectura general de estos principios puede colegirse plenamente que la aplicación de éstos no son para la invocación únicamente de las personas naturales, sino también para las otras especies.

Es justamente dentro de este marco que debe comprenderse la acción extraordinaria de protección, si se lee el texto de la norma que la crea, esto es, el Art. 94 de la Constitución...No es necesario mayor esfuerzo mental para deducir que la disposición que contiene la institución es amplia, amplísima, en cuanto a quien puede ser titular de la acción.

De acuerdo a las ideas expuestas antes, no cabe discusión en cuanto a que las personas jurídicas y las instituciones públicas pueden ser sujetos o titulares de derechos; pero al igual que tienen esa garantía, no puede de manera alguna privárseles del derecho a ser titulares del ejercicio de la acción para hacerlos valer, esto es, que desde el punto de vista de la relación procesal, no puede ser únicamente sujeto pasivo, sino que también es posible que se presente como sujeto activo; tal afirmación tiene de su lado, además, un principio intrínseco a toda vinculación procesal, la igualdad de las partes en el procedimiento.”

En la Sentencia No. 068-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 se expuso que a las personas jurídicas incluso las del Estado, no les corresponde todos los derechos constitucionales pero si los atinentes a su naturaleza.¹²⁵

En la Sentencia No. 070-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 se reiteró que la legitimación activa de esta acción corresponde a cualquier persona que ha sido o debió ser parte procesal conforme el Art. 59 de la LOGJCC.¹²⁶

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional emitió autos de admisibilidad el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP configurando el presupuesto de la legitimación activa del siguiente modo:

“La legitimación activa de la acción extraordinaria de protección la tiene la persona titular del derecho constitucional vulnerado, individual o colectiva, que ha o haya debido ser parte en un proceso (Art. 94 inciso segundo parte final y Art. 437 inciso primero de la Constitución, Art. 59 y Art. 61 No. 1 de la LOGJCC)”.

Análisis.-La legitimación activa de la acción extraordinaria de protección, desde una lectura aislada podría generar una aparente dicotomía, en especial cuando esta garantía es interpuesta por las instituciones públicas, bajo el entendido que los titulares de los derechos son las personas (seres humanos) teniendo el Estado el deber de garantizarlos, y mal podría presentar acciones para que por medio de los órganos de potestad jurisdiccional “auto garantizarse”.

Sin embargo desde una interpretación sistemática se denota la siguiente configuración:

¹²⁵ **Sentencia No. 068-10-SEP-CC (RO -S- 372 de 27 de enero de 2011):**

“...Sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas

En torno a esta apreciación realizada por la parte recurrida, esta Corte reitera que pese a que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, sí lo son de aquellos que les correspondan, según su naturaleza social y siempre en atención a la definición constitucional de los derechos de los que se trate, condición de la cual el Estado en sí no es ajeno...”

¹²⁶ **Sentencia No. 070-10-SEP-CC (RO -S- 359 de 10 de enero de 2011):**

“...Los artículos 58 y 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han sido o hayan debido ser parte de un proceso.”

i) Estructuralmente los *derechos constitucionales* se consagran a favor de personas naturales (titulares de derechos humanos), de personas jurídicas (sujetos de derechos fundamentales aunque no de derechos humanos), e inclusive del entorno natural (derechos de la naturaleza que interesa a todo el colectivo).

ii) Sustancialmente los *derechos humanos* son expresiones de la dignidad humana y por lo tanto corresponden a las personas naturales (seres humanos), en tanto que los *derechos fundamentales* abarcarían la protección para otras entidades como las personas jurídicas (fundaciones, corporaciones, compañías, empresas, instituciones, sociedades) y para el colectivo que habita el entorno natural (interesado en los derechos de la naturaleza), sin embargo todos éstos derechos reciben el tratamiento de *derechos constitucionales* (siendo entonces sus titulares personas naturales, personas jurídicas de forma individual o colectiva).

iii) Procesalmente los *derechos constitucionales* se protegen mediante *garantías jurisdiccionales* que pueden ser accionadas por los titulares de los derechos constitucionales (personas naturales y jurídicas).

En tal virtud todas las personas, naturales, jurídicas, privadas, públicas, nacionales o extranjeras, podrían dentro de un proceso verse afectadas por una violación de índole constitucional. Siendo así por *igualdad procesal* y sin distinción alguna, toda persona que ha sido o haya debido ser parte procesal, se encuentra legitimada para interponer la acción extraordinaria de protección.

Como se aprecia la legitimación activa de la acción extraordinaria de protección se confiere a la *persona* sin supeditarla a algún tipo específico (natural, jurídica, privada, pública, nacional, extranjera), sino que en su lugar relieves que la persona acredite la calidad de *parte procesal*, es decir que ha ejercido o debió haber ejercido como sujeto activo o pasivo en un proceso.

La Corte Constitucional colombiana en la Sentencia No. T-463 de 1992, como indica Carlos Bernal Pulido, ha señalado categóricamente que los *derechos fundamentales de carácter*

procesal como el *debido proceso* corresponde a todas las personas naturales, jurídicas, privadas, públicas, nacionales o extranjeras.¹²⁷

El Tribunal Constitucional español, como señala Joan Picó i Junoy, en múltiple jurisprudencia contenida en las sentencias STC 111/1992, 241/1992, 100/1993, 34/1994, 91/1995, 129/1995, 123/1996 y 211/1996, ha precisado que la titularidad de los derechos procesales “corresponde tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento jurídico reconoce capacidad para ser parte en un proceso”, debiéndose conforme la sentencia STC 55/1997 “interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilizan en orden de atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales”¹²⁸.

En esta línea Pablo Pérez Tremps expone “tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden interponer recurso de amparo, habiéndose reconocido esa legitimación, incluso a personas jurídico-públicas (...) previsión general establecida en la CE con la precisión procesal de haber sido parte, en su caso, en el correspondiente proceso judicial previo al amparo...exigible sólo a quien razonablemente pudo ser parte en ese previo recurso y no a quien, por ejemplo, desconoció su existencia (STC 158/2002)”¹²⁹.

Cabe señalar que la *legitimación activa* confiere la calidad de *accionante*, pero no la calidad de *afectado*, pues ésta se encuentra sujeta a la debida verificación, conforme el Art. 86 numeral 3 inciso primero de la CRE¹³⁰ y artículo 9 inciso segundo de la LOGJCC¹³¹; de lo cual

¹²⁷ **Sentencia No. T-463 de 1992**, citada por Carlos Bernal Pulido, “El derecho de los derechos”, Capítulo XI “El derecho fundamental al debido proceso”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 349.

“...El principio general que condiciona el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas jurídicas a la naturaleza del derecho objeto de la vulneración o amenaza tiene clara expresión en los derechos fundamentales procesales, anclado en el principio del Estado de derecho.

El carácter “procesal” de ciertos derechos fundamentales -derecho de defensa, derecho al debido proceso, derecho de contradicción, derecho a la doble instancia, y el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.)- se predica de determinados derechos que pueden ser invocados por todo tipo de personas, naturales o jurídicas, sean ellas privadas, públicas o extranjeras. (Asimismo), mientras que el ejercicio de los derechos fundamentales sustanciales o materiales depende de la naturaleza de derecho en cuestión, los derechos procesales fundamentales contienen principios objetivos de procedimiento de carácter universal, aplicables a los procesos judiciales y administrativos, y a los cuales puede apelarse indistintamente por parte de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.”

¹²⁸ **Sentencias STC 111/1992, 241/1992, 100/1993, 34/1994, 91/1995, 129/1995, 123/1996, 211/1996 y 55/1997** citadas por Joan Picó i Junoy “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1997, pp. 44 y 45.

¹²⁹ **Pablo Pérez Tremps**, “Los procesos constitucionales. La experiencia española”, Lima, Palestra, noviembre de 2006, pp.133 y 134.

¹³⁰ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la

se podría establecer una legitimación ad procesum y una legitimación ad causum (que responden a la teoría general del proceso y han sido analizadas por la jurisprudencia de casación ecuatoriana).¹³²

En la acción extraordinaria de protección *la legitimación ad procesum* respondería a un elemento eminentemente formal para determinar si el interponente es o debió haber sido parte procesal y la presenta por sí o por representante acreditado (en esta línea la calidad de accionante se configuraría *a priori* con la interposición); pero la *legitimación ad causam* involucraría un factor sustancial para definir si el interponente cuenta con el interés sustancial sobre el derecho constitucional del que alega es titular y ha sido violado por el órgano judicial (en este sentido la calidad de afectado se configuraría *a posteriori* con la constatación, pues la persona podría no ser titular del derecho); situación en la cual conforme señala Pablo Pérez Tremps cabe analizar “en qué medida las personas jurídicas son o no titulares de ciertos derechos fundamentales, lo que acaba incidiendo en su legitimación para recabar la tutela judicial y constitucional”.¹³³

persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

¹³¹ LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 9.-Inciso segundo.- Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.

¹³² Santiago Andrade Ubidia, “La Casación Civil en el Ecuador análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Fondo y Editorial Andrade & Asociados, septiembre de 2005, pp.123-126, señala:

“...Sobre el tema la Primera Sala ha resuelto: *Una persona puede comparecer como parte a juicio, por sus propios derechos o en representación de otra (sea natural o jurídica); pero para que los actos procesales que realice produzcan efectos jurídicos, debe ser capaz de comparecer como lo ha hecho. Por lo tanto la ilegitimidad de personería o falta de legitimitio ad procesum se produce cuando comparece a juicio: 1) Por sí sólo quien no es capaz de hacerlo... 2) el que afirma que es representante legal y no lo es ...3) El que afirma que es procurador y no tiene poder...4) El procurador cuyo poder es insuficiente...y 5) El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquél, pues se puede comparecer a juicio a nombre de otro sin poder, pero con oferta o ratificación (gestión de negocios)...*

La Sala a continuación, distingue la ilegitimidad de personería (falta de legitimitio ad procesum) con la falta de legítimo contradictor (falta de legitimitio ad causam), de la siguiente manera: *Es preciso distinguir lo que es ilegitimidad de personería de lo que es falta de legítimo contradictor o falta de legitimación en la causa (legitimitio ad causum) que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial* (Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia No. 405-99 de 13 de julio de 1999 R.O. 273 de 09 de septiembre de 1999 y otras)...”

¹³³ Pablo Pérez Tremps, “Los procesos constitucionales. La experiencia española”, Lima, Palestra, noviembre de 2006, p. 134.

Razón por la cual no es del todo preciso afirmar que cuando las instituciones públicas interponen una acción extraordinaria de protección, el Estado a través del órgano de potestad jurisdiccional indebidamente se está “auto garantizando”, sino que al igual que el resto de personas que han sido o hayan debido ser parte procesal, accede a la justicia constitucional (como accionante) para que se constate si existe violación del debido proceso u otro derecho constitucional en el proceso judicial y de así serlo ésta esta sea reparada (como afectado).

En este sentido Carlos Bernal Pulido ha expuesto en consonancia con la jurisprudencia constitucional colombiana, que la titularidad del derecho al *debido proceso* como *derecho fundamental procesal* corresponde a todas las personas, inclusive las jurídicas de carácter público estatal que en atención de su propia naturaleza deben intervenir como cualquier otra en la adopción de decisiones jurídicas.¹³⁴

Es decir las *entidades e instituciones públicas no son titulares de derechos humanos*, sino que como a cualquier otra persona natural o jurídica que ha participado o debió participar en un proceso judicial, *debe garantizársele el debido proceso (derecho fundamental procesal para el sistema colombiano y derecho constitucional de protección susceptible de ser impugnado en la acción extraordinaria de protección según el sistema ecuatoriano)*.

Configuración.- En definitiva según la normativa, jurisprudencia y doctrina analizada, cuentan con *legitimación activa* para interponer una acción extraordinaria de protección *todas las personas*, naturales, jurídicas, públicas, privadas, nacionales o extranjeras,

¹³⁴ Carlos Bernal Pulido, “El derecho de los derechos”, Capítulo XI “El derecho fundamental al debido proceso”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 349 y 350, señala:

“...La titularidad del derecho fundamental al debido proceso ha sido un aspecto objeto de un interesante desarrollo jurisprudencia. Lo primero que debe mencionarse es que la Corte Constitucional, en la sentencia T-463 de 1992 manifestó que el derecho fundamental al debido proceso no se atribuye de manera exclusiva a las personas naturales, sino que también se predica de las personas jurídicas, de naturaleza privada, pública o extranjera.

...En este sentido puede decirse que el derecho fundamental al debido proceso, que sin lugar a dudas se atribuye a las personas naturales, es uno de los derechos fundamentales autónomos de las personas jurídicas. Bien, es sabido que, según la jurisprudencia constitucional, este tipo de personas tienen dos tipos de derechos fundamentales. Por una parte, son titulares de derechos fundamentales derivados, que les son otorgados porque su protección implica una protección indirecta pero efectiva de los derechos de aquellos individuos que conforman la persona jurídica. Por otra parte, sin embargo, las personas jurídicas están dotadas de derechos fundamentales autónomos, cuya justificación no estriba en la protección de ningún derecho fundamental atribuible a una persona natural, sino en la protección de las características y elementos de la propia persona jurídica.

...Si ello es así, también las instituciones estatales deben gozar el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto, como se expuso páginas atrás, este derecho protege la intervención de todos los interlocutores, públicos y privados, extranjeros y nacionales, en la deliberación pública, en el discurso en el que se toman decisiones políticas, jurídicas, y a las atinentes al mercado y a todos los asuntos sociales.”

que en *la calidad de parte procesal*, acrediten que efectivamente *han intervenido* en un proceso o que *han sido excluidos* indebidamente del mismo.

Dicha *interposición* la puede efectuar la propia persona o por medio de un apoderado, representante o procurador judicial.

El legitimado activo acude a la justicia constitucional como *accionante* (legitimación ad procesum) a fin de que la violación constitucional que se imputa a la decisión judicial sea verificada, y una vez constatada la violación del derecho constitucional como *afectado* (legitimación ad causum) debe ser debidamente *reparado*.

3.1.2.- Legitimación pasiva (órgano judicial que viola el derecho constitucional).

La Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 en el Art. 94 primer inciso y en el Art. 437 primer inciso No. 2 orienta sobre la legitimación pasiva de la acción extraordinaria de protección cuando se refiere a que se dirige contra decisiones judiciales adoptadas en un juzgamiento.¹³⁵

La Corte Constitucional para el periodo de transición en la Sentencia No. 013-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009 señaló que esta acción evidencia la evolución experimentada desde la anterior prohibición del control constitucional de las decisiones judiciales hacia su actual posibilidad de impugnación, especificando que las resoluciones de otra autoridad no judicial no son susceptibles de esta garantía.¹³⁶

¹³⁵ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 94.-Primer inciso.- 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.

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

¹³⁶ Sentencia No. 013-09-SEP-CC (RO -S- 638 de 21 de julio de 2009):

“...En relación a la acción extraordinaria de protección, que es la que nos ocupa, es necesario precisar que su incorporación en el sistema de garantías de derechos, supera la expresa prohibición de procedibilidad de la acción de amparo contra decisiones judiciales, establecida en el artículo 95 de la Constitución Política de 1998.

...En la actualidad, las decisiones judiciales pueden ser objeto de impugnación cuando exista violación, por acción u omisión, de derechos reconocidos constitucionalmente. El artículo 94 de la Carta Fundamental dispone que la acción extraordinaria de protección procede 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*”; dispone además, como requisito previo, el agotamiento oportuno de recursos ordinarios o extraordinarios. Si bien el artículo 437 de la Constitución, al tratar la estructura y funciones de la Corte Constitucional, establece que la acción extraordinaria de protección puede ser presentada contra sentencias, autos definitivos -deberá entenderse, consecuentemente, que se refiere a los autos que por poner fin a un proceso, tiene carácter de sentencia- y resoluciones con fuerza de sentencia, estas últimas, de ninguna manera pueden referirse a resoluciones, aunque sean definitivas y de última instancia en sede administrativa, por autoridades públicas distintas a las judiciales, pues el espíritu de la creación de la acción

En la Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 06 de agosto de 2009 se estableció que esta acción se opone sólo contra decisiones de los órganos de la Función Judicial que han intervenido y resuelto una cuestión justiciable en un juicio.¹³⁷

En la Sentencia No. 020-09-SEP-CC de 13 de agosto de 2009 se determinó que la acción extraordinaria de protección controla la argumentación de poca consistencia, de poco peso jurídico del juzgador, incongruente con la realidad normativa y filosófica del actual régimen constitucional configurando un *error de derecho* que produce una *injusticia en el resultado*.¹³⁸

En la Sentencia No. 023-09-SEP-CC de 24 de septiembre de 2009 y en la Sentencia No. 026-09-SEP-CC de 01 de octubre de 2009 se consideró que esta garantía instaure el control constitucional de las decisiones de los operadores judiciales que se encuentran sujetos y vinculados a la supremacía constitucional.¹³⁹

extraordinaria de protección fue la de proteger a las personas de actos u omisiones por los que en las decisiones judiciales resultaren lesionados sus derechos, entre ellos, el del debido proceso.

...No existe duda de que la naturaleza de esta acción es el control constitucional de las decisiones que se adopten en el ejercicio de la administración de justicia antes prohibida.

... En definitiva, al sistema de protección de derechos se ha añadido la acción extraordinaria de protección, cuyo objeto, única y exclusivamente, constituyen las decisiones judiciales cuando estas vulneren derechos.”

¹³⁷**Sentencia No. 019-09-SEP-CC (RO 18 de 03 de septiembre de 2009):**

“...la acción extraordinaria de protección procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando dicha intervención haya tenido lugar en el juicio; cuando en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable mediante sentencia o auto definitivo

...La acción extraordinaria de protección sólo puede alegarse contra sentencias o autos expedidos por órganos de la Función Judicial que pongan fin al proceso.”

¹³⁸**Sentencia No. 020-09-SEP-CC (RO -S- 35 de 28 de septiembre de 2009):**

“...luego del análisis del expediente no queda claro que en todas y cada una de las fases del proceso se haya garantizado a las partes involucradas la tutela judicial efectiva de sus derechos (principio fundamental del derecho procesal y del procedimiento), pues si bien el accionante ejerció inicialmente su legítimo derecho a la defensa en diferentes etapas procesales, es colocado en un estado de incertidumbre cuando el recurso de casación, presentado por el ahora accionante, recibe una respuesta negativa con una argumentación de poca consistencia y sustentada en razonamientos de poco peso jurídico y constitucional.

...La aceptación de la presente acción extraordinaria de protección no es de ningún modo arbitraria, pues por el contrario, se sustenta sobre la base del error de derecho y la injusticia del resultado. El error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la injusticia del resultado se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto con un sustento pre jurídico e ilusorio...”.

