

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

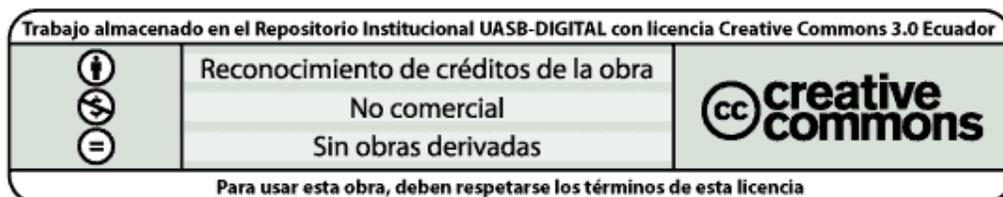
**PROGRAMA DE DOCTORADO
EN DERECHO**

**LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN
EN LA CONSTITUCIÓN 2008 DEL ECUADOR**

ANA ISABEL ABRIL OLIVO

QUITO, ECUADOR

2014



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, ANA ISABEL ABRIL OLIVO, autora de la tesis intitulada “La acción extraordinaria de protección en la Constitución 2008 del Ecuador” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctora en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 31 de marzo de 2014.

Firma

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE DOCTORADO
EN DERECHO**

**LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN
EN LA CONSTITUCIÓN 2008 DEL ECUADOR**

ANA ISABEL ABRIL OLIVO

**DIRECTOR: MARCO
NAVAS ALVEAR Profesor
catedrático
Universidad Andina Simón Bolívar**

QUITO, ECUADOR

2014

ABSTRACT

La presente investigación tiene como objetivo analizar, desde una perspectiva crítica, la aplicación de la garantía jurisdiccional denominada acción extraordinaria de protección, AEP, tal como fue concebida y creada por la Constitución 2008: para proteger los derechos constitucionales cuando han sido lesionados dentro de un proceso por parte de los administradores de justicia.

Se han utilizado los métodos jurídico-comparativo, histórico y jurídico-constitucional porque el análisis incluye la revisión de la institución en otros países, la historia de la garantía en el Ecuador y su fundamento constitucional. Se optó por la investigación aplicada para examinar y determinar si los ciudadanos han alcanzado la efectividad de sus derechos con base de los datos estadísticos existentes sobre su atención en la instancia constitucional.

El trabajo se presenta en tres capítulos: en el primero se parte del estudio comparativo de las garantías en los textos constitucionales de otros países, se refiere la evolución de las garantías en las constituciones del Ecuador y se determina el escenario que propició la creación de la AEP. En el segundo capítulo se realiza el estudio de la naturaleza jurídica de la garantía y el fundamento jurídico constitucional, así como el procedimiento establecido para la sustanciación en la Corte Constitucional; en varios apartados se analiza sentencias de AEP. El capítulo 3 está dedicado al análisis cuantitativo de las causas despachadas y su incidencia en diferentes aspectos, como son la necesidad de capacitación y publicación de todos los fallos, tiempos de despacho, derechos reclamados/aceptados/negados, predominio de reclamos del debido proceso. Se incluyen los gráficos que corresponden a los datos. En la última parte se consignan las conclusiones, cuyo corolario final es que la aplicación de la AEP por parte de la Corte Constitucional no cumple con la concepción constitucional original de salvaguardar los derechos lesionados en las sentencias judiciales.

DEDICATORIA

A toda mi familia, porque en el cumplimiento de mis metas profesionales y académicas, les resté mi compañía. En especial a Jorge, mi esposo y compañero desde la juventud, siempre presente y solidario en mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Al Señor por su amor, sus bendiciones y cuidados de cada día, y que ahora me permite culminar este trabajo.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, la casa de estudios que me cobija desde hace veinte años en las diversas calidades en las que me he vinculado, y de manera especial al Dr. Enrique Ayala Mora, por su permanente y generosa ayuda, a la Licenciada Virginia Alta, al Dr. Santiago Andrade, a la Dra. Claudia Storini, a la Licenciada Paola Pavlica, por su respaldo en las diferentes fases del proceso académico que estoy concluyendo.

Al Dr. Marco Navas Alvear, por la dirección de esta tesis, para la que me entregó sus conocimientos de manera generosa y me otorgó las claves para reforzarla académicamente.

Al Dr. Hernán Salgado Pesantes, quien me dirigió en los inicios del trabajo, brindándome su tiempo y conocimientos, lo que me permitió poner las bases de la investigación.

A mi Ana Belén por su ayuda en la verificación de datos.

TABLA DE CONTENIDOS

Abstract	4
Dedicatoria	5
Agradecimientos	6
Capítulo 1. LA CREACIÓN DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN	12
1.1. Evolución histórica de los derechos y las garantías	14
<i>1.1.1. La Constitución de 1787 y la Carta de Derechos de 1791 de los Estados Unidos de Norteamérica</i>	20
<i>1.1.2. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las Constituciones de 1791 y 1793 de Francia</i>	22
<i>1.1.3. Los Derechos Fundamentales</i>	27
<i>1.1.4. Las Garantías</i>	32
1.1.4.1. Clases de Garantías	34
1.2. Los elementos externos que hacen el contexto de la AEP	37
<i>1.2.1. La supremacía constitucional</i>	37
<i>1.2.2. El Garantismo</i>	46
1.2.2.1. Antecedentes	46
1.2.2.2. El garantismo según Luigi Ferrajoli	47
1.2.2.3. El garantismo en la actividad jurisdiccional	51
<i>1.2.3. La justicia constitucional</i>	54
1.3. Evolución de las garantías en el Ecuador y creación de la AEP	61
<i>1.3.1. Las garantías en los textos constitucionales</i>	64
<i>1.3.2. Las reformas a la Constitución de 1978 y creación del amparo</i>	74
<i>1.3.3. El escenario de la crisis institucional y proceso constituyente 2007-2008</i>	77
<i>1.3.4. Razones de los constituyentes para incorporar la AEP en el sistema de garantías constitucionales del Ecuador</i>	84
1.3.4.1. Primer debate y observaciones	87
1.3.4.2. Segundo debate y texto final	91
<i>1.3.5. Las críticas reconducidas en beneficio de la AEP</i>	95
Capítulo 2. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR	106
2.1. Naturaleza de la Acción Extraordinaria de Protección	107

2.1.1. <i>La evolución de la acción</i>	107
2.1.1.1. Teorías privatistas de la acción	108
2.1.1.1.1. La Acción en el Derecho Romano	108
2.1.1.1.2. Teoría civilista: Friedrich Karl von Savigny	109
2.1.1.2. Teorías publicistas de la acción como derecho autónomo	110
2.1.1.2.1. La acción como derechos abstracto	111
2.1.1.2.2. La acción como derechos concreto	115
2.1.2. <i>La naturaleza jurídica de la acción de amparo</i>	118
2.1.3. <i>Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección</i>	119
2.1.4. <i>La naturaleza jurídica de la AEP en dos sentencias</i> <i>de la Corte Constitucional de Transición</i>	121
2.2. Los elementos intrínsecos de la AEP	126
2.2.1. <i>El agotamiento de recursos</i>	126
2.2.1.1. Excepciones al agotamiento de recursos en la justicia ordinaria	128
2.2.2. <i>La subsidiariedad</i>	133
2.2.2.1. La subsidiariedad en la justicia constitucional de Colombia, Perú, España y Ecuador	135
2.2.2.2. Relación entre agotamiento, subsidiariedad y residualidad	142
2.2.3. <i>El objeto de las AEP son sentencias, autos y resoluciones firmes</i>	143
2.2.4. <i>La violación del Debido Proceso u otros derechos reconocidos</i> <i>por la Constitución</i>	147
2.2.5. <i>El efecto reparador</i>	151
2.2.5.1. La reparación integral se genera de la declaración de un derecho constitucional violado	152
2.2.6. <i>¿La AEP es acción o recurso?</i>	159
2.3. El Derecho Procesal Constitucional y la AEP	163
2.4. La jurisdicción constitucional	168
2.4.1. <i>La jurisdicción constitucional en el Ecuador</i>	170
2.4.2. <i>La Corte Constitucional de Transición ha ampliado su competencia</i>	172
2.5. El proceso constitucional de la AEP	174
2.5.1. <i>Las partes procesales: el legitimado activo</i> <i>y el juez o tribunal demandado</i>	178
2.5.1.1. El legitimado activo	178
2.5.1.1.1. Las personas afectadas	180

2.5.1.1.2. Otros legitimados activos en la AEP	181
2.5.1.1.3. El <i>amicus curiae</i>	182
2.5.1.1.4. Las personas jurídicas públicas y privadas facultadas para interponer una AEP	183
2.5.1.2. El legitimado pasivo	191
2.5.1.2.1. Allanamiento del órgano accionado	193
2.5.1.2.2. El tercero coadyuvante del accionado	194
2.5.2. <i>La demanda de garantía</i>	195
2.5.3. <i>La sustanciación del proceso de la AEP</i>	202
2.5.3.1. Los plazos y términos en las actuaciones constitucionales	202
2.5.3.2. La admisibilidad	204
2.5.3.2.1. La calificación de admisibilidad	208
2.5.3.2.2. La admisibilidad no suspende los efectos de la decisión judicial impugnada	209
2.5.3.2.3. Acumulación de causas por identidad de objeto y acción	212
2.5.3.2.4. La admisibilidad en las sentencias de la Corte Constitucional de Transición	212
2.5.3.3. La audiencia pública	220
2.5.3.3.1. El desistimiento tácito en la AEP	221
2.5.3.3.2. La facultad discrecional para señalar la audiencia en la AEP... ..	223
2.5.3.4. La prueba en el proceso constitucional	224
2.5.3.5. La sentencia	227
2.5.3.5.1. Contenido de la sentencia	231
2.5.3.5.2. Modulación de los efectos de la sentencia	233
2.6. La AEP en la justicia indígena	236
2.6.1. <i>Las normas constitucionales</i>	237
2.6.2. <i>La ley y la AEP en la justicia indígena</i>	238
2.6.3. <i>Fundamentos de la justicia indígena</i>	238
2.6.4. <i>La versión externa y la visión interna de la justicia indígena</i>	239
2.6.5. <i>La AEP contra las decisiones de la jurisdicción indígena</i>	242
Capítulo 3. EL EJERCICIO Y LA APLICACIÓN DE LA AEP	246
3.1. La eficacia de la norma y la efectividad de los derechos	246
3.2. Los datos sobre las AEP presentadas y tramitadas en la Corte Constitucional de Transición	256

3.2.1. <i>Análisis cuantitativo de las AEP</i>	256
3.2.1.1. <i>Consecuencias que se extraen de los datos estadísticos</i>	262
3.2.2. <i>Las sentencias expedidas aceptan o niegan los derechos reclamados</i>	270
3.2.3. <i>El tiempo en el que se han expedido las sentencias</i>	272
3.2.3.1. <i>El tratamiento reglamentario del término para resolver las AEP</i>	274
3.2.4. <i>Análisis de los derechos reclamados/protegidos mediante las AEP</i>	275
3.2.4.1. <i>El predominio del derecho al debido proceso</i>	277
3.3. <i>Otros comentarios sobre las AEP</i>	280
3.3.1. <i>El desarrollo técnico jurídico de las garantías</i>	280
3.3.2. <i>Las características del amparo en los instrumentos internacionales</i>	282
3.3.3. <i>La AEP permite a la Corte Constitucional cumplir con sus atribuciones: ejercer el control constitucional, interpretar la Norma y administrar justicia</i>	283
3.3.4. <i>La jurisprudencia vinculante para los jueces ordinarios se origina en las garantías jurisdiccionales</i>	284
3.3.5. <i>La actividad extensiva de la Corte Constitucional de Transición</i>	287
3.4. <i>Las inconsistencias en el marco normativo interno</i>	288
3.4.1. <i>Sobre la reparación integral</i>	288
3.4.2. <i>Sobre la contradicción normativa en la ejecución de la sentencia o la reparación</i>	292
3.4.3. <i>Sobre las disposiciones que permiten la discrecionalidad para los jueces constitucionales</i>	293
3.4.4. <i>Sobre el legitimado activo</i>	294
3.4.5. <i>La AEP no produce efecto suspensivo en la sentencia que revisa</i>	296
Conclusiones	298
Bibliografía	313
Anexos	334
Abreviaturas	358

Índice de tablas

No. 1. Las garantías en las Constituciones del Ecuador	66
No. 2. Tiempos de envío de las AEP desde los juzgados y tribunales a la Corte Constitucional	201
No. 3. AEP ingresadas en el período octubre 2008 al 31 de enero de 2011	257
No. 4. Sentencias expedidas	260
No. 5. Muestreo de autos de inadmisión o rechazo de AEP	267
No. 6. Las sentencias de AEP que aceptan o niegan derechos	270
No. 7. Tiempo en el que se despachan las AEP	272
No. 8. Resumen de los derechos aceptados o negados en las AEP	276

Índice de gráficos

No. 1. AEP ingresadas en el 2008	257
No. 2. AEP ingresadas en el 2009	258
No. 3. AEP ingresadas en el 2010	258
No. 4. AEP ingresadas en el 2011	259
No. 5. AEP ingresadas consolidado	259
No. 6. Los porcentajes de las AEP	261
No. 7. Porcentajes de las AEP que aceptan o que niegan derechos y sin sentencia	271
No. 8. Porcentajes de los derechos aceptados o negados en las AEP	276

Anexos

No. 1. Resumen de los Registros Oficiales que publican sentencias sobre AEP, años 2009, 2010, 2011	334
No. 2. Resumen de los derechos aceptados o negados en las AEP	337
No. 3. Tablas A, B y C	355

CAPÍTULO 1: LA CREACIÓN DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo estudiar, desde los aspectos histórico-jurídico, descriptivo y comparativo, el escenario en el que surge la garantía jurisdiccional “acción extraordinaria de protección” (en adelante AEP), para lo que se analiza i) el contexto histórico de los derechos y las garantías; ii) los elementos externos que hacen el contexto para la AEP; y, iii) la incorporación en el sistema de garantías constitucionales del Ecuador; todo lo cual se da de manera preferente en una dimensión constitucional, porque es en el texto de la Norma Suprema en donde se incorporan tanto los derechos como sus garantías.

Se observa en primer lugar, que en el inicio y hasta alcanzar su desarrollo, los términos *derechos* y *garantías* son utilizados de manera indiscriminada. Posteriormente se distingue a la garantía como un mecanismo procesal para proteger, su nacimiento depende del objeto de la protección que son los derechos fundamentales, constitucionales, y que por lo tanto, es necesario incluirlos en el presente análisis, porque la evolución, desarrollo y estado de las garantías tienen dependencia directa de la evolución, desarrollo y estado de los derechos, lo que ha provocado la afirmación de que los derechos son continuamente garantías de otros derechos y que en otras ocasiones las garantías constituyen derechos.¹

Además es necesario aclarar que “las garantías jurisdiccionales” son un género con diversas especies. El denominador común es el sentido de defensa, tutela, salvaguarda, lo que constituye el género, mientras que los diferentes procesos judiciales y constitucionales son las especies: habeas corpus (protección de la libertad personal), habeas data (garantía de los datos personales), declaratoria de inconstitucionalidad

¹ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, p. 287.

(salvaguarda de la supremacía de la Constitución), recurso de amparo, acción de protección (resguardo general de los derechos fundamentales/constitucionales) acción popular, denominaciones que tienen en común la finalidad de otorgar un escudo de defensa para el cumplimiento de la Constitución y los derechos incluidos en su texto, de entre los cuales, la investigación centra su atención en el amparo, porque de entre las garantías es la más cercana al objeto de la investigación, que es la protección específica contra violaciones de derechos constitucionales cometidas en sentencias judiciales.

Sobre el amparo dice Albertí Rovira que es “un medio a través del cual se encomienda al Tribunal Constitucional la protección de los principales derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional”² y sobre el proceso, Ferrer Mac-Gregor indica que es “el mecanismo de mayor amplitud en la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”, propagado en Europa, difundido en los países iberoamericanos, y estableciéndose en Asia y África, por lo que le califica como “un fenómeno globalizado” y da las razones para que al estudio de las diferentes especies de protección procesal constitucional le haya denominado, el Derecho de amparo,³ de donde se puede decir que se ha nominado al género por la especie.

La segunda aclaración es que esta investigación busca desentrañar la subespecie de amparo que franquea al ciudadano la posibilidad de que se revisen las decisiones judiciales, en aquellos casos en que hayan sido violados los derechos constitucionales dentro de los procesos de la justicia ordinaria, la que es instituida en el Ecuador en la Constitución 2008, denominada acción extraordinaria de protección, para cuyo análisis se debe mirar el escenario garantista de manera más inclusiva, porque el objeto de su protección comprende a todos los derechos reconocidos en la Constitución.

² Enoch Albertí Rovira, “El recurso de amparo constitucional”, en Pablo Pérez Trempe, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 116.

³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El amparo iberoamericano”, en Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coords., *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006, p. 12.

En este primer capítulo se examina como punto 2 los elementos externos que contribuyen a establecer el escenario en el que nace y se desarrolla la garantía procesal AEP, que son: la supremacía constitucional, el garantismo y la justicia constitucional, lo que a la vez servirá de base para el análisis de la naturaleza de la acción, de las características y elementos del proceso y de algunas sentencias que la Corte Constitucional de Transición ha expedido en esta materia.

En la parte final de este capítulo se estudia la incorporación de la AEP al sistema de garantías constitucionales del Ecuador, iniciándolo con la revisión de los diferentes textos constitucionales que ha tenido el país, para determinar la presencia de las garantías y cómo han ido evolucionando; se el examen de la crisis institucional que se había gestado desde el reinicio de la etapa democrática (1978) hasta el año 2008 y se concluye con el análisis de las razones de los constituyentes para incorporar la garantía.

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS

A los derechos les corresponde, en gran medida, las transformaciones conceptuales de la humanidad en los últimos 200 años, a partir de su proclamación en las declaraciones de Francia y de Estados Unidos; en su nombre se han librado cruentas batallas y se han ofrendado vidas humanas, pero en honor a la verdad, también les pertenece el mérito de haber ido, poco a poco, ubicando al ser humano en el centro del interés del Estado.⁴ De Cabo y Pisarello coinciden en afirmar que hay importantes conceptos sociales que fueron desterrados en el siglo XX, mientras que, en *contrario sensum* las argumentaciones sobre los derechos se muestran excepcionalmente vigorosas, seguramente porque concentran en sí las aspiraciones de millones de

⁴ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 20.

personas y porque tienen la capacidad de otorgar legitimidad política y jurídica al Estado.⁵

Según afirma Julio César Trujillo en el Ecuador “hemos sido muy generosos en la elaboración de textos constitucionales plenos de declaraciones de derechos”,⁶ esta abundancia constitucional es evidente, pero los preceptos se han desvirtuado en la realidad, porque no se han concretado de manera eficaz para los ciudadanos, lo que nos conduce al desaliento,⁷ este es el panorama paradójico que se vive en toda la región de Latinoamérica, los derechos están en el centro del discurso político y del análisis jurídico, pero como dice Pásara, “son materia de gruesas y sistemáticas violaciones en la mayor parte de países del área” porque “no se traducen en prácticas incorporadas al comportamiento de autoridades y funcionarios”.⁸

Es necesario reconocer que antes de las declaraciones de derechos que conocemos, conceptualizadas, elaboradas y expedidas en el Estado Constitucional contemporáneo, ya existieron documentos que dan cuenta de la concepción de derechos que no pueden denominarse fundamentales, son los “derechos oponibles al poder” y que son las semillas de los derechos fundamentales que tenemos hoy. Entre esos derechos están los reconocidos en la Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215), el Edicto de Nantes (1598), *Petition of Right* (1628), Cuerpo de libertades de Massachusetts (1641), *Bill of Rights* (1689), Declaración del Buen Pueblo de Virginia (1776), el *Hábeas Corpus Act* de 1679.⁹

⁵ Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, “Prólogo”, en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 9.

⁶ Julio César Trujillo, entrevista concedida a la investigadora, el 7 de abril de 2010, constante como anexo.

⁷ Miguel Carbonell, “Prólogo”, en Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Rispergraf, 2011, p. 13.

⁸ Luis Pásara, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Naciones Unidas-Derechos Humanos, 2008, p. 21.

⁹ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, *op. cit.*, p. 63, 64.

Con anterioridad, los derechos se fundamentaron en el Iusnaturalismo, nombre que desde la perspectiva del análisis jurídico-filosófico implica una serie de concepciones que han dado lugar a una pluralidad terminológica y que no obstante, según Pérez Luño comparten un denominador común:

Efectivamente, por iusnaturalismo suele entenderse una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diversas, pero todas ellas con un mismo denominador: la creencia en un orden objetivo superior o suprapositivo de carácter universal, permanente e inviolable en el que se contienen los principios últimos del obrar humano que pueden ser conocidos por los seres humanos bien directamente –como recta razón escrita en sus corazones– o a través de un discurso racional.¹⁰

Además se explica que estas corrientes tienen como su fundamento, diferentes formas de expresión: *physis* para los sofistas, *logos* para los estoicos, *lex aeterna* para los cristianos, *naturaleza del hombre o de las cosas* para los racionalistas modernos, pero que constituye al mismo tiempo el orden objetivo del ser y el orden jurídico natural para la normativa jurídica positiva que debe regir las relaciones en el grupo social. Lo que caracteriza a estos sistemas es la dualidad normativa, porque si bien se basan en el derecho natural que corresponde al orden universal y eterno de valores, también participan de la necesidad de tener el derecho positivo como único medio de concretar esos valores, indispensable para alcanzar a ser un verdadero derecho.

Cabe anotar que después del florecimiento del iusnaturalismo racionalista en la Revolución Francesa, sufrió una etapa de decadencia en la época contemporánea, desde el siglo XIX y que se mantuvo hasta el siglo XX, debido en gran parte al desarrollo del historicismo jurídico y el positivismo jurídico.¹¹

¹⁰ Antonio Enrique Pérez Luño, con la colaboración de Carlos Alarcón, Rafael González y Antonio Ruiz, *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2004, 3a. ed., p. 72.

¹¹ *Ibid.*, p. 74.

Los derechos naturales fueron tomados a través del contrato estatal para justificar la existencia del estado absolutista que había recuperado la paz social, en principio se había dicho que son derechos naturales la libertad, la propiedad, la vida y la integridad física, posteriormente fueron incrementándose para conformar catálogos detallados, vinculados a la división del poder como mecanismo de asegurar la libertad. El contrato fue pensado para la organización del estado como un elemento indispensable de la Constitución.¹²

El reconocimiento de los derechos está fuera de toda discusión, su instalación en el entramado jurídico se inicia antes de las Constituciones escritas. En este sentido, le corresponde al liberalismo del siglo XVIII el reconocimiento de los derechos individuales, civiles y políticos de los ciudadanos que esperaban del Estado una obligación de *no hacer* para configurar el respeto a esos derechos,¹³ son la primera generación de derechos, forjados a partir de las revoluciones, la independista de Estados Unidos de Norteamérica y la burguesa de Francia para limitar el poder del estado y proteger las libertades ciudadanas.¹⁴

Adviene posteriormente los derechos de segunda generación, derechos económicos, sociales y culturales, también llamados “derechos de igualdad”, que requieren del Estado una obligación *de hacer*, pues demandan acciones positivas para su concreción. Estos derechos solo pueden hacerse realidad si el Estado se convierte en el promotor del bienestar de los ciudadanos, entre ellos están el derecho al trabajo, a la

¹² Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 55, 56. Título original: *Die Zukunft der Verfassung*.

¹³ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, p. 413.

¹⁴ Julián López, Alfredo Bateman, Juliana Vengoechea y Juanita López, *La garantía de los Derechos sociales*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2009, p. 39.

seguridad social, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la huelga, al descanso, al pleno empleo; su impulso corresponde al denominado “constitucionalismo social”.¹⁵

Respecto de esta primera división de los derechos, es decisivo el papel que han jugado los instrumentos internacionales, se explica que la decisión se produjo a partir de la necesidad de que la inicial Declaración de los Derechos Humanos, DDH, se convierta en normas vinculantes para los Estados, para lo que debían suscribir un (os) Pacto(s), la razón para tal decisión es histórica-política porque la situación que se enfrentaba en 1966 (con 166 países) era distinta de cuando se expidió la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH, en 1948 en que eran 58 miembros, pues se advertía que los intereses y expectativas de los diferentes gobiernos eran disímiles, marcadas por las ideologías políticas, dando como resultado dos bloques: países capitalistas y países socialistas, los que priorizaban los derechos civiles/políticos y los económicos/sociales/culturales, respectivamente, generando un clima de presiones por lo que se decidió adoptar dos tratados de derechos.¹⁶ Por su parte, Ávila también expresa que fueron los instrumentos internacionales los que determinaron la clasificación de los derechos,¹⁷ lo que obedeció a razones de carácter político originadas en la “guerra fría”, aceptando que Estados Unidos impulsaba los derechos políticos y civiles, mientras la Unión Soviética propugnaba los derechos económicos, sociales y culturales, y se refiere a las consecuencias para decir que se propició una gran diferencia entre ellos, pues los primeros podían ser reclamados judicialmente mientras los segundos estaban sujetos a cumplimiento gradual, conforme la disponibilidad del

¹⁵ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, *op. cit.*, p. 413.

¹⁶ Julián López, Alfredo Bateman, Juliana Vengoechea y Juanita López, *La garantía de los Derechos sociales*, *op. cit.*, p. 41, 43.

¹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías...* Los instrumentos a que hace referencia son: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma el 16 de diciembre de 1955, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Estado, el resultado fue que los unos derechos eran plenamente exigibles y los otros, sujetos a programación, deviniendo en la conocida clasificación de derechos de primera categoría y derechos de segunda categoría.¹⁸

Finalmente están los derechos humanos de “tercera generación”, llamados también “de solidaridad”, originados a la luz de los principios universales, aquí se encuentran el derecho a la paz, a la autodeterminación, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el “derecho a beneficiarse del patrimonio de la humanidad”,¹⁹ Salgado los llama difusos o comunitarios, pero hay juristas que prefieren referirse a los intereses difusos, estos derechos aparecen cuando se desarrollan lazos de solidaridad social como sucede con la necesidad de preservar el medio ambiente,²⁰ o de salvaguardar los recursos naturales.

La paradoja que ha visto la humanidad es que el peligro para el ecosistema es causado por su propio progreso, pero parece que el ser humano no entiende, que a la par que se beneficia, es cierto, de la expansión de la ciencia y la técnica está contribuyendo a destruir su hábitat y generando la destrucción de su propio planeta, de ahí que la protección del entorno es una necesidad social que debe darse de manera inmediata, para preservar el futuro de la humanidad, de donde se entiende que el ambientalismo es un nuevo paradigma cultural que coloca al ser humano como elemento integrante de la naturaleza, debiendo desarrollarse entre uno y otra el equilibrio que permita establecer un diseño de complemento entre la producción de bienes y la preservación del medio

¹⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *ibid.*, p. 91, 92. El autor señala que la conocida clasificación de los derechos como de primera, segunda y tercera generación ocultó procesos históricos que se dieron de manera distinta, pues los derechos que para Europa eran de tercera generación, para los países andinos era de primera, y viceversa; es que para nuestros países lo primero que se conoció y se consagró, en la realidad, fueron los llamados derechos colectivos que en Naciones Unidas recién despiertan interés y se reconocen a fines del siglo XX.

¹⁹ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, *op. cit.*, p. 414.

²⁰ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Impresores Myl, 2004, 3a. ed., p. 186.

ambiente.²¹ En el Ecuador, la Constitución 2008 contiene un amplio reconocimiento de los derechos al ambiente que incluye tanto la calidad misma del derecho cuanto las obligaciones que impone al Estado, a las colectividades y al individuo; son los Títulos II “Derechos” y VII “Régimen del Buen Vivir” que contemplan estos derechos y deberes; en cuanto al objeto de estudio merecen especial mención las garantías: de reparación integral por daños ambientales, artículo 397; y de consulta previa a la comunidad en los casos en que la decisión del Estado pueda afectar al ambiente, artículo 398.²²

Por la preeminencia que tienen para la humanidad dentro de la historia de los derechos humanos, se considera necesaria la referencia concreta a las proclamaciones de derechos en Estados Unidos y en Francia, en cuyos textos se reconoce la inclusión de diferentes garantías, las que se encuentran confundidas con las enunciaciones de derechos. Para el interés de la investigación, es necesario diferenciar conceptual y normativamente los derechos de los mecanismos que se instituyen para su defensa, o sea las garantías, pero como se ha dicho, en los instrumentos fundacionales de Francia y de Estados Unidos de Norteamérica se encuentran indiferenciados, es la consecuente mezcla nacida del fervor ciudadano que quiere alcanzar el *deber ser* de lo que le corresponde: igual la declaración del derecho que los instrumentos para defenderlos.

1.1.1. La Constitución de 1787 y la Carta de Derechos de 1791 de los Estados Unidos de Norteamérica

El sistema americano se asienta en la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, que expidió el 17 de septiembre de ese año, la Constitución de los Estados Unidos mediante la que dividió el poder federal en tres: ejecutivo, legislativo y judicial para establecer un límite con “frenos y contrapesos”, estableciendo los ámbitos que correspondían a la ley federal y a la ley estatal. El distintivo de este sistema en lo

²¹ Eduardo Pablo Jiménez, “Derechos Humanos, Bioética y Medio Ambiente”, en Germán J. Bidart Campos y Guido Risso, coords., *Los derechos humanos del siglo XXI: la revolución inconclusa*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 212.

²² Constitución de la República del Ecuador 2008.

judicial es que se sustenta en los principios del Derecho Consuetudinario Inglés, en el que los tribunales deben expedir sentencias que constituyen precedentes “para llenar los huecos acerca de los cuales la Constitución guarda silencio y el Congreso no ha legislado aún”.²³

La Constitución es complementada dos años más tarde por las Diez Enmiendas que se refieren a los derechos, cuya ausencia del texto original fue criticada por los oponentes, se las conoce como la “Carta de Derechos”,²⁴ en cuyo texto se encuentran inmersas varias garantías:

En la Enmienda I obligación del legislador de respetar las libertades de creencia religiosa, de expresión o de prensa y el derecho de reunión del ciudadano y a “solicitar del Gobierno la reparación de agravios”;

En la Enmienda V la garantía del derecho al debido proceso;

En la Enmienda VI la garantía de un proceso “sin demora y público”;

²³ *Semblanza del sistema jurídico de Estados Unidos*, Oficina de Información Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos, Manila, RPC, 2004, p. 7.

²⁴ “Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos”, en *ibid.*, p. 192-203, cuyo texto íntegro consta de 27, siendo las diez primeras las que conforman la Carta de Derechos, bajo la aclaración de que en el texto original eran 12, pero se aceptaron los números 3 a la 12 y la que tuvo entonces el número 1, es la que actualmente está signada como número 27, incorporada en 1992. El resumen de los derechos reconocidos es: I. Libertad de expresión, de prensa, de religión, de reunión y *derecho a solicitar al Gobierno la reparación de agravios*; II. Libertad del pueblo de poseer y portar armas; III. Derecho del propietario de la vivienda para decidir si otorga alojamiento a un soldado en tiempos de paz, y en tiempos de guerra, conforme a la ley; IV. Derecho a la seguridad de todas las personas, hogares, documentos y pertenencias por lo que ningún mandamiento judicial se expedirá sin los debidos fundamentos; V. Derecho de guardar silencio ante una acusación de delito capital o infamante si no proviene del Gran Jurado, derecho de no ser procesado dos veces por la misma causa, derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, derecho de no ser privado de la libertad sin el debido procedimiento legal, derecho de que la propiedad privada no sea expropiada para destinarla al uso público, sin una compensación justa; VI. Derecho a las garantías del debido proceso en las causas penales: juicio sin demora y público, jurado imparcial competente donde ocurrió el delito, ser informado de las causas de la acusación, a confrontar a sus acusadores, a que sus testigos sean obligados a comparecer, contar con un abogado para su defensa; VII. Derecho a ser procesado en el juicio por jurado en los procesos sujetos al derecho consuetudinario de cuantía superior a veinte dólares, y su revisión por un Tribunal se sujetará a las reglas de este derecho; VIII. Derecho a que no le impongan fianzas ni multas excesivas, ni castigos crueles e inhumanos; IX. La inclusión de derechos en la Constitución no significa denegación ni “restricción de otros derechos que el pueblo se haya reservado para sí mismo”; X. Reserva de facultades a los Estados o al pueblo cuando la Constitución no las delegue expresamente al Gobierno ni prohíba a los Estados.

En la Enmienda VII la garantía de juicio por jurado y reserva de Derecho Consuetudinario;

En la Enmienda IX la garantía de reserva de derechos para el pueblo; y,

En la Enmienda X la garantía de reserva de facultades para los Estados o el pueblo.

1.1.2. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las Constituciones de 1791 y 1793 de Francia

La situación de inconformidad en que vivía la Francia del siglo XVIII era generada por el absolutismo del monarca que concentró el poder, expidió las leyes con base de su calidad divina y sometió a sus súbditos, sin ningún límite ni control, lo que determinó la explosión político social para buscar una nueva forma de organización social,²⁵ era el *ancien régime*, constituido por la sociedad estamental,²⁶ que se caracterizó por la convivencia de sendas regulaciones a las que el naciente Estado derogó bajo el argumento de los nuevos principios: igualdad ante la ley y generalidad de la ley, para lograr el monopolio del Legislativo y captar la lealtad de todos los ciudadanos al Estado.²⁷

Es la Revolución Francesa de 1789 que dio lugar a la construcción de la nueva organización jurídico política basada en la división tripartita del poder, la que permitió dejar el *ancien régime* y establecer una sociedad donde todos sean iguales, formalmente. Los diputados de los 3 estamentos, autoproclamados como poder

²⁵ Raúl Ávila Ortiz, “Estado constitucional y división de poderes: una referencia a la Constitución ecuatoriana de 2008”, en revista *Ágora Política*, No. 2, *Diseño Democrático*, Quito, Ágora Democrática, 2010, p. 10.

²⁶ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, op. cit., p. 101. El autor explica que la sociedad estamental era la organización social que, como genuina expresión del feudalismo, consistía en la organización por clases: el clero, la nobleza y el “tercer estado” en donde estaba el resto del pueblo. Sobre el tema, Emmanuel J. Sieyès se planteó tres preguntas y dio sus respuestas así: ¿Qué es el tercer estado? TODO, ¿Qué ha sido hasta el presente en el orden político? NADA. ¿Cuáles son sus exigencias? Llegar a ser algo. *El Tercer Estado y otros escritos de 1789*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 145.

²⁷ Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, en Andrade, Grijalva y Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador...*, p. 22. El reconocimiento formal de las agrupaciones que en principio fueron admitidas de facto, posteriormente constan incluidas en el Código Civil de Francia de 1804.

constituyente, expidieron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,²⁸ calificada como el documento jurídico de mayor trascendencia en la etapa moderna, y que, junto con la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, marca el nacimiento del constitucionalismo. En lo concreto de los derechos, el Preámbulo realza su valor cuando dice que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre” de donde aparece una tendencia iusnaturalista, además de que se les asigna a los derechos una dimensión metafísica y moral que se manifiesta en la fuerza positiva, lo que le permite al ciudadano contrarrestar el poder y alcanzar la garantía que requieren sus derechos.²⁹

Como se ha dicho, la significación de la Declaración de Francia en el estudio de los derechos fundamentales es trascendente para conocer de dónde vienen y hacia dónde

²⁸ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, *op. cit.*, p. 145-192, los artículos de la Declaración son: 1. Igualdad y libertad, las distinciones se justifican solo por el bien común; 2. La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión son derechos naturales e imprescriptibles que deben ser preservados por la asociación política; 3. La soberanía reside en la nación; 4. Los límites de la libertad para asegurar a los demás el goce de los derechos; 5. Solo la ley establecerá lo que pueden hacer las personas y prohibir lo que no deben; 6. La ley contiene la voluntad general, las personas pueden participar directamente o por medio de sus representantes, debe ser la misma para todos en protección y en sanciones, de la misma manera, todos tienen la oportunidad de ocupar los empleos “según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”; 7. Para que una persona sea acusada, detenida o encarcelada se debe observar irrestrictamente las formalidades de la ley. Se castiga a los que facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes contrarias a la ley, pero quien es llamado en concordancia con ella, debe cumplir bajo pena de ser acusado de resistencia; 8. La ley debe establecer solo las penas estrictamente necesarias y el castigo se puede imponer solo si es que consta en una ley anterior; 9. Las personas se presumen inocentes hasta que se declare su culpabilidad, de ser indispensable su detención, debe tener la garantía de la ley para su seguridad; 10. Las personas tienen libertad de opinión y libertad religiosa con el límite de no alterar el orden público; 11. La libertad de expresión para que los ciudadanos puedan hablar, escribir o imprimir libremente, excepto en casos de abuso que serán reglados por la ley; 12. Los derechos tienen la garantía de la fuerza pública, la que se instituye para todos y no para los que la dirigen; 13. Para mantener la fuerza pública se establece la necesidad de que exista una contribución común; 14. Se establecen contribuciones públicas sobre las que el ciudadano tiene facultades de verificación, de aceptación y de vigilancia; 15. La sociedad tiene el derecho de exigir rendición de cuentas a todos los funcionarios públicos; 16. “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”; 17. Nadie puede ser privado del derecho de propiedad que es inviolable y sagrado, excepto por necesidad pública legalmente justificada y previa justa indemnización.

²⁹ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, *op. cit.*, p. 101 a 115.

se proyectan, y junto a ellos, las garantías para su eficacia y efectividad, las que se encuentran en el texto:

Hay Garantías procesales en los artículos 7, 8 y 9, advirtiendo que en las tres disposiciones se defiere a la ley como el espacio de donde nace toda decisión, en el artículo octavo se establece el principio de irretroactividad y en el noveno la presunción de inocencia.

La Garantía de los derechos del hombre y del ciudadano desde la fuerza pública, es un punto que puede causar cierta extrañeza porque si se piensa en la policía y se la relaciona con los derechos fundamentales, pueden parecer dos antagónicos, pero lo que se constata es que el espíritu de la Declaración fue dar una garantía a los derechos, inclusive desde la fuerza pública.

El artículo 16 resalta la trascendencia de las garantías para la sociedad, comparando su falta con la ausencia de Constitución, cuando dice que si “no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”. García de Enterría expresa que los dos principios de este artículo: la garantía de los derechos y la limitación al poder son esenciales, que ahora únicamente se debería incluir la división de poderes como simple técnica operativa, pero realizando su validez intrínseca para limitar el poder a los gobernantes y la garantía de la libertad.³⁰

Sin embargo de lo anotado, Carbonell manifiesta que una de las faltas de la Declaración es precisamente la carencia de un sistema de garantías, de donde le resulta incomprensible que en el artículo 16 se use la expresión “la garantía de los derechos” cuando se pudo utilizar solamente “derechos”; además en lo puntual de la garantía jurisdiccional, dice que seguramente no se incluyó por el pensamiento de Montesquieu

³⁰ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 45.

sobre el papel de los jueces, a quienes no lograron concebir como los defensores de los derechos fundamentales.³¹

Por otra parte, Peces-Barba rescata de la Declaración la idea de universalidad de los derechos y afirma que más que una tabla de derechos constituye el programa político y constitucional de la modernidad.³²

Las Constituciones de Francia de 1791 y 1793 son los otros dos documentos jurídicos de la revolución. La de 1791 fue redactada por la misma Asamblea que expidió la Declaración de 1789, de la que ejecuta el artículo 16 sobre la separación de poderes, su texto se inicia con el Preámbulo en el que se destaca la expresión de absoluta concordancia entre lo declarado y la realidad que se vive, dice que “ya no hay” los estamentos, las distinciones, los privilegios, la venalidad ni las excepciones al Derecho Común de los ciudadanos. La de 1793 tiene un texto más preparado, más meditado que el anterior, en lo concreto de las Garantías, contienen disposiciones expresas en los artículos 24 y 25, pero sin determinar un mecanismo de tutela sino que remite la defensa de los derechos a la “soberanía nacional” y a la “acción de los funcionarios públicos” llamándola “garantía social”, siendo importante la determinación de que debe constar en la ley.³³

Revisados los dos sistemas, norteamericano y europeo, cabe mencionar los principales aspectos en que confluyen o divergen, Serra se refiere a las motivaciones y los resultados de sus respectivas revoluciones, en lo concreto de los derechos humanos se verifica que tenían finalidades distintas: al primero le movía la necesidad de encontrar el equilibrio entre los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, sin que el primero de ellos tenga la incidencia absoluta en su escenario como había ocurrido en

³¹ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, *op. cit.*, p. 190.

³² Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 303.

³³ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, *op. cit.*, p. 205, 209, 214.

Francia, la preocupación norteamericana respecto de la libertad más bien era para protegerla de los excesos del legislativo, mientras que al otro lado del Atlántico se vivía una realidad diferente, lo que se requería era dar una solución a la inexistencia de derechos de la mayoría ciudadana debido a la sociedad estamental, para lo que se debía limitar el poder del ejecutivo absolutista a través de la división de poderes y la Declaración de derechos.³⁴

También Dieter Grimm compara los procesos de Francia y Norteamérica, para su análisis resulta indudable que el modelo americano se adelantó en la constitucionalización, su documento de independencia sin duda podía ser consultado por los asambleístas franceses, sin que esto implique ni copia ni traslado de lo sucedido en América, pues las diferencias se encontraban en las metas fijadas: a Francia le interesaba el cambio social, pero este solo podía provenir de la reestructura del poder político, como efectivamente sucedió y permitió la declaratoria de los derechos del hombre y del ciudadano; las colonias americanas por su parte sufrían la presión del parlamento inglés como amenaza a los derechos fundamentales por lo que les situaron “por encima incluso de aquel, constituyéndose así como derechos fundamentales y dándose de este modo el paso hacia la constitución en sentido moderno”.³⁵

En la comparación, Carbonell resalta que “el gran olvido” de la declaración de 1789 es no haber incluido la garantía jurisdiccional que dio como resultado la ausencia de la supremacía de la constitución frente al legislador, pero aclara que tal omisión no se dio ni por olvido ni por descuido, sino que fue la consecuencia del rechazo a los

³⁴ Rosario Serra, *La guerra de las Cortes*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 32. En la comparación, la autora revisa la forma en que los dos sistemas conceptualizaron la supremacía de la Constitución sobre la ley, la jurisdicción constitucional, el control de constitucionalidad, a partir de cada una de las realidades que se vivían en esos países y cómo fueron enfrentados a través de sus respectivos procesos revolucionarios, para establecer los diferentes medios con que dieron las soluciones, desde la implantación de cada uno de ellos. Analiza las controversias suscitadas entre las Cortes por el control de la constitucionalidad de las leyes que es precisamente el objeto central de su examen crítico.