¹³⁹**Sentencia No. 023-09-SEP-CC (RO -S- 43 de 08 de octubre de 2009) y Sentencia No. 026-09-SEP-CC (RO 54 de 26 de octubre de 2009):**

“...La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, siendo, por tanto, indispensable que ejerza ese control y demás atribuciones en estricto cumplimiento a lo señalado en la Constitución de la República, pues su función primordial es preservar la supremacía e integridad de la misma y asegurar la efectiva aplicación de los derechos y principios constitucionales, conforme lo prescribe en su artículo 424. Sin embargo, de lo dicho no se puede desconocer lo dispuesto en los artículos 425, 426, 427 y 428 ibídem, toda vez que el control de constitucionalidad abarca a otros operadores, y sin distinción de quien lo aplique perseguirá igual fin, que es el de garantizar la supremacía de la Constitución Política y, por tanto, las decisiones judiciales adoptadas no pueden escapar a dicho control y se sujetarán también a lo dictado por la Carta Suprema.

...De esta forma, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en los cuales se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución, mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional LOGJCC promulgada el 22 de octubre de 2009 en el Art. 61 No. 4 y Art. 62 inciso primero sobre la legitimación pasiva de esta acción refiere a la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión judicial.¹⁴⁰

Agustín Grijalva al comentar el Art. 61 No. 4 de la LOGJCC expone que esta garantía únicamente opera contra las decisiones de autoridad judicial, es decir que implícitamente no se puede interponer contra decisiones de autoridades no judiciales.¹⁴¹

En la Sentencia No. 001-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010 se consideró que el control constitucional del ejercicio de la autoridad pública incluye a las actuaciones de los jueces quienes deben garantizar los derechos de los intervinientes en un juicio.¹⁴²

En las Sentencia No. 014-10-SEP-CC y No. 015-10-SEP-CC de 15 de abril de 2010, se determinó que el deber primordial de esta acción es materializar el ideal de justicia del Estado constitucional de derechos y justicia en el cual el proceso es un medio para la realización de la justicia y es de responsabilidad estatal el *error judicial*.¹⁴³

mandatos del Ordenamiento Supremo. Lo contrario sería que no existiese una acción o recurso al cual recurrir para impugnar las acciones u omisiones de los operadores judiciales que violan derechos constitucionales, resultando que aquellos funcionarios supremos no se encuentran vinculados o bajo el control de la Constitución.”

¹⁴⁰ **LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)**

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.

Art.62.- Inciso primero.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.”

¹⁴¹ **Agustín Grijalva**, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 668, señala:

“En cuanto a estos requisitos, establecidos en el artículo 61, tenemos:

d) Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional. Este requisito confirma que la acción extraordinaria de protección procede sólo contra decisiones de autoridad judicial”

¹⁴² **Sentencia No. 001-10-SEP-CC (RO -S- 117 de 27 de enero de 2010):**

“...Las funciones conferidas por la Constitución de la República a la Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación de la Constitución y garante de su supremacía, le facultan para examinar si las actuaciones de toda autoridad pública, incluidos los jueces, mantienen armonía con los mandatos constitucionales, concretamente, mediante la acción extraordinaria de protección, observar si la actuación de los jueces, garantiza los derechos de las personas que intervienen en un juicio, en especial los del debido proceso”.

¹⁴³ **Sentencia No. 014-10-SEP-CC (RO -S-192 de 13 de mayo de 2010) y Sentencia No. 015-10-SEP-CC (RO -S- 196 de 19 de mayo de 2010):**

“...La Acción Extraordinaria de Protección en el Ecuador, consagrada en los artículos 94 y 437 de la Constitución, es una garantía constitucional que propende recoger el principio fundamental de la Carta Política aprobada en el 2008, de que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, y que tiene como su deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales; por tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos constitucionales que son de aplicación directa e inmediata, sin que deban exigirse, para su ejercicio, condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución, o falta de norma para justificar su violación;

En la Sentencia No. 028-10-SEP-CC de 10 de junio de 2010 y en la Sentencia No. 055-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010 se estimó que esta garantía protege a las personas ante eventuales *errores de los jueces* que ejercen jurisdicción en la Función Judicial y que se encuentran incluidos dentro del control constitucional como toda autoridad pública.¹⁴⁴

En la Sentencia No. 069-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 se consideró que esta acción opera tanto en procesos judiciales ordinarios cuanto en procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, confirmando que una sentencia de una acción de protección era susceptible de acción extraordinaria de protección por no estar prohibido constitucionalmente.¹⁴⁵

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional emitió autos de admisibilidad el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP, configurando el presupuesto de legitimación pasiva de la siguiente forma:

“La legitimación pasiva de la acción extraordinaria de protección recae en el órgano judicial -jueza, juez, judicatura, sala, tribunal- que por acción u omisión incurre en una violación constitucional en el juzgamiento (Art. 94 inciso primero y Art. 437 No. 2 de la Constitución, Art. 61 No. 4 de la LOGJCC).”

son plenamente justiciables por mandato de lo establecido en el artículo 11, numeral 3. Asimismo, cabe precisar que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso, según el artículo 11, numeral 9, siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, que consagra los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y hará efectivas las garantías del debido proceso, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, tal como lo determina el artículo 169 *ibídem*.”

¹⁴⁴**Sentencia No. 028-10-SEP-CC (RO -S- 290 de 30 de septiembre de 2010) y Sentencia No. 055-10-SEP-CC (RO -S- 359 de 10 de enero de 2011):**

“...Justamente para tutelar, proteger y remediar las situaciones que devengan de los errores de los jueces, se incorporó esta acción, que resulta nueva en la legislación constitucional del país y que responde, sin duda alguna, al anhelo de la sociedad que busca protección efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, puesto que así los jueces ordinarios, cuya labor de manera general radica en la aplicación del derecho común, tendrían un control que deviene de jueces constitucionales en el más alto nivel, cuya labor se centraría a verificar que dichos jueces, en la tramitación de las causas, hayan observado las normas del debido proceso, la seguridad jurídica y otros derechos constitucionales, en uso del principio de la supremacía constitucional.

... no cabe debate en cuanto a que el fundamento de la incorporación de esta acción al ordenamiento jurídico del país, con la que se supera a muchas Constituciones de América, viene dado por lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, es decir, el principio de la supremacía de la norma constitucional, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluidas las sentencias. Es en razón de este imperio que el legislador impuso que todo acto de autoridad pública, incluidos los que ejercen jurisdicción en la Función Judicial, estén bajo control de un órgano supremo en materia constitucional, para que sea éste el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales”

¹⁴⁵**Sentencia No. 069-10-SEP-CC (RO -S-372 de 27 de enero de 2011):**

“...El artículo 94 de la Constitución de la República respecto a la acción extraordinaria de protección... es complementada con lo prescrito en el artículo 437 de la norma suprema... De la transcripción de la norma constitucional se establece que, efectivamente, esta acción extraordinaria de protección opera en contra de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados, sin distinción del proceso en el que se han dictado, sea este ordinario o fruto de una acción jurisdiccional (acción de protección)”

Análisis.- Al respecto se denota que la acción extraordinaria de protección interpuesta por una parte procesal (legitimado activo) en contra de decisiones judiciales, tiene indefectiblemente como destinatario al órgano público que ejerce *potestad jurisdiccional* dentro de un *proceso judicial* (legitimado pasivo).

En cuanto a la órganos jurisdiccionales de la justicia ordinaria la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 167 consagra la *potestad jurisdiccional* como la *potestad de administrar justicia* que se ejerce por los *órganos de la Función Judicial* y otros órganos establecidos constitucionalmente; determinando en el Art. 169 primera parte que para la *realización de la justicia* se establece al *sistema procesal*; disponiendo en el Art. 172 inciso segundo a las juezas y jueces como *operadores de justicia* en los procesos de de administración de justicia; estableciendo en el artículo 177 primera parte que la Función Judicial se integra de *órganos jurisdiccionales*, órganos autónomos y órganos auxiliares; y señalando en el artículo 178 inciso primero *como órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia* a la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales de Justicia, los Tribunales y Juzgados.¹⁴⁶

En concordancia el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 1, 150 y 170 establece que la potestad jurisdiccional es ejercida por los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial que juzgan y hacen ejecutar lo juzgado.¹⁴⁷

¹⁴⁶CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Art. 169.-Primera parte.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

Art. 172.- Inciso segundo.- Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Art. 177.- Primera parte.- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos.

Art. 178.- Inciso primero.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz.

¹⁴⁷COFJ (RO -S-544 de 09 de marzo de 2009)

Art. 1.- FUNCIÓN JUDICIAL.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial.

Art. 150.- JURISDICCIÓN.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

Es decir la acción extraordinaria de protección tiene como legitimados pasivos a los *operadores de justicia* estatuidos como *órganos jurisdiccionales* de la Función Judicial (Jueza o Juez que ejerce su judicatura en un Juzgado, Tribunal, Sala de Corte Provincial o Corte Nacional) cuando *juzgan y hacen ejecutar lo juzgado*, mas no a otros órganos de poder público que no ejercen estrictamente potestad jurisdiccional, sino competencias de otro orden.

En tal virtud esta garantía se dirige en contra de decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas violatorias de derechos constitucionales, dictadas en la tramitación de las causas y durante su fase de ejecución, debiéndose tener presente que existe una distinción sustancial entre una providencia firme que pasa a la ejecución (Art. 142 del COFJ)¹⁴⁸ fase en la cual cabe acción extraordinaria de protección, y una providencia ejecutada que ya habiéndose cumplido no resultaría susceptible de este mecanismo.

Cabe referir que en el caso particular de los *Tribunales de Conciliación y Arbitraje* que constitucionalmente conocen y resuelven *conflictos colectivos de trabajo* (Art. 326 No. 12)¹⁴⁹ sus decisiones son jurisdiccionales y por lo tanto susceptibles de acción de extraordinaria de protección, inclusive en la fase de ejecución conforme se señaló en la Sentencia No. 023-09-SEP-CC.¹⁵⁰

Art. 170.- ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado. Serán los siguientes: las juezas y jueces de paz; los tribunales y juzgados que establece este Código; las cortes provinciales de justicia y la Corte Nacional de Justicia.

¹⁴⁸ **Art. 142.- EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.-** Corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias. No obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o las Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar en donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo. De haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo.

¹⁴⁹ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

¹⁵⁰ **Sentencia No. 023-09-SEP-CC (RO -S- 43 de 08 de octubre de 2009):**

“...De conformidad con lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. En el presente caso, sobre el auto de fecha 15 de abril del 2009 a las 16h20, expedido por el abogado Fernando Saldarriaga Gaspar, Inspector Provincial del Trabajo de Esmeraldas, dentro del trámite de ejecución de sentencia suscitado dentro del conflicto colectivo entre el Comité Especial de los Trabajadores en contra de su empleador, el Gobierno Provincial de Esmeraldas...”

Para diferenciar la potestad jurisdiccional de otras potestades en especial de la administrativa la doctrina procesalista ha establecido que la potestad jurisdiccional contiene varios elementos de carácter orgánico (órgano que la ejerce), teleológico (fin para el que se estatuye) y pragmático (resultado que pretende) que la distinguen.¹⁵¹

Siendo así no cabría interponer una acción extraordinaria de protección en contra de resoluciones que no deriven del ejercicio de la potestad jurisdiccional desde esta triple dimensión: *orgánica* (el órgano que la emite es jurisdiccional), *teleológica* (el órgano se encuentra estatuido con el fin de administrar justicia es decir para juzgar), y *pragmática* (el órgano emite una decisión judicial que efectivamente pone fin al conflicto, es decir que encuentra facultado para ejecutar lo juzgado).

Razón por la cual las resoluciones que no reúnen los elementos de esta triple dimensión orgánica-teleológica-pragmática de la potestad jurisdiccional, no son susceptibles de acción extraordinaria de protección (establecida como mecanismo de control constitucional de las decisiones judiciales), como es el caso de las resoluciones de la autoridad pública emitidas en procedimientos administrativos que según el Art 173 de la Constitución¹⁵² en concordancia con el Art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁵³ constituyen actos administrativos y no decisiones jurisdiccionales, y son impugnables judicialmente (principio de impugnabilidad de actuaciones administrativas). Ejemplo de ello lo tenemos en la Sentencia No. 013-09-SEP-CC la

¹⁵¹**Enciclopedia Jurídica OMEBA**, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1978, p. 538: "...con mayor rigor científico el concepto de jurisdicción -enfrentándolo con el de legislación y administración- ha sido desarrollado por muchos autores considerando sumariamente sus elementos integrantes a saber: Notio que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone desde luego la de citar a la parte; Vocatio para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines, etc.; Iudicium que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa; y finalmente Imperium que es la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales."

¹⁵² **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 173.- 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.

¹⁵³ **COFJ (RO -S- 544 de 09 de marzo de 2009)**

Art. 31.- PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.

misma que negó la acción extraordinaria de protección por interponerse de un acto administrativo y no constituirse en una decisión jurisdiccional.¹⁵⁴

Ahora bien existen otros órganos establecidos constitucionalmente que también administran justicia, así tenemos: la justicia indígena (artículo 171), los juzgados de paz (artículo 189) y los medios alternativos de solución de conflictos de arbitraje y mediación (artículo 190). En concordancia el Código Orgánico de la Función Judicial determina que las autoridades indígenas, los juzgados de paz y los árbitros ejercerán la potestad jurisdiccional de conformidad con la ley (artículo 7).¹⁵⁵

La justicia indígena se halla consagrada en la Constitución en el Art. 171¹⁵⁶ al disponer que las autoridades de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas ejercen funciones jurisdiccionales (órgano) para resolver conflictos internos (asunto) con base a su derecho propio (sistema jurídico), que sus decisiones se sujetan al control de constitucionalidad (es decir a la acción extraordinaria de protección) y que la ley establecerá los mecanismos de

¹⁵⁴**Sentencia No. 013-09-SEP-CC (RO -S- 638 de 21 de julio de 2009):**

“...Esta Corte debe precisar que pese a la inicial admisión de la demanda, la comprobación de que concurren los requisitos procesales puede abordarse o reconsiderarse en la sentencia de oficio o a instancia de parte, a fin de garantizar el cumplimiento de los mandatos constitucionales y actuar de conformidad con los presupuestos procedimentales, así como garantizar seguridad jurídica a todas las personas usuarias del sistema de justicia constitucional, de manera que si se admitió a trámite una demanda, la comprobación de la falta de los presupuestos de procedibilidad puede dar lugar a un pronunciamiento de inadmisión, como en efecto decidirá esta Corte por encontrar que la resolución emitida por el Ministro de Transporte y Obras Públicas, impugnado en esta acción, no constituye auto o sentencia definitiva emitidas en un procedimiento judicial...”.

¹⁵⁵**COFJ (RO -S- 544 de 09 de marzo de 2009)**

Art. 7.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

¹⁵⁶**CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

coordinación y cooperación con la justicia ordinaria (remisión constitucional a la ley para el diálogo de interlegalidades).

Como se evidencia, se consagra expresamente el control constitucional de las decisiones de la justicia indígena y por ello se ha previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a la *acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena* que se regula por sus *propios principios y reglas* (Capítulo IX del Título II Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales, artículos 65 y 66)¹⁵⁷. En esto punto para Agustín Grijalva el control constitucional de las decisiones de la justicia indígena deriva de una expresa previsión constitucional¹⁵⁸; sin embargo aún la Corte Constitucional no ha emitido una sentencia sobre estas decisiones. Y finalmente la jurisprudencia ha aceptado una acción extraordinaria de protección de decisiones jurisdiccionales de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje competentes para resolver conflictos colectivos de trabajo.

Los juzgados de paz se encuentran establecidos el artículo 189 de la Constitución¹⁵⁹ que señala que las juezas y jueces de paz (órgano) resuelven conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones (asunto) utilizando mecanismos de conciliación

¹⁵⁷ **LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)**

Art. 65.- Ámbito.- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido. Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.

Art. 66.- Principios y procedimiento.- La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas (...)

¹⁵⁸ **Agustín Grijalva**, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 668 señala:

“...El artículo 65 de la Ley incluye también la acción extraordinaria de protección contra decisiones de las autoridades indígenas, lo cual es adecuado considerando que acorde al artículo 171 de la Constitución tales decisiones resultan también de funciones jurisdiccionales constitucionalmente reconocidas pero que se hallan también bajo el control constitucional...”

¹⁵⁹ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.

diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad (método a aplicarse), mediante resoluciones que deben respetar la Constitución de acuerdo con la ley (remisión constitucional a la ley) es decir no consagra expresamente el control constitucional de sus resoluciones (de tal modo que estarían circunscritos a priori al control de legalidad). Juan Carlos Andrade Dávila al comentar las disposiciones de la justicia de paz contenidas en el COFJ señala que cabría apelar de las resoluciones de las juezas y jueces de paz, en virtud del *principio del doble conforme* para lo cual los jueces de derecho que actúan en la ley deben comprender la naturaleza de los jueces de paz que actúan en equidad, de tal forma que reformen sus resoluciones sólo cuando irrespeten derechos o exista manifiesta inequidad.¹⁶⁰

Los medios alternativos de solución de conflictos de arbitraje y mediación se encuentran contemplados en el artículo 190 de la Constitución¹⁶¹ que los configura como procedimientos (medio alternativo) en las materias que por su naturaleza se pueda transigir (asunto) que se aplicarán con sujeción a la ley (remisión constitucional a la ley que determinaría prima facie su control de legalidad). Agustín Grijalva expone que tratándose de las resoluciones del arbitraje debe diferenciarse si se trata en equidad (composición amigable) o en derecho (solución jurídica) siendo del criterio que procede la acción extraordinaria de protección sólo en el arbitraje en derecho en los que se aplicó la ley.¹⁶² En este punto cabe señalar que la Corte

¹⁶⁰ **Juan Carlos Andrade Dávila**, “Justicia de Paz”, en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan (editores), *La Transformación de la Justicia*, Numero 7 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, abril de 2009, p. 477 señala:

“...El Código Orgánico de la Función Judicial no ha previsto la posibilidad de que se apelen las sentencias dictadas por las juezas y jueces de paz. En virtud del principio del doble conforme, debe existir la posibilidad de que los fallos sean revisados por otra jueza o juez...que sus fallos sean revisados por una jueza o juez que juzga en derecho puede llevar a que éstos sean reformados o desechados por no estar acordes a derecho, lo cual contraría el espíritu de la Constitución, que quiere éstos jueces no sean esclavos de la norma jurídica. La idea es que los fallos de los jueces de paz sean revisados si aparece que no respeta los derechos fundamentales, o si está actuando con manifiesta inequidad...”

¹⁶¹ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

¹⁶² **Agustín Grijalva**, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 668, señala:

“...En el caso de las decisiones arbitrales habrá que distinguir si la decisión fue tomada por un árbitro arbitrador o un árbitro en derecho. La acción procedería solo contra el segundo, puesto que el primero es solo un amigable componedor que falla en base a su prudencia y a la equidad, mientras que el árbitro en derecho falla con sujeción a la ley, y la aplicación de la ley, si viola derechos, está sujeta a control constitucional”.