³⁵ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 61, 62.

órganos del antiguo régimen (los jueces), con lo que no tuvieron a quién o a dónde acudir ante la violación de los derechos constitucionales por el legislador, problema insoluto hasta el alumbramiento de las teorías kelsenianas en 1920, cuando ya Norteamérica tenía más de cien años de ejercicio de control constitucional desde los jueces.³⁶

1.1.3. Los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales están íntimamente vinculados a la noción de constitucionalismo, porque tienen la calidad de fundamentales cuando están reconocidos en su texto, como dice Ferrajoli, *no por casualidad* son estos los derechos reconocidos y no otros,³⁷ con la particularidad de que en el constitucionalismo de la Revolución Francesa, esas disposiciones necesitaban estar desarrolladas a través del Legislativo, como el encargado de cumplir la “rousseauiana voluntad general” del pueblo, de manera que este constitucionalismo deviene más bien en un legalismo,³⁸ es así que la prioridad para determinar lo que debía ser el derecho, lo tenía el legislador.³⁹

¿Qué son los Derechos Fundamentales?

Para contestar la pregunta, Häberle expresa que dentro del ordenamiento constitucional los Derechos fundamentales tienen una doble calidad: por una parte son en sí mismos “valores supremos” que permiten al ser humano hallar y actualizar valores, y por otra, le garantizan el *status libertatis* que implica formar parte de un código de libertad existente con el que se retroalimenta porque hay una actuación en libertad permanente.⁴⁰

³⁶ Carbonell, *Para comprender los derechos...*, *op. cit.*, p. 204.

³⁷ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 145.

³⁸ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 126.

³⁹ Ramiro Rivadeneira, “Interpretación constitucional”, en *Temas Constitucionales. Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 7, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, II trimestre 2006, p. 52.

⁴⁰ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 7.

Por su parte, Dieter Grimm considera necesario distinguir los Derechos fundamentales de la antigua protección de las libertades, aquellos forman parte de la constitución como el producto jurídico de la transformación alcanzada mediante un proceso revolucionario, dice que esta diferencia se puede observar en el artículo 1 de la Virginia Bill of Rights “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres”, con lo que denota que todos los seres humanos deben gozar de las libertades como titulares e igualmente aparece desde el título de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en los dos documentos se usan expresiones similares: todos los hombres, todas las personas, cualquier persona, mientras que las antiguas libertades no eran otorgadas a todas las personas, sino que eran conferidos en base de unos requisitos sociales, económicos o de pertenencia a cualesquier corporación, y únicamente como excepción tenía acceso un individuo, de manera que las libertades eran prerrogativas otorgadas de forma particular, los derechos fundamentales son del individuo por su naturaleza humana y en función de su naturaleza universal.⁴¹

Dentro del tema, Ferrajoli lo inicia preguntando: ¿Qué derechos son fundamentales?, para responder se refiere a dos aspectos: cuáles son y cuáles deben ser, el primero responde a un criterio iuspositivista en el que se encuentran los derechos establecidos en la Constitución italiana: libertad personal, libertad de expresión, de reunión y de asociación, derechos a la salud; y el segundo, los derechos que “deben ser” corresponde a una respuesta de tipo axiológico o iusnaturalista: derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros que aseguran la dignidad de las personas, la paz u otros valores éticos políticos que se califiquen como fundamentales.⁴²

⁴¹ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 78, 79.

⁴² Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 289.

En segundo lugar Ferrajoli da la definición de Derechos fundamentales indicando que son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”, definición que le permite alcanzar dos finalidades: *Primera*) Determinar tres características estructurales de los derechos fundamentales: a) la universalidad de sus titulares, b) la calidad de generales y abstractas, c) el atributo de indisponibles e inalienables, de las cuales se generan las particularidades del derecho categorizado como “fundamental”: es ajeno al mundo mercantil, debe ser enunciado como norma general y sustraído de la frivolidad política del legislador ordinario a través de una disposición constitucional que los coloque por encima de su voluntad. *Segunda*) Establecer la tipología de derechos fundamentales con base netamente teórica, sin relación a un ordenamiento específico: derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles y derechos políticos.⁴³

En cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales, Ferrajoli afirma que han existido siempre, (coincide en este punto con Grimm) que lo que sucedía era que se otorgaban únicamente a cierta clase de personas, con base de mismos tres elementos – persona, ciudadanía y capacidad de obrar– pero con una fuerte incidencia de las discriminaciones por sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad, que en definitiva son las que determinan los conceptos de inclusión y exclusión y por consiguiente de igualdad y desigualdad.⁴⁴

Un aspecto muy interesante que se genera de los derechos fundamentales según Grimm es que de su concepción se pueden reconocer las diferentes áreas de incidencia, a partir de las cuales se puede apreciar de qué manera se quebrantó el orden instituido, por ejemplo al proteger la libertad individual ponen en claro la desaprobación de un

⁴³ *Ibid.*, p. 19 y 291.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 24, 25.

modelo caracterizado por la ausencia de derechos y la imposición de deberes o, al tratarse de la igualdad jurídica basada en la naturaleza de la persona, se tacha a la sociedad estamental que diferenciaba a las personas por el status.⁴⁵

Por otra parte, la trascendencia de los derechos fundamentales es aportada por Alexy, quien manifiesta que tienen una posición afincada en cuatro extremos: máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia del objeto y máximo grado de indeterminación. *El máximo rango* deviene de su regulación en la Norma Suprema por lo que no puede ser contrariada por ninguna otra regla del ordenamiento y si así sucede, acarrea la nulidad; *la máxima fuerza jurídica* es la declaratoria constitucional de que estos derechos vinculan en el control jurisdiccional al Ejecutivo, al Legislativo y al Judicial, lo que se hace evidente en el sometimiento del Legislativo al Tribunal Constitucional, pues si antes se pregonaba derechos fundamentales solo dentro de la ley, ahora se dice leyes solo dentro de los derechos fundamentales, todo lo que marca la diferencia con la anterior Constitución de Weimar que mantenía los derechos fundamentales como meras declaraciones sin garantía de justiciabilidad; *la máxima importancia del objeto* es el complemento indispensable de los dos anteriores principios porque nada valdría detentar los máximos de rango y de juridicidad si es que el objeto sobre el que recaen no es lo más importante y así es precisamente, los ámbitos de referencia son de contenido fundamental; y, *el máximo grado de indeterminación* que es el que permite que los derechos fundamentales adquieran su esencia a través de la interpretación que finalmente se encuentra inmersa en las sentencias.⁴⁶

A su vez, Bayón caracteriza a los derechos fundamentales, a los que también denomina “básicos”, a partir de dos aspectos: 1. Se constituyen en la frontera para la expedición de políticas de carácter económico por la consideración de que su objeto de

⁴⁵ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁶ Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 31-37.

protección son bienes que deben asegurarse sin condiciones; 2. Son espacios en los cuales no tienen incidencia las decisiones de mayoría porque allí donde está un derecho fundamental se conforma una zona infranqueable. En definitiva los derechos “básicos” tienen la fuerza política para ser “terreno minado” si es que se pretende lesionarlos.⁴⁷

En la Constitución del estado social se distingue los derechos fundamentales porque gozan de un mayor grado de garantía y de una específica característica que es la de ser directamente aplicado, como sucede en la Constitución Española y sucedía en la Constitución del Ecuador de 1998.

En el caso del Ecuador, el sistema constitucional no utiliza el nombre de *derechos fundamentales*, el texto de la Constitución vigente otorga las características analizadas a todos los derechos, a los que además les coloca en la misma jerarquía y para referirse a la protección los llama “derechos reconocidos en la Constitución” como sucede en los artículos 88 y 94, mientras que en el artículo 10 los menciona como los “derechos garantizados”:

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

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

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

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución [...]

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, [...] ⁴⁸

⁴⁷ Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en Miguel Carbonell, ed., *ibid.*, p. 211.

⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11, numeral 6.

1.1.4. Las Garantías

Los antecedentes procesales remotos se encuentra en la institución romana *homine libero exhibendo* que se visibiliza en el Hábeas Corpus de la Carta Magna de Inglaterra de 1215;⁴⁹ se complementa con la figura de los procesos forales del Reino de Aragón del siglo XIII;⁵⁰ se regula en Inglaterra en el *Habeas Corpus Act* de 1679,⁵¹ que tiene el mérito de constituir la primera manifestación reglada de un proceso constitucional; se evidencia en la sentencia del juez Marshall de 1803 que instituye el control judicial de constitucionalidad permitiendo, según Ramiro Ávila, la formación de la jurisprudencia que fortalece a las garantías;⁵² y se muestra, debido a la influencia de Hans Kelsen, en la creación del Tribunal Constitucional de Austria en 1920.⁵³

Como se ha indicado, el concepto de garantía no se lo encuentra desde los inicios de manera independiente de los derechos, así aparece del análisis histórico de los derechos humanos y se desprende también del examen de las Constituciones en el Ecuador, derechos/garantía son términos utilizados de manera indistinta, y lo que se aprecia es que la evolución de los unos y la presencia de la otra, conviviendo a través de los siglos les ha permitido impregnarse de idénticas cualidades, en especial la

⁴⁹ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 30, indica que la Carta Magna es un documento de 63 artículos que fue impuesto por los nobles al rey Juan sin Tierra en 1215 para que se les conceda ciertos derechos y libertades.

⁵⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa, 2000, p. 5 a 7. Explica que durante la Edad Media, los reyes de Aragón concedieron a los nobles o *fijosdalgos* fueros nobiliarios que eran privilegios que se extendían a los residentes de una villa o una ciudad, además se fueron incrementando otros fueros de aplicación nacional. Se realizó la compilación de los fueros, la que aumentando conforme las Cortes dictaban nuevas disposiciones, siendo de alta importancia la que se llamó Privilegio General, documento que por su importancia política se le ha comparado con la Carta Magna inglesa. Posteriormente se incorporaron nuevas leyes que incluían medios procesales para detener los abusos y excesos del rey, o sea que se crearon mecanismos para proteger los derechos fundamentales y libertades incluidos en el propio Fuero, estos mecanismos son los que se denominaron *procesos forales*.

⁵¹ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 31. Explica que es la garantía básica del Hábeas Corpus, impuesto por el Parlamento inglés al rey en 1679, para proteger la libertad física.

⁵² Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías constitucionales: restricción o fortalecimiento”, en Programa Andino de Derechos Humanos (PADH), comp., *Diálogo y Debates sobre derechos humanos*, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 223.

⁵³ Néstor Pedro Sagüés, “Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional”, en Víctor Bazán, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 22.

trascendencia y la universalidad, la calidad de medios de satisfacción de la dignidad de la persona, el atributo de ser barreras de contención frente al poder, etc., hasta que se llegan a separar y alcanzan a tener la claridad conceptual diferenciada, cuando se afirma que la garantía de los derechos, en palabras de Casamiglia “es la función más importante del sistema jurídico. El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno”,⁵⁴ por su parte, Grijalva manifiesta que lo único que permite que los derechos adquieran fuerza y coerción ante los jueces, son las garantías, pues en su ausencia, aquellos solamente quedarían en simples posibilidades: “Las garantías son tan importantes como los derechos puesto que sin aquellas, estos pese a su vigencia formal quedan en meras expectativas sin posibilidades de ejecución coercitiva ante los tribunales”.⁵⁵

Un elemento importante atribuido a las garantías es que le otorga eficacia a los derechos, por lo que es de forzosa inclusión en el reconocimiento constitucional de todos los ordenamientos modernos. En esta virtud, el resultado final que alcancen los derechos para sujetar a los actores jurídicos y políticos y para ser el núcleo de la Constitución material, estará directamente establecido por la eficacia que tengan los dispositivos procesales de tutela.⁵⁶

Después de la segunda Guerra mundial, en Europa se propicia la creación del recurso de amparo como respuesta a la violación de varios derechos constitucionales que se produjeron en Alemania, Austria y posteriormente en España, determinando la necesidad de entregar a los particulares una potestad que les permita su defensa, para

⁵⁴ Albert Casamiglia, “Ensayo sobre Dworkin”, en Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, p. 17.

⁵⁵ Agustín Grijalva, “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador”, en Dunia Martínez Molina, ed., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Rispergraf, 2011, p. 180.

⁵⁶ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales...”, *op. cit.*, p. 287.

que puedan utilizar una garantía reforzada a fin de que la declaración de la Constitución no sea “letra muerta” sino que tenga la fuerza de cumplimiento desde los poderes públicos, aparece precisamente en los sistemas constitucionales de la posguerra en Alemania, Suiza, Austria y más tarde, España.⁵⁷

La Constitución Ecuador 2008 ha sido calificada de *garantista* porque los derechos que tutela deben materializarse a través del reconocimiento y funcionamiento de las garantías, no deben ser declaraciones vacías. También es *garantista* porque en su texto incluye garantías para todos los derechos y para limitar el poder, debiendo anotarse que esta Constitución reconoce a las garantías normativas como parte de las garantías constitucionales, lo que es una innovación.⁵⁸

Esta calidad de *garantista* es reconocida por la Corte Constitucional de Transición, al decir que la acción extraordinaria de protección es la nueva garantía que

se enmarca en la vocación *garantista* y en el definitivo carácter normativo de la Constitución que impone a todas las funciones, órganos y autoridades, actuar conforme los mandatos constitucionales. No solo en nuestro país sino en todos aquellos que han convertido a la Constitución en una verdadera norma, se hace imprescindible la adopción de medidas orientadas a controlar la sujeción de toda actividad pública a los contenidos constitucionales.⁵⁹

1.1.4.1. Clases de Garantías

De acuerdo a las diferentes conceptualizaciones, existen diversas clasificaciones de garantías, en este trabajo se hace un compendio de tres autores, Ávila,⁶⁰ Peces-Barba⁶¹ y Storini,⁶² partiendo de la enumeración establecida por cada uno de ellos.

⁵⁷ Rosario Serra, *La guerra de las Cortes*, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías...*, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁹ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 013-09-SEP-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 638 de 21 de julio de 2009.

⁶⁰ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías...*, *op. cit.*, p. 153.

⁶¹ Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 502, 547.

⁶² Claudia Storini, “Las garantías constitucionales...”, *op. cit.*, p. 289.

De acuerdo a la exposición de Ávila, en primer lugar están las *garantías generales* en las que ubica a la división de poderes, el principio de legalidad, el sistema democrático y participativo y la finalidad garantista del Estado, estas garantías corresponderían a las que Storini denomina *genéricas, abstractas o normativas*, tienen como finalidad evitar que las normas secundarias que desarrollan los derechos fundamentales los despojen del contenido y la eficacia que les concede la Constitución, entre estas coloca a la reserva de ley, la garantía del contenido esencial, la eficacia normativa, la aplicación directa, garantía de políticas públicas, están orientadas a las autoridades públicas, pero las personas pueden invocarlas si favorecen a sus derechos.

En el segundo grupo analizado por Ávila están las *garantías específicas* y como subgrupos, las normativas, políticas y jurisdiccionales que corresponden a los ámbitos de poder: legislativo, ejecutivo o judicial para proteger de las actuaciones de las autoridades en cada uno de estos escenarios, podría ser una norma, un acto administrativo o una resolución judicial que viole un derecho, la creación de garantías es precisamente para proteger de eventuales actos violatorios desde el Estado o individuos con poder.

Por su parte, Storini incluye como segundo grupo a las *Garantías jurisdiccionales o procesales* denominadas así porque establecen la posibilidad de que los ciudadanos puedan acudir a los órganos judiciales para solicitar la tutela de sus derechos cuando han sido lesionados o para prevenir esa lesión, tienen implícita la reacción de la persona, o sea que prevén los mecanismos procesales para que sean utilizados ante la justicia, además indica que ciertos autores consideran que hay un tercer grupo, las llamadas *Garantías institucionales* las que se refieren a las instituciones garantizadas en la Constitución, y *dentro de ellas, las genéricas y las específicas*, son institucionales genéricas las facultades de control del Congreso o

Parlamento para limitar las acciones del gobierno y el derecho de petición; mientras que las garantías institucionales específicas son por ejemplo la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública.

La garantía institucional es, como dice Häberle, una norma constitucional que contiene el aseguramiento de los derechos fundamentales porque se teme la presencia de peligros, de manera concreta, provenientes del legislador. Esta se relaciona con la sustancia inviolable de cada derecho por separado.⁶³

En el caso concreto de la Constitución del Ecuador, las garantías genéricas abarcan la garantía de reserva de ley y la garantía de contenido esencial. En el primer punto, la letra constitucional no distingue, como dice Storini, entre los efectos de la ley orgánica y de la ley ordinaria, provocando lo que denomina “un error del constituyente”, conforme el texto de los artículos 132.1 y 133.2, que dicen para la ley ordinaria “Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” y para las leyes orgánicas que “regulan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. En cuanto a la garantía del contenido esencial, para la autora no es invocada expresamente en el texto pero se debe considerar que se encuentra *implícita* en el artículo 11.4., cuando dispone: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”, con lo que aparece que el objeto de la protección es dejar incólume el contenido del derecho. Aclara además “que la reserva de ley orgánica no implica que las demás normas jurídicas no puedan incidir en los derechos fundamentales”.⁶⁴ Además están en este grupo la división de poderes, el sistema democrático, la finalidad garantista del Estado, la eficacia normativa, la garantía de políticas públicas.

⁶³ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, p. 221, 222.

⁶⁴ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales...”, *op. cit.*, p. 292.

Para complementar la clasificación de las garantías, se toma del sistema establecido por Peces-Barba las Garantías Internacionales en las que incluye las Garantías Universales y las Garantías Regionales, tema que enfrenta dos obstáculos: la soberanía nacional y la visión del individuo en el Derecho Internacional, junto a lo que se debe tomar en cuenta la falta de órganos jurisdiccionales que conozcan los hechos y apliquen las sanciones a nivel extranacional. La realidad es que los gobiernos no aceptan fácilmente una autoridad judicial supranacional y menos aún para el establecimiento de garantías, con las que se encargará de atender y proteger a sus ciudadanos y resolver sus pretensiones.⁶⁵ Las garantías en el ámbito internacional se tratan en el siguiente numeral.

1.2. LOS ELEMENTOS EXTERNOS QUE HACEN EL CONTEXTO DE LA AEP

Los conceptos de supremacía, garantismo y justicia son pilares en los que descansa la construcción constitucional, cuya relevancia proviene de diferentes épocas y estudios, que demuestran de modo incontrovertible que son elementos vinculados que se sustentan recíprocamente, por lo que su revisión resulta necesaria para establecer el contexto externo en el que se desarrolla la AEP.

1.2.1. La supremacía constitucional

Los orígenes de la supremacía constitucional, según Carpizzo se encuentran en la existencia de normas con jerarquía superior, desde los tiempos antiguos en las *nomoi* y *pséphismata* de Atenas, la *heureuse impuissance* del Antiguo Régimen. La noción de supremacía como la conocemos hoy, es propia del constitucionalismo que se inicia con las normas de las colonias inglesas de América y sus estados independizados y de la

⁶⁵ Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 547.

Declaración de Francia de 1789. Los escritos de Hamilton en *El Federalista* traslucen el espíritu de defensa de la supremacía constitucional y de la *judicial review*:⁶⁶

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una Ley Fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última, de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.⁶⁷

El criterio expuesto por Hamilton es ampliado y brillantemente sustentado por el juez Marshall en la sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, en 1802, en la que sería la pieza procesal de mayor sustento para la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad y la actividad judicial de trascendencia,⁶⁸ como lo afirma Cappelletti, la lógica de la doctrina expuesta por el presidente del Tribunal Supremo, *es tan lógica como simple* cuando manifiesta “es decir, que si la Constitución ha de ser la ley superior, los jueces deben estar obligados a aplicarla por encima de la ley ordinaria que la contradiga”.⁶⁹

Para Prieto Sanchís, la Constitución norteamericana es como una regla que establece los mínimos para que sus ciudadanos participen democráticamente en la toma

⁶⁶ Jorge Carpizzo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 20.

⁶⁷ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 332, citado por Jorge Carpizzo, *ibid.*, p. 21.

⁶⁸ Jorge Carpizzo, *ibid.*, p. 21.

⁶⁹ Mauro Cappelletti, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 245.

de decisiones políticas, que aporta al principio de la supremacía constitucional y su consiguiente garantía jurisdiccional, garantía que se entregó al que se consideró el más neutro de los poderes, el que no interviene en el debate político: el judicial.⁷⁰

La aseveración de Prieto Sanchís acerca de la supremacía constitucional, permite observar que efectivamente, las sentencias de los jueces se constituyen en el antecedente que obliga a los poderes constituidos, funcionarios, agentes políticos y particulares, al respeto de su texto, al sometimiento de los deberes, al cumplimiento de sus disposiciones, porque esta temprana institucionalización de la supremacía, franquea el camino para la exigibilidad de las garantías jurisdiccionales, y es evidente que allí se encuentra la razón de la vigorosa posición del sistema norteamericano, porque desde la sentencia del juez Marshall en 1803,⁷¹ los fallos judiciales han sido fuente de derecho y tienen obligatoriedad de cumplimiento, por lo que en la actualidad han llegado a ser el origen de políticas de impacto general, entre las que se destacan los casos referidos a los derechos fundamentales y sus garantías: la igualdad racial, el debido proceso penal y el aborto.⁷²

⁷⁰ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit.*, p. 124, 125.

⁷¹ Esta fortaleza para la actividad judicial del sistema norteamericano se origina en 1803, cuando el Presidente de la Suprema Corte, John Marshall, expide una sentencia en la que declara que la sección 13 de la Ley Judicial de 1787 era inconstitucional porque le daba jurisdicción original a la Corte Suprema, facultad que no constaba en el artículo III de la Constitución, siendo lo realmente decisivo de la resolución que establece la potestad de la Corte Suprema para revisar los actos del Congreso y determinar su constitucionalidad, es la “*Judicial Review*”. Años más tarde la Corte reclamó también la facultad de efectuar la revisión judicial de las leyes estatales.

⁷² *Semblanza del sistema jurídico de Estados Unidos, op. cit.*, p. 168 a 176. La sentencia de la Suprema Corte en el caso *Brown vs. Junta de Educación* dio el impulso inicial a la campaña en favor de la igualdad racial en el país, la que dio sus frutos diez años más tarde con la promulgación de la Ley de Derechos Civiles en 1964 y posteriormente alcanzó la integración de las escuelas segregadas.- En el derecho al debido proceso penal, son determinantes los fallos de la Corte Suprema bajo la presidencia del juez Earl Warren (1953-69): *Mapp vs. Ohio* (ampliación a nivel nacional del criterio para excluir de los procesos las pruebas obtenidas por la policía de manera ilegal), *Gideon vs. Wainwright* (proveer de la defensa de un abogado a los acusados indigentes) y *Miranda vs. Arizona* (obligación de la policía de advertir a un detenido bajo custodia de sus derechos constitucionales).- Sobre el aborto, se remite al caso *Roe vs. Wade* (1973) en el que la Corte Suprema resolvió que una mujer tiene el derecho absoluto al aborto en el primer trimestre; que en el segundo, un Estado puede regular el procedimiento para el aborto con el objeto de proteger la salud de la madre; y, que para un aborto en el tercer trimestre, el Estado puede reglamentar el aborto o prohibirlo, fallo que causó muchas confrontaciones y hasta es objeto de utilización en las plataformas políticas.

García de Enterría también reconoce que fue la creación norteamericana la que atribuyó a la Constitución el valor normativo superior y reconoció la idea de un Derecho fundamental (*higher law*) que está en concordancia con la concepción de que el derecho reconocido en la Constitución es superior al Derecho positivo, teoría que sería utilizada por los colonos en sus argumentaciones contra la Corona inglesa porque desconoce sus derechos personales y colectivos, como en el caso de medidas fiscales impuestas contra los colonos, o el de juzgamiento a los irlandeses o colonos en Inglaterra, porque son contrarias a la Ley Fundamental y que por lo tanto, la ley que así autorizaba era una ley inconstitucional del Parlamento, aspectos que constituyen garantías para defender sus derechos individuales y comunitarios, a partir de la supremacía de la Constitución, que tenía la fuerza suficiente para proscribir del ordenamiento a la ley (del Parlamento) si es que contrariaba sus disposiciones, lo que a la vez deviene en el control de constitucionalidad asumido por el constitucionalismo norteamericano desde 1803.⁷³

Por su parte, el constitucionalismo europeo tenía la característica de la dependencia de la ley, como dice Carbonell, el “gran olvido” de la declaración de 1789, es no haber incluido la garantía jurisdiccional que dio como resultado la ausencia de la supremacía de la constitución frente al legislador, pero aclara que tal omisión no se dio ni por olvido ni por descuido, sino que fue la consecuencia del rechazo a los órganos del antiguo régimen (los jueces), con lo que no tuvieron a quién o a dónde acudir ante la violación de los derechos constitucionales por el legislador, problema insoluto hasta el alumbramiento de las teorías kelsenianas en 1920, cuando ya Norteamérica tenía más de cien años de ejercicio de control constitucional desde los jueces.⁷⁴

⁷³ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 50, 51.

⁷⁴ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, op. cit., p. 204.

Este aspecto del sistema europeo fue analizada ciento veinte años más tarde por el jurista vienés Hans Kelsen, quien dedicó innumerables estudios a la Teoría pura del Derecho, la política, el Estado, la democracia, y en el tema concreto de la supremacía, inicia y fundamenta la necesidad de proteger a la Constitución de posibles violaciones, sean por contradecir su contenido o por falta de cumplimiento de los derechos reconocidos en su texto. En su documento “Quién debe ser el defensor de la Constitución?” determina que esta defensa es una garantía de la Constitución, dice:

La función política de la Constitución es poner límites jurídicos al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder... Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: *nadie puede ser juez de su propia causa*.⁷⁵

La explicación que Kelsen encuentra para que los doctrinarios constitucionales del siglo XIX hayan otorgado la defensa de la Constitución al mismo monarca, es que se pretendía otorgarle una recompensa por la pérdida del poder como jefe de Estado, debido al paso de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional. Su criterio era de que no se designe como el defensor ni al ejecutivo ni al legislativo, por lo que, bajo su influencia se convirtió, en 1921, al antiguo Tribunal Imperial de Austria en el Tribunal Constitucional,⁷⁶ sin embargo de lo cual, Kelsen admitía “el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional –pero no porque se trate de un tribunal su función no sería jurisdiccional”. Lo evidente es que a partir de Kelsen, el

⁷⁵ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Berlín, 1931)*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 5. En este texto Kelsen responde a los planteamientos de Carl Schmitt que defendían la facultad del Presidente del Reich para ejercer la defensa de la Constitución, a partir de los “poderes especiales” que le otorgaba el artículo 48 de la Constitución de Weimar, mientras que el creador de la teoría pura del Derecho mantenía que el resguardo de la Constitución debía otorgarse a un órgano independiente para preservar la existencia del Estado democrático.

⁷⁶ Guillermo Glasió, Estudio Preliminar, en Hans Kelsen, *ibid.*, p. XV.

sistema europeo prestó una especial pero diferente atención a la presencia de la Constitución en el primer lugar jerárquico del ordenamiento.

Dieter Grimm compara los procesos de Francia y Norteamérica, en su análisis determina el adelanto del modelo americano en la constitucionalización, su documento de independencia sin duda podía ser consultado por los asambleístas franceses, sin que esto implique ni copia ni traslado de lo sucedido en América, pues las diferencias se encontraban en las metas fijadas: a Francia le interesaba el cambio social, pero este solo podía provenir de la reestructura del poder político, como efectivamente sucedió y permitió la declaratoria de los derechos del hombre y del ciudadano; las colonias americanas por su parte sufrían la presión del parlamento inglés como amenaza a los derechos fundamentales por lo que les situaron “por encima incluso de aquel, constituyéndose así como derechos fundamentales y dándose de este modo el paso hacia la constitución en sentido moderno”.⁷⁷

Dentro del tema de la supremacía, es necesario enfocar el análisis a la normatividad de la Constitución, como anota García de Enterría, son conceptos que prevalecen con la autoridad de estar expresadas en la Constitución, como sucede en el caso de España, la supremacía da lugar a la sujeción de su letra por parte de todos los ciudadanos, (la normatividad) cita de modo concreto al artículo 9.1 “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, que se relaciona al artículo 1 cuando se refiere a los “valores superiores de su ordenamiento jurídico” y entendiendo que cuando dice a los poderes públicos se incluye a todos, no solamente al Legislativo, es decir que también están dentro de la norma los jueces y tribunales de modo general, no únicamente al “Tribunal Constitucional”.⁷⁸

⁷⁷ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 61, 62.

⁷⁸ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 63, 64, 95, 96, 129, 130.

Sobre la normatividad de la Constitución ecuatoriana, Escudero afirma que se fundamenta en la supremacía, de donde se genera su judicialización, lo que es contrario al principio de legalidad, el que tuvo la deficiencia de no controlar a los poderes públicos. Esta posición de sustento del sistema constitucional determina la proscripción del juez legalista y el retorno al derecho dúctil que en cambio, necesita de la creatividad del juzgador,⁷⁹ el texto del artículo 11.3 es expresamente mandatorio para que todos los funcionarios públicos, administrativos o judiciales apliquen de manera directa e inmediata, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

En este análisis de la supremacía constitucional, Cappelletti se refiere a la gran diferencia que existe en los sistemas de justicia constitucional que adoptan los países, si es que se trata de los países europeos o si son de los países del *common law*, pues mientras se aprecia la creación de los tribunales constitucionales en un numeroso grupo de países europeos, con “la misión de controlar la conformidad con la Constitución de las leyes y en ocasiones, la de los actos y decisiones sin valor de ley emanados también de órganos públicos”⁸⁰ en los países de la otra gran familia jurídica, del *common law*, el sistema se crea y se mantiene con profundas diferencias que dan lugar al control “descentralizado” o “difuso”, o sea confiado a todos los jueces y tribunales. Hace la puntualización de que en los países del *common law*, se encuentra la institución del *stare decisis*, por la que se establece la obligatoriedad para todos los tribunales, o al menos los inferiores, de seguir el criterio del superior que declara la inconstitucionalidad de una ley, pues aun cuando esa declaración se produzca dentro de un proceso *inter partes*, por efecto del *stare decisis*, la declaratoria adquiere, en la

⁷⁹ Jhoel Escudero, “Transformación y resistencia al cambio del Derecho constitucional: el caso ecuatoriano”, en R. Gargarella, C. Storini y otros, *Perspectivas constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 7.

⁸⁰ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 309.

práctica, efectos *erga omnes*, consecuencia de carácter general y obligatoria que efectivamente se produce al establecer la vinculación de los jueces inferiores a los fallos del superior.⁸¹ Es así que el *stare decisis* impone, en el sistema anglosajón, la obligación a los jueces inferiores de someterse a la jurisprudencia emanada del órgano constitucional, a partir del principio de la supremacía constitucional.

En el caso español, Aragón otorga al amparo el atributo de lograr el sometimiento de los juzgadores a las resoluciones del órgano de control: “El recurso de amparo es el único modo de asegurar el sometimiento de los jueces y tribunales ordinarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”,⁸² conclusión a la que llega a partir del razonamiento de que, si una sentencia de la jurisdicción ordinaria no guarda coherencia con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que es el derecho de acceder a un proceso y obtener una sentencia conforme al *Derecho válido*, tal como lo dispone el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y si de hecho, expide sentencia interpretando una norma en sentido contrario, las partes procesales tienen el derecho de ejercer la acción de amparo por violación del artículo 24.1 de la Constitución española.⁸³

En el caso del Ecuador, la Constitución incluye las disposiciones que consagran la obligatoriedad de los jueces de primer y segundo niveles de acoger en sus sentencias los pronunciamientos de la Corte Nacional de Justicia para los temas de conocimiento a través de la *jurisprudencia obligatoria*; y, los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia de su intervención, con la *jurisprudencia vinculante*:

⁸¹ *Ibid.*, p. 311.

⁸² Manuel Aragón Reyes, “25 años de justicia constitucional en España”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, México, Porrúa, 2004, p. 18.

⁸³ Artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, norma alojada en www.noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.tp.html, consultado el 5 de diciembre de 2011.

Art. 185.- Las sentencia emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La juez o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente.

[...]

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiere la ley, las siguientes atribuciones:

[...]

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.[...] ⁸⁴

Se debe observar que el procedimiento que establece la Constitución 2008 para crear la jurisprudencia obligatoria es un sistema poco flexible porque exige la intervención de la Corte en pleno, se advierte que es una contradicción con el principio del pluralismo jurídico. Según Montaña Pinto se impone este principio para superar las nociones de exclusión histórica de los jueces de la facultad normativa, otrora consagrada exclusivamente al poder legislativo, pero que se ha impuesto ante las actuales circunstancias de apertura de la normativa hacia múltiples actores de la vida social y por la demostración de insuficiencia del legislador y de la ley para solucionar la necesidad normativa de la sociedad. ⁸⁵

De lo examinado se concluye que en el Estado Constitucional de derechos, el principio del *stare decisis* se visibiliza en la doctrina de la supremacía constitucional, de

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículos 185 y 436.

⁸⁵ Juan Montaña Pinto, "La interpretación constitucional: variaciones de un tema inconcluso", en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2010, p. 728.

la jurisprudencia obligatoria, de la jurisprudencia vinculante y del respeto a los derechos fundamentales, el mencionado principio se caracteriza porque se ha impuesto al paso del tiempo, pues habiendo sido instituido originariamente hace más de doscientos años como parte del sistema constitucional norteamericano, ha sobrevivido adoptando nuevos ropajes jurídicos y distintas denominaciones, en los diferentes sistemas constitucionales, obteniendo similares resultados: la seguridad en la observancia de la supremacía constitucional, el sometimiento al orden constituido vigente y la garantía de efectividad de los derechos constitucionales, aspecto este último que es el objeto de interés de esta investigación.

1.2.2. El Garantismo

Para analizar este tema, se incluyen dos aspectos, el primero se refiere al garantismo como teoría, en el que se examinan los antecedentes y la doctrina desarrollada por Luigi Ferrajoli, sus seguidores y sus antagónicos; el segundo hace mención del rol que desempeña el garantismo en el cumplimiento de la función jurisdiccional.

1.2.2.1. Antecedentes

Los antecedentes del *garantismo* se encuentran, según Ibáñez, en el libro de Guido de Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, publicado por primera vez en 1925, para protestar en contra del fascismo de Mussolini, en el texto enunciado llama la atención la frase *cosi detto garantismo* término este último que corresponde a “la concepción de las garantías de la libertad, en lugar de las formales y a menudo ineficaces enunciados de su ideológica esencia”, a la que se la relaciona con “la libertad política concebida como libertad del individuo en relación con el Estado y frente al Estado”, y aunque no se conocen otros detalles que permitan suponer otros usos del término *garantismo*, la expresión de Ruggiero *cosi detto* (así conocido como) implica que ya era conocido y utilizado, debiendo tenerse en cuenta que en la época de la

referencia, se trataba de los derechos de libertad, los de primera generación, a los que se les quería dotar de efectividad.⁸⁶

Se puede apreciar que existe una imbricación garantía-supremacía-derechos, porque en la noción de garantía está comprendida la relación con el principio de la supremacía, cuya esencia es el sometimiento al texto constitucional; es que la construcción garantista, exige como premisa fundamental precisamente el respeto de los derechos que se incluyen en los preceptos de la Carta Magna. Es decir, que la implantación y consiguiente implementación de esta garantía son expresiones del proclamado respeto a la Constitución, porque es innegable que la supremacía de la Constitución es la base para la tutela de los derechos fundamentales respaldados por la garantía, pero a la vez, el ejercicio procesal de la garantía genera como resultado que perviva la supremacía.

1.2.2.2. El garantismo según Luigi Ferrajoli

Para el estudio de una garantía jurisdiccional en la contemporaneidad aparece necesaria la revisión de la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, compartida por otros juristas,⁸⁷ a partir de la trascendencia que sus tesis les otorgan a los derechos (como sustento de la democracia y del papel del juez) y la afirmación de que la presencia de las garantías en el ordenamiento de un país es indispensable, estableciendo que de

⁸⁶ Perfecto Andrés Ibáñez, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 59.

⁸⁷ Esta referencia a los estudios de Ferrajoli, son el reconocimiento a su aporte de alto valor investigativo, pero se aclara que esto no implica la creencia de que la suya es una obra originaria, porque aunque le corresponde la profundidad en el desarrollo de la teoría, se debe reconocer a otros célebres autores que le precedieron en la siempre inacabada tarea de investigar. Véase Mauro Cappelletti, *La Justicia constitucional (Estudios de Derecho comparado)*, 1987; Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, 2004; Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, 2003; Eduardo Ferrer Mc-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, 2000; Gregorio Peces-Barba, *La Constitución y sus derechos*, 2006.- En el Ecuador: Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 2008; Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, 2011; Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador...*, 2009; Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, 2009.

producirse su falta, debe ser superada de manera rápida, a través de su creación, sin que en cambio, esa carencia constituya un óbice para la existencia de los derechos; su muy alta creatividad jurídico-política consta en su libro *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal* (1989),⁸⁸ y en otros textos que han nacido de las respuestas que ha dado a los cuestionamientos o apoyos a sus tesis, rebatidas o sustentadas por otros autores de similar raigambre constitucionalista, penal o filosófica, tal como sucede con la obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*,⁸⁹ lo que a su vez ha suscitado otras respuestas que han enriquecido las teorías iniciales, y que precisamente son revisados en esta investigación, por ejemplo de María Iglesia Vila, Marina Gascón, Perfecto Andrés Ibáñez, Luis Prieto Sanchís, Andrea Greppi.⁹⁰

El *garantismo*, tal como lo concibe Ferrajoli, implica la separación entre los derechos y sus garantías, tanto legales como jurisdiccionales. Estas constituyen unidades independientes de modo que los derechos pueden subsistir sin las garantías, ratificando que la carencia de estas últimas, se debe solucionar de manera inmediata con su creación. Además, este *garantismo* implica la necesidad de adoptar la posición contraria a un potencial abuso en contra de los derechos, es la defensa a través de la implementación de un sistema oponible al poder, sin que se le deba confundir con un simple legalismo porque puede darse una coexistencia de los jueces con políticas autoritarias y dictatoriales, se aclara que es la posición contraria al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho.⁹¹

⁸⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2004, citado en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., “Presentación”, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 11.

⁸⁹ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, citado en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 11.

⁹⁰ Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *ibid.*

⁹¹ Marina Gascón Abellán, “La teoría general del Garantismo”, en Carbonell y Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. cit., p. 21, 22.

Para Prieto Sanchís, el garantismo es una de las mejores versiones del constitucionalismo, se constituye en una filosofía política que tiene la virtud de poner a las instituciones como “artificio instrumental al servicio de los derechos”.⁹²

Para el interés de la investigación, se destacan dos puntos en la concepción garantista de Ferrajoli: i) El papel normativo que debe tener la ciencia jurídica; y, ii) El vínculo constitucionalismo-democracia; en la primera parte, se afirma que esta ciencia no es solamente descriptiva sino que, teniendo en cuenta la calidad de *rígida* que tiene la Constitución, los juristas deben escudriñar en su texto para determinar las antinomias y las lagunas existentes, poniéndolas de manifiesto en lo que sería su contribución en la formación de leyes, dando lugar a lo que denomina una *meta-garantía* para corregir aquellas que son ineficaces, inefectivas o inoperantes;⁹³ para la segunda parte, Marina Gascón opina que se produce la apertura de la ciencia jurídica a la ciencia de la legislación, sea constitucional u ordinaria, por lo que el derecho se constituye en la ciencia de la legislación, de la administración, de la jurisdicción; tanto más que la democracia sustancial (que es la manifestación de la democracia que se asimila al garantismo) se sustenta en la idea de una justicia que evoluciona para agregar nuevos derechos, ahí está la democracia social que tiene el objetivo de incrementar a la par, los derechos y las técnicas procesales para asegurar su efectividad (o sea las garantías).⁹⁴

La democracia en la Constitución, es analizada en profundidad por Luigi Ferrajoli, la relaciona con los derechos y las garantías, posiciones político jurídicas que son comentadas o refutadas por varios teóricos entre los que se encuentra Andrea Greppi,⁹⁵ quien pone de relieve la concepción de Ferrajoli de que más que un método, la

⁹² Luis Prieto Sanchís, “Constitucionalismo y garantismo”, en Carbonell y Salazar, eds., *ibid.*, p. 53.

⁹³ Miguel Carbonell y Pedro Salazar, “Presentación”, en Carbonell y Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.*, p. 12, 13.