Constitucional en Sentencia No. 006-10-SEP-CC de 24 de febrero de 2010 luego de agotado un proceso ordinario sobre las connotaciones de un convenio arbitral, aceptó la garantía retrotrayendo el proceso al momento de la violación constitucional.¹⁶³

Se denota entonces previsión constitucional expresa para el control de constitucionalidad de las decisiones de la justicia ordinaria y de la justicia indígena (vía acción extraordinaria de protección), mas no para las resoluciones de los juzgados de paz (basadas en acuerdos amistosos y en equidad), y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (laudos arbitrales emitidos por árbitros y actas de mediación suscritas por las personas bajo una intermediación amigable), que además se sujetan a lo dispuesto por sus leyes respectivas (remisión constitucional a la ley que evidenciaría que el asunto se circunscribe al control de legalidad), razón por la cual se discute si en estos casos cabría o no la acción extraordinaria de protección (más aun cuando la jurisprudencia constitucional establece como legitimados pasivos sólo a los juzgadores de la Función Judicial).

Configuración.- En definitiva de la normativa, jurisprudencia y doctrina analizada la *legitimación pasiva* de la acción extraordinaria de protección como un mecanismo de *control constitucional de las decisiones judiciales* recae en el *órgano jurisdiccional* al que se le imputa una violación constitucional en el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* cuando *juzga y hace ejecutar lo juzgado*, es decir se dirige en contra de la Jueza o Juez de la Función Judicial que ejerce su judicatura en un Juzgado, Tribunal o Sala de Corte Provincial o Corte Nacional de Justicia y que como un *operador de justicia* es susceptible de incurrir en un *error* dentro de un *proceso judicial ordinario* (civil, penal, laboral, etc.).

Cabe precisar que la acción extraordinaria de protección controla un *error de derecho* que produce una *injusticia en el resultado* por el alejamiento personal del juzgador del régimen constitucional (por el cual se deja sin efecto su decisión judicial), de tal forma que debe

¹⁶³ **Sentencia No. 006-10-SEP-CC (RO -S- 159 de 26 de marzo de 2010):** “SENTENCIA: 2.Disponer que el proceso se retrotraiga a la fase procesal de conclusión de la Audiencia de Conciliación y contestación de la demanda, a efecto de que en aplicación del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el juez de primera instancia, designado previo sorteo, resuelva como cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de la sentencia de fondo, sobre la pertinencia de la excepción de incompetencia del juez”.

diferenciarse del denominado *error judicial* que cuenta con la vía ordinaria para hacer efectiva la responsabilidad por daños ocasionados por el órgano judicial (indemnización económica tramitada en la jurisdicción contencioso administrativa en contra del Estado que cuenta con el derecho de repetición en contra del responsable según los artículo 15 inciso final, 32 inciso final, 33 inciso primero y 167 número 9 del COFJ¹⁶⁴ en concordancia con el artículo 19 de la LOGJCC¹⁶⁵). Por lo tanto la acción extraordinaria de protección no es la vía para demandar el *error judicial* en el cual opera la *responsabilidad estatal* basada en títulos jurídicos de imputación como la falla del servicio y el desequilibrio de las cargas públicas¹⁶⁶, sino que es una garantía para declarar que el juez ha incurrido en un *error de derecho* y reparar la *injusticia en el resultado* a efectos de *dejar sin efecto* la decisión judicial violatoria.

Esta legitimación pasiva se hace extensiva a las juezas y jueces ordinarios que conocen y resuelven los *procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales* (acción de protección, habeas data, habeas corpus, acceso a la información pública); a las autoridades que

¹⁶⁴ COFJ (RO -S- 544 de 09 de marzo de 2009)

Art. 15.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD.- Inciso final.- Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.

Art. 32.- JUICIO CONTRA EL ESTADO POR INADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y POR REVOCATORIA O REFORMA DE SENTENCIA CONDENATORIA.- Inciso final.- El trámite de la causa será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en este Código.

Art. 33.- REPETICIÓN DE LO PAGADO POR EL ESTADO.- Primer inciso.- En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales.

Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

9.- Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial...

¹⁶⁵ LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.

¹⁶⁶ **Mogrovejo Jaramillo, Diego F,** “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, en *Foro No. 12*, Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, UASB, 2009, (disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2304/1/05-TC-Mogrovejo.pdf>), p. 71 señala:

“...El presente estudio aborda aspectos generales de la naturaleza jurídica de la responsabilidad estatal –de la irresponsabilidad a la responsabilidad estatal–, su evolución –de la concepción civil indemnizatoria a la concepción reparadora integral–, y los denominados títulos jurídicos de imputación objetiva –falla del servicio, desequilibrio de las cargas públicas–, que serán de trascendental importancia para la comprensión de nuevo régimen, y cuyos aspectos específicos ameritarían un examen más amplio”.

emiten decisiones de la *justicia indígena* cuyo control constitucional expresamente previsto se sujeta a sus propios principios y reglas; así como a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje cuyas decisiones son jurisdiccionales y de las cuales se ha aceptado la acción vía jurisprudencia.

No existe legitimación pasiva de las *autoridades públicas no judiciales* que emiten resoluciones que estrictamente no son decisiones jurisdiccionales al no contener los elementos de la triple dimensión orgánica-teleológica-pragmática de una decisión judicial; discutiéndose la legitimación pasiva de los *juzgados de paz, árbitros y mediadores* pues si bien sus actuaciones se enmarcan dentro de la administración de justicia *su jurisdicción remitida a la ley* no ha previsto expresamente el control constitucional de sus resoluciones, de lo cual devendría que una vez agotado su control de legalidad cabría la acción extraordinaria de protección de la decisión judicial definitiva sobre el tema.

En todo caso resultaría conveniente que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional se defina si cabe o no el control constitucional directo, vía acción extraordinaria de protección de las resoluciones emitidas por los juzgados de paz (que normativamente forman parte de la estructura judicial pero cuya implementación no se ha consolidado), así como de los árbitros y mediadores (que no forman parte del organigrama judicial sino de los centros instituidos en entidades públicas y privadas habilitadas para el efecto).

3.1.3.- Oportunidad (20 días término desde la notificación a la parte o desde cuando se enteró quien debió ser parte).

La Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 en el Art. 437 No. 2 orienta que la acción extraordinaria de protección se presenta a modo de *recurso* que interpone *un recurrente* (lo cual no significa restarle su carácter de acción que genera un proceso autónomo de índole constitucional, pero tampoco se desconoce que se interpone *a manera de un recurso* dentro de un término legal).¹⁶⁷

¹⁶⁷ CRE (RO) 449 de 20 de octubre de 2008

Art. 437.- (...) Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada el 22 de octubre de 2009 en el Art. 60, Art. 61 No. 6 y Art. 62 No. 6 establece que la parte a la que se le notificó la decisión judicial o la persona que se ha enterado de la misma debiendo ser parte procesal, deben interponer o presentar esta acción en un término máximo de 20 días.¹⁶⁸

Como se advierte de la normativa constitucional y legal la acción extraordinaria de protección, siendo conceptualmente el *mecanismo* para que la Corte Constitucional ejerza el *control de constitucionalidad* de las decisiones judiciales ejecutoriadas a través de un *proceso constitucional autónomo* (integrado por admisión, sustanciación y sentencia), se interpone *a modo de un recurso*, el mismo que debe ser presentado por el *recurrente* dentro de un término (20 días desde la notificación o desde el conocimiento respectivo).

Al respecto Agustín Grijalva al comentar el Art. 60, Art. 61 No. 6, y Art. 62 No. 6 de la LOGJCC expone que la alegación de la violación constitucional en el proceso debe ser inmediatamente posterior a la decisión judicial impugnada, siendo razonable la previsión de un término de 20 días de interposición de la acción extraordinaria de protección, para evitar que las decisiones judiciales puedan impugnarse en cualquier momento como una dilatoria procesal en perjuicio de la cosa juzgada y seguridad jurídica.¹⁶⁹

¹⁶⁸ LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 60.- Término para accionar.- El término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia.

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.

Art. 62.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley.

¹⁶⁹ Agustín Grijalva, "La acción extraordinaria de protección", en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 669 y 671, señala:

"...En cuanto a estos requisitos, establecidos en el artículo 61, tenemos:

f) Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa. Este requisito implica que es necesario alegar la violación del derecho constitucional oportuna y formalmente ante el propio juez de la causa. El momento oportuno sería el inmediato posterior a la decisión judicial cuestionada. No cabría por tanto alegar la violación recién al momento de interponer la acción extraordinaria de protección. En otras palabras, la ley exige no sólo del juez sino del accionante que haya estado atento al respeto a los derechos constitucionales durante el proceso. Tal exigencia es razonable pues puede dar también al juez la posibilidad de corregir la decisión violatoria cuando oportunamente se le reclama, mientras evita que el accionante convierta a la acción de protección en mera estrategia dilatoria de las decisiones judiciales.

...El artículo 62 de la LGCC establece...6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley. El artículo 60 establece un plazo de 20 días contados desde la notificación para quien fue parte y desde que tuvo conocimiento para quien debió serlo. Esta exigencia preserva la seguridad jurídica y la cosa juzgada, puesto que sin un plazo las decisiones judiciales podrían ser cuestionadas en cualquier momento, despojándolas de autoridad y al final de eficacia"

De tal forma que la oportunidad de la acción extraordinaria de protección se estatuye para *conciliar* tanto la posibilidad del *control constitucional* a las decisiones de los órganos jurisdiccionales, y cuanto la *seguridad jurídica* de las decisiones judiciales que ya estando ejecutoriadas pasan a causar estado con autoridad de *cosa juzgada*, al no haber sido impugnadas mediante *acción extraordinaria de protección*, dentro de un *plazo razonable*, que decurre como un término máximo de 20 días hábiles.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional en el caso No. 0101-10-EP emitió el auto de 07 de junio de 2010 estableciendo la extemporaneidad de la acción extraordinaria de protección presentada fuera del término previsto en el Art. 60 de la LOGJCC.¹⁷⁰

La Corte Constitucional para el periodo de transición en la Sentencia No. 068-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 ha señalado que resulta prioritario buscar el equilibrio razonable entre la cosa juzgada y seguridad jurídica de la decisión judicial y la interposición de la acción extraordinaria de protección.¹⁷¹

El término de 20 días para la interposición de la acción extraordinaria de protección decurre para el caso del que ha actuado como parte procesal desde la notificación de la decisión judicial a la que se le imputa la violación constitucional, y para quien debió haber sido parte procesal desde que tuvo conocimiento de la providencia.

La Corte Constitucional para el periodo de transición en la Sentencia No. 001-11-SCN-CC de 11 de enero de 2011 ante una consulta sobre la temporalidad para la interposición de los recursos en procesos constitucionales, específicamente tratándose de la acción extraordinaria de

¹⁷⁰ **Auto de inadmisión en el caso No. 0101-10-EP:** "...La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone en su Art. 60 que, el término máximo para la interposición de la acción extraordinaria será de veinte días. De la lectura de la demanda y revisión procesal se tiene lo siguiente: 1.-La accionante impugna el auto emitido el 4 de diciembre de 2009, por el Juez Tercero de lo Civil y Mercantil de Chimborazo, el mismo que se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley. 2.-La hoy demandante concurre ante esta Corte Constitucional y presenta su demanda de acción extraordinaria de protección el 27 de enero de 2010, como consta de la fe de presentación que corre a Fs. S3 Vta., es decir fuera del término previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, vigente desde el 22 de octubre de 2009 y aplicable por lo tanto al presente caso..."

¹⁷¹ **Sentencia No. 068-10-SEP-CC (RO -S-372 de 27 de enero de 2011):** "...Corresponde a esta Corte analizar si en los fallos expedidos por los jueces ordinarios existe vulneración de derechos constitucionales, a fin de mantener un equilibrio razonable que permita lograr seguridad jurídica compatible con el respeto a la cosa juzgada, autonomía judicial y principio de especialidad, en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial, reconocida en el artículo 168, numeral 1 de la Constitución de la República...."

protección, señaló que este decurre como término (días hábiles) y no como plazo (días continuos) para asegurar el derecho a recurrir.¹⁷²

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional emitió autos de admisibilidad el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP configurando el presupuesto de oportunidad de la siguiente manera:

“...La oportunidad se determina en el sentido de que la violación constitucional ocurrida en el juzgamiento debe ser oportunamente alegada, contándose con el término de 20 días para la interposición de la acción extraordinaria de protección...”

Análisis.- Al respecto cabe mencionar que la Constitución ecuatoriana consagra en el Art. 76 No. 7 letra m) el *derecho a recurrir*¹⁷³ y en el Art. 169 segunda parte establece entre los principios del sistema procesal a la *celeridad, economía y eficacia procesal*¹⁷⁴, siendo así la interposición de la acción extraordinaria de protección *a manera de un recurso* debe conciliar que el derecho de una parte procesal para accionar el control constitucional de las decisiones judiciales no genere ineficacia procesal para la otra parte, de tal manera que para que esta acción no produzca una dilación indebida, debe ser ejercida dentro de un plazo razonable.

Para la doctrina autorizada como la expuesta por Osvaldo Alfredo Gozaíni, la eficacia temporal de un proceso, se relaciona con la conceptualización de un plazo razonable vinculado a la idea de evitar las dilaciones indebidas.¹⁷⁵

¹⁷² **Sentencia No. 001-11-SCN-CC (RO -S-381 de 09 de febrero de 2011):**

“...El artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es una disposición que expresamente establece el término para presentar una acción extraordinaria de protección, precisamente para garantizar el derecho de recurrir, y de ninguna manera ese término podría ser considerado como plazo ni como una disposición contraria a la Constitución...”

¹⁷³ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 76.- 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:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

¹⁷⁴ **CRE publicada (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 169.- Segunda parte.- Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso.

¹⁷⁵ **Osvaldo Alfredo Gozaíni**, “Derecho Procesal Constitucional”, Capítulo IX “El Plazo Razonable”, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 503, señala:

Por ello para los sistemas extranjeros, como el colombiano y el español, el establecimiento de un tiempo para interponer esta acción extraordinaria resulta fundamental, así Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes (citando Louis Favoreu y a Pablo Pérez Tremps) exponen que en los sistemas donde se confiere este mecanismo de control constitucional de decisiones judiciales, a fin de evitar de que éstas puedan ser impugnadas indefinidamente, en perjuicio de la cosa juzgada, se establece un tiempo perentorio para su interposición (1 mes en Alemania y 20 días en España).¹⁷⁶

Configuración.- En suma según la normativa, jurisprudencia y doctrina analizada conceptualmente *la oportunidad* de la acción extraordinaria de protección implica la *relación inmediata* de continuidad entre la violación constitucional ocurrida *durante el proceso* y su consiguiente *alegación*.

La oportunidad operativamente se concreta mediante la interposición de esta *acción extraordinaria* dentro de un *plazo razonable*, propendiendo el *equilibrio* por una parte del *derecho a recurrir* y por otra parte *de la seguridad jurídica* de las decisiones judiciales que cuando no son impugnadas por esta acción dentro del *término de 20 días hábiles* contabilizados desde su notificación a la parte procesal o conocimiento de la parte que debió serlo alcanzan la calidad de *cosa juzgada*.

De esta manera se evita que la presentación de esta acción genere una *dilación indebida* en perjuicio de la *eficacia procesal*.

“...un proceso desenvuelto en los límites de un periodo razonable, depende de numerosas contingencias...Por eso es preferible aplicar en la idea una variable íntimamente relacionada, como son las dilaciones indebidas, de modo que el proceso pueda evitarlas para llegar con cierto éxito a dicha eficacia temporal...”

¹⁷⁶ **Mauricio García Villegas, y Rodrigo Uprimny Yepes**, “¿Qué hacer con la tutela contra sentencias?”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p.286, señala:

“...tienen toda la razón quienes señalan que las decisiones judiciales no pueden quedar sujetas indefinidamente a un eventual ataque por vía de tutela, pues solo se vería afectada la cosa juzgada, sino que además se estaría desconociendo la inmediatez, que debe caracterizar a la tutela tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas ocasiones. Sin embargo ese defecto puede ser solucionado fácilmente: basta señalar que la tutela contra sentencias debe tener un término de caducidad como cualquier otra acción judicial. Vencido ese término la sentencia queda en firme por más de que no tenga el mínimo de justicia material. (En todos los países que aceptan el amparo contra providencias judiciales, esta acción constitucional tiene un término de caducidad, que es en general de un mes. Así Alemania prevé un mes y España veinte días, Favoreu, p. 75 y 119) de esa manera se evita que la tutela afecte a la cosa juzgada, pues simplemente se entiende que, como lo dice la doctrina española, toda decisión judicial que ponga fin a un proceso no hace tránsito a cosa juzgada hasta que no haya transcurrido el plazo para interponer el recurso de amparo (Pérez Tremps, p.237)”

3.2.- Configuración normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los presupuestos sustanciales.

Los *presupuestos sustanciales* de la acción extraordinaria de protección involucran condiciones constitucionales y requisitos legales, relacionados a cuestiones materiales que además de permitir su admisión inicial determinan que sea finalmente aceptada en sentencia, en específico: si la acción se circunscribe a una violación constitucional (*materia u objeto*); si procede la garantía al impugnarse contra una decisión judicial firme y ejecutoriada por agotamiento de recursos en la justicia ordinaria (*procedibilidad*); y si la vulneración procesal atañe un asunto constitucional al lesionar al debido proceso u otro derecho consagrado en disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad, y no un tema de mera legalidad (*relevancia constitucional*).

3.2.1.-Materia u objeto (acción u omisión del órgano judicial que viola el derecho constitucional).

La Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 en el Art. 94 inciso primero y Art. 437 No. 2 señala que la acción extraordinaria de protección tiene relación con la violación por acción u omisión de un derecho constitucional dentro de un juzgamiento.¹⁷⁷

La Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009 y en la Sentencia No. 011-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009 estableció que la materia de esta garantía es revisar si existe violación del derecho consagrado en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos por acción u omisión

¹⁷⁷ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 94.-Primer inciso.- 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.

Art. 437.- (...) Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

judicial, que cause un agravio de manera directa, manifiesta y subsistente, buscando la anulación de la decisión judicial violatoria.¹⁷⁸

En la Sentencia No. 012-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009 y en la Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 06 de agosto de 2009 se estableció que la violación constitucional incluye a las acciones del órgano judicial (proceder antijurídico) y se extiende a sus omisiones (dejar de hacer lo jurídicamente obligado).¹⁷⁹

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada el 22 de octubre de 2009 en el Art. 58, Art. 61 números 5 y 6 y Art. 62 No. 1 sobre el objeto de esta acción establece que es verificar con independencia de los hechos, la violación de derechos constitucionales en una decisión judicial definitiva, producida de forma directa e inmediata por la acción u omisión del órgano judicial.¹⁸⁰

¹⁷⁸ **Sentencia No. 007-09-SEP-CC (RO -S-602 de 01 de junio de 2009) y Sentencia No. 011-09-SEP-CC (RO -S- 637 de 20 de julio de 2009):**

“Ante una acción extraordinaria de protección que busca la anulación de una decisión judicial, cabe precisar ciertos límites y/o parámetros que se debe observar para la pertinencia de esta acción.