⁹⁴ Marina Gascón Abellán, “La teoría general del Garantismo”, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁵ Andrea Greppi, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en Carbonell y Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.*, p. 343, 344.

democracia es un valor. De modo concreto se refiere a la aseveración del autor de que el ideal democrático se cumple cuando se ha cuidado no solo la forma de las decisiones, sino también los contenidos que deben sujetarse a lo dispuesto en las leyes, cuando todos los poderes actúan para hacer posible la existencia de las garantías de los derechos fundamentales, lo que se da en el Estado constitucional de derecho:

[...] en el plano formal por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder político –legislativo, judicial y administrativo– está subordinado a leyes generales y abstractas que disciplinan sus formas de ejercicio [...] y en el plano sustancial por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos [...] La primera de estas dos condiciones representan la fuente de legitimación formal del poder; la segunda, su fuente de legitimación sustancial.⁹⁶

De manera que, en el Estado Constitucional de Derecho descrito por Ferrajoli, la legitimación de la democracia además de las formalidades, tiene que observar la nueva legitimidad sustancial que proviene de la estructura del poder orientada a la implementación de las garantías de los derechos fundamentales. Para mayor explicación, determina que las reglas formales sirven para contestar el *quién* y el *cómo* de las decisiones, mientras que las reglas sustantivas son las que permiten establecer el *qué* se debe o no se debe decidir.⁹⁷

Sobre el papel de los jueces, la concepción garantista del derecho incluye en su esquema la exigencia para el juez de constituir una garantía de los derechos contra los abusos y de que no se puede pensar en que el mismo juez cometa arbitrariedades en contra de aquellos, para analizar este aserto de Ferrajoli, Marina Gascón encuentra que al concebir al poder jurisdiccional como garantía, se reproducen las teorías de

⁹⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Ibáñez, M. Ruiz, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995 (6a. ed. 2004). Citado por Andrea Greppi, “Democracia como valor, como ideal y como método”, *op. cit.*, p. 345.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 345.

Montesquieu y Beccaria que lo colocaron como barrera frente al ejecutivo, guardando su posición de ser “en cierto modo neutro”, por lo que, aunque se acepte que siempre queda un mínimo margen irreprimible, la forma de asegurar esta neutralidad es a través de la tarea del legislativo que debe asegurar un lenguaje riguroso y factual, es decir debe sujetarse a la *legalidad estricta*, lo paradójico de esta posición decisional limitante para el juez, es que en cambio, en el diseño garantista se otorga al juez la facultad de decidir la expulsión de una ley del ordenamiento, en una verdadera superación del principio de legalidad, a lo que puede llegar basándose en los conceptos de vigencia y validez, que se explican porque el juez puede aplicar válidamente una ley vigente pero no tiene la obligación jurídica de aplicar una ley inválida. En definitiva, en el estado garantista se otorga al juez la facultad “valorativa” para decidir la censura de la ley mientras desaparece la que antes tenía el legislador debido a la limitación que le marcan los bienes y valores constitucionales.⁹⁸

1.2.2.3. *El garantismo en la actividad jurisdiccional*

El garantismo tiene una verdadera incidencia en las actividades de los jueces, al decir de Montero Aroca, en el Estado democrático, el juez tiene una función que no puede dejar de ser política, tiene sus convicciones y por tanto sus actos van a responder a una orientación concordante con la clase de Estado al que pertenece y que es el que define qué poderes tiene en el proceso.⁹⁹ Se debe recordar que en los inicios, los seres humanos enfrentaban sus conflictos desde una posición de fuerza, prevalece la *razón de la fuerza*, hasta que los débiles alcanzan a ser escuchados y se impone *la fuerza de la razón*, los argumentos se exponen ante un tercero que debe actuar en posición de autoridad y de dirección, siendo lo importante que por no ser parte de ese proceso puede

⁹⁸ Marina Gascón Abellán, “La teoría general del Garantismo”, *op. cit.*, p. 28, 29, 30.

⁹⁹ Juan Montero Aroca, “Libertad y autoritarismo en la prueba”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *Confirmación procesal*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 198.

garantizar imparcialidad e independencia para los dos contendores, con lo cual *se hace iguales a los desiguales*.¹⁰⁰

En el siglo XIX, cuando imperaba la concepción liberal de la economía, la libertad de empresa en un mercado libre y el derecho de propiedad, el proceso se asentaba en el principio de oportunidad porque prevalecía la voluntad de la persona para iniciar o no el proceso, si quería la tutela para su derecho y la garantía de un juez tercero e imparcial, aquí se encuentra el inicio del principio dispositivo, solo el actor podía determinar la pretensión en el proceso y solo el demandado podía ampliar el objeto del debate o sea la resistencia.¹⁰¹ Sobre el principio dispositivo también trata Alvarado Velloso.¹⁰² El siglo XX se caracteriza por la idea opuesta: la publicización y el proceso social, que se presentan con diferentes matices, pero que muestra el denominador común del incremento de los poderes del Estado, o de una cierta base autoritaria que pretende olvidar la garantía del juez tercero y del juez imparcial.¹⁰³

Los grandes sistemas procesales: inquisitivo y dispositivo (acusatorio en lo penal) reflejan la orientación de cada época: según sea que se amplían los poderes del estado a través de los jueces, o, si es que se protege la libertad de los ciudadanos incrementando la base de las garantías individuales. Cuando se da mayor poder a los jueces, se está disponiendo dos atribuciones:

- a. Permitirles, desde el texto de la ley que dispongan pruebas dentro del proceso, como son las “medidas para mejor proveer” y,

¹⁰⁰ Adolfo Alvarado Velloso, “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *ibid.*, p. 1-3.

¹⁰¹ Juan Montero Aroca, “Libertad y autoritarismo en la prueba”, *op. cit.*, p. 199, 200.

¹⁰² Adolfo Alvarado Velloso, “Los sistemas procesales”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli, dirs., *El debido proceso*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 49, 50. El autor trata del principio dispositivo, por el cual las partes podían disponer libremente no solo del derecho en discusión sino también del método para discutir, a este sistema de libre disposición del método de debate se le denomina: dispositivo en lo civil y acusatorio en lo penal.

¹⁰³ Juan Montero Aroca, “Libertad y autoritarismo en la prueba”, *op. cit.*, p. 202, 210.

- b. Que en los fallos los jueces admitan medios probatorios opuestos a la dignidad humana como son las confesiones efectuadas en dependencias policiales, admitir pruebas que tienen origen en actuaciones fiscales como son allanamientos o secuestros de cosas sin que haya orden de juez competente.¹⁰⁴

Los autores Alvarado Velloso y Zorzoli enfocan el tema desde la opinión pública para apuntar que existe falta de credibilidad en el sistema judicial, y concretamente en los jueces, lo que es recogido por la prensa que destaca que no se cumplen los principios de celeridad, seguridad, igualdad, etc. indicando que esta realidad, es la consecuencia del decisionismo judicial, (nombre otorgado por la sociología tribunalicia) que ha hecho ingobernable al país porque se han judicializado temas que constitucionalmente no les corresponde decidir a los jueces. Ante los problemas que se generan, intervienen los actores políticos en el órgano legislativo que pretenden encontrar la solución jurídica expidiendo reformas a las leyes, embrollando más el panorama, y aún más trayendo soluciones extrañas al sistema.¹⁰⁵

Un criterio sobre el estado del garantismo en el Ecuador proviene de García Falconí, para quien la consecuencia del proceso de cambio que vive el país, es el acceso a la justicia, pero no a la justicia rogada sino al camino para alcanzar una justicia de calidad, pues como consecuencia del cambio existe el activismo judicial contemplado en el artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo objetivo básico es la expedición de una sentencia justa y pronta. Todo esto dice, a partir del cambio paradigmático de la justicia que persigue la protección de los derechos del ser humano.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Robert Marcial González, “Sistemas de enjuiciamiento republicano”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *Confirmación procesal*, op. cit., p. 144, 145.

¹⁰⁵ Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, “Presentación”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *El debido proceso*, op. cit., p. VII.

¹⁰⁶ José García Falconí, *Monografía Jurídica. Funciones del juez en el nuevo ordenamiento jurídico del Ecuador*, Riobamba, Indugraf, 2013, p. 28, 29.

Para la investigadora, el estado que se vive en el país es de un garantismo atrofiado, porque si bien, como dice Claudia Storini la Constitución amplía y fortalece las garantías de los derechos,¹⁰⁷ también otorga más poderes a los jueces o sea al Estado,¹⁰⁸ lo que se repite en las disposiciones legales,¹⁰⁹ es decir que estamos frente al activismo de los jueces; es así que lo que se conoce en la realidad diaria es que cada vez con mayor frecuencia, se desobedecen los mandatos constitucionales por parte de las autoridades públicas y se incumple el debido proceso en los estamentos de la administración de justicia.¹¹⁰ De la misma manera, en el acontecer diario del país se observa que se judicializan asuntos de índole pública que de acuerdo a los mandatos constitucionales no deben ser resueltos por los jueces, presentándose de hecho lo que se conoce como el decisionismo judicial, que además determina una mayor complicación en la ya enmarañada cantidad de leyes porque los actores políticos pretenden encontrar la solución a través de la legislatura que expide más leyes, sin comprender que no es cuestión de crear más normas sino de cumplir las que ya existen.

1.2.3. La justicia constitucional

Para tratar este tema es necesario hacer una comparación entre las cortes supremas y los tribunales constitucionales, teniendo en cuenta que son como líneas que corren por andariveles paralelos que no llegan a juntarse, son semejantes pero diferentes, pues a las primeras les corresponde el control de la actuación de los jueces

¹⁰⁷ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales...”, *op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador 2008, artículo 86.3 “*en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas*”.

¹⁰⁹ Ley Orgánica de la Función Judicial, artículo 20, se refiere al Principio de celeridad para disponer que las juezas y los jueces “están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en los que la ley disponga lo contrario”.

¹¹⁰ Véase: Andrés Páez Benalcázar, *La metida de la mano en la justicia*, 2013; Osvaldo Hurtado Larrea, *Las dictaduras del siglo XXI*, 2013; Jorge Zavala Egas, *La quiebra del estado constitucional*, 2013.

en relación a la ley, mientras que los segundos “surgieron para la tutela de derechos fundamentales y del derecho objetivo en el marco constitucional”.¹¹¹

Para Cappelletti, es en los países europeos de la segunda posguerra donde se afianzan los sistemas de justicia constitucional para lo que se crean órganos encargados de controlar la conformidad a la letra constitucional de las leyes y otros actos sin valor de ley, a los que generalmente se denomina Tribunales Constitucionales, como sucedió en Austria (1920), Italia (1948), Alemania (1949), Portugal (1976), España (1978);¹¹² la implantación de esta justicia constitucional se presentó como una necesidad proveniente del desmesurado crecimiento del legislativo y del ejecutivo, lo que provocó inclusive que el primero de ellos se vea forzado a ceder parte de sus atribuciones al segundo, como se advierte con la potestad reglamentaria.¹¹³ Esta innegable realidad del crecimiento del legislativo y del Ejecutivo y la necesidad de evitar un posible desequilibrio de poderes, condujeron a la búsqueda de otras soluciones, propugnando que en las Cartas constitucionales se adicione un contenido sustancial y axiológico y una amplia gama de derechos y libertades, para que se levanten como límite del poder político, priorizando su tutela a través de las garantías.¹¹⁴

La solución que establece Cappelletti es no temerle al “legislador mastodonte ni al administrador leviatán”, indicando que al judicial le correspondería o permanecer en sus límites tradicionales, o, convertirse en el “tercer gigante”, evento este último en el que deberá asumir, además de la solución de los conflictos entre particulares, la función de control de las ramas políticas, advirtiendo que el crecimiento del tercer sector

¹¹¹ Sebastián López Hidalgo, “La acción extraordinaria de protección”, en R. Gargarella, C. Storini y otros, *Perspectivas constitucionales*, *op. cit.*, p. 1.

¹¹² Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 309, 310.

¹¹³ *Ibid.*, p. 314.

¹¹⁴ Rosario Tur Ausina, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 86-89.

implica un notable crecimiento del *poder creador judicial*; pero también manifiesta que se puede aspirar a limitar esa evolución a través de *los controles adecuados*.¹¹⁵

Por otra parte están, como se manifestó en el Capítulo 1, los instrumentos internacionales de derechos humanos que han propiciado su expansión a nivel interno, cuando se convirtieron en vínculos obligatorios para los Estados, mientras que la protección de los derechos fue entregada a los jueces, quienes están obligados a actuar en virtud del derecho a la tutela efectiva que es parte de la respuesta que el ciudadano busca cuando acude al órgano jurisdiccional por considerar que sus derechos han sido lesionados y requiere obtener el servicio público de la administración de justicia,¹¹⁶ además de que, tratándose de los derechos fundamentales o constitucionales, en virtud de su trascendencia, se establece la justicia constitucional como la respuesta al escepticismo sobre la capacidad de los poderes tradicionales para asegurar el respeto de esos derechos.¹¹⁷

De manera que los derechos han dejado de ser meras declaraciones para convertirse en instrumentos de efectiva aplicación, lo que ha sido confiada a un órgano independiente del poder político, es decir, al tribunal constitucional, que al declarar los derechos realiza una función creadora del derecho, como lo dice Cappelletti:

[...] que la justicia constitucional, en particular bajo su forma de protección de los derechos fundamentales, es uno de los aspectos, quizá el principal, del crecimiento de la función creadora de los jueces o de ciertos jueces en el mundo occidental

¹¹⁵ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 316, 318.

¹¹⁶ 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, comp., *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Abya-Yala, 2010, p. 13.

¹¹⁷ Claudia Escobar García, “El impacto de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 17.

contemporáneo. Gracias a ese control de la constitucionalidad de las leyes, el juez constitucional participa inevitablemente en la elaboración misma del derecho.¹¹⁸

Los estudios realizados por Cappelletti, que han sido examinados, tienen como punto central a la justicia constitucional, fueron realizados en 1955 como una monografía, que se tradujo al castellano y fue publicada por la Universidad Autónoma de México en 1961, bajo el título *Jurisdicción constitucional de la libertad*, cuyos contenidos fueron ampliamente aceptados en los dos continentes “para abarcar el conjunto de instituciones procesales tutelares de los derechos humanos consagrados constitucionalmente”.¹¹⁹

Otro enfoque sobre el tema corresponde a Tur Ausina que se refiere a una justicia constitucional de la libertad que privilegia los derechos por sobre la organización política de los poderes constituidos, evidenciado cuando se habla del concepto sustancial, el que siempre está en función de la supremacía de la Norma:

Se produce, pues, el triunfo de la Justicia Constitucional de la Libertad, frente a la clásica Justicia Constitucional de la Ley, desde el momento en que aflora un concepto de Constitución nítidamente “rematerializada” que empuja a los Tribunales Constitucionales a pronunciarse sobre principios y a ejercer una justicia más cercana al caso concreto y a la persona[...] En conclusión, se trata de problemas generados por la configuración de unos órganos, los Tribunales Constitucionales, que nacen pretendiendo arrogarse exclusivamente el “plano de la constitucionalidad” y, que sin embargo, adoptan funciones tan legítimas desde la perspectiva materialmente constitucional, como la protección de derechos fundamentales. Funciones que precisamente permiten constatar que el plano de la constitucionalidad tiende irremediablemente a “compartirse” entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional.¹²⁰

¹¹⁸ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 324.

¹¹⁹ Héctor Fix-Zamudio, “Prólogo. Justicia Constitucional Comparada”, en Mauro Cappelletti, *ibid.*, p. 7.

¹²⁰ Rosario Tur Ausina, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional*, *op. cit.*, p. 97 y 107.

Desde otro ángulo, la función jurisdiccional opera ante acciones ilegítimas de personas particulares, instituciones o cualquiera de los otros poderes e implica la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, porque en su actividad expide resoluciones para corregir errores o incumplimientos dentro del Estado constitucional, entendiendo que en esta garantía jurisdiccional convergen todas las demás garantías del sistema por lo que debe estar acompañada de eficacia y efectividad, características que le permiten erigirse en un poder real frente a los poderes cuando deba hacer prevalecer las otras garantías ante derechos lesionados.¹²¹

Otro punto dentro del examen de la garantía jurisdiccional, lo establece Alejandro David Aponte, cuando indica que es evidente la necesidad de que los jueces asuman el nuevo papel que les corresponde, y que esencialmente es proteger los derechos humanos fundamentales, mediante la sustanciación de los procesos a partir de las garantías, lo cual no es solo una aspiración o un objetivo, sino que es el mandato constitucional que debe ser cumplido, porque proviene de la soberanía popular que consagra este deber del juez y en consecuencia, da lugar a la jurisdicción constitucional que consiste en la obligación de que todo acto de autoridad pública (los jueces también son autoridad pública) cumpla con las disposiciones de la Constitución Política.¹²²

En el caso concreto del Ecuador, las quejas por deficiencias en el ejercicio jurisdiccional del país han sido frecuentes, lo que ha conducido a la búsqueda de respuestas que permitan la estructura del Estado social en el que se apliquen y se hagan efectivos y eficaces los derechos, que no se queden solo en el enunciado documental, porque durante toda la vida republicana se han expedido Constituciones, unas menos esperanzadoras que otras, porque la eficacia no ha sido su principal distintivo, o porque

¹²¹ Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 229-231.

¹²² Alejandro David Aponte, "La tutela contra sentencias: el Juez como garante de los derechos humanos fundamentales", en *Revista de Derecho Público* 3, Cali, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes/Cal Publicidad, 1993, p. 103-104.

el legislador no ajustó estrictamente su producción normativa a la letra de la Constitución o los órganos de control de la constitucionalidad, creados bajo diversas denominaciones, tampoco cumplieron con un estricto escrutinio de la adecuación de la ley a la Constitución, porque su labor se desenvolvía impregnada de la injerencia política, actuaba y decidía bajo pena de remoción si contrariaba la voluntad del Legislativo, que era su nominador.¹²³

Grijalva también se refiere a una nueva forma de relacionamiento entre la Función Judicial y la Corte Constitucional, pues asevera, han sido enfrentadas desde la Constitución cuando otorga a esta última las facultades de i) Dictar jurisprudencia obligatoria sobre garantías jurisdiccionales; y, ii) Interpretar la Constitución, creando al mismo tiempo la acción extraordinaria de protección, aspectos en los que encuentra una estrecha vinculación y los erige en el remedio jurídico a los desajustes que se dan en materia constitucional. Para tal efecto, y sentada la premisa de que los derechos fundamentales son lesionados, es la Corte Constitucional la que está obligada a cumplir dos puntos dentro de sus sentencias: a) Definir el contenido esencial de los derechos, b) Unificar los criterios disímiles que tengan los jueces sobre derechos fundamentales. Tal cometido será posible a través de los fallos que se constituyen en jurisprudencia obligatoria, la que necesariamente debe ser acogida por los jueces, en todo lo que le otorga a la acción extraordinaria la calidad del “mecanismo procesal que termina asegurando la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte”.¹²⁴ Esta singular vinculación Jurisprudencia obligatoria-interpretación-acción extraordinaria de protección analizada por Grijalva alcanza para determinar que esta acción extraordinaria contribuye a la unificación de los criterios e interpretaciones de los jueces, que deben sujetarse al contenido de las sentencias que pronuncie la Corte Constitucional sobre

¹²³ Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Andrade, Grijalva y Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador...*, op. cit., p. 278.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 285.

derechos constitucionales, porque son precisamente los procesos constitucionales los que concluyen con estas sentencias, con lo que queda sentada la contribución a la seguridad y certeza jurídicas.

De lo expuesto se aprecia que en el actual espacio constitucional existen diferentes garantías constitucionales, las establecidas y las que se siguen creando, como la respuesta obligada de una evolución de concepciones que convergen en que la justicia es trascendente si se asienta en la defensa de los derechos de las personas (defensa que se hace real en los instrumentos de protección), porque los derechos son la única respuesta posible a la histórica necesidad de limitar los poderes, y sus garantías son la forma de permitir su vigencia, eficacia y efectividad. Así también, el estudio muestra que la noción de jurisdicción ya no es solo la inicialmente concebida para el juez ordinario sino que se amplía al ámbito constitucional instaurando otra jurisdicción que permite enfrentar los casos de violación de derechos fundamentales; además de que los derechos constitucionales tienen su primer resguardo ante los jueces ordinarios, lo que ha ocasionado que se les llame a todos, indistintamente, *jueces constitucionales*, cuando esta denominación debería corresponder únicamente a los jueces de la Corte Constitucional, como sucede en España, donde se nombra así solo a los jueces del Tribunal Constitucional, pues ese es el nombre que se utilizó para los jueces “posteriores” al franquismo, conforme las disposiciones de la Constitución de 1978.

Para abonar al criterio de que únicamente los jueces de la Corte Constitucional deben ser llamados jueces constitucionales, está la contribución de Montaña Pinto, quien encuentra que la vinculación entre interpretación de la Constitución y supremacía es un lugar común en las sociedades democráticas y pluralistas, destaca el nuevo papel de la Constitución como parámetro de valoración de las demás normas que tienen relación directa con el papel que debe cumplir el juez constitucional en la

interpretación. Su análisis desemboca en las exigencias al juez que debe tener un compromiso activo que sobrepase la simple acción de “aplicar el derecho” para ir más allá, por ejemplo, cuando se presente una antinomia no solo debe encontrar la solución inmediata sino que “debe asumir una actitud creativa y políticamente comprometida con la realización de la justicia”, que le permita crear las reglas jurisprudenciales que traduzcan los principios constitucionales en favor de los más débiles, ese es justamente el juez constitucional, que tiene el compromiso activo de asumir una postura dinámica del derecho para interpretar la Constitución.¹²⁵

Por otra parte, la investigación advierte que la tarea originaria que cumplía el Tribunal Constitucional, de ser el controlador de la constitucionalidad, denominado *legislador negativo*, encargado *exclusivamente* del control abstracto de las leyes, se ha transformado a juez constitucional con potestad para sentenciar casos concretos, se aprecia que adquiere la facultad de ser creador de derecho y de pasar del control abstracto al *control concreto de constitucionalidad* en los casos particulares en que deben pronunciarse, para determinar el cumplimiento de los preceptos constitucionales en los fallos de la justicia ordinaria, a lo que contribuye precisamente el ejercicio de la acción extraordinaria de protección.