Es precisamente en aquella distinción entre las causas que son susceptibles de acción extraordinaria de protección, donde radica la importancia del rol que cumple la Corte Constitucional, puesto que mediante un ejercicio valorativo, este órgano constitucional debe revisar para su admisión si se cumple con dos requisitos, a saber: 1) Que se trate de fallos, vale decir sentencias, autos y resoluciones firmes y ejecutoriadas; y, 2) Que el accionante demuestre que en el juzgamiento, ya sea por acción u omisión, se ha violado el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

...En síntesis, la acción extraordinaria de protección procede cuando el fallo cause agravio; cuando en el fallo se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución o Tratados Internacionales vigentes en el país, referentes a derechos humanos o a las reglas del debido proceso; cuando esta acción se haya propuesto una vez que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que se puedan proponer dentro del término legal, a no ser que la falta de interposición de estos recursos no pueda ser atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado; cuando estos requisitos subsistan al momento en que la Corte Constitucional resuelva; y, cuando el fallo o auto impugnado, sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir definitivo; esto es, que la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución, en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la función judicial, violación que se deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia ya que esto es lo que realmente vincula y produce efectos reales”

¹⁷⁹ **Sentencia No. 012-09-SEP-CC (RO -S- 9 de 21 de agosto de 2009) y Sentencia No. 019-09-SEP-CC (RO 18 de 03 de septiembre de 2009):**

“...La garantía de esta acción extraordinaria se hace extensiva no solo a acciones, sino también a omisiones, entendiendo aquella como el dejar de hacer algo teniendo la obligación jurídica de hacerlo, lo que, aplicado a la institución en estudio, armoniza la obligatoriedad de todo funcionario público y de los particulares a respetar la Constitución y las normas contenidas en ella, en donde se incorporan tanto las normas del debido proceso como los derechos que nos asisten a las personas.”

¹⁸⁰ **LOGJCC (RO -2S- 52 de 22 de octubre de 2009)**

Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.

6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.

Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.

Agustín Grijalva sobre el objeto de esta garantía al comentar el Art. 61 No. 5 y Art. 62 No. 1 de la LOGJCC señala que el objeto de esta acción es la violación de un derecho constitucional por una decisión judicial en un caso concreto.¹⁸¹

En la Sentencia No. 001-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010 se señaló que la naturaleza de esta acción se circunscribe exclusivamente a determinar si la decisión judicial ha incurrido en una lesión, violación o vulneración de un derecho constitucional por actos del juez que son antijurídicos de manera evidente, mas *no constituirse en una nueva instancia* de la justicia ordinaria.¹⁸²

En la Sentencia No. 028-10-SEP-CC de 10 de junio de 2010 y en la Sentencia No. 055-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010 se estimó que esta acción tiene como objeto y alcance declarar y reparar la violación o vulneración de derechos constitucionales por acción u omisión de los operadores de justicia *que causen un agravio*.¹⁸³

En la Sentencia No. 052-10-SEP-CC de 27 de octubre de 2010 se señaló que la violación de un derecho constitucional por acción u omisión del órgano judicial en el

¹⁸¹ Agustín Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, pp. 668 y 669, señala:

“En cuanto a estos requisitos, establecidos en el artículo 61, tenemos:

e) Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial. Cabe aquí destacar que se trata de la violación de un derecho constitucional y no de cualquier derecho. No es suficiente la mera enunciación de uno o varios derechos constitucionales sino la explicación clara de cómo este o estos fueron violados en el caso concreto, tal y como lo aclara el primer requisito de admisibilidad contenido en el artículo 62.1”

¹⁸² **Sentencia No. 001-10-SEP-CC (RO -S- 117 de 27 de enero de 2010):**

“...La naturaleza tutelar de la acción extraordinaria de protección prevista por el artículo 94 de la Constitución de la República, impone que la revisión constitucional que pueda efectuarse a sentencias o autos definitivos emitidos en la justicia ordinaria se circunscriba única y exclusivamente a determinar si en las decisiones de los jueces, tribunales y cortes se vulneró o no el debido proceso y otros derechos; en consecuencia, corresponde a la Corte Constitucional contrastar la sentencia o auto impugnado con el contenido de los derechos que la parte demandante considere han sido vulnerados.

En consecuencia de lo señalado, la Corte no puede convertirse en una nueva instancia que resuelva sobre las peticiones del actor y las excepciones del demandado en cualquier proceso judicial, en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial, reconocida en el artículo 168, numeral 1, de la Constitución de la República; por tanto, el juez constitucional no puede sustituir al juez ordinario; sin embargo, sí le corresponde actuar ante evidentes actos antijurídicos de los jueces que conlleven contradicción a la Constitución por lesionar uno o más derechos humanos”

¹⁸³ **Sentencia No. 028-10-SEP-CC (RO-S-290 de 30 de septiembre de 2010) y Sentencia No. 055-10-SEP-CC (RO -S- 359 de 10 de enero de 2011):**

“...La intensa labor que ejercen los operadores de justicia en las diversas materias que conocen y juzgan, en razón del volumen de su trabajo u otros motivos, podría ocasionar que en tal ejercicio cometan, por acción u omisión, vulneración de uno o más de los derechos de los que consagra la Constitución de la República a favor de las personas. Esta situación por sí sola resulta grave para quien sufre el agravio, su gravedad se multiplica una vez que se agotan los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley franquea, como medios de impugnación.

...Desde este punto de vista se haría tangible la disposición del artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional...de todo lo cual deviene que el alcance de la acción no es otro que dar protección a los ciudadanos contra eventuales actos violatorios de dichos bienes jurídicos, como también declarar su violación, de haberla, y disponer su reparación integral.”

juzgamiento se repara *dejando sin efecto* la decisión judicial y con la *retroacción* al momento procesal de la vulneración a fin de garantizar el derecho constitucional.¹⁸⁴

En la Sentencia No. 069-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 se consideró que esta acción tiene por objetivo garantizar el respeto al debido proceso para evitar la violación de derechos constitucionales durante el proceso, sin que instaure una *nueva instancia judicial*.¹⁸⁵

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional emitió autos de admisibilidad el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP, configuró el presupuesto de materia u objeto de la acción extraordinaria de protección del siguiente modo:

“La materia u objeto de la acción extraordinaria de protección dice relación a la violación constitucional por acción u omisión del órgano judicial del derecho constitucional al debido proceso u otro derecho constitucional ocurrida durante un proceso judicial (Art. 94 inciso primero y Art. 437 No. 2 de la Constitución, Art. 58 y Art. 61 números 5 y 6 de la LOGJCC)”

Análisis.- La *materia u objeto* de la acción extraordinaria de protección se encuentra relacionada al *alcance* al que *se circunscribe* su particular *naturaleza* enfocada hacia el cumplimiento de su *objetivo*.

El *alcance* de esta garantía no es la de constituirse en una última instancia judicial, puesto que *se circunscribe* a examinar la existencia de una violación constitucional en el proceso, sin que por su *naturaleza* le corresponda resolver el litigio, toda vez que su *materia u*

¹⁸⁴ **Sentencia No. 052-10-SEP-CC (RO -S- 333 de 02 de diciembre de 2010):**

“...El artículo 437 señala como requisito para la procedencia de la acción extraordinaria de protección, la demostración de que en el juzgamiento se haya violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos constitucionales. En la especie, la Corte Constitucional advierte que la vulneración de derechos constitucionales se evidencia desde el momento en que el Tribunal ad quem omitió disponer la apertura de la etapa probatoria, pues no se trataba de asuntos de puro derecho, sino de hechos sujetos a justificación, conforme lo establece el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la cual las partes podían y debían acreditar sus alegaciones

...Por tanto, la Corte Constitucional estima necesario que a fin de asegurar los derechos de las partes litigantes en la acción contencioso administrativa ...dicho proceso debe retrotraerse al momento en que ocurrió la omisión que generó la vulneración de derechos constitucionales, es decir, al momento en que los jueces...mediante auto...indebidamente declararon que la acción propuesta...versa sobre cuestiones de puro derecho, auto que debe quedar sin efecto y, en su lugar, deberán disponer la apertura de la etapa de prueba, en la que las partes podrán presentar las que estimen pertinentes y convenientes a sus derechos y continuar el trámite que la ley establece.”

¹⁸⁵ **Sentencia No. 069-10-SEP-CC (RO -S- 372 de 27 de enero de 2011):** “...Debido a la argumentación planteada por las partes, es necesario precisar que la acción extraordinaria de protección bajo ninguna consideración puede ser entendida o interpretada como una nueva instancia judicial que tiene por objeto la revisión de forma y fondo del planteamiento jurídico analizado por la justicia ordinaria; por el contrario, esta acción, por su carácter extraordinario, tiene un solo objetivo, que es garantizar que en el proceso judicial, que ha culminado con sentencia o auto definitivo, se hayan respetado las reglas del debido proceso, evitando de esta manera la violación de derechos constitucionales...”

objeto es declarar si existe o no violación de un derecho constitucional ocurrida por acción u omisión del órgano jurisdiccional, y de ser así reparar la vulneración constitucional anulando la decisión judicial y retrotrayendo el proceso al momento de la lesión para sea remediada, puesto que su *objetivo* es garantizar el apego constitucional de las actuaciones jurisdiccionales.

Debido a ello no se evidencia una superposición entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, puesto que la primera se encuentra circunscrita a declarar y reparar violaciones constitucionales en el proceso (no resolver el litigio) y la segunda es la encargada de la resolución de la causa (dentro del marco constitucional).

Es decir no es materia de la acción extraordinaria de protección el litigio en sí (conflicto entre las partes), sino el respeto que de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad ha efectuado el órgano jurisdiccional a través de sus actuaciones (acciones u omisiones), de tal forma que si la violación constitucional alegada en el proceso (agravio directo, inmediato y subsistente del derecho constitucional) es constatada, la misma sea declarada y remediada (nulidad con efecto de retrotracción y reenvío al órgano judicial); tal y como lo afirmó en su debido momento Jorge Zavala Egas propugnando el control constitucional de las actuaciones de los órganos judiciales (amparo contra actuaciones judiciales).¹⁸⁶

Afirmación que coincide con la de Agustín Grijalva que dentro del contexto constitucional actual, señala que la acción extraordinaria de protección no entra al análisis de los hechos judiciales ni resuelve el litigio, sino que se encamina a verificar la violación constitucional en el proceso, y de así serlo declarar la nulidad a partir de la actuación

¹⁸⁶ **Jorge Zavala Egas**, "Recurso de Amparo Constitucional contra violación por órgano judicial del derecho del debido proceso: una competencia olvidada del TC", en *Temas de Derecho Constitucional*, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Quito, octubre de 2003, pp. 360- 361, 365-366, señaló: "...el Recurso de Amparo y la correspondiente decisión del TC, tiene como materia, no el litigio concreto entre las partes subsumible en una hipótesis de la Ley, sino declarar que en ese proceso judicial se respetó el derecho constitucional de toda persona a un debido proceso y a recibir tutela judicial efectiva, y en caso contrario, anularlo, con efectos de reenvío a la instancia donde se produjo la violación del derecho fundamental de rango constitucional para que sea remediado ...Debe ser la violación del derecho constitucional atribuido de modo directo e inmediato al órgano judicial...Puede tratarse de una omisión (especie de acto), por parte del órgano judicial, de la práctica de una prueba, lo cual es violación del derecho de defensa....Se da por supuesto que la lesión al derecho constitucional debe ser alegada en el proceso, precisamente para que pueda ser remediado durante su tramitación, en las diferentes, fases, vías o instancias."

violatoria, con remisión al órgano judicial que deberá resolver dentro del marco constitucional.¹⁸⁷

Configuración.- En suma de la normativa, jurisprudencia y doctrina analizadas, *la materia u objeto* de la acción extraordinaria de protección se circunscribe a *constatar la violación constitucional* producida por las *actuaciones* del órgano judicial *por acción u omisión*, la misma que ha sido *alegada* durante el proceso por quien sufre el agravio.

La *alegación* de la violación constitucional durante el proceso se relaciona a que el juez en la *justicia ordinaria* es el *garante primario* de los derechos constitucionales y está llamada a protegerlos para subsanar la violación, puesto que la acción extraordinaria de protección habilita que la Corte Constitucional actúe como *garante extraordinario* de los derechos constitucionales y cuando la decisión se encuentra ejecutoriada.

Dicha violación alegada debe ser verificada para proceder a *declarar y reparar dicha lesión* mediante la *anulación* de la decisión judicial impugnada, la *retroacción* al momento procesal de la vulneración y el *reenvío* al órgano de la justicia ordinaria para que el proceso se tramite y resuelva acorde al marco constitucional.¹⁸⁸

De esta manera la *materia u objeto* de la acción extraordinaria de protección es concordante con su *alcance* (no es una última instancia judicial para conocer los hechos de la causa), su *naturaleza* (no resuelve el litigio de las partes en conflicto pues esto le compete a la justicia ordinaria) y *objetivo* (garantizar el apego de los procesos judiciales a los derechos consagrados en disposiciones constitucionales y en el bloque de constitucionalidad).

¹⁸⁷ Agustín Grijalva, "La acción extraordinaria de protección", en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 663, señala:

"...En cuanto a los efectos del recurso, lo que hace o debe hacer la Corte Constitucional al conocer este recurso es exclusivamente verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional, y si hallare tal violación deberá declarar la nulidad a partir de la actuación procesal violatoria, y devolver al juez respectivo el proceso para que actúe en el marco constitucional. La Corte no entra a conocer los hechos del proceso sin relación con el problema constitucional, ni dicta sentencia en lugar del juez que conoce la causa"

¹⁸⁸ **Con relación al reenvío a la justicia ordinaria** para la adecuación de la causa al marco constitucional es una constante que en la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional se ordene su devolución al órgano judicial de origen para que lo remita a la Sala de Sorteos y una nueva judicatura sorteada tramite y resuelva el litigio.

La *violación* del derecho constitucional producida por las *actuaciones* del órgano jurisdiccional abarcan tanto a la *acción* (proceder antijurídico) como a la omisión (no hacer lo jurídicamente obligado) y debe derivarse como *consecuencia directa* de la decisión judicial (parte resolutive que produce efectos) y evidenciarse de forma *manifiesta y subsistente* (es decir que el agravio sea evidente y que subsista al momento de ser declarado).

3.2.2.-Procedibilidad (contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se encuentren firmes o ejecutoriadas por agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios a menos que su falta de interposición no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado).

La Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 en el Art. 94 incisos primero y segundo y Art. 437 inciso primero y número 1 dispone que la acción extraordinaria de protección procederá de autos definitivos, sentencias, y resoluciones con fuerza de sentencia que se encuentren firmes y ejecutoriados, por agotamiento de recursos salvo que este no fuere imputable a la negligencia del accionante.¹⁸⁹

Agustín Grijalva al comentar la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección de la relación entre el Art. 94 y Art. 437 de la Constitución, señala que en estas disposiciones se recoge el *principio de subsidiaridad*, es decir que esta garantía sólo opera cuando la decisión judicial está ejecutoriada y firme por agotamiento de recursos dentro de la propia justicia ordinaria (garante primario de los derechos constitucionales) y en tal virtud para asegurar la institución de la cosa juzgada procede su interposición ante la Corte Constitucional (garante extraordinario de los derechos constitucionales).¹⁹⁰

¹⁸⁹ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

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.

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

I. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.

¹⁹⁰ Agustín Grijalva, "La acción extraordinaria de protección", en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, pp. 662-663, 666-667, señala:

La Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 011-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009 consideró que la acción extraordinaria de protección procede contra decisiones judiciales que han alcanzado *ejecutoria y firmeza*, sea porque no se prevé recursos contra las mismas, no se han interpuesto los previstos o ya se han resuelto los presentados, las mismas que por los efectos de inmutabilidad y coercibilidad de la cosa juzgada no pueden volverse a discutir dentro de la justicia ordinaria, institución de la *cosa juzgada que no es afectada por esta acción constitucional*, en la cual no se revisa la causa ordinaria ni se traba nuevamente la litis, sino que garantiza que los derechos constitucionales que efectivamente hayan sido violados durante el proceso sean reparados.¹⁹¹

“...La Constitución de 2008 en sus artículos 94 y 437 crea un amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección. Esta institución fue quizás una de las que generó mayores críticas durante la Constituyente, pues se la acusó de atentar contra la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la celeridad y la independencia judicial...El artículo 94 de la Constitución establece que este recurso procede cuando mediante sentencias o autos definitivos se han violado derechos constitucionales. El artículo 437 agrega las resoluciones con fuerza de sentencia y hace mención especial del derecho al debido proceso entre los derechos protegidos, sin excluir a los demás derechos.

...es el llamado principio de subsidiariedad mediante el cual la Corte Constitucional se abstiene de conocer mediante la acción extraordinaria de protección la violación de derechos constitucionales en cualquier proceso judicial que se halle en curso, es decir respecto del cual existen recursos pendientes u acciones procesales de la justicia ordinaria. A este principio subyace la concepción de que los jueces ordinarios son los garantes primarios de la Constitución, mientras que el Tribunal Constitucional constituye un garante extraordinario...

...La Constitución de 2008 incluye el principio de subsidiariedad en sus artículos 94 y 437 cuando califica al recurso de protección o amparo como extraordinario y exige como requisito para su presentación que las sentencias, autos y resoluciones sean firmes y ejecutoriados. El artículo 94 indica expresamente: “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”. El requisito de carácter final o definitivo de estas decisiones judiciales busca entonces el agotamiento de las posibilidades procesales de defensa de los derechos constitucionales del accionante en el seno de la propia justicia ordinaria que, como se ha dicho, es el garante ordinario de los derechos constitucionales”.

¹⁹¹ **Sentencia No. 011-09-SEP-CC (RO -S- 637 de 20 de julio de 2009) :**

“Cuando se ha agotado la vía de los recursos y cuando ha terminado el periodo del procedimiento, vale decir del juicio, cuando la sentencia ha entrado en un estado de firmeza, suele denominarse ejecutoria; en este estado, la sentencia ejecutoriada no admite reclamación ni recurso de ninguna especie y ni el mismo órgano judicial que la expidió puede cambiar su texto

...El efecto principal de la sentencia ejecutoriada sobre el proceso, proviene de la energía jurídica de la que está revestida en virtud de la ley y que la convierte en una norma inmutable y coercible que da fin a la relación jurídica procesal, impidiendo que se debata de nuevo el mismo asunto, y siendo susceptible de ejecución por el mismo órgano que la pronunció.

Esta energía jurídica es la cosa juzgada, cuyos atributos son, como queda dicho, la inmutabilidad y la coercibilidad, atributos entre los cuales la sentencia ejecutoriada, en el primer caso, no es impugnabile; y, en virtud del segundo tomada como título es ejecutable.

Cuando estos atributos concurren a plenitud en la sentencia ejecutoriada, se dice que hay cosa juzgada, en virtud de la cual, la sentencia no es revisable ni en el mismo proceso en el que, por hecho de la ejecutoria, sobreviene una preclusión total y absoluta; ni en otro proceso, vale decir, en un proceso distinto.

...A manera de corolario, se puede señalar que el carácter de ejecutoria de este acto procesal (sentencia), para así hablar de sentencias ejecutoriadas o firmes, se debe entender como aquellas que pueden cumplirse, ya sea porque no proceden recursos en contra de ellas, bien sea porque los recursos proceden y han sido fallados, o también sea porque los recursos proceden, pero han pasado todos los plazos concedidos por el Código de Procedimiento Civil para su interposición, sin que las partes los hayan hecho valer.

Empero mediante la incorporación de la acción extraordinaria de protección, dentro del texto constitucional no se pretende echar al piso la institución de la cosa juzgada, sino que enmarcándose dentro del paradigma constitucionalista del Estado constitucional de Derechos y Justicia, se busca tutelar, de manera amplia, los derechos que les asisten a las personas con el objeto de no sacrificar un derecho por el simple hecho de que se haya ejecutoriado una resolución; en esta nueva visión se amplía el rol proteccionista del Estado ecuatoriano pretendiendo, mediante esta acción, conseguir la tan anhelada justicia.

Al resolver esta acción, el deber de la Corte Constitucional no es volver a revisar la causa, sino identificar en la especie dos aspectos dentro de la resolución que se impugna como son: si se incurrió o no en violación, ya sea del debido proceso o de un derecho reconocido por la Constitución, y de comprobarse tales violaciones, el órgano constitucional procederá a la reparación. Con este criterio se deja de lado el interés particular, no es que continúa trabada una litis en la Corte Constitucional, sino que se pretende identificar si ha existido violación de derechos o normas del debido proceso y proceder a su reparación.”

En la Sentencia No. 012-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009 se catalogó a la acción extraordinaria de protección como *excepcional*, pues procede contra sentencias, autos y resoluciones ejecutoriadas y firmes que exclusivamente son analizadas en cuanto si incurren en vulneración de derechos constitucionales, para de ser así dejarlas sin efecto.¹⁹²

En la Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 06 de agosto de 2009 reiteró que esta garantía es *excepcional* procediendo únicamente contra resoluciones judiciales definitivas por agotamiento de los medios de impugnación o recursos en la justicia ordinaria, *asimilándola a la procedibilidad en los procesos en el sistema interamericano de derechos humanos*.¹⁹³

En la Sentencia No. 024-09-SEP-CC de 29 de septiembre de 2009 se precisó que son susceptibles de acción extraordinaria de protección las decisiones *resolutivas definitivas* emitidas mediante sentencia por los Juzgados, Corte Provinciales y Corte Nacional de Justicia (justicia ordinaria) y por el Tribunal Contencioso Electoral (justicia electoral)¹⁹⁴. Especificando

¹⁹² **Sentencia No. 012-09-SEP-CC (RO -S- 9 de 21 de agosto de 2009):**

“...La naturaleza de la acción extraordinaria de protección consiste en que la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso no queden en la impunidad, por lo que asumiendo el espíritu tutelar de la vigente Carta Fundamental, mediante esta acción excepcional se permite que las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control de constitucionalidad en el país como es la Corte Constitucional, por lo que los alcances que asume esta acción extraordinaria, abarca a las resoluciones ejecutoriadas, las mismas que como medida excepcional pueden ser objeto de análisis ante el supuesto de vulneración de los preceptos constitucionales antes descritos, teniendo como efecto inmediato, sí se encontrare la vulneración de estos derechos, la reparación del derecho violado y, por ende, el dejar sin efecto la resolución firme o ejecutoriada que ha sido impugnada.”

¹⁹³ **Sentencia No. 019-09-SEP-CC (RO 18 de 03 de septiembre de 2009):**

“...La naturaleza extraordinaria de este recurso obliga a que su procedencia se dé, exclusivamente, cuando se hayan agotado los medios procesales de impugnación, lo cual coloca a la acción extraordinaria de protección como una medida excepcional a ser invocada exclusivamente ante el agotamiento de la vía jurisdiccional en todas sus fases; solo ahí la Corte Constitucional intervendrá y únicamente respecto a una resolución definitiva en donde se hayan violado derechos constitucionales o normas del debido proceso, situación parecida a lo que acontece en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”

¹⁹⁴ **Sentencia No. 024-09-SEP-CC (RO -S-No. 47 de 15 de octubre de 2009)**

“...La Acción Extraordinaria de Protección procede con la finalidad de proteger los derechos constitucionales que se encuentren vulnerados por las sentencias, autos y resoluciones con fuerza de sentencia, definitivas y ejecutoriadas, conforme mandato constitucional contenido en los artículos 94 y 437.

...Dentro de la revisión de sentencias forman parte las que emitan los jueces, las Cortes Provinciales y la Corte Nacional, así como el Tribunal Contencioso Electoral, ya que estas funciones del Estado pronuncian fallos de última y definitiva instancia, con carácter jurisdiccional (art. 182, 221.1, 2 y 3 CRE), circunstancia que permite la intervención de la Corte Constitucional...para evidenciar el deber de revisar los fallos y autos definitivos emitidos por los órganos de justicia ordinaria y electoral, lo cual permite definir que no existe órgano judicial fuera del control constitucional.

...Respecto de los autos definitivos que son motivo de revisión de esta Corte Constitucional a través de Acción Extraordinaria de Protección, cabe señalar lo contenido en el numeral 1 del artículo 437 de la Constitución del República, *ad fine* de su primera parte dice: “[...] autos definitivos, y resoluciones con fuerza de sentencia.”...Una vez que se encuentra ejecutoriado el auto definitivo, procede la Acción Extraordinaria de Protección, siempre y cuando exista una probabilidad de vulnerar el debido proceso y los derechos constitucionales, de tal forma que cause impunidad y que de ninguna forma llegue a ser considerada tal decisión como legítima ni justa. Ahora bien, la causa que se examina en el voto salvado identifica que no es procedente por la forma y el fondo, circunstancia con la que esta sentencia discrepa, por considerar, de manera fundamentada que los autos emitidos...son definitivos, más aún porque sostiene criterios que limitaron derechos anteriormente concedidos en sede administrativa y constitucional. En definitiva, por la naturaleza jurídica, es un auto interlocutorio definitivo (*supra*), el mismo que fue apelado y ratificado. Y cabe mencionar que se presentaron los recursos de nulidad y de hecho aspectos procesales que vuelven definitivos y ejecutoriados los

que en el caso de los autos, que de modo general son meramente interlocutorios, abren y concluyen etapas procesales sin poner fin al juicio (en el caso el auto de admisión de medidas cautelares que están supeditadas a un juicio principal que podría revocarlas) se deben considerar como *definitivos siempre que conceptual y materialmente por sus efectos terminen por vulnerar derechos constitucionales* pues caso contrario causarían impunidad (es decir aún cuando dicho auto no termine el juicio se considera definitivo por sus efectos violatorios que no pueden quedar impunes). Ratificando que en todo caso es necesario que se hayan agotado los recursos para la ejecutoría de la decisión judicial. Sin embargo tiene dos votos salvados que consideraron que el auto en mención no era definitivo por cuanto podía ser revocado ¹⁹⁵

En la Sentencia No. 026-09-SEP-CC de 01 de octubre de 2009 se apreció que esta vía constitucional opera una vez exista *agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios* en la justicia ordinaria, a menos que no fuere imputable tal agotamiento a la negligencia del accionante. ¹⁹⁶

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada el 22 de octubre de 2009 en el Art. 61 numerales 2 y 3 y Art. 62 inciso primero sobre la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección menciona que la resolución debe ser definitiva, ejecutoriada y firme por agotamiento de recursos adecuados y eficaces, salvo que su no interposición no fuere atribuible a negligencia de la persona; y en el Art. 62 No. 7 tratándose

autos que se impugnan, requisitos indispensables para el presente examen de constitucionalidad, lo cual posibilita la instrumentalización de esta sentencia.

... Cabe señalar que el auto definitivo de avoco de conocimiento de la causa, medida cautelar y su confirmación (*supra*), que aparecen como definitivos por sus efectos, limita los derechos que habían sido adquiridos... Toda vez que hemos definido que, en el caso concreto, el auto de admisión es definitivo conceptual y materialmente ya que permite el inicio de una causa que trató asuntos ya resueltos anteriormente”.

¹⁹⁵ **Los Votos Salvados de la Sentencia No. 024-09-SEP-CC** consideran que las medidas cautelares podían ser revocadas en un juicio principal que se encontraba en trámite sin decisión definitiva, evidenciando el no agotamiento de la vía ordinaria para interponer la acción extraordinaria de protección.

¹⁹⁶ **Sentencia No. 026-09-SEP-CC (RO 54 de 26 de octubre de 2009):**

“...La acción extraordinaria de protección procede exclusivamente contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que 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, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República...”

de decisiones del Tribunal Contencioso Electoral dispone que no procede la acción durante el proceso electoral.¹⁹⁷

Agustín Grijalva sobre el Art. 61 números 2 y 3 de la LOGJCC, comenta que consagran la subsidiaridad de la acción extraordinaria de protección puesto que procede sólo cuando se *agotado la vía judicial* ordinaria en todas sus fases y recursos adecuados y efectivos para el efecto es decir cuando la decisión judicial alcance *ejecutoría y firmeza*; cuestionando la improcedencia de esta garantía contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante los procesos electorales.¹⁹⁸

En la Sentencia No. 037-09-SEP-CC de 09 de diciembre de 2009 se estableció que cuando una *decisión judicial cause ejecutoria en única instancia por no ser susceptible de recurso alguno* en la justicia ordinaria (como el fallo de liquidación de daños ordenados en sentencia ejecutoriada) *se ha superado el agotamiento de los recursos* al no ser atribuible a la negligencia del recurrente.¹⁹⁹ Sin embargo tiene un voto salvado que consideró que no se habían agotado la vía ordinaria al encontrarse planteada una acción de nulidad por cuerda separada.²⁰⁰

¹⁹⁷ LOGJCC (RO -2S-52 de 22 de octubre de 2009)

Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener:

2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.

3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.”

Art.62.- Admisión.- La acción extraordinaria de protección será presentada ante la judicatura, sala, o tribunal que dictó la decisión definitiva...

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.

¹⁹⁸ Agustín Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 667, señala:

“...En cuanto a estos requisitos en el artículo 61, tenemos:

b) Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada. Este requisito proviene en realidad del artículo 437.1 de la propia Constitución. El requisito tiene pleno sentido pues si hay un recurso legal pendiente contra la sentencia o auto, o si el término previsto para interponerlo no ha vencido, mal podría presentarse la acción extraordinaria de protección pues la violación del derecho constitucional se consuma solo mediante sentencia o auto ejecutoriada...

c) Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado. Este literal establece radicalmente la subsidiaridad de la acción, pues son los propios jueces y tribunales, como hechos dicho, los garantes ordinarios del debido proceso y otros derechos constitucionales...Sólo una vez que el titular ha agotado todas las posibilidades procesales antes estos jueces, puede la violación del derecho llegar a conocimiento de la Corte Constitucional, que es un órgano jurisdiccional especializado. Que los recursos sean eficaces y adecuados implica que estos tengan la capacidad de evitar o resarcir la violación del derecho constitucional. Así por ejemplo, mediante la casación se puede corregir la interpretación de la ley para que sea conforme a la Constitución y los derechos que consagra. Mediante la nulidad se puede dejar sin efecto jurídico la decisión judicial o el proceso violatorio del derecho constitucional.

...El artículo 62 de la LGCC establece...7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales. Esta restricción a la admisibilidad resulta constitucionalmente cuestionable...El hecho de que la fase de procesos electorales constituye un periodo especial en que hay que precautelar también el proceso democrático mal puede justificar el excluir a la justicia electoral de la justicia constitucional...”

¹⁹⁹ Sentencia No. 037-09-SEP-CC (RO 121 de 02 de febrero de 2010):

En la Sentencia No. 010-10-SEP-CC de 08 de abril de 2010 se reiteró que aquellos autos que abren etapas procesales y que no ponen fin al proceso (como el auto de llamamiento a juicio penal que podría ser revocado en la siguiente etapa procesal) se consideran objetivamente procedentes de ser examinados mediante acción extraordinaria de protección por cuanto sus *efectos violatorios de derechos acarrear la inconstitucionalidad* de la etapa siguiente y de todo el proceso.²⁰¹ Sin embargo cuenta con un voto salvado que considero que el auto de llamamiento a juicio no es definitivo.²⁰²

En la Sentencia No. 020-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010 se determinó que cuando una persona *no es debidamente citada* y por tal razón no comparece al proceso (en el caso a un juicio ejecutivo) y cuando se entera concurre al mismo, habiéndose vencido los términos para interponer un recurso (en el caso el de apelación pues no se concede casación de los fallos en juicios ejecutivos), *el no agotamiento de recursos no le es atribuible a la negligencia* de la persona accionante, cabiendo la acción extraordinaria de protección.²⁰³

“...El artículo 845 de este Cuerpo de Ley dice que: *“en el juicio verbal sumario que se efectúe para liquidar intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, el fallo no será susceptible de recurso alguno”*. Tanto del escrito que contiene la acción extraordinaria de protección, como del presentado por el legitimado pasivo, se observa que la sentencia dictada dentro del procedimiento verbal sumario por daños y perjuicios tiene como antecedente la que se expidió por violación a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor...es decir, se trata de una sentencia expedida en un juicio verbal sumario que se tramita para determinar daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada. Por tanto, la ley no ha determinado recurso alguno para el caso materia de examen; es decir que se ha superado la excepción que menciona la norma constitucional del artículo 94, ya que la acción de nulidad de sentencia no es ninguno de los recursos que, como tal, establece el Código Adjetivo Civil”

²⁰⁰ **El Voto Salvado a la Sentencia 037-09-SEP-CCI** considera que si bien no se prevén recursos para el fallo de liquidación de daños ordenados en sentencia ejecutoriada en la justicia ordinaria, el actor ha planteado una acción de nulidad de sentencia ejecutoriada que se encontraba pendiente de resolución, incurriendo en la falta de agotamiento de la vía ordinaria para la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección.

²⁰¹ **Sentencia No. 010-10-SEP-CC (RO 177 de 22 de abril de 2010):**

“...Una vez delimitada la naturaleza y efectos de la acción extraordinaria de protección, y su incidencia en el análisis que está facultada a realizar esta Corte en el caso concreto, corresponde ahora determinar la procedencia de la misma respecto a un auto de llamamiento a juicio

...El elemento sustancial que acredita la procedencia de la garantía respecto a un auto de estas características, que marca el inicio de una nueva etapa procesal, se justifica en la posibilidad que tiene el mismo de revestir o generar vulneraciones a derechos constitucionales o debido proceso; en ese supuesto, con mayor razón el juez constitucional debe revisar y subsanar todos aquellos vicios que pudieren afectar la siguiente etapa procesal. y en definitiva, todo el proceso penal. En ese contexto, el auto objeto de la presente acción se entiende *firme*, y en consecuencia la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente”

²⁰² **El Voto Salvado a la Sentencia 010-10-SEP-CC** considera que no se ha dado el agotamiento de la vía ordinaria para la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección, porque las declaraciones de un auto de llamamiento a juicio no surten efectos irrevocables en el proceso penal, además de que marca el inicio de una nueva etapa procesal y en estricto sentido no se constituye en un auto definitivo.

²⁰³ **Sentencia No. 020-10-SEP-CC:**

“...En el caso concreto la Corte ha verificado que en relación al agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, para que la acción extraordinaria de protección se configure en los términos establecidos en los artículos 94 y 437 numeral 1 de la Constitución, tratándose de un juicio ejecutivo, podía recurrirse ante la Corte Provincial de Justicia, pero ello no ocurrió porque el proponente de esta demanda jamás conoció del juicio ejecutivo instaurado y sentenciado en su contra, y mal podía

En la Sentencia No. 041-10-SEP-CC de 16 de septiembre de 2010 se señaló expresamente como *requisito de procedibilidad* de la acción extraordinaria de protección el *agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios* pertinentes, operando esta garantía solo cuando las actuaciones judiciales son definitivas y no han sido corregidas en la propia justicia ordinaria, y específicamente estimó que un auto es definitivo cuando deniega un recurso sin que exista otro que interponer.²⁰⁴

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional emitió autos de admisibilidad el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP configuró el presupuesto de procedibilidad de la acción extraordinaria de protección de la siguiente forma:

“...La procedibilidad se refiere a que la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia firmes o ejecutoriados, por agotamiento de 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, o se demuestre que sean ineficaces o inadecuados (Art. 94 incisos primero y segundo y Art. 437 inciso primero y número 1 de la Constitución, Art. 61 Nros. 2 y 3 de la LOGJCC)”

Análisis.- La *procedibilidad* de la acción extraordinaria de protección se vincula a su *carácter excepcional*, pues *procede solo y únicamente* cuando la *decisión judicial* de la justicia ordinaria se encuentra *ejecutoriada y firme* por el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios adecuados y eficaces.

apelar de la misma en el término respectivo. Por tanto, la falta de agotamiento del recurso no fue atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado, tal como lo prevé el artículo 94 de la Constitución de la República.”

²⁰⁴**Sentencia No. 041-10-SEP-CC (RO -S- 294 de 06 de octubre de 2010):**

“...El carácter de la acción, orientada a la revisión de sentencias y autos generados en la actividad judicial, demanda la exigencia de requisitos especiales que garanticen que las decisiones que impugnen en esta vía constituyan actos definitivos, pues, se aspira que las irregularidades procesales y otras eventuales vulneraciones a derechos sean corregidos en el mismo ámbito de la justicia ordinaria, a través de los recursos previstos legalmente, y solo si eso no hubiere sido posible, se podrá recurrir a la acción extraordinaria de protección. Por ello, la normativa constitucional y legal establece como requisito de procedibilidad de esta acción, que los actos impugnados sean sentencias y autos definitivos, razón por la que también se exige que el demandante haya agotado todos los recursos pertinentes.

...Acusa el demandante que las sentencias de primera y segunda instancia que impugna fueron emitidas vulnerando sus derechos a la jubilación patronal reconocida tanto en el Código del Trabajo, como en el Contrato Colectivo de Trabajo, vigente a la fecha de su desvinculación...pretensión sobre la que se pronunciaron las aludidas sentencias y sobre cuya impugnación correspondía conocer a la Sala de Casación, en tanto ésta, ha emitido un auto que rechaza el recurso interpuesto, el mismo que ha causado ejecutoria por no quedarle al accionante otro recurso que interponer, por lo cual el referido auto es definitivo respecto del que la Corte procederá a realizar la revisión de la acusada vulneración de derechos”

Sobre el *agotamiento de los recursos adecuados y eficaces* de la justicia ordinaria para la procedibilidad de la revisión de resoluciones judiciales a través del amparo dentro del sistema procesal español, Rosario Serra Cristóbal, expone que necesariamente no deben ser todos sino los eficaces y útiles, en especial la casación cuando fuere procedente.²⁰⁵

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 178 establece que la Función Judicial se encuentra integrada por los siguientes órganos jurisdiccionales: Juzgados y Tribunales, Cortes Provinciales de Justicia y Corte Nacional de Justicia.