1.3. EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL ECUADOR Y CREACIÓN DE LA AEP

Durante los siglos XVI al XVIII, mientras en Europa se debatía acerca de la lucha por el nuevo poder y las razones para constituir un orden jurídico que garantice los derechos de las personas, en América y de modo concreto en el Ecuador, se vivía la etapa colonial; el escenario para los habitantes nativos era de pobreza, opresión e inconformidad, momento histórico en el que conocían lo que ocurría en Europa, por

¹²⁵ Juan Montaña Pinto, “La interpretación constitucional: variaciones de un tema inconcluso”, *op. cit.*, p. 726, 727.

investigaciones de particulares y por esporádicos seminarios de teología,¹²⁶ era “un País, o un Reino interior como este Quito, a quien se le ha sacado y saca todo el jugo nutricional; que no tiene minas descubiertas de actual utilidad; que no puede adelantar ni en la agricultura, ni la industria, ni las manufacturas, ni el lujo político [...]”.¹²⁷

Fácil es entender que en este ambiente de inconformidad social, agravado por el fallido intento de independencia de 1809 y la matanza de 1810, se reúna una temprana Asamblea Constituyente para escribir la Norma Fundamental llamada la Constitución de Quito de 1812, que es el primer intento de fundar un estado soberano.¹²⁸ En el texto de esta primera Constitución se concibe la existencia del “supremo congreso” como depositario de la soberanía, era el encargado del control de cumplimiento de la Constitución y de la defensa de los derechos del pueblo,¹²⁹ para lo que le atribuyen en el artículo 10 la calidad de “Tribunal de censura y vigilancia para la guarda de esta Constitución, protección y defensa de los derechos del pueblo, enmienda y castigo [...]”, en el artículo 20, el Gobierno se obliga para con todos los habitantes y “les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades y su libertad natural y civil, y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él de cualquier estado, condición y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión [...]”,¹³⁰ de donde aparecería algún indicio de garantía de los derechos y la libertad natural a todos los habitantes, si no fuera por el conocimiento histórico de la

¹²⁶ Clásicos Ariel 56, “Prólogo”, en *El Nuevo Luciano de Quito, Eugenio Espejo*, Guayaquil, Cromograf, s.a., p. 11.

¹²⁷ Eugenio Espejo, “Defensa de los curas de Riobamba”, p. 184, 185, citado en Clásicos Ariel 56, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁸ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁹ Dunia Martínez Molina, “A manera de introducción: la Corte Constitucional una consecuencia lógica de la evolución del control constitucional en Ecuador”, en D. Martínez Molina, ed., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁰ Constitución de 1812, constante en Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, tomo IV, apéndice vol. I, p. 13.

discriminación a los indígenas, o lo que es peor, en el texto no aparecen porque no se advierte su existencia, ni siquiera se les nombra.

La historia constitucional del Ecuador está marcada por objetivos políticos antes que jurídicos o sociales, en los que prácticamente no se tomó en cuenta la actividad de los jueces y menos la posibilidad de trasladar el control de constitucionalidad a la usanza norteamericana (que tiene inmersa la consiguiente noción de supremacía constitucional), el que más bien llegó con posterioridad y desfigurado, en este análisis Martínez anota que esta falta de conformidad con el modelo constitucional se suscita a pesar de la influencia política, económica y cultural de Estados Unidos y puntualiza que entre los factores que en el Ecuador alejan la norma de la realidad, están el exceso de formalismo jurídico y la influencia cultural de España que “no está abonada por una visión fuertemente formalista de la vida, de la autoridad y de la ética”.¹³¹

Para articular el desarrollo constitucional del Ecuador con la evolución del constitucionalismo en el mundo: clásico y social, Salgado señala también para el desarrollo constitucional en el Ecuador dos etapas: la primera que va desde 1830 hasta 1906 y la segunda desde la Constitución de 1929 hasta 1979. Expresa que la razón para fundamentar el primer período es la adaptación de la república al constitucionalismo clásico: la consolidación de la conformación del estado, el reconocimiento de los derechos y garantías y los principios de legalidad y constitucionalidad, aquí ubica a doce Constituciones. El segundo espacio corresponde al constitucionalismo social, de posguerra, cuando se incorporan los derechos económicos, sociales y culturales, se

¹³¹ Dunia Martínez Molina, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, op. cit., p. 14, 15. Cuando se refiere al exceso de formalismo, la autora alude a la arraigada costumbre de la etapa colonial de que las normas “se obedecen pero no se cumplen” heredada de las prácticas españolas que en su discurso expresaban que América y España son una expresión distante de la práctica, pero que se requería para justificar el poder en tierras conquistadas, mientras que en el ámbito del derecho la mención se traslada al extremado legalismo en que no se persigue la eficacia de la norma sino la “apariencia de legalidad” que se incrustó en el quehacer jurídico ecuatoriano hasta hoy, “dominada aún por la peor de las versiones del positivismo jurídico” que se fundamenta en la versión chilena del código civil francés.

inicia con la Constitución de 1929 en que se instituye el Habeas Corpus y se otorga a la mujer el derecho de sufragar, se caracteriza por la permanente presión al Estado para que reconozca, desarrolle y haga realidad los derechos de segunda generación, en esta etapa coloca cinco Constituciones, sumadas a las doce anteriores, más la Constitución de Quito de 1812, la de 1998 y la de 2008, hacen las veinte Constituciones expedidas en el Ecuador.¹³²

1.3.1. Las garantías en los textos constitucionales

En la primera Constitución del Ecuador expedida en 1830 se inscriben los aspectos esenciales “De los derechos civiles y garantías fundamentales”, como por ejemplo sobre la propiedad, libertad de expresión por medio de la prensa, garantías del debido proceso, garantía para reclamar por sus derechos ante el Congreso o el Gobierno, garantía de igualdad ante la ley,¹³³ sobre este capítulo de los derechos y garantías, Álava Ormazza asevera que tenían el denominador común de la época, por pertenecer al corte liberal, pero puntualiza que al establecer al catolicismo como religión oficial del Estado ecuatoriano aparece que no había libertad de conciencia y de pensamiento porque no se podía expresar contra los dogmas o la Iglesia Católica, en el texto se decía que la Constitución se expide “En nombre de Dios, Autor y Legislador del Universo”.¹³⁴

Aquí se hace realidad lo afirmado por Peter Grimm acerca de las libertades otorgadas en base del cumplimiento de ciertos requisitos sociales, económicos o de pertenencia, puesto que se concede la calidad de ciudadanos a los varones casados o mayores de 22 años, propietarios de un bien raíz libre de 300 pesos o que ejerzan una

¹³² Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional, op. cit.*, p. 62, 63. En orden cronológico son: primera etapa: 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, del segundo período: 1929, 1945, 1946, 1967 y 1978. Enrique Ayala Mora igualmente establece 19 Constituciones hasta la de 1998, porque no toma en cuenta la de 1812, pero incluye la de 1938 que no consta en el inventario de Salgado, porque no llegó a regir. V. Enrique Ayala Mora y Rafael Quintero López, *Asamblea Constituyente: retos y oportunidades*, Quito, Ediciones La Tierra, 2007, p. 48.

¹³³ Constitución de 1830, texto constante en Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, tomo IV, apéndice vol. I, p. 163, 164.

¹³⁴ Milton Álava Ormazza, *Cuarenta años de constitucionalismo*, Quito, Voluntad, 2000, p. 22.

profesión o industria útil, sin sujeción a otro y que sepa leer y escribir, y más aún, en lo concreto de los indígenas, los nombran en el artículo 68 para encargar a los “venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”, lo que hace que Ibarra califique a la Norma de 1830 como “un texto fundacional de naturaleza excluyente”.¹³⁵ De todas maneras, Salgado destaca que es importante esta Norma porque inicia las bases del Estado: unitario, centralizado, con un gobierno presidencial y la división tripartita del poder bajo el concepto de fijar sus límites¹³⁶ para evitar los abusos y el autoritarismo, aunque en el criterio general se le daba el carácter de provisional porque se pensaba que la Gran Colombia podía ser reconstruida y el Ecuador integrado como Estado federado.¹³⁷

Se ha incluido el examen a la primera Constitución, pero con el objetivo de mejorar la visualización de los cambios constitucionales en el Ecuador, se elabora un cuadro que permite una visión rápida de la evolución de los derechos y garantías en el Ecuador, a los que las Constituciones los nombran juntos o separados, precisamente por el uso indiferenciado de los dos conceptos. Se incluye lo referido a la ciudadanía por ser el fundamento para el ejercicio de las libertades y derechos civiles y políticos. Para la apreciación ágil se hacen constar en cada Constitución solo los derechos y garantías nuevos.

¹³⁵ Hernán Ibarra, *Visión histórico-política de la Constitución del 2008*, Quito, Albazul Offset, 2010, p. 57.

¹³⁶ Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 65.

¹³⁷ Milton Álava Ormazá, *Cuarenta años de constitucionalismo*, op. cit., p. 22.

Tabla 1: Las garantías en las Constituciones del Ecuador

<i>Constitución</i>	<i>Título</i>	<i>Descripción</i>	<i>Observaciones</i>
1812	S/T	Art. 10: El Congreso será el encargado de la protección y defensa de los derechos del pueblo. Art. 20: El Gobierno del Estado asegura a todos los habitantes la inviolabilidad de sus derechos, su religión, sus propiedades y su libertad natural y civil así como la libertad de expresión, siempre que no sea contra la religión.	
1830	De los derechos civiles y Garantías	Se garantiza la propiedad, la libertad de expresión por medio de la prensa, las garantías del debido proceso, la garantía para reclamar por sus derechos ante el Congreso o el Gobierno, garantía de igualdad ante la ley, la inviolabilidad del secreto de las cartas. Se reconoce como ciudadanos a los varones casados o mayores de 22 años, propietarios de un bien raíz libre de 300 pesos o que ejerzan una profesión o industria útil, sin sujeción a otro y que sepa leer y escribir	En la realidad No había libertad de conciencia y de pensamiento porque no se podía expresar contra los dogmas o la Iglesia Católica. ¹³⁸
1835	De las Garantías	Se reconoce la libertad de trabajo para dedicarse a “cualquier género de comercio o industria que no se oponga a la ley ni a las buenas costumbres” y la declaración de que nadie puede ser obligado a prestar servicios personales que no estén contemplados en la ley; el derecho de propiedad intelectual; el derecho de petición, la garantía de que no serán exigibles contribuciones que no consten en decretos de autoridad competente y de que todo impuesto se establecerá en la debida proporción con los haberes de cada ecuatoriano; se proscriben los mayorazgos. En cuanto a la ciudadanía se disminuyen los requisitos para ser ciudadano: que sepa leer y escribir, se rebaja de 22 a 18 años y el valor del bien raíz de 300 a 200 pesos.	
1843	De los derechos y garantías de los ecuatorianos	Se establece la prohibición de crear títulos nobiliarios. Para la ciudadanía persisten los requisitos patrimoniales pero se rebaja la edad a dieciocho años y saber leer y escribir.	Las declaraciones del texto no respondían a la realidad que se vivía en ese tiempo, era una dictadura disfrazada. ¹³⁹
1845	De las Garantías	Se dispone la abolición de la esclavitud, la presunción de inocencia, la garantía de protección de las leyes, la libertad de movilidad, la facultad de reclamar sus derechos a la autoridad pública y presentar lo que crean conveniente para el bien público, se prohíbe la confiscación de bienes. Sobre la ciudadanía se modifica para determinar que los ciudadanos deben ser casados o tener 21 años, saber leer y escribir y tener propiedad raíz de 200 pesos.	Se compara la extinción de la esclavitud con la acontecida en los EEUU, que se la decreta pero con una indemnización a los “propietarios” porque se les consideraba parte de sus bienes ¹⁴⁰ Se encuentra origen del amparo y derecho de protección.
1851	De las Garantías	“Queda abolida la pena de muerte por los delitos puramente políticos”. Se prohíben títulos, denominaciones y condecoraciones de nobleza ni distinciones hereditarias. Se crea el “Consejo de Estado”, que ya existió en	Constituye un significativo avance porque se concibe al Consejo de Estado

¹³⁸ *Ibid.*, p. 24.

¹³⁹ Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 67.

¹⁴⁰ Ernesto López Freire, “La evolución del control constitucional en el Ecuador”, en *Derecho constitucional para fortalecer la democracia*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1999, p. 41.

		Constituciones anteriores, pero por primera vez se le faculta para “velar sobre la observancia de la Constitución”. La ciudadanía se adquiere a los 18 años si es casado o de 21 si es soltero, saber leer y escribir y tener propiedad de 200 pesos.	como órgano independiente del Ejecutivo al que le facultad para realizar un incipiente control constitucional.
1852	De las Garantías	Se prohíbe a todo cuerpo armado el reclutamiento de civiles o la solicitud de auxilio, sino es por parte de las autoridades civiles. Para ser ciudadano debe ser casado o mayor de 21 años, tener propiedad raíz de 200 pesos y saber leer y escribir.	
1861	De las Garantías.	Todo ecuatoriano puede introducir en la Cámara de Representantes una acusación contra cualquier alto funcionario. El funcionario público que atente contra la propiedad particular responde con sus bienes por los daños que cause. De los requisitos para la ciudadanía se retira el de tener un bien raíz, prevalecen que sea casado o de 21 años y que sepa leer escribir.	Es la Constitución más representativa del constitucionalismo del siglo XIX en Ecuador. ¹⁴¹ Se encuentran señales de tutela al ciudadano en contra del funcionario público.
1869	De las Garantías.	Se dispone la libertad de expresión del pensamiento <u>sin censura</u> con tal de que se respete la religión, la moral y la decencia, se declara abolido el jurado de imprenta. Para ser ciudadano debe ser católico, saber leer y escribir y ser casado o mayor de 21 años.	Lo negativo es que se añade el requisito de ser católico para ser ciudadano.
1878	De los ecuatorianos, de sus deberes y derechos políticos	Para la ciudadanía se retira el requisito de la religión, persiste ser casado o mayor de 21 años y saber leer y escribir.	Se inicia la sistematización de los derechos, pero no se distinguen de las garantías.
1884	De las garantías	Se mantiene la pena de muerte por asesinato y parricidio. Para ser ciudadanos se mantienen los requisitos, pero se modifica “que sea o haya sido casado”	
1897	De las Garantías	Libertad de culto y garantía de respeto desde el Estado, aclarando que las creencias religiosas no obstan el ejercicio de derechos políticos y civiles. Garantía de trabajar solo en virtud de contrato para artesanos y jornaleros. Libertad de reunión y asociación. Se establece que las infracciones cometidas por medio de imprenta conocerán un jurado especial. Para el ejercicio de la acción contra un empleado público que ha violado una garantía declarada en la Constitución, no se requiere fianza ni firma de abogado ante los tribunales. Se declara la libertad de sufragio. Se establece la supremacía de la Constitución. Para la ciudadanía se simplifican los requisitos a la edad de 18 años y que sepa leer y escribir.	En esta Carta Política está la primera declaración de supremacía constitucional y de que las normas que se aparten de su texto, no surten efecto alguno.
1906	De las Garantías Nacionales / De las Garantías Individuales y Políticas	La educación es laica, seglar y la primaria, gratuita. El Estado garantiza: la inviolabilidad de la vida, se extingue la pena capital; la libertad de conciencia en todas sus manifestaciones (que no contraríe la moral); la libertad personal, no hay prisión por deudas. Se mantiene el Consejo de Estado, al que se le entrega como facultar “Velar por la observancia de la Constitución”. Para ser ciudadano: tener 21 años y saber leer y escribir.	Se reincorpora para el Consejo de Estado la atribución de velar por la observancia de la Constitución que constaba de manera temprana en la C1851.
1929	De las Garantías Fundamentales	La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador: la inviolabilidad de la vida y su defensa, la rehabilitación social; no hay servidumbre ni concierto; se prohíbe el	Es la primera Constitución que incluye derechos

¹⁴¹ Hernán Salgado, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 70.

		reclutamiento que no se haga de acuerdo a las leyes militares; el derecho al debido proceso; <u>el derecho de habeas corpus</u> ; la libertad de ejercer profesiones; la libertad de contratar; la protección del trabajo y su libertad, el Estado protegerá, especialmente al obrero y al campesino asegurando un mínimo bienestar compatible con la dignidad humana; la protección del matrimonio, de la familia y del haber familiar; la asistencia, higiene y salubridad públicas. La enumeración de garantías y derechos no limita ni excluye otros que son inherentes a la personalidad humana. Se recupera la declaración de supremacía de la Constitución. Se declara que es ciudadano “todo hombre o mujer mayor de 21 años, que sepa leer y escribir”.	económicos, sociales y culturales. Se instituye el Hábeas Corpus como “derecho”. Se reincorpora el principio de la supremacía constitucional que tuvo una temprana aparición en 1897, para quedarse modo definitivo en el constitucionalismo del Ecuador.
1945	De las Garantías Fundamentales I. Ds. Individuales II. De la Familia. III. De la educación y la cultura. IV. De la economía. V. Del trabajo y la previsión social. VI. Disposiciones generales	El Estado garantiza: no hay pena de muerte ni torturas; se declara punible toda discriminación a la dignidad humana; la libertad de opinión, ninguna autoridad puede clausurar periódicos o encarcelar redactores, colaboradores, expendedores; toda persona tiene derecho a la rectificación gratuita de las aseveraciones o imputaciones falsas; se declara punible todo acto que limite al ciudadano la participación en la vida política del Estado; los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos; se garantiza la educación particular; se garantiza la propiedad con las limitaciones que exijan las necesidades sociales; El trabajo es un deber social, se debe asegurar las condiciones mínimas de una existencia digna; se regula el trabajo de modo pormenorizado: contrato colectivo, remuneraciones, madre y menor trabajadores, higiene y seguridad, utilidades, etc.; la previsión y asistencia sociales son deberes ineludibles del Estado. Se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales y se mantiene el concepto de supremacía de la Constitución. Es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer mayor de 18 años que sepa leer y escribir.	Se garantiza la participación política del ciudadano. Se crea el TGC con lo que tiene lugar la iniciación del control concentrado de constitucionalidad y la justicia constitucional.
1946	De las Garantías I. G. Generales. II. G. individuales comunes. III. G. especiales para os ecuatorianos	Se reconoce los derechos a los extranjeros, excepto los políticos. El Estado velará porque se observe la justicia en las relaciones patronos-trabajadores. Se mantiene el concepto de la Supremacía de la Constitución, pero como facultad del Consejo de Estado porque desaparece el TGC (reaparece en 1967). Es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer mayor de 18 años que sepa leer y escribir.	Se amplía el procedimiento para el “derecho” de Habeas Corpus
1967	De los Deberes, Derechos y Garantías. I. Disposiciones Generales. II. Derechos de la persona. III. De la Familia. IV. De la Educación. V. De la Propiedad. VI. Del trabajo y de la seguridad social. VII. De los Derechos Políticos.	Se establece la obligación del Estado, las entidades públicas y semipúblicas de indemnizar a los particulares por los perjuicios que causen a sus bienes y derechos como resultados de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo, y el derecho de repetición; en el derecho de petición se establece 30 días para que la autoridad responda; <u>el derecho de demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales</u> ; el derecho a la reserva de las convicciones políticas o religiosas; se establece prisión por deuda de alimentos forzosos; la educación elemental y básica son obligatorias y en los planteles públicos, gratuita; se establece la obligación del Estado para realizar la reforma agraria; libertad de empresa; se incluyen entre las garantías del trabajo: la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, la institución pro laboro, la inembargabilidad de la	Se usa la terminología “derechos humanos”. Se establece la facultad para demandar el amparo jurisdiccional ante la violación de “las garantías constitucionales” (art. 28.15). Es una concepción diferente del amparo. Se refiere a los derechos que permiten la dignidad de las personas arts.

		remuneración; se incluyen los derechos políticos. Permanece el principio de supremacía constitucional. Se establece que las sanciones no lesionarán la dignidad humana. Se declara ciudadano a todo ecuatoriano, hombre o mujer mayor de 18 años que sepa leer y escribir.	31, 33.
1978	De los Derechos, Deberes y Garantías. I. De los derechos de la persona. II. De la familia. III. De la educación y la cultura. IV. De la SS y promoción popular. V. Del trabajo. VI. De los Ds. Políticos.	Se reconoce el derecho al honor y a la buena reputación; la mujer tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en la vida pública, privada y familiar; garantía de indemnización si un recurso de revisión rectifica una sentencia condenatoria; la legislación del trabajo se sujeta a las reglas del derecho social; el Estado garantiza a hombres y mujeres el libre y eficaz goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer mayor de 18 años.	Para ser ciudadano se elimina el requisito de saber leer y escribir Garantía de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales.
1998	De las garantías de los derechos.	Se confirma el Habeas corpus, vigente en el Ecuador desde la Constitución de 1929 y se instituyen el hábeas data y la defensoría del pueblo (el amparo data de las reformas de 1996 a la Constitución de 1978). Sobre la ciudadanía se ratifica que son ciudadanos todos los ecuatorianos mayores de 18 años.	Es la primera Constitución que discrimina los derechos de las garantías.
2008	Garantías normativas. Garantías institucionales. Garantías jurisdiccionales.	La adecuación de las leyes y otras normas a los derechos previstos en la Constitución, los instrumentos internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano. Acciones de protección, de habeas corpus, de acceso a la información pública, de hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección.	

Elaboración propia a partir de los textos constitucionales.

Del análisis de las Cartas políticas se generan las siguientes conclusiones sobre el uso de los términos derechos y garantías en el Ecuador:

Iusnaturalismo, positivismo y Estado constitucional: Desde el inicio de la república y hasta antes de la Constitución 2008, el reconocimiento de los derechos tiene la dualidad de responder a la concepción iusnaturalista y al sistema positivista, lo primero porque dependía de un ser supremo que es Dios, el que organiza el universo, es así que de manera general, el Preámbulo de los textos supremos se iniciaba con la frase “En nombre de Dios” o una similar para manifestar que es el legislador supremo que está presente en toda la organización y desarrollo del Estado; y, es positivista porque la Constitución estaba considerada como la expresión de la voluntad general que contiene enunciados sobre los derechos y la organización del Estado, que necesariamente

requiere de la ley para su aplicación, cambia la anterior justicia divina con un poder judicial vinculado a las formalidades del procedimiento legal. Esta visión de nuestro desarrollo constitucional se plasma en la Constitución del 2008, en la que podría decirse que se positiviza el iusnaturalismo porque se incluyen los principios y valores como regla de interpretación, acorde con la transformación de la década de los 90 del siglo XX, en que el constitucionalismo toma otro rumbo, se cumple lo que dice Ferrajoli: cambia el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho (o Estado legal) al modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado constitucional).¹⁴²

Requisitos para la titularidad de los derechos: En el Ecuador, los derechos existieron siempre, pero (como dicen Ferrajoli y Grimm) se atan al cumplimiento de requisitos extraños a la persona, se condicionan a la calidad de ciudadanos, con requisitos de edad (o de estado civil), de patrimonio y de instrucción, de los que desaparecen, el patrimonio en 1861 y la instrucción en 1978. En la Constitución de 1869 se exige que sea católico, requisito que desaparece en la siguiente Norma (1878). Otra cosa es que la práctica no corresponda a la letra de la Norma.¹⁴³

Uso indiscriminado de los términos derechos y garantías: En los textos constitucionales revisados, desde el de 1812, se advierte que el uso de los términos derechos y garantías, es indiscriminado, no se distinguen las diferencias, se los utiliza de manera indiferenciada, porque no se establece a las garantías como mecanismos procesales que permiten la efectividad de los derechos para el ciudadano, se usan como sinónimos de derechos, sobre cuya vigencia dice Enrique Ayala, que se ha visto

¹⁴² Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 14.

¹⁴³ Enrique Ayala Mora y Rafael Quintero, *Asamblea Constituyente: retos y oportunidades*, op. cit., p. 14, 15. Son recurrentes las afirmaciones sobre esta realidad del Ecuador divorciada de la letra constitucional.

seriamente afectada por “la inestabilidad y un precario sentido de institucionalidad”.¹⁴⁴ Así aparecen, de modo indistinto en los diferentes Títulos de la Constitución, por ejemplo la de 1830 “De los derechos civiles y garantías fundamentales”; 1843 “De los Derechos y Garantías de los ecuatorianos”, o 1835, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1884 “De las Garantías”. La Constitución de 1878 utiliza la denominación “De los ecuatorianos, de sus deberes y derechos políticos” y trata a las “Garantías” aparte, como Sección III, etc. El denominador común de las citadas constituciones es que en ellas se enuncian los derechos, las libertades y las garantías, sin llegar a distinguirlos entre ellos.

En la Constitución de 1978, son las reformas de 1996 las que permiten la inclusión de una sección que se denomina “De las garantías de los derechos” en la que se incorporó, un párrafo “Del amparo”. La Constitución de 1998 mantiene el capítulo “De las garantías de los derechos” con cuatro secciones: Hábeas corpus, Hábeas data, Amparo y la Defensoría del Pueblo.

La Constitución 2008 optimiza la distinción entre los derechos y las garantías cuando los trata en los Títulos II “Derechos” y III “Garantías constitucionales”, el capítulo primero se refiere a las “garantías normativas”, el segundo a “Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana” y el tercero “Garantías jurisdiccionales”. Además el texto incluye otras garantías entre las que merecen especial mención la garantía de reparación integral por daños ambientales,¹⁴⁵ garantía de consulta previa a la comunidad en los casos en que una decisión del Estado puede afectar al ambiente.¹⁴⁶

Supremacía constitucional: La declaración del reconocimiento de la supremacía constitucional aparece por primera vez en la Constitución de 1897 y determina que las normas secundarias que se aparten de su texto, no surtirán ningún efecto; desaparece en

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹⁴⁵ *Ibid.*, artículo 397.

¹⁴⁶ *Ibid.*, artículo 398.

la siguiente Constitución, de 1906, para reinstalarse de manera definitiva en los textos constitucionales desde el de 1929, con lo que se posiciona de manera definitiva la calidad de Norma Suprema a la Constitución, está en las Cartas Políticas de 1945, 1946, 1967, 1978, 1998, 2008.

El control y la justicia constitucionales: Las garantías se relacionan con el control y la justicia constitucionales, porque tienen que ver con el concepto de supremacía y cumplimiento de su texto, de ahí que es importante la Norma de 1851, en la que se encuentra el concepto inicial de control de constitucionalidad, entregado al Consejo de Estado, institución de la que se origina un incipiente control de constitucionalidad, a través del Consejo de Estado, órgano que ya existía en las Constituciones anteriores, pero es la primera vez que se lo establece de manera independiente del Ejecutivo, porque en las cuatro Constituciones anteriores existía para cumplir funciones relacionadas con ese poder, y que es tanto más significativo cuanto que este concepto del control se desarrollará en el Ecuador cincuenta años más tarde en las Constituciones de 1906 y 1929 como atribución del mismo Consejo de Estado, y con posterioridad del Tribunal de Garantías Constitucionales, TGC, a partir de su creación en la Constitución de 1945, primer órgano de control constitucional concentrado en el país, pero sujeto a modificaciones institucionales, pues vuelve a ser facultad del Consejo de Estado en la de 1946, regresa a su competencia por el texto de la Constitución de 1967. En la de 1978 se mantiene pero vuelve a ser objeto de reformas, conforme se explica de manera detallada en el siguiente punto 1.3.2.

Por otra parte, Grijalva se refiere a la Constitución 2008 que transforma al Tribunal (y lo llama Corte Constitucional), como parte de lo que denomina el fortalecimiento constitucional, porque amplía su facultad de control, al que deben sujetarse todas las funciones del Estado así como los conflictos de competencia que

surjan entre ellos; situación que en cambio provoca criterios contrarios por la desconfianza de que el Tribunal (Corte) se convertiría en un superpoder debido a varias causas, por ej. el prolongado período de duración de sus miembros, nueve años, y que ya no respondería a ningún juicio político.¹⁴⁷

El autor aclara que este proceso de constitucionalización del sistema jurídico y político es un fenómeno mundial, que se ha producido en Argentina, México, Costa Rica, en este último país a través de la Corte Suprema, en los países de Europa Occidental en los años 50s, en los países democratizados de Asia en las décadas de los 80 y 90 del siglo XX.

El desarrollo de las garantías: En la Constitución de 1845, artículo 124 se otorga a los ecuatorianos el derecho de petición, o sea la facultad de reclamar ante la autoridad por sus derechos y de presentar al Congreso o al Ejecutivo cuanto consideren necesario para el bien público. Aspecto que bien se puede considerar como el incipiente origen de las garantías jurisdiccionales contempladas a partir del artículo 86 de la Constitución actual, pues en uno y otro caso el objetivo es visibilizar un criterio o una posición ante el poder y la sociedad, para la defensa de los derechos constitucionales, antes de manera individual y ahora también como un grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

En la Constitución de 1929 se inicia la garantía de Habeas Corpus, pero se le denomina “derecho”, en la de 1946 se amplía la descripción del procedimiento, para su denominación se usa tanto “derecho” como “recurso”. En esta Constitución se incluyen los derechos económicos, sociales y culturales como una expresión de la época que se

¹⁴⁷ Agustín Grijalva, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 258.

vivía, cuando se pugnaba para obtener el proteccionismo estatal a partir de las doctrinas socialistas que imperaban en el mundo.

En cuanto al desarrollo de las actuales garantías jurisdiccionales, como se ha indicado, el Habeas Corpus es la primera manifestación, concebido como un derecho en la Constitución de 1929 y transformado en garantía en la Constitución de 1945. El amparo se implementa en las reformas de 1996 a la Constitución de 1978 como facultad del Tribunal Constitucional, TC, que debe conocer los casos de consulta obligatoria o de apelación, tema que también se examina en el siguiente numeral 1.3.2.

La Constitución 2008 desarrolla los instrumentos procesales para la tutela de los derechos, a las que denomina *garantías jurisdiccionales*: acción de protección, acción de habeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de habeas data, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección; además establece las otras garantías, aquellas denominadas *generales, genéricas o abstractas* que se refieren a la división de poderes, el sistema democrático y la finalidad garantista del Estado, así como la reserva de ley, la garantía del contenido esencial, la eficacia normativa, la garantía de políticas públicas; y en un tercer grupo, *las garantías institucionales*, sean estas genéricas o específicas, las primeras radicadas en la Asamblea Nacional para establecer límites a la acción del Gobierno, el derecho de petición, y las específicas establecidas en la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, encargadas de la protección y tutela de los derechos de los ecuatorianos y de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia, además de las *garantías internacionales*, sustentadas en los artículos 11.3, 417, 424 y 425, de acuerdo a lo analizado y expuesto en el tema “Clases de Garantías”.

1.3.2. Las reformas a la Constitución de 1978 y creación del amparo

Como se ha mencionado, el sistema de control de constitucionalidad concentrado en el Ecuador se entregó en 1945 al organismo especializado, que

inicialmente se llamó Tribunal de Garantías Constitucionales. Sus facultades y su ubicación en la estructura del Estado han sido objeto de modificaciones, de acuerdo a las tendencias políticas de los detentadores del poder en los diferentes momentos en que se efectuaron tales reformas.

La Constitución de 1978 es la que mayor número de reformas ha tenido, las cuales han incidido también en el órgano de control constitucional, Miguel Ángel Vela expresa que esos cambios “prácticamente igualan a los de las de las diecisiete (o dieciocho) anteriores juntas”.¹⁴⁸ En diciembre de 1992 el Congreso Nacional aprueba las reformas a la Constitución 1978, que en lo atinente al Tribunal de Garantías Constitucionales determina: i) Que sus resoluciones (que antes debían someterse a la decisión final del Congreso Nacional) se someten a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; ii) Que suprime la facultad del Tribunal para suspender con efecto *erga omnes* los preceptos legales contrarios a la Constitución que hubieran sido declarados inaplicables en un proceso por una Sala de la Corte Suprema de Justicia.¹⁴⁹ Las mencionadas modificaciones constan en el artículo 138 de las reformas; mientras que en la Disposición Transitoria Décima Novena se dispone que las resoluciones adoptadas por el TGC hasta antes de la fecha de vigencia de las reformas, deben pasar a conocimiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.¹⁵⁰

La posición de la investigadora frente a esta decisión parlamentaria es de crítica, porque el Tribunal de Garantías debe cumplir una función de control de la constitucionalidad, de tutela de los derechos constitucionales y de observancia del ordenamiento, en lo que no admite la sujeción a ninguna de las funciones del Estado.

¹⁴⁸ Miguel Ángel Vela, *Edición crítica de la Constitución Política de la República del Ecuador 1978-1997*, Quito, Oficina de Servicios Gráficos/Procuraduría General del Estado, 1997, p. 7.

¹⁴⁹ Raúl Moscoso Álvarez, *Apología del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Quito, Unidad de Presentación Gráfica, 1993, p. 38.

¹⁵⁰ Registro Oficial 93 Suplemento, publicado el 23 de diciembre de 1992.

Pero la reforma de mayor trascendencia para esta parte del estudio es la 1996, segundo y tercer bloques, porque a través de ella se crea la Sección II “De las garantías de los derechos” en la que se incluyen el “Parágrafo Del Amparo”, “Parágrafo II De la defensoría del Pueblo”, “Parágrafo III del Habeas Data”; así también se fijan las atribuciones del órgano de control constitucional, para restituirle las que habían sido trasladadas a la Corte Suprema de Justicia y se cambia su nombre a “Tribunal Constitucional”.¹⁵¹ El texto de la reforma sobre el amparo era general, no contemplaba ninguna exclusión, pero se puntualizó el texto que se mantendría finalmente como la “acción de amparo” del artículo 95 de la codificación de 1998, “no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”.

Esta decisión de excluir del amparo a los pronunciamientos de la Función Judicial despertó criterios de oposición, Zavala Egas fundamenta esta corriente a partir del razonamiento de que los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva pueden ser violados solo dentro de un juicio, y solo por los jueces o tribunales, en virtud del principio de la unidad jurisdiccional, si es que se niega el amparo a los pronunciamientos procesales, se está incumpliendo la disposición constitucional del artículo 18 de la Constitución vigente (codificada en 1998) que ordena la inmediata y directa aplicación de esos derechos reconocidos en la Norma suprema. Pero el autor no discute la exclusión que realiza el segundo inciso del artículo 95, discute sobre la interpretación que se está dando al mandato constitucional, la que debe hacerse de un modo obligatorio: que la exclusión es únicamente para el fondo del asunto, o sea el objeto de la sentencia, sobre lo que ningún otro juez puede volver a pronunciarse, pero la interpretación no puede darse en el sentido de que las decisiones judiciales no pueden revisarse en cuanto al debido proceso y la tutela judicial efectiva.

¹⁵¹ Registro Oficial No. 863, publicado el 16 de enero de 1996.

Explica además que con esta interpretación se cumple con la normativa constitucional que dispone la protección para todos los derechos fundamentales, incluidos el debido proceso y la tutela judicial efectiva, solo así se estaría cumpliendo el mandato constitucional contenido en el artículo 18 que dispone que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sean de directa e inmediata aplicación. Otro argumento es que en materia de derechos se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva aplicación, todo lo que franquea la revisión de cualesquier inaplicación de las garantías del debido proceso.¹⁵²

1.3.3. El escenario de la crisis institucional y proceso constituyente 2007-2008

Después de las dictaduras militares que soportó el Ecuador, cuando se retoma la organización político-jurídica fundada en la democracia, paradójicamente cada aspecto de la vida nacional parecía orientado a contribuir a un proceso de crisis, igual si era de lo económico, de lo político o de lo social. Como se va a determinar en los siguientes párrafos, el sistema de representación dejó de cumplir con su originaria función, lo que resultó nefasto para la vida nacional, porque devino en la conformación de entes extraños movidos por sus propios intereses corporativos, que no ofrecieron al país el marco institucional que se requería para enfrentar la caótica situación económica provocada por las medidas de ajuste provenientes del Fondo Monetario Internacional.

Todos estos factores crecieron de manera incontenible, provocando escapes sociales contra el orden constituido. Cada vez era mayor la sensación de dar vueltas sobre el mismo punto, sin encontrar las soluciones, hasta que se produjeron los estallidos sociales, con rupturas del orden constitucional, deponiendo a tres mandatarios, fases que culminan en el año 2008 con la expedición y aprobación de la nueva Constitución que modifica la estructura del Estado: crea cinco Funciones en lugar

¹⁵² Jorge Zavala Egas, "La unidad jurisdiccional", en la revista *Iuris Dictio* de la Universidad San Francisco de Quito, año I, No. 1, enero 2000, p. 19-25.

de las tres tradicionales, traslada el fundamento de la democracia desde la representatividad a la participación ciudadana, centraliza el poder en el Ejecutivo a través del Consejo de la Participación Ciudadana, entroniza a la Corte Constitucional; y, en lo concreto de esta investigación, propicia la creación de la garantía jurisdiccional “acción extraordinaria de protección” para permitir que se revisen las sentencias judiciales que vulneran derechos constitucionales, porque en la anterior Norma Suprema de 1998 se excluyó del amparo a “las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”.¹⁵³ De modo puntual se debe añadir que para la creación de la nueva garantía se hace referencia, igual que en otros países, a la desconfianza en los jueces, lamentablemente invadidos de la injerencia política, porque ningún poder ha resistido la tentación de adueñarse de sus actores y de sus decisiones, como se va a analizar.

La Constitución de 1978 fue producto de un Referéndum, por lo que aparecía como un modelo con “legitimación profunda”, el diseño constitucional combinaba representación y decisión, pero en un acaparamiento agresivo, los partidos concentraron el poder de la representación para orientar las políticas públicas, mientras la administración legitimaba su actuación a través de ellos, lo que permitió que los actores políticos continúen comportándose como ejecutores de los intereses corporativos y no como dirigentes de la política pública, originando los problemas de gobernabilidad y legitimación que subyace de manera permanente en la democracia del país.¹⁵⁴ Enrique Ayala inscribe la razón de estos cambios en el comportamiento de las clases dominantes que tenían la capacidad de promover y realizar las reformas legales que aparentemente traerían las transformaciones sociales requeridas, pero que en el fondo lograban mantener las mismas condiciones socioeconómicas, beneficiando de manera continua al

¹⁵³ Constitución Política del Ecuador, codificada en 1998, artículo 95.

¹⁵⁴ Julio Echeverría, *El desafío constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2006, p. 18, 19.

capital internacional.¹⁵⁵ En los años siguientes, a principios de la década de los 80s, las políticas económicas “erosionaron los derechos sociales y pusieron en su reemplazo la ampliación y el ejercicio de los derechos políticos”.¹⁵⁶ Para Echeverría, los mentalizadores de la reforma política de 1997 no advirtieron, no podían advertir la crisis que se presentaría, originada en dos razones, la primera fue la aplicación de las políticas de ajuste expedidas en 1982, que provocó un profundo deterioro de las condiciones de vida, haciendo que crezca el movimiento social del descontento; la segunda se refiere al plano político, en el que también incidieron las equivocadas aplicaciones de las mismas políticas, haciendo que los partidos de la centroderecha y la centroizquierda se bloqueen mutuamente, en este escenario lo que hizo falta, es el reconocimiento de que la política de intermediación clientelar es la causante de la desconexión entre economía y política.¹⁵⁷

Este es el escenario en el que se produjeron las defenestraciones de tres presidentes que habían sido elegidos democráticamente: Abdalá Bucaram (1997), Jamil Mahuad (2000) y Lucio Gutiérrez (2005).

Bucaram se mantuvo en el poder apenas seis meses, su salida se provoca por acusaciones sobre su actuación personal y como dice Vela, por “la evidente caotización de la función pública debido a la corrupción en todos los niveles”, pero lo que se debe anotar es que por primera vez se suscita un tema político-institucional que fundamentó la discusión en el Congreso Nacional basándose en la letra de la Constitución (artículo 100.d.) para alcanzar su destitución, a partir de las movilizaciones de sectores populares e indígenas de febrero de 1997.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Enrique Ayala y Rafael Quintero, *Asamblea Constituyente: retos y oportunidades*, op. cit., p. 14.

¹⁵⁶ Hernán Ibarra, *Visión histórico-política de la Constitución del 2008*, op. cit., p. 112.

¹⁵⁷ Julio Echeverría, *El desafío constitucional*, op. cit., p. 56, 57.

¹⁵⁸ Miguel Ángel Vela, *Edición crítica de la Constitución Política de la República del Ecuador 1978-1997*, op. cit., p. 255, 256.