Los juicios son conocidos y resueltos por los Juzgados y Tribunales (*primera instancia*), prosigue con las Cortes Provinciales de Justicia (*segunda instancia instituida para resolver los recursos de apelación*), y culmina con la Corte Nacional de Justicia (*competente para conocer y resolver el recurso de casación y el recurso de revisión penal*).

Estos órganos jurisdiccionales de la Función Judicial emiten *decisiones jurisdiccionales* denominadas genéricamente *providencias o resoluciones judiciales*, pudiendo ser *decretos, autos y sentencias*.

Se ha establecido que los *decretos* se emiten para despachar asuntos de mero trámite; los *autos* para aperturar o concluir etapas procesales (auto interlocutorio) y de manera excepcional para concluir el juicio (auto con fuerza de sentencia); y las *sentencias* para resolver

²⁰⁵ Rosario Serra Cristóbal, “La Guerra de las Cortes”, Capítulo 5. “La Revisión de Resoluciones del Tribunal Supremo a través del Recurso de Amparo”, Editorial Tecnos S.A., Madrid-España, 1999, señala:

“...Cuando el artículo 44 LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) exige haber agotado todas las instancias procesales procedentes como requisito para poder interponer el recurso de amparo, hay que entender por ello que deben haber interpuesto todos los recursos existente en la vía ordinaria susceptibles de reparar el daño recibido por un derecho fundamental. Ya se ha visto que las instancias procesales ordinarias inferiores constituyen medios de salvaguarda de los derechos fundamentales; hay que ver ahora si el recurso extraordinario de casación residenciado en el TS (Tribunal Supremo) constituye también un medio útil de defensa de los derechos fundamentales, pues en la medida en que lo sea constituirá una vía judicial que se tendrá que agotar si se quiere interponer el recurso de amparo (...)

Como ya se ha visto en este trabajo, no es necesario acudir a “todos los recursos utilizables en cualquier vía judicial” para entender que se ha agotado la vía judicial previa (STC 73/1982 de 2 de diciembre), sino que ha de tratarse de agotar aquellos que sean útiles y adecuados para la reparación del derecho presuntamente lesionado (STC 30/1982 de 1 de junio y 50/1984 de 5 de abril).

Dentro de los recursos previstos por las leyes se encuentra el de reposición o súplica, el de apelación y, para ciertos casos el de casación ante el TS. Puesto que la casación no constituye una tercera instancia, sino que se trata de un recurso extraordinario (como existen otros), podríamos plantearnos si esa exigencia de agotar la vía judicial previa incluye la obligación de haber interpuesto el recurso de casación (cuando queda esa posibilidad, claro está)

Ahora bien si la casación resulta una vía hábil para restablecer al particular el derecho vulnerado, no basta con la interposición del recurso de casación sin más, a los solos efectos de agotar la vía judicial previa, sino que el recurrente debe interponer el recurso de casación alegando los preceptos constitucionales que considera que han sido vulnerados, para que el TS tenga la oportunidad de subsanar la vulneración (STC 152/1992 de 19 de octubre y 235/1994 de 20 de julio)”.

la controversia dentro del límite procesal de la pretensión del actor y excepciones del demandado (decisión resolutive del fondo del asunto).

Una providencia judicial *se ejecutoria o es firme* por operación el *agotamiento de los recursos*, porque ya han sido resueltos (*cosa juzgada*), porque no se han interpuesto dentro del término oportuno (*extemporaneidad*), o porque no se han previsto normativamente (*inimpugnabilidad*).

Las providencias judiciales pueden ser impugnadas ante el propio *juez ad quo* del que emanó (recursos horizontales), o para ante el *juez ad quem* que debe revisar la providencia subida en grado (recursos verticales).

Los *medios de impugnación o recursos*, pueden estar establecidos de modo general para todas las providencias sin el establecimiento de formalidades mayores (recursos ordinarios), o establecidos sólo para ciertas providencias y bajo cumplimiento de formalidades precisas (recursos extraordinarios).

En este esquema judicial se da el denominado *control de legalidad* para la corrección jurídica dentro del propio seno de la justicia ordinaria, teniendo especial relevancia el *recurso de casación*²⁰⁶, sin embargo, evidentemente su aplicación resulta limitada, pues es de carácter vertical y extraordinario al proceder *sólo contra sentencias que pongan fin a los procesos de conocimiento* o de las providencias expedidas en la *fase de ejecución* de los mismas, debe necesariamente encuadrarse en las causales establecidas en la Ley de Casación (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de la ley), y la revisión se contrae únicamente a las normas señaladas como infringidas por el recurrente.

En relación a las *providencias desprovistas de recurso alguno*, ejemplificativamente en el Código de Procedimiento Civil se encuentran los casos de regulación de honorarios en juicio de alimentos (Art. 35), de ampliación o aclaración de la contestación a la demanda (Art. 102),

²⁰⁶ La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia actuante desde 1997 hasta diciembre de 2004 estimó que el recurso de casación cabe por violación de normas constitucionales, habiendo emitido múltiple jurisprudencia en la que revisó la violación de algunos principios constitucionales como el debido proceso, la motivación jurídica, el estado de indefensión, etc.

de la decisión de la apelación en la calificación de posturas en juicio ejecutivo (Art. 469), de la decisión de la apelación sobre la nulidad de adjudicación de bienes rematados (Art. 473), del rechazo de tercería excluyente de dominio (Art. 502), de la autorización de continuar la obra en los juicios de obra nueva (Art. 682), del fallo del juicio de despojo violento (Art. 695), de la liquidación de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada (Art. 845), de las providencias dictadas en los juicios de recusación (Art. 889), de la sanción pecuniaria impuesta por escritos que entorpezcan las providencias preventivas (Art. 922), de las providencias que se dicten en los procedimientos de la jurisdicción coactiva fuera de la sentencia (Art. 961), en los cuales podría vulnerarse derechos constitucionales y al no contar con un recurso en la propia vía judicial, se habilita la acción extraordinaria de índole constitucional para el efecto.

Cabe referir que la Corte Constitucional en la Sentencia No. 003-10-SCN-CC de 25 de septiembre de 2010, respecto de la consulta de constitucionalidad del Art. 889 del Código de Procedimiento Civil que no prevé recursos en los juicios de recusación, declaró su constitucionalidad al corresponder a la *tramitación sumaria* de ciertos procedimientos sin que se vulnere el *derecho a recurrir* ni el principio de *doble conforme*.²⁰⁷ De tal forma que para estos casos de providencias no susceptibles de recurso alguno, se habilita la acción extraordinaria de protección, en la cual la falta de agotamiento del recurso no les atribuible a la negligencia del accionante, puesto que no se prevé recurso en la vía judicial, tal y como ocurrió en un caso relacionado al Art. 845 del Código de Procedimiento Civil de liquidación de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada resuelto en la antes citada Sentencia No. 037-09-SEP-CC de 09 de diciembre de 2009.

²⁰⁷ **Sentencia No. 003-10-SCN-CC (RO -S- 159 de 26 de marzo de 2010):**

“...Como vemos, no en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras instancias para su prosecución.

...La jurisprudencia comparada comparte el criterio de que el derecho a la interposición de recursos es relativo respecto a determinados casos; al respecto, nos valdremos de criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional Colombiana, que ha resuelto problemas derivados de casos análogos, manifestando que el derecho a doble instancia no es un derecho absoluto.

...SENTENCIA: 1. Declarar que el contenido del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil, objeto de la consulta de constitucionalidad, no contradice ni vulnera el artículo 76, numeral 7, literal *m* de la Constitución de la República...”

En este punto cabe señalar que la acción extraordinaria de protección procede cuando *la falta de agotamiento de vía ordinaria no le resulte atribuible a la persona*, como en el caso de *imposibilidad impugnatoria* (la persona se ha visto imposibilita de recurrir por falta de citación o notificación imputable a la omisión del órgano judicial) o en el evento de *inimpugnabilidad* (la propia normativa no ha previsto recursos).

Cuando una persona ha sido parte procesal y ha intervenido en el juicio la *extemporaneidad impugnatoria* en el planteamiento de un recurso le es atribuible a su negligencia.

Sin embargo cuando la persona ha debido ser parte y se entera del juicio posteriormente no le resulta atribuible a su negligencia la *imposibilidad impugnatoria*. Ni le resulta imputable a su negligencia procesal la *inimpugnabilidad* de ciertas providencias desprovistas de recurso alguno, que causan ejecutoria en única instancia, o sobre las que no cabe la casación (como los fallos en los juicios ejecutivos).

Siendo así, la *procedibilidad* de la acción extraordinaria de protección se *configura* como un *mecanismo excepcional* de control constitucional de las decisiones judiciales, que *procede* cuando se ha producido el *agotamiento* de los recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la *justicia ordinaria* llamada a ser la *garante primaria* de los derechos constitucionales, de tal modo que *únicamente* una *decisión judicial ejecutoriada y firme* resulta *susceptible* de la revisión de la *justicia constitucional* estatuida como *garante extraordinaria* de los derechos constitucionales, y en este sentido opera su *subsidiariedad*, más aun cuando *la revisión constitucional* no involucra los *hechos judiciales* que pertenecen a la órbita de la *cosa juzgada*.

El *control constitucional* que se emprende en la acción extraordinaria atañe a las decisiones judiciales susceptibles de esta *acción extraordinaria*, emitidas por los Juzgados y Tribunales, Cortes Provinciales de Justicia y Corte Nacional de Justicia (juzgadores ordinarios), e inclusive por el Tribunal Contencioso Electoral (juez electoral) con la precisión de que existe

improcedencia temporal durante el proceso electoral (los cual ha sido cuestionado por la doctrina autorizada por no justificarse).

Configuración.- De la normativa, jurisprudencia y doctrina analizadas se desprende que la acción extraordinaria de protección, como mecanismo para que la Corte Constitucional (justicia constitucional) realice el control de la constitucionalidad de resoluciones judiciales (justicia ordinaria), procede:

i) *Contra una decisión judicial definitiva, ejecutoriada y firme*, esto es una *sentencia* (que resuelve el juicio), un *auto con fuerza de sentencia* (que concluye el juicio) u otra *resolución con fuerza de sentencia* (que resuelva o concluya el litigio); resultando improcedente contra decretos (providencia de mero trámite) y autos interlocutorios sin fuerza de sentencia (que aperturan y cierran de etapas procesales y podrían ser revocados en una nueva etapa procesal) a no ser produzcan *efectos inconstitucionales definitivos* de una manera *conceptual, material y objetiva* y que en tal virtud *no pueden quedar impunes* (como el auto de admisión de medidas cautelares y el auto de llamamiento a juicio penal, en los que se han violado derechos constitucionales).

ii) *De manera excepcional y subsidiaria ante el agotamiento de todos los recursos horizontales, verticales, ordinarios y extraordinarios adecuados y eficaces* dentro de la justicia ordinaria, lo que implica haberse iniciado una primera instancia (en la que se ha ejercido recursos ordinarios y horizontales como los de reforma, revocatoria, ampliación y aclaración), proseguido con una segunda instancia (producto de la interposición del recurso ordinario y vertical de apelación) y culminado con el conocimiento y resolución de los recursos de casación en toda materia y de revisión penal (recursos extraordinarios y verticales); *salvo que la falta de agotamiento de la vía ordinaria no sea atribuible a la negligencia de la persona*, como en el caso de *imposibilidad impugnatoria* cuando quien debió ser parte procesal se vio imposibilitado de intervenir en el juicio para recurrir, y en el evento de *inimpugnanibilidad* de ciertas providencias desprovistas de recurso alguno que causan ejecutoría en única instancia o no son susceptibles de

casación; resultando improcedente por *prematura* cuando existan *recursos pendientes* de resolución en la propia vía judicial, o cuando se ha verificado que el auto de inadmisión de un recurso se debió a la *extemporaneidad impugnatoria* de la parte que lo interpuso.

3.3.3.-Relevancia constitucional (violación al derecho reconocido en la Constitución, énfasis en la vulneración del debido proceso y la tutela judicial)

La Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 en el Art. 94 primer inciso y en el Art. 437 No. 2 circunscribe la acción extraordinaria de protección a la demostración de que el derecho *al debido proceso u otro derecho constitucional* ha sido violado.²⁰⁸

La Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009, Sentencia No. 011-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009, y Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 06 de agosto de 2009 señaló que la acción extraordinaria de protección se centra en la *violación* de la decisión judicial contra un derecho constitucional bajo 5 *requerimientos*: 1) que derive del juzgador en su función de aplicador e intérprete del derecho, 2) que dicha violación tenga prevalencia, 3) que se deduzca de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente, 4) que se determine el alcance y contenido de dicha violación, y 5) que la protección que se pretende ante la violación sea efectiva, idónea y real.²⁰⁹

²⁰⁸ CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 94.-Primer inciso.- 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.

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

²⁰⁹ Sentencia No. 007-09-SEP-CC (RO -S- 602 de 01 de junio de 2009), Sentencia No. 011-09-SEP-CC (RO -S- 637 de 20 de julio de 2009) y Sentencia No. 019-09-SEP-CC (RO 18 de 03 de septiembre de 2009):

“...En lo que tiene que ver con la procedencia de esta acción, se deben observar los siguientes requerimientos:

1) Que exista una violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión; en este caso, de aquellos que tienen por destinatario al juez en su función de interpretar y aplicar el derecho y que a su vez generan obligaciones ya sea de hacer o no hacer, cuyo incumplimiento no puede carecer de vías de exigibilidad en un estado constitucional de derechos y justicia social, como el nuestro. Cabe señalar que la acción extraordinaria de protección tiene su fundamento, además, en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 43, 44 y 63.

2) Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, se produzca en la parte resolutive de la sentencia, sin que exista otro mecanismo idóneo para reclamar la prevalencia del derecho constitucional violado.

3) Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, pueda ser reducida de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente.

En la Sentencia No. 023-09-SEP-CC de 24 de septiembre de 2009 se estableció una *interrelación sistemática* del alcance de la violación constitucional del *debido proceso* (Art. 76 de la Constitución que cuenta con 7 garantías y 13 específicas de la defensa es decir 20 garantías en total) vinculándolo estrechamente a la *tutela judicial efectiva* (Art. 75 de la Constitución que doctrinariamente cuenta con 3 momentos: acceso, desarrollo y ejecución de la justicia en los cuales se reconocen 14 derechos -muchos de los cuales coinciden con las garantías del debido proceso-) y a la *seguridad jurídica* (Art. 82 de la Constitución basado en la aplicación de normas previas y claras).²¹⁰

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada el 22 de octubre de 2009 en el Art. 62 números 1, 2, 3, 4 y 5²¹¹ establece que debe existir un *argumento claro del derecho violado* que justifique la *relevancia constitucional* del asunto con

4) Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, por vía negativa, queda excluida la posibilidad de practicar pruebas, a fin de determinar el contenido y alcance de la presunta violación a un derecho constitucional; y,

5) Que no exista, a diferencia de la acción extraordinaria de protección, otro mecanismo idóneo de defensa judicial para reclamar el derecho constitucional violado, del cual puede predicarse la misma inmediatez y eficacia para la protección efectiva, idónea y real del derecho constitucional violado”

²¹⁰ **Sentencia No. 023-09-SEP-CC (RO -S- 43 de 08 de octubre de 2009):**

“...En la Constitución de la República se proclama como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y en concordancia con aquel postulado, el artículo 75 *ibídem* establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y en ningún caso quedará en indefensión.

...Por su parte, el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República que se considera vulnerado con la expedición del auto impugnado, más concretamente, las garantías básicas del debido proceso establecidas en el numeral 1, numeral 7: literales *a*, *e* y *l* del referido artículo, prevén que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, así como el derecho de las personas a la defensa, que garantiza que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones y que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas.

El derecho al debido proceso no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución de la República, lo cual no significa tampoco que la Carta Fundamental establezca un procedimiento a seguir, sino que por el contrario son las leyes procesales las llamadas a señalar el procedimiento que haga efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho.

...En definitiva, y luego del análisis del expediente, no es posible determinar que durante todas las fases sustanciadas se hayan garantizado a las partes los derechos: a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, puesto que los encargados de velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, han omitido la aplicación de normas legales sustanciales, generando inseguridad jurídica.

...SENTENCIA: 1. Aceptar la acción extraordinaria de protección...por existir vulneración de los derechos constitucionales de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e interés de las personas (Art. 75 de la Constitución); derecho al debido proceso (Art. 76 *ibídem*); y, derecho a la seguridad jurídica (Art. 82 *ibídem*)...”

²¹¹ **LOGJCC (RO -2S-52 de 22 de octubre de 2009):**

Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;
4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez.

independencia de los hechos y en tal virtud que el fundamento no se agote meramente en lo errónea apreciación de la prueba que ha producido un fallo equivocado, ilegal o injusto; disposiciones que para Agustín Grijalva diferencian la acción extraordinaria de protección de la casación en torno como los instrumentos para el control de constitucionalidad y control de legalidad de las decisiones judiciales respectivamente y que son adecuadas en virtud de las diferencias entre estos dos controles cuya distinción radica en la *protección del derecho constitucional como núcleo relevante y trascendente* de la acción extraordinaria de protección que supera la mera legalidad.²¹²

En la Sentencia No. 002-010-SEP-CC de 13 de enero de 2010 se consideró que en esta garantía únicamente se puede pronunciar sobre 2 cuestiones: 1) la vulneración de derechos constitucionales, y 2) la violación del debido proceso, razón por la cual en ella *no puede ni debe revisar aspectos de mera legalidad*.²¹³

²¹² Agustín Grijalva, “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Numero 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010, p. 669-671, señala:

“El artículo 62 de LGCC establece:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso...No se trata de por tanto de argumentar o analizar principalmente los aspectos fácticos del proceso. En otras palabras es necesario desarrollar una interpretación y argumentación propiamente constitucional y no meramente legal. La simple afirmación de la violación de un derecho constitucional es claramente insuficiente, pues no constituye por si sola un argumento constitucional.
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión. En otras palabras no es suficiente que la decisión del juez o tribunal afecte derechos subjetivos del accionante sino que además tal violación debe tener una trascendencia constitucional objetiva, es decir debe ser relevante para defender los derechos constitucionales en cuanto instituciones objetiva y generales del sistema jurídico
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia Aunque la justicia debe ser el objetivo del proceso es necesario fundamentar la acción en el derecho positivo a efectos de que el juez pueda tener elementos normativos suficientes para dar legitimidad a su decisión mas allá de lo meramente razonable o equitativo.
4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley este criterio de admisibilidad diferencia la acción extraordinaria de protección del recurso de casación, Como sabemos, este último se refiere a la inadecuada aplicación o interpretación de la ley. En contraste, el núcleo de la acción de protección es la violación de un derecho constitucional.
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez. La acción extraordinaria de protección se circunscribe estrictamente a la violación de un derecho constitucional. Si el problema tiene que ver con la apreciación de la prueba, es decir con la convicción a la que el juez llega actuando dentro de las reglas de valoración propias de los jueces, por tanto la acción no procede. Solo cuando el juez viola esas reglas legales y constitucionales de valoración de la prueba, por ejemplo sentenciando en base a una prueba nula, que la justicia constitucional debe actuar”

²¹³ **Sentencia No. 002-010-SEP-CC (RO 121 de 02 de febrero de 2010):**

“...La acción extraordinaria de protección procede, exclusivamente, en contra de sentencias o autos en firme o ejecutoriados. En esencia, la Corte una vez superado el primer presupuesto de procedibilidad puede pronunciarse únicamente respecto a dos cuestiones principales: a) la vulneración de derechos constitucionales, y, b) violaciones al debido proceso.

...Es así que la acción extraordinaria de protección, como bien señala la parte accionada, no puede ni debe ser concebida como una instancia adicional encaminada a revisar aquellos aspectos de mera legalidad ya resueltos por parte de la justicia ordinaria. Se insiste su procedencia se circunscribe en la constatación de vulneraciones de derechos constitucionales o, en su defecto, al debido proceso”

En la Sentencia No. 003-010-SEP-CC de 13 de enero de 2010 reiteró que esta acción direcciona su *análisis a la violación* de derechos constitucionales y normas del debido proceso, razón por la cual *no puede entrar a resolver cuestiones legales*.²¹⁴

En la Sentencia No. 010-010-SEP-CC de 08 de abril de 2010 se ratificó que la acción extraordinaria de protección *no es una cuarta instancia*, y se encuentra *vedada* de efectuar el análisis de asuntos de *mera legalidad* de competencia de la justicia ordinaria.²¹⁵

En la Sentencia No. 015-10-SEP-CC de 15 de abril de 2010 se estableció en ésta acción aplica un esquema de *análisis constitucional del problema jurídico a descifrar* a fin de encontrar su solución justa y apegada al derecho, cotejando los principios, normas y derechos que subyacen del caso concreto.²¹⁶

En la Sentencia No. 022-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010 se precisó que los conflictos aplicativos o interpretativos de preceptos legales sobre la *valoración de la prueba* forman parte del análisis de legalidad (propio de la casación) y no constituye materia constitucional de la acción extraordinaria de protección.²¹⁷

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional emitió autos de admisibilidad el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP configuró el presupuesto de relevancia constitucional del la siguiente manera:

²¹⁴ **Sentencia No. 003-010-SEP-CC (RO 117 de 27 de enero de 2010):**

“...No se debe confundir a la acción extraordinaria de protección con otra instancia judicial de ahí que la primera variable de este sistema concreto esta dada por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales, por lo que la Corte Constitucional no puede entrar a resolver cuestiones legales, sino que debe direccionarse al análisis de la presunta violación de derechos constitucionales y normas del debido proceso, por lo que se debe realizar una diferenciación del papel asumido por la Corte Constitucional frente a la justicia ordinaria.”

²¹⁵ **Sentencia No. 010-010-SEP-CC (RO -S-177 de 27 de abril de 2010):**

“...En esta línea, esta Corte considera oportuno recordar que la naturaleza de la acción extraordinaria de protección no es la de un cuarta instancia, es decir a partir de ella no se puede pretender el análisis de asuntos de mera legalidad que son de competencia exclusiva de la justicia ordinaria
...A partir de lo expuesto, es claro que la Corte Constitucional se encuentra vedada a partir del conocimiento de esta garantía , para entrar al análisis de aquellos asuntos de mera legalidad”

²¹⁶ **Sentencia No. 015-10-SEP-CC (RO -S- 196 de 19 de mayo de 2010):** “...corresponde a esta Corte efectuar un análisis a través del cual se cotejen los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto, y disponible en la documentación constante en el proceso, para así lograr plantear los problemas jurídicos constitucionales a ser descifrados, con la finalidad de encontrar una solución con apego al derecho y a la justicia....”

²¹⁷ **Sentencia No. 022-10-SEP-CC (RO -S- 202 de 28 de mayo de 2010):**

“...En definitiva, a partir de lo expuesto, esta Corte considera que no existe materia constitucional sobre la cual pronunciarse, ya que las alegaciones del accionante en materia probatoria se *reducen a conflictos* de aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de preceptos jurídicos relacionados a la *valoración de las mismas*, hechos que forman parte del análisis de legalidad y debido proceso inherente al Recurso de Casación.”

“...La relevancia constitucional consiste en que dicha violación o vulneración del derecho constitucional debe constar en la acción extraordinaria de protección debidamente argumentada y relacionada directa e inmediatamente con la acción u omisión del órgano judicial, en el sentido de evidenciar que el problema jurídico contiene relevancia constitucional, es decir que no se agota solamente en la consideración de que la decisión judicial impugnada es injusta o equivocada, que no ha aplicado o ha aplicado de forma errónea la ley, o que el órgano judicial no ha apreciado correctamente la prueba. (Artículos 62 números 1, 2, 3, 4 y 5 de la LOGJCC)”

Análisis.- La *relevancia constitucional* de la acción extraordinaria de protección implica que el asunto puesto a conocimiento y resolución de la Corte Constitucional atañe un *problema jurídico* vinculado al *derecho constitucional*, que supera el *derecho ordinario*, es decir que la cuestión requiere un *análisis constitucional* a través de un *examen constitucional* que habilite y permita la *revisión constitucional* de la decisión judicial impugnada

El *análisis constitucional* se refiere a *precisar* los derechos, normas, principios y valores consagrados en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que se encuentran involucrados en el caso concreto.

El *examen constitucional* implica *dilucidar* si la decisión judicial ha aplicado, inaplicado o interpretado correctamente las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucional que consagran derechos de las personas.

La *revisión constitucional* consiste en *descifrar* si la decisión del órgano jurisdiccional se encuentra en definitiva apegada al marco constitucional.

Por ello la acción extraordinaria de protección requiere de una *argumentación clara* por parte del accionante de tal manera que identifique con precisión como el juzgador de forma *directa e inmediata* por acción u omisión en las distintas etapas procesales (1.-*calificación*: admisión a trámite, 2.-*sustanciación*: citación y prueba, 3.-*resolución*: sentencia, 4.-*impugnación*: recursos 5.- *ejecución*: autos ejecutorios) ha incurrido en una *violación constitucional* que permitan a la Corte Constitucional efectuar su análisis, examen y revisión de

índole constitucional, con *independencia de los hechos* del juicio, de la *valoración probatoria* y de la *aplicación legal* del juzgador.

Siendo así la relevancia constitucional implica que el tema de la acción extraordinaria de protección contenga un problema constitucional argumentado que amerite el análisis, examen y revisión en sede constitucional, de tal forma que si la cuestión implica una mera legalidad aún cuando la acción extraordinaria haya sido inicialmente admitida no será finalmente aceptada.

De este modo los presupuestos de *materia u objeto* y de *relevancia constitucional* dentro de una acción extraordinaria de protección *son complementarios* pues no resulta suficiente enunciar la sola violación procesal sino se argumenta su relevancia constitucional, pues no toda irregularidad en el proceso implica una violación, ni toda violación procesal es necesariamente constitucional.

En este sentido la doctrina autorizada distingue entre *el debido proceso legal* y *el debido proceso constitucional*, así para Osvaldo Alfredo Gozaíni del debido proceso legal reservado y conforme a la ley se pasa al debido proceso constitucional asociado a los principios y garantías para un procedimiento justo.²¹⁸

Carlos Bernal Pulido en consonancia con la jurisprudencia constitucional colombiana señala que el debido proceso constitucional es un derecho fundamental, en tanto que el debido proceso legal corresponde al desarrollo legislativo del primero, cuyas infracciones menores no tienen relevancia constitucional porque no trascienden ni afectan su compatibilidad con la Constitución.²¹⁹

²¹⁸ **Osvaldo Alfredo Gozaíni**, “Derecho procesal constitucional: el debido proceso”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, p. 21 y 25, señala:

“...Debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en materia procesal

...Debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo...

...De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales...”

²¹⁹ **Carlos Bernal Pulido**, “Derecho de los derechos”, Capítulo XI “El derecho fundamental al debido proceso”, Bogota, Universidad Externado de Colombia, p.354 y 355, señala:

“...Según lo ha establecido la Corte Constitucional, este debido proceso constitucional no debe confundirse con el debido proceso legal, que se refiere al desarrollo legislativo de los principios constitucionales que conforman el contenido de este derecho fundamental. Ahora bien, esta diferencia tiene muy significativa relevancia en la práctica. Mientras las vulneraciones al debido proceso constitucional pueden ser objeto de acción de tutela y conducen en este o en otro procedimiento de control de constitucionalidad a la declaración de inconstitucionalidad de los actos que conforman el procedimiento transgresor “aquellas infracciones menores que no trascienden al proceso o que no afectan su compatibilidad con la Constitución no tiene relevancia

Esta cuestión si bien no ha sido distinguida por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana de forma explícita, si se evidencia implícitamente de la jurisprudencia en la que se enfatiza que la acción extraordinaria de protección *se circunscribe* únicamente a la violación del debido proceso u otros derechos constitucionales *mas a no a aspectos de mera legalidad*.

En las sentencias revisadas se denota una especial vinculación en algunos casos de que cuando se ha lesionado la *tutela judicial efectiva* (consagrado en Art. 75 de la Constitución que proscribire la denegación de justicia²²⁰) se ha violado también el *debido proceso* (contemplado en el Art. 76 de la Constitución con énfasis en la defensa y principio de motivación, que proscribire el estado de indefensión²²¹) y se vulnera también a la *seguridad jurídica* (previsto en el artículo 82 de la Constitución basada en la aplicación de normas previas, claras y públicas²²²).

constitucional” (Sentencia T-461 de 2003).Dicho en otras palabras, las violaciones al debido proceso legal no tienen relevancia constitucional, a menos que, como señala la Corte Constitucional, trasciendan por su entidad al ámbito constitucional y se constituyan en violaciones indirectas del debido proceso constitucional”.

²²⁰ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

²²¹ **CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)**

Art. 76.- 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, aún 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.

De las definiciones doctrinarias sobre la tutela judicial efectiva y el debido proceso, citadas por la Corte Constitucional del Ecuador se llega a establecer que la tutela judicial no sólo garantiza un acceso a la justicia, sino que en su desarrollo se respete las garantías del debido proceso que aseguren una sentencia fundada en derecho. La Sentencia No. 023-09-SEP-CC se remite a las definiciones doctrinarias sobre la tutela judicial de Jesús González Pérez que establece 3 momentos de la misma y de Pablo Esteban Perrino que determina 14 derechos que la integran; así como a la conceptualización respecto del debido proceso de Luis R. Sáenz Dávalos como un derecho integrado de *principios fundamentales* procesales para el acceso y correcta administración de justicia.²²³

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 considerarán 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.

²²² CRE (RO 449 de 20 de octubre de 2008)

Art. 82.- 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.

²²³ Sentencia No. 023-09-SEP-CC (publicada en el Registro Oficial No. 43 de 08 de octubre de 2009):

“...En doctrina, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que dice relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia. (Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Madrid, Civitas Ediciones, Tercera Edición, 2001, p. 57) Al respecto, para el profesor Pablo Esteban Perrino la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos:

“a) A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil;

b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado;

c) A un juez natural e imparcial;

d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción;

e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*);

j) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados;

g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial;

h) A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende;

i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia;

j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas;

k) A impugnar la sentencia definitiva;

l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada;

m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable;

n) A contar con asistencia letrada (Pablo Esteban Perrino, “El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo* 1, Buenos Aires, Editorial RUBINZAL-CULZONI, 2003, p. 261-262)

...Así, debemos entender por debido proceso a aquel “derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentalmente procesales (excepcionalmente sustantivos) y por demás relevantes, para que una causa, pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia” (Luis R. Sáenz Dávalos, “La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999, p. 488).

Bajo estas consideraciones, la estricta observancia tanto del derecho a la tutela judicial efectiva como del derecho al debido proceso dentro del proceso son de vital importancia, “pues de nada vale acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garanticen una correcta administración de justicia, pero tampoco podrá

En el Ecuador el Art. 76 de la CRE consagra al *debido proceso* como un derecho constitucional (expresado en forma de principios) integrado por 20 garantías básicas (expresadas como reglas de procedimiento), instituidas para garantizar las normas y los derechos (No.1), que comprenden los principios de presunción de inocencia (No.2), tipicidad de la infracción y sanción conforme al trámite propio (No. 3), ineficacia de obtención inconstitucional de la prueba (No. 4), indubio pro-reo (No. 5), proporcionalidad (No.6) y el derecho a la defensa (No. 7) que se encuentra integrado de la prohibición de indefensión (7.a), preparación de la defensa (7.b), igualdad procesal (7.c), publicidad del procedimiento (7.d), presencia de abogado en todo interrogatorio (7.e), asistencia de traductor gratuitamente (7.f), asistencia de abogado contratado o en su lugar de un defensor público dentro del juicio (7.g), principio de contradicción (7.h), prohibición de doble juzgamiento o principio non bis in idem (7.i), presencia obligatoria de testigos y peritos (7.j), principio del juez natural competente, imparcial e independiente (7.k), principio de motivación jurídica (7.l), y derecho de recurrir los fallos y resoluciones (7.m).

Como se puede observar muchos de los 20 principios y garantías establecidos en la norma constitucional ecuatoriana del debido proceso coinciden con los 14 derechos que integran la tutela judicial doctrinariamente, de tal forma que indefectiblemente en algunos casos la violación de la tutela judicial (denegación de justicia), implicará también violación de una garantía del debido proceso (estado de indefensión).

Configuración.- De lo analizado en la normativa, jurisprudencia y doctrina, se desprende que la *argumentación* sobre la violación del derecho constitucional para configurar la *relevancia constitucional* y habilitar el *análisis, examen, y revisión constitucional* de la acción extraordinaria de protección se integra de:

- i) Los 5 requerimientos sobre la violación constitucional: 1.- que derive de la función jurídica propia del juez; 2.- que tenga prevalencia; 3.- que sea clara, evidente, manifiesta

pregonarse el respecto de las categorías procesalmente debidas cuando aquello que se va a conocer por intermedio del proceso es, por voluntad misma del Estado, deficientemente planteado o una vez resuelto, ineficazmente cumplido” (Luis R. Sáenz Dávalos, Op. Cit., p. 490)...”

y ostensible; 4.-que se determine su alcance y contenido; 5.- que la protección requerida sea efectiva, idónea y real.

ii) Las 4 prohibiciones de la justicia constitucional que en esta garantía no puede ni debe o está vedada de efectuar análisis de mera legalidad atinentes a: 1.- la apreciación de los hechos judiciales; 2.- la valoración probatoria; 3.- la labor aplicativa e interpretativa de la ley; 4.- las meras equivocaciones del juez.

ii) Las 2 cuestiones a las que se circunscribe el análisis, examen y revisión constitucional: 1.- vulneración de derechos constitucionales; 2.- violación del debido proceso.

iii) La interrelación de la violación al debido proceso (constitucionalmente integrado de 7 garantías básicas y 13 específicas de la defensa, es decir 20 garantías en total) y de la tutela judicial efectiva (doctrinariamente integrada de 3 momentos: acceso, desarrollo y ejecución de la justicia, en los que se reconocen 14 derechos).

En suma la *tutela judicial efectiva* es un derecho constitucional de las personas, por el cual se hace responsable al Estado de la adecuada administración, el acceso gratuito y efectivo a la justicia para la protección de sus derechos. En tal virtud, la tutela judicial efectiva tiene implícita una naturaleza tutelar y garantista, pues su función es la de encauzar por las vías formales la protección de los derechos, con un carácter instrumental, cuyo objeto es la expedición de una decisión a cargo órgano judicial; y el *debido proceso* se puede conceptualizar, entonces, como un derecho constitucional (expresado por medio de principios) integrado por garantías básicas (concretadas mediante reglas), instituido como un conjunto de formalidades (procedimiento), que debe respetar toda autoridad pública, con el objeto resguardar los derechos fundamentales de las personas.²²⁴

Cabe señalar que jurisprudencia más numerosa examina el debido proceso seguida de la tutela judicial efectiva, entendiéndose que cuando las personas acuden a la justicia aspiran

²²⁴ **Diego F. Mogrovejo Jaramillo**, “Teoría General del Proceso”, Texto Guía de la Carrera de Derecho a Distancia de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Corporación para el desarrollo de la educación universitaria CODEU, Quito, Gráficas Ruiz, 2008, pp. 17, 19, y 108.

que esta asuma su rol garantista y tutelar, esto es que a través de un debido proceso (como derecho articulador e integrador) se discuta y resuelva lo que en derecho corresponda (decisión judicial justa).

Ejemplificativamente del siguiente cuadro de las 27 sentencias de acción extraordinaria de protección (26 aceptadas y 1 negada) analizadas en el tercer capítulo de esta tesis (por cuanto facilitaron la revisión de presupuestos formales y sustanciales para configurar la operatividad efectiva de la garantía), se evidencia que 16 corresponden al debido proceso (60%) y 11 a la tutela judicial (40%) en causas ordinarias (civil, penal, administrativa, laboral, tránsito) y de garantías jurisdiccionales (acción de protección, habeas data).

Denotándose que en los casos de *violación del debido proceso* (que causan un estado de indefensión) se producen por: omisión en la citación o notificación, exclusión de la parte y de tercero, omisión de apertura de prueba, omisión del trámite propio de recursos, doble decisión judicial, intromisión de juez en competencia de la Corte Constitucional, y principalmente por la no motivación de la decisión judicial.

En tanto que en los casos de violación de la tutela judicial (que causan denegación de justicia) se originan por: abstención de tramitar, elusión de liquidar, conceder medida cautelar arbitraria, elusión de convenio arbitral, desatención de un nuevo señalamiento, y primordialmente por el rechazo de un recurso por meras formalidades.

No.	Accionante	Caso	Derecho invocado	Tema	Sentencia	Publicación
1	Particular	0050-08-EP	Tutela judicial	Abstención de tramitar indemnización a condenado	007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 01 de junio de 2009
2	Pública	0038-08-EP	Debido proceso	Exclusión de tercero en juicio sobre inmuebles	011-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 637 de 20 de julio de 2009
3	Pública	0048-08-EP	Debido proceso	Omisión de notificación en juicio laboral	012-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 9 de 21 de agosto de 2009

4	Particular	0232-09-EP	Tutela judicial	Negación administrativa de permiso de operación de tránsito (no es decisión judicial)	013-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009 Negada	Suplemento del Registro Oficial No. 638 de 21 de julio de 2009
5	Pública	0014-09-EP	Debido proceso	Doble decisión judicial cuando ya se rectificó información en habeas data	019-09-SEP-CC de 06 de agosto de 2009 Aceptada	Registro Oficial No. 18 de 03 de septiembre de 2009
6	Pública	0038-09-EP	Tutela judicial	Rechazo de recurso de casación por mera formalidad	020-09-SEP-CC de 13 de agosto de 2009 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 35 de 28 de septiembre de 2009
7	Pública	0399-09-EP	Tutela judicial	Elusión del Tribunal de liquidar prestaciones laborales en conflicto colectivo por si mismo	023-09-SEP-CC de 14 de septiembre de 2009 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 08 de octubre de 2009
8	Particular	0009-09-EP	Tutela judicial	Concesión de medida cautelar para prohibir comercialización arbitraria	024-09-SEP-CC de 29 de septiembre de 2009 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 47 de 15 de octubre de 2009
9	Particular	0126-09-EP	Debido proceso	No motivación de pena en juicio de tránsito sin comprobación de infracción	026-09-SEP-CC de 01 de octubre de 2009 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 54 de 26 de octubre de 2009
10	Particular	0024-08-EP	Debido proceso	No motivación de multa basada en un peritaje no ordenado	037-09-SEP-CC de 09 de diciembre de 2009 Aceptada	Registro Oficial No. 121 de 02 de febrero de 2010
11	Particular	0315-09-EP	Debido proceso	No motivación por daño moral sin elementos de convicción	001-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 117 de 27 de enero de 2010
12	Particular	0296-09-EP	Debido proceso	No motivación de pena en juicio de tránsito	002-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010 Aceptada	Registro Oficial No. 121 de 02 de febrero de 2010

13	Pública	0290-09-EP	Debido proceso	No motivación de restitución de servidor público a otro cargo obviando elementos centrales	003-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 117 de 27 de enero de 2010
14	Particular	0712-09-EP	Tutela judicial	Elusión de convenio arbitral para configurar competencia del juez	006-10-SEP-CC de 24 de febrero de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 159 de 26 de marzo de 2010
15	Particular	0502-09-EP	Debido proceso	Omisión de aplicación del trámite propio en recurso de apelación y nulidad penal	010-10-SEP-CC de 08 de abril de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 177 de 22 de abril de 2010
16	Particular	0371-09-EP	Tutela judicial	Inatención de pedido de nueva fecha y revocatoria de declaratoria de confeso	014-10-SEP-CC de 15 de abril de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 192 de 13 de mayo de 2010
17	Pública	0135-09-EP	Tutela judicial	Rechazo de recurso de casación por meras formalidades	015-10-SEP-CC de 15 de abril de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 196 de 19 de mayo de 2010
18	Pública	Acumulado 0092-09-EP y 0619-09-EP	Debido proceso	Exclusión de propietario en juicio sobre inmueble	016-10-SEP-CC de 29 de abril de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 202 de 28 de mayo de 2010
19	Particular	0583-09-EP	Debido proceso	Omisión de citación de deudor en juicio ejecutivo	020-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010 Aceptada	http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/2ca5e5af-24e5-4c76-a291-f1faf1ab0993/0583-09-EP-res.pdf
20	Pública	0049-09-EP	Debido proceso	No motivación de daño moral arbitrario	022-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 202 de 28 de mayo de 2010

21	Particular	0173-10-EP	Tutela judicial	Elusión de tramitar apelación en restitución de servidor público	028-10-SEP-CC de 10 de junio de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 290 de 30 de septiembre de 2010
22	Pública	0305-09-EP	Tutela judicial	Rechazo de recurso de casación por omisión de formalidades	041-10-SEP-CC de 16 de septiembre de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010
23	Pública	0935-09-EP	Debido proceso	Omisión de apertura de término de prueba	052-10-SEP-CC de 27 de octubre de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 333 de 02 de diciembre de 2010
24	Pública	0213-10-EP	Debido proceso	Intromisión de juez de acción de protección en tema de competencia de Corte Constitucional	055-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011
25	Pública	0734-10-EP	Tutela judicial	Elusión de resolver el recurso de apelación con mérito al expediente	068-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 372 de 27 de enero de 2011
26	Pública	0005-10-EP	Debido proceso	No motivación de insubsistencia de informe de auditoría contra un servidor	069-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 372 de 27 de enero de 2011
27	Pública	0652-10-EP	Debido proceso	No motivación de restitución de servidor público a otro cargo cambiando sus pretensiones	070-10-SEP-CC de 09 de diciembre de 2010 Aceptada	Suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011

CONCLUSIONES.

1.- El neoconstitucionalismo tiene *dos aristas* (iusnaturalista y iuspositivista), *dos tendencias* (débil y fuerte) y *tres tipos* (teórico, ideológico y metodológico), resultando fundamental rescatar de sus características primordiales o notas caracterizadoras los postulados garantistas del paradigma actual.

2.- Las *características primordiales o notas caracterizadoras* del neoconstitucionalismo son: la rematerialización de los derechos, el paso de la mera legalidad a la estricta legalidad, y los nuevos métodos de interpretación; de los cuales derivan los *postulados garantistas* de: creación jurídica, crítica interna-externa del derecho, protección objetiva-subjetiva, instrumentalidad garantista, y cambio del paradigma judicial, por los cuales la justicia es un poder y un servicio para el pueblo, se realiza por medios procesales y se legitima por decisiones motivadas.

3.- Las tesis de los autores neoconstitucionalistas, sin confundirlas pueden conciliarse en una *posición ecléctica* aplicable a la realidad ecuatoriana, por la cual el juez parte del marco normativo, aplica la ley si es lo correcto, así como recurre a otros métodos como la solución de antinomias normativas, la optimización para conciliar derechos, o la ponderación para hacer primar el derecho más importante, según las necesidades del caso concreto.

4.- El juez es garante de las normas y derechos constitucionales, razón por la cual está sujeto a los principios de *supremacía* y *sujeción constitucional* (norma suprema que sujeta a todo órgano y persona sin distinción), *estricta legalidad* (límites formales y vínculos sustanciales del poder) y *juridicidad* (Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley); debiendo concretar, defender, garantizar, precautelar, proteger, reparar y tutelar los derechos.

5.-La acción extraordinaria se estatuye con un triple carácter *acción-derecho-garantía* de índole constitucional, para *garantizar* el debido proceso u otro derecho constitucional, que han sido *violados* por el órgano judicial por *acción u omisión* en el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* para administrar justicia, cuando juzgan y hacen ejecutar lo juzgado.

6.-Esta garantía no se constituye en una última instancia judicial, sino que se interpone *a manera de un recurso* de naturaleza *extraordinaria y excepcional*, y como un *mecanismo de*

control constitucional, a fin de constatar si el derecho constitucional ha sido violado, dentro de todo proceso judicial de cualquier tipo, y de ser así *declararla* mediante la nulidad de la decisión impugnada, y *repararla* retrotrayendo el proceso al momento de la violación y reenvío al órgano judicial para que resuelva sujeto al marco constitucional.

8.-Esta acción genera un *proceso constitucional autónomo* sujeto a condiciones constitucionales y requisitos legales, que configuran los **presupuestos formales** de: *legitimación activa* (la parte procesal o quien debió serlo), *legitimación pasiva* (el órgano judicial que emite la decisión violatoria), y *oportunidad* (se interpone dentro del término de 20 días de la notificación a la parte o conocimiento del excluido); así como los **presupuestos sustanciales** de: *procedibilidad* (procede contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia ejecutoriados y firmes por agotamiento de los recursos, salvo que ello no le fuere atribuible al accionante como en casos de inimpugnabilidad e imposibilidad impugnatoria), *materia u objeto* (se circunscribe a constatar la violación del debido proceso u otro derecho constitucional y de ser así declarar y repararla), y *relevancia constitucional* (problema jurídico argumentado que amerita un análisis, examen y revisión constitucional, mas no asuntos de mera legalidad como la apreciación de los hechos y valoración probatoria).

9.- La *tutela judicial* y el *debido proceso* tienen una íntima vinculación, la cual es controlada en la acción extraordinaria de protección, a fin de establecer si el juzgador ha garantizado *las normas y los derechos* en toda etapa del procedimiento (en especial la defensa) y ha decidido con *motivación* asegurando *seguridad jurídica* (decisión justa aun no ser favorable a una parte).

10.-En la realidad ecuatoriana *no es garantista* que el juez cree derecho sin sustento, conceda lo improcedente, remita consultas de constitucionalidad infundadas, desnaturalice las garantías o permita su abuso; *no es antigarantista* que el juez deniegue lo improcedente, señale que existe otra vía, que el asunto es de legalidad o que hay expresa remisión constitucional a la ley, siempre que derive de su *motivación* que muestre su *convicción, convencida y convincente* (en este sentido independiente) para no configurar un caso de *denegación de justicia* (violación de la tutela judicial) o de *estado de indefensión* (violación del debido proceso).

BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina.

Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

Aguirre, Vanesa, “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador “, en Programa Andino de Derechos Humanos PADH (compilador), *¿Estado constitucional de derechos y justicia? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____, “La fórmula de peso”, traducción de Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, diciembre de 2008.

Andrade Ubidia, Santiago, “Independencia Judicial y Estado de Derecho”, en “*Temas de Derecho Constitucional*”, publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Ediciones Legales, octubre de 2003.

_____, “La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas”, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador y Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, septiembre de 2005.

_____, “Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008”, en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan (editores), *La Transformación de la Justicia*, Número 7 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, abril de 2009.

_____, “La transformación de justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Volumen 30 de la Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, julio de 2009.

Andrade Dávila, Juan Carlos, “Justicia de Paz”, en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan (editores), *La Transformación de la Justicia*, Número 7 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, abril de 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (Editores), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Número 2 de la Serie

Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, octubre de 2008.

_____, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría (Editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Número 3 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, noviembre de 2008.

Bernal Pulido, Carlos, “El derecho de los derechos”, Capítulo XI El derecho fundamental al debido proceso, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Carbonell, Miguel, “Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, diciembre de 2008.

Comanducci, Paolo, “Constitución y Neoconstitucionalismo”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010.

Correa Henao, Néstor Raúl, “Derecho Procesal de la Acción de Tutela”, Segunda Parte “De los Presupuestos de Fondo de la Tutela” y Capítulo Especial “La Tutela Contra Providencias Judiciales” Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

De la Mata Amaya José, y Pastor López, Fernando, “El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso”, en *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 273.

Dworkin, Ronald, “Los Derechos en serio”, Barcelona, Editorial Ariel, 1995.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1978.

Ferrajoli, Luigi, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 2001.

_____, “Garantismo. Debate sobre el Derecho y la Democracia”, traducción de Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta S.A, 2006.

Garcés Peralta, Carolina, “Amparo contra resoluciones judiciales: amparo vs. amparo”, en *Lecturas Constitucionales Andinas 3*, Lima, Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1994.

García Belaunde, Domingo, “Derecho Procesal Constitucional”, Bogotá, Editorial Temis, 2001.

_____, “Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Víctor Bazán (coordinador), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, marzo de 2010.

García Figueroa, Alfonso, “Entrevista a Luigi Ferrajoli”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Trotta, 2005.

_____, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010.

García Villegas, Mauricio, y Uprimny Yepes, Rodrigo “¿Qué hacer con la tutela contra sentencias?”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

Gascón Abellán, Marina, “La Teoría General del Garantismo. Rasgos Generales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Editorial Trotta, 2005.

González Pérez, Jesús, “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”, Madrid, Civitas Ediciones, Tercera Edición, 2001.

_____, “Las violaciones del derecho al debido proceso por las jurisdicciones instituidas para su protección”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., Editorial Porrúa, 2001.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Derecho Procesal Constitucional”, Capítulo IX “El Plazo Razonable”, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.

_____, “El Derecho Procesal Constitucional como Ciencia. Alcance y Contenidos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo I Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Marcial Pons, 2008.

Grijalva, Agustín, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (Editores) *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Número 2 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, octubre de 2008.

_____, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Volumen 30 de la Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, julio de 2009.

_____. “La acción extraordinaria de protección”, en Claudia Escobar García (editora), *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Número 13 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, enero de 2010.

Ibañez, Perfecto Andrés, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Trotta, 2005.

Iturralde, Francisco, “Necesidad de requisitos en la sentencia”, Tesis de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, UASB, septiembre de 2009.

Jellinek, George, “Teoría General del Estado”, Capítulo Veintidós Las Garantías del Derecho Público, versión en español de la edición original alemana de 1900, México, Compañía Editorial Continental, 1958.

Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Capítulo III Definición del Derecho, Punto 4 Norma Primaria y Norma Secundaria, versión en español de la edición original alemana de 1934, Editorial Universitaria de Buenos Aires Eudeba, 1960.

Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010.

Montaño Galarza, César, “Las Relaciones Internacionales y Los Tratados en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Volumen 30 de la Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, julio de 2009.

Mogrovejo Jaramillo, Diego F., “Teoría General del Proceso”, Texto Guía de la Carrera de Derecho a Distancia de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Corporación para el desarrollo de la educación universitaria CODEU, Quito, Gráficas Ruiz, 2008.

_____, “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”, en *Foro No. 12*, Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, UASB, 2009.

Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la jurisdicción, al debido proceso en el bloque de constitucionalidad de derechos en Chile”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo IV Derechos Fundamentales y Tutela Jurisdiccional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Marcial Pons, 2008.

Oyarte, Rafael, “El amparo ante la jurisprudencia y el derecho positivo”, en *Guía de Litigio Constitucional* Tomo II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, enero de 2001.

_____, “La acción de amparo constitucional: jurisprudencia, dogmática y doctrina”, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006.

Parodi Remón, Carlos, “¿Activismo o garantismo judicial?”, en Eduardo Ferrer Mac-gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo X Tutela Judicial y Derecho Procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008.

Peña Freire, Antonio Manuel, “La garantía en el Estado Constitucional de Derecho”, Capítulo Octavo La Garantía en el Momento Judicial del Estado Constitucional de Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Pérez Tremps, Pablo, “La admisión en los procesos constitucionales”, en Pablo Pérez Tremps (Coordinador), “Derecho Procesal Constitucional”, Número 12 de la Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea, y Tribunal Constitucional del Ecuador, Editora Nacional, 2005.

_____, Los procesos constitucionales. La experiencia española”, Lima, Palestra, noviembre de 2006.

Perrino, Pablo Esteban, "El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo* 1, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2003.

Picó i Junoy, Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1997.

_____, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en Eduardo Ferrer Mac-gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo X Tutela Judicial y Derecho Procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008.

Pietro Sanchis, Luis, “Constitucionalismo y Garantismo”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Trotta, 2005.

_____, “Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010.

Pisarello, Gerardo, “Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para una reconstrucción”, Capítulo 6. Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel, Madrid, Editorial Trotta, España, 2007.

Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia enero de 2010.

Sáenz Dávalos, Luis R., "La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999.

Sagüés, Néstor Pedro “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.

Salgado, Hernán, “Manual de justicia constitucional ecuatoriana”, Número 5 de la Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea, y Tribunal Constitucional del Ecuador, Editora Nacional, 2005.

_____, “La nueva Corte Constitucional del Ecuador”, en Víctor Bazán (coordinador), *Derecho procesal americano y europeo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

Serra Cristóbal, Rosario, “La Guerra de las Cortes. La Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del Recurso de Amparo”, Madrid, Editorial Tecnos. S.A., 1999.

Wray Espinosa, Alberto, “El debido proceso en la Constitución”, en *IURIS DICTIO*, Revista publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Vol. I, No. 1, enero de 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia”, traducción de Marina Gascón Abellán, Madrid, Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2004.

Zavala Egas, Jorge, “Recurso de Amparo Constitucional contra violación por órgano judicial del derecho del debido proceso: una competencia olvidada del TC”, en “*Temas de Derecho Constitucional*”, publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Ediciones Legales, octubre de 2003.

Normativa.

Constitución de la República del Ecuador (CRE) promulgada el 20 de octubre de 2008.

Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición (RPECCE) promulgadas el 13 de noviembre de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) promulgado el 09 de marzo de 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) promulgada el 22 de octubre de 2009.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC) promulgado el 10 de febrero de 2010 y reformado el 30 de noviembre de 2011.

Jurisprudencia.

Sentencias del Tribunal Constitucional Español: STC 30/1982, STC 73/1982, STC 50/1984, STC 111/1992, STC 152/1992, STC 241/1992, STC 100/1993, STC 34/1994, STC 235/1994, STC 91/1995, STC 129/1995, STC 174/1995, STC 123/1996, STC 211/1996, STC 55/1997, STC 112/1997, STC 158/2002.

Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana: Sentencia T-463 de 1992, Sentencia T-368 de 1993, Sentencia T-231 de 1994, Sentencia T-094 de 1997, Sentencia SU-047 de 1999, Sentencia T-461 de 2003.

Sentencias de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia: en el expediente No. 405-99 de 13 de julio de 1999 R.O. 273 de 09 de septiembre de 1999, en el expediente No. 100 por reivindicación Vicuña vs. Muñoz Calle publicado en el Registro Oficial No. 627 de 26 de julio de 2002.

Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición en casos de acción extraordinaria de protección.- Sentencia No. 007-09-SEP-CC, Sentencia No. 011-09-SEP-CC, Sentencia No. 012-09-SEP-CC, Sentencia No. 013-09-SEP-CC, Sentencia No.

019-09-SEP-CC, Sentencia No. 020-09-SEP-CC, Sentencia No. 023-09-SEP-CC, Sentencia No. 024-09-SEP-CC, Sentencia No. 026-09-SEP-CC, Sentencia No. 037-09-SEP-CC, Sentencia No. 001-10-SEP-CC, Sentencia No. 002-010-SEP-CC, Sentencia No. 003-010-SEP-CC, Sentencia No. 006-10-SEP-CC, Sentencia No. 010-10-SEP-CC, Sentencia No. 014-10-SEP-CC, Sentencia No. 015-10-SEP-CC, Sentencia No. 016-10-SEP-CC, Sentencia No. 020-10-SEP-CC, Sentencia No. 022-10-SEP-CC, Sentencia No. 028-10-SEP-CC, Sentencia No. 041-10-SEP-CC, Sentencia No. 052-10-SEP-CC, Sentencia No. 055-10-SEP-CC, Sentencia No. 068-10-SEP-CC, Sentencia No. 069-10-SEP-CC, Sentencia No. 070-10-SEP-CC.

Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición en casos de consulta de constitucionalidad de normas.-Sentencia 003-10-SCN-CC, Sentencia No. 001-11-SCN-CC.

Autos de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición en los casos números: 0975-09-EP, 0001-10-EP, 0005-10-EP, 0047-10-EP, 0101-10-EP, 0138-10-EP, 0198-10-EP, 0618-10-EP, 1566-10-EP, 1657-10-EP.