El derrocamiento de Mahuad se produjo en enero de 2000, cuando el indigenismo tuvo una participación protagónica, fue precisamente una alianza indígena militar la que captó de manera fugaz el poder y propició el triunfo de Gutiérrez, electo presidente en el 2002 sustentado por la unión de militares e indígenas, pero estos últimos le retiraron tempranamente su apoyo; en los hechos, la oposición se visibiliza en las élites y clases medias, llamados los “forajidos” quienes conformaron el movimiento que lideró la remoción del presidente junto al rechazo a todos los partidos políticos;¹⁵⁹ en el análisis Echeverría recurre a la argumentación de la responsabilidad en el sistema de representación: Congreso y Partidos Políticos que de manera sistemática dificultaron la gestión administrativa desencadenando procesos de “inestabilidad política crónica”, pues aun cuando el sistema político del Ecuador es presidencial, en el diseño de la institucionalidad, se asemeja a un parlamentarismo que da lugar a una “doble soberanía” que anula la autoridad del gobierno para ejecutar las acciones en favor de la economía y de la ciudadanía en general, escenario de dificultades que se incrementa por la crisis institucional en cuanto a la capacidad decisional que se traduce en el poder político para solucionar la complejidad del sistema social y económico, pero lo que ocurrió en definitiva, fue la adopción de soluciones inciertas, como fue la oposición entre gobernabilidad y democracia.¹⁶⁰

En cuanto a la administración de justicia, ha venido extendiendo su proceso de reestructuración desde 1992 con el objeto de alcanzar la reforma judicial, con etapas de conmoción como fueron los años 2004 y 2008 en que se produjo el vaciamiento de la Corte Suprema de Justicia. En el mes de diciembre de 2004, el Congreso en acuerdo con el Ejecutivo, declaró cesantes a los treinta y un jueces de la Corte Suprema de Justicia y de manera inmediata eligió a otros magistrados, políticamente afines al gobierno,

¹⁵⁹ Hernán Ibarra, *Visión histórico-política de la Constitución del 2008*, op. cit., p. 79, 80.

¹⁶⁰ Julio Echeverría, *El desafío constitucional*, op. cit., p. 59, 60.

quienes anularon tres juicios penales iniciados en contra de dos ex presidentes y un ex vicepresidente de la República.¹⁶¹

Estos sucesos son relatados de manera minuciosa por Julio César Trujillo, puntualiza que el Congreso Nacional expide la Resolución 25-181 del 8 de diciembre de 2004, que contiene dos mandatos: el uno que declara cesantes a los magistrados en funciones y el otro que nombra a sus reemplazos, la segunda decisión la sustentan en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que dispone que el Congreso Nacional tiene la facultad de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Si bien es cierto que el texto de la norma legal así lo dispone, la fundamentación es totalmente inconsistente porque el artículo 202 de la Constitución vigente a esa fecha y desde 1997, dispone que las vacantes que se produzcan en la Corte Suprema de Justicia deben ser llenadas por la cooptación que deben cumplir los jueces que permanezcan en funciones, y existiendo contradicción entre una norma constitucional y una disposición secundaria, se debe cumplir con el mandato de la Constitución, conforme ordena el segundo inciso del artículo 272 de la misma Norma Suprema que además declara que una ley que contradiga a la Constitución, carece de validez.¹⁶² El argumento político que se esgrimió finalmente fue que la mayoría de estos funcionarios públicos de alta jerarquía pertenecían al Partido Social Cristiano, debiendo recalcar que la afiliación política no es requisito para optar por un cargo, pero tampoco puede constituirse en el motivo para la separación.¹⁶³

Para finalizar el estado de la crisis, después de la caída de Gutiérrez, le sustituye el vicepresidente Alfredo Palacio, quien en principio ofreció reformar la Constitución,

¹⁶¹ Gina Benavides, “Avances en la construcción del Estado constitucional de derechos y justicia. Balance 2008”, en PADH, comp., *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, op. cit., p. 38.

¹⁶² Julio César Trujillo, “La reorganización de la Corte Suprema de Justicia o la degradación del Estado de Derecho”, en *Foro: revista de derecho*, No. 4, Quito, Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2005, p. 7-10.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 14.

posición que determinó la necesidad de convocar a una Asamblea Constituyente para que elabore una nueva Constitución (la número 20).¹⁶⁴

Los hechos subsiguientes a la destitución de los funcionarios de alta jerarquía (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo Electoral) demostraron la profunda inconformidad de la ciudadanía con las providencias expedidas en las causas penales que favorecieron al ex presidente Bucaram, cuando al grito de “que se vayan todos” se volcó masivamente a las calles y plazas de Quito, lo que provocó el temor del Presidente Gutiérrez, que en el afán de evitar su salida del cargo, expidió dos decretos, el primero para proclamar el estado de emergencia y el segundo para declarar cesantes a los magistrados que fueron nombrados el 8 de diciembre de 2004, más ni estas medidas tuvieron la fuerza para apaciguar la indignación ciudadana por las lesiones al Estado de derecho, situación delicada que provocó la intervención del Congreso Nacional a través de la Resolución del 17 de abril de 2005 en cuyo artículo 3 se comprometía a dictar el “instrumento jurídico” que permita restablecer la institucionalidad de la Función Judicial y nombrar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.¹⁶⁵

Durante varios meses efectivamente se realizó un concurso público para designar y posesionar a los 31 nuevos magistrados, el que se desarrolló bajo la veeduría de los organismos internacionales: Organización de Estados Americanos, Comunidad Andina de Naciones y Naciones Unidas.¹⁶⁶ Pero también hubo cuestionamientos referidos al incumplimiento del artículo 202 de la Constitución vigente que disponía como medio de designación la cooptación, que resultó imposible de cumplir, como lo expresó el veedor de la CAN:

¹⁶⁴ “Palacio da luces sobre lo que quiere de la asamblea”, en *El Comercio*, 31 de octubre de 2006, p. A6.

¹⁶⁵ Resolución del Congreso Nacional de 17 de abril de 2005, citado por Julio César Trujillo, “La reorganización de la Corte Suprema o la degradación del...”, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁶ Amelia Ribadeneira, “311 personas buscaron un cupo en la Corte Suprema de Justicia”, en Amelia Ribadeneira, *Una Corte de Justicia con la participación de la ciudadanía*, Quito, Imprenta Don Bosco, 2006, p. 55.

En el contexto que vive el Ecuador, no había otra solución. ¿Cuál corte se cooptaba? La de 1997, que en mi opinión estaba cuestionada por la opinión pública; dejar que la corte de diciembre continúe era peor todavía. La cooptación que era el mecanismo constitucional no se podía aplicar, tenía que aparecer un hecho fundante, de nacimiento, que marcara un nuevo rumbo de la Corte Suprema. Creo que la forma con que fue resuelta la crisis, fue la mejor.¹⁶⁷

La reflexión obligada en este punto se dirige al altísimo costo que ha significado para la administración de justicia la injerencia política, de modo permanente los partidos han orientado sus acciones para apoderarse de ella, o de la “porción” que les corresponda, sin tomar en cuenta que su independencia e imparcialidad son los principios constitucionales que deben reflejarse en el accionar diario de los jueces, como se desprende de las palabras de Lord Daniel Brennan:

Un estado democrático tiene su balance de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Suprema Corte. En mi opinión, lo más importante para los principios de desarrollo de un país es su sistema de justicia. [...] Yo no puedo entender cómo se puede nombrar gente como jueces de una Corte Suprema viniendo de partidos políticos con tantas vinculaciones. Eso, para mí, es completamente un anacronismo, porque un buen juez no tiene nada que ver con el mundo político, sino solamente con el mundo de la ley y la Constitución [...] Es una sorpresa para mí escuchar la palabra reorganización. En primer lugar, es un fracaso, es decir adiós a la Corte Suprema y luego bienvenida la segunda Corte, ese no es un plan democrático. Estoy muy preocupado por los riesgos de no tener una Corte Suprema, el primer riesgo es que se puede producir una pérdida de la confianza de todo el pueblo en la institución jurídica, eso es una cosa gravísima [...] ¹⁶⁸ (El subrayado me pertenece).

De acuerdo a los elementos expuestos, se considera que en el escenario político social, caracterizado por la crisis de institucionalidad, gobernabilidad y democracia,

¹⁶⁷ Alberto Adrianzén, veedor de la Comunidad Andina de Naciones, citado por Amelia Rivadeneira, *ibid.*, p. 55.

¹⁶⁸ Lord Daniel Brennan, magistrado británico, integrante de la Cámara de los Lores del Parlamento del Reino Unido, en entrevista publicada en *El Universo*, 18 de septiembre de 2005, p. 5D.

como resultado de la injerencia política, la Función Judicial ha quedado con la peor parte, estigmatizada por la falta de independencia que le impide cumplir su labor con imparcialidad, lo que a la vez genera la desconfianza de la ciudadanía en la administración de justicia, como se verá seguidamente, Julio César Trujillo lo expresa así:

El vía crucis que vive el Ecuador, con sus caídas y levantadas, en sus esfuerzos por restablecer uno de los pilares o piedra sillar del Estado democrático y social de derecho, como es la autonomía de la Función Judicial y jueces independientes, constituye una prueba dolorosa e inmensurablemente difícil y costosa del desquiciamiento causado por la mayoría del Congreso Nacional y la ignorancia de un militar que desacredita a las Fuerzas Armadas y deshonra a la patria.¹⁶⁹

1.3.4. Razones de los constituyentes para incorporar la AEP en el sistema de garantías constitucionales del Ecuador

La acción extraordinaria de protección es, evidentemente una institución nueva en nuestro desarrollo constitucional y en el contexto latinoamericano comparte únicamente con México, la constitucionalización de una acción autónoma para permitir la revisión de las sentencias judiciales, en otros países hay prácticas jurisprudenciales derivadas de las normas constitucionales que admiten y permiten tal revisión, como sucede en Colombia y Brasil, pero no tienen un origen constitucional individualizado como en nuestro caso y el de México.

Ante esta realidad de que la AEP es una garantía jurisdiccional creada en la Asamblea Constituyente de Montecristi, es conveniente escudriñar en las exposiciones, documentos, actuaciones, debates y Actas de la Asamblea 2008 en las que aparecen las razones de los constituyentes para establecerla. Esto es, aplicando lo que dice Ramiro Ávila, el conocimiento o *los saberes* que dan lugar al *Derecho (Constitucional)* el que a

¹⁶⁹ Julio César Trujillo, “La reorganización de la Corte Suprema o la degradación del Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 22.

la vez deberá ser puesto en práctica por las *instituciones u órganos* que son los que visibilizan la decisión normativa que encierra la trilogía de permanente influencia: ideología-saber-conocimiento,¹⁷⁰ porque de esta manera se alcanza la finalidad suprema de la eficacia y efectividad de los derechos.

La acción extraordinaria de protección, tal como se la denomina en el texto constitucional, para distinguirla de la acción de protección (que corresponde a la anterior acción de amparo), fue una concepción originaria de la Comisión de Juristas del Consejo Nacional de Educación Superior, CONESUP,¹⁷¹ conformada por Decreto presidencial publicado en el Registro Oficial el 5 de marzo de 2007, para “que se encargue de elaborar un texto de nueva Constitución, que sirva como documento de trabajo o referencial para la próxima Asamblea Nacional Constituyente”,¹⁷² lo que efectivamente se cumplió con la entrega del Proyecto, en cuyo texto se lee:

Artículo 114

1. Cuando exista violación de las garantías del debido proceso, la parte afectada podrá interponer, para ante la Corte Constitucional, el recurso extraordinario de amparo en contra de sentencias firmes dictadas por cualquier juez, corte o tribunal de la justicia ordinaria respecto de las cuales no quepa ningún recurso judicial.
2. Este recurso extraordinario de amparo es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo

¹⁷⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos”, en Ramiro Ávila, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 16.

¹⁷¹ Entrevistas: al doctor Agustín Grijalva el 6 de julio de 2009 en la que manifestó que el “Recurso Extraordinario de Amparo” como se lo denominó en principio, fue presentado dentro del Proyecto del CONESUP; y, al doctor Santiago Andrade Ubidia, dos entrevistas realizadas los días 13 de julio de 2009 y 5 de agosto del mismo año, en las que expresó que efectivamente, la institución constaba en el documento preparado por la Comisión de Juristas del CONESUP, puntualizando que tal inclusión fue de su propia iniciativa, debido a su conocimiento de que en ciertas oportunidades se habían dado actuaciones judiciales que no cumplieron el debido proceso, y que, en principio no fue aceptado por todos los integrantes de la Comisión, pero que la argumentación de que era necesario defender a los ciudadanos de resoluciones que contrarían el debido proceso, terminó haciendo parte de su convicción. La transcripción de la entrevista de 5 de agosto de 2009 consta como anexo.

¹⁷² Comisión de Juristas CONESUP, *Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador*, Quito, 2007, publicación bajo el auspicio de la cooperación internacional “sin intervenir en sus contenidos”, p. 3.

3. Si el recurso extraordinario de amparo fuere presentada (sic) para obstaculizar la justicia o retardar la sustanciación de la causa, el juez constitucional deberá rechazar el recurso y, si es del caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley.

Con este texto se presentó originalmente el denominado recurso extraordinario, el que fue remitido a la Asamblea Constituyente de Montecristi, organizada en Mesas de Trabajo, correspondiendo su tratamiento a la número 8 “Justicia y Lucha contra la corrupción”.

Otro proyecto fue presentado por el Tribunal Constitucional en enero de 2008, como corolario del evento que organizó en octubre de 2007, denominado “Un cambio constitucional ineludible: la Corte Constitucional” orientado básicamente a demostrar la necesidad del fortalecimiento de la justicia constitucional, el que se haría realidad a través de la transformación del Tribunal en Corte Constitucional.¹⁷³ Es en este documento en donde se encuentra el origen de la ampliación de los derechos que pueden ser objeto de la garantía, a todos los derechos, porque el proyecto de la Comisión CONESUP únicamente establecía como causa para la interposición del recurso extraordinario de amparo, el derecho al debido proceso.

Desde la investigación se comparte el criterio de que la AEP debería proteger únicamente a los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, porque siendo una nueva versión del litigio que se dirige en contra de los jueces o tribunales, resulta lógico que ellos en su calidad de legitimado pasivo tengan la responsabilidad únicamente de lo que han cometido o han dejado de hacer dentro del proceso, que

¹⁷³ Tribunal Constitucional del Ecuador, *Proyecto: “Sistema de Administración de Justicia Constitucional”*, Quito, Publicación del Tribunal Constitucional, Relaciones Públicas, enero 2008, p. 5-13. La resolución del Pleno del Tribunal Constitucional fue “Presentar a consideración de la Asamblea Constituyente el siguiente Proyecto de Estructura Orgánica y atribuciones del Sistema de Administración de Justicia Constitucional” e incluyó las competencias de la Corte Constitucional, que en el numeral 4 establecía: “Conocer y resolver las acciones de amparo en contra de sentencias, autos u otras decisiones judiciales definitivas pronunciadas por la justicia ordinaria, cuando estas violen el debido proceso u otros derechos fundamentales. La ley regulará el respectivo procedimiento”. (El resaltado fuera del texto).

siempre se circunscribirá al respeto de los derechos de acceder a la justicia y al debido proceso que tienen las partes procesales; no debería pretenderse que respondan por lo que no es consecuencia de sus acciones u omisiones. Esta posición contiene el sentido de equidad que deviene del argumento de que los pronunciamientos de los jueces también deben ser escrutados al igual que los demás funcionarios públicos, pues en contrario sensum, solo deben responder por lo que hacen o dejan de hacer.

1.3.4.1. Primer debate y observaciones

En el Plenario de la Asamblea Constituyente, la institución fue tratada en primer debate dentro de la sesión de 4 de julio de 2008, en conocimiento de dos informes presentados por la Mesa 8 presentados bajo la denominación “Justicia ordinaria, Servicios notariales y Garantías constitucionales”, uno de Mayoría (8 Asambleístas) y uno de Minoría (3 Asambleístas). En la primera parte el Informe de mayoría hace la presentación general de los temas que se tratan, y en lo concreto del Recurso Extraordinario de Amparo, (se lo sigue llamando así) dice:

Esta nueva figura es una innovación en el Ecuador: no obstante se encuentra en todos los países del área andina y en otros países latinoamericanos y europeos. Esta acción complementa la protección de los ciudadanos contra cualquier acto de violación de sus derechos, como es la Acción de Amparo en contra de actos u omisiones de autoridades públicas; ahora podrá interponerse contra decisiones judiciales cuando se vulnere el debido proceso u otro derecho constitucional. Cabe señalar que en el Ecuador no se contaba con un recurso que garantice el derecho a la protección judicial en estos casos, vulnerándose así el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) [...] que establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” Es importante mencionar que en un Estado Constitucional de Derecho, todas las autoridades públicas deben estar sometidas a la Constitución, lo que incluye a los jueces. Pese a que ellos se encontraban sometidos al ordenamiento jurídico, no existía

ningún recurso para la ciudadanía contra sus actos en caso de que estos vulneraran derechos fundamentales. [...] ¹⁷⁴

En el articulado, el mismo documento presenta el siguiente texto:

Del recurso extraordinario de amparo.

Artículo 14.- El recurso extraordinario de amparo procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en esta Constitución, se interpondrá ante la Corte Constitucional, en el efecto devolutivo. Este recurso procede si es que se han 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 del titular del derecho constitucional violado. Cuando el recurso de amparo sea presentado para obstaculizar la justicia, retardar la ejecución de la sentencia o como otra instancia más, el juez que conozca deberá rechazar el recurso y, si es del caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley.

Comparando este texto con el inicial de la Comisión CONESUP se aprecia que se mantienen ciertos aspectos contemplados en aquel: i) Se lo sigue denominando *Recurso extraordinario de amparo*; ii) Se expresa que debe interponerse ante la Corte Constitucional; iii) Tiene la calidad de subsidiario, porque puede ser ejercido solo si se han agotado todos los recursos judiciales; iv) La prevención de que si existe falta de interposición de algún recurso, no sea atribuible al titular del derecho lesionado; v) La prevención de que si el recurso se presenta “para obstaculizar la justicia, retardar la ejecución de la sentencia o como otra instancia más, el juez que conozca deberá rechazar el recurso y, si es del caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley”.

De la comparación también se generan diferencias: 1. En la Mesa 8 se amplía el ámbito de acción del Recurso porque expresa que es procedente por lesión de “derechos reconocidos en esta Constitución” (todos los derechos constitucionales) mientras que el Proyecto CONESUP lo circunscribe únicamente a “las garantías del debido proceso”; y,

¹⁷⁴ Asamblea Constituyente 2008, Acta 076 de 4 de julio de 2008, p. 13.

2. La Mesa 8 pone el límite del Recurso “en el efecto devolutivo” mientras que el Proyecto CONESUP al no determinar nada, se asumían incluidos tanto el efecto suspensivo como el devolutivo.

Por otra parte, el Informe de minoría expresa que a pesar de que la esencia del recurso extraordinario de amparo es positiva “conlleva el peligro de convertirse en una cuarta instancia, lo cual redundaría en un mayor caos, en procesos interminables y engorrosos, y además se replicarían los vicios de la práctica de la casación [...]” y sugiere que más bien debería plantearse la reforma a la Ley de Casación para que se incluya entre las causales de procedibilidad la violación de derechos constitucionales por acción u omisión, además se refiere a la contradicción que aparece entre la gravedad que encierra una lesión a los derechos fundamentales y la disposición de que el recurso tenga únicamente el efecto devolutivo, concluye indicando que la institución no debe incluirse en la Constitución ni en el ordenamiento jurídico.¹⁷⁵

Con el objeto de establecer las razones de los asambleístas para crear una garantía jurisdiccional nueva, se analizan las partes pertinentes de las tres principales intervenciones a favor de la creación de la institución, de los Asambleístas Fernando Vega, María Paula Romo y Lenin Hurtado,¹⁷⁶ que las orientan a la necesidad de los ciudadanos de contar con las garantías para hacer efectivos sus derechos y que en el caso concreto del “Recurso extraordinario de protección” se constituye en la vía judicial encaminada a preservar a los ciudadanos frente a los problemas que arrastra la justicia, porque esa realidad le vuelve frágil, porque no tiene instrumentos para contrarrestar ni la práctica de una justicia politizada y retardada ni los efectos de la estructura institucional deteriorada. Además de la defensa de los derechos humanos, también enfocan las intervenciones a acusar a la Función Judicial por:

¹⁷⁵ Oficio de 12 de julio de 2008 suscrito por la Asambleísta Catalina Ayala.

¹⁷⁶ Asamblea Constituyente 2008, Acta 076 de 4 de julio de 2008, p. 48, 96 y 114. Las transcripciones textuales de estas intervenciones constan como anexo.

- a) Falta de mecanismos que garanticen la justiciabilidad de los derechos.
- b) Injerencia de los partidos políticos que se han adueñado de la justicia.
- c) Falta de atención a la mayoría de la población en los juzgados de primera instancia.
- d) También se arguye la existencia de la institución en otros países.

Adicionalmente, en el debate se argumentan otras motivaciones que inciden en la necesidad de buscar la transformación del Sector Justicia, y que también tocan a la Acción extraordinaria, es decir que se constituyen en el denominador común para el cambio y para crear la institución:

- a) Pérdida de credibilidad de la ciudadanía en la justicia.
- b) Bajos estándares de calificación en el contexto latinoamericano.
- c) Telaraña de leyes que propician el sacrificio de la justicia por las formalidades.
- d) Falta de mecanismos que permitan la vigilancia ciudadana a la justicia.
- e) Represamiento de las causas sin trámite. 60% de presos sin sentencia.
- f) Ausencia de independencia interna y externa de la Función Judicial.
- g) Cambio de denominación de la Corte Suprema para garantizar la independencia de los jueces de instancia.

Para complementar el escenario, se analizan, para contraponerlas y alcanzar un saludable debate, tres intervenciones opuestas a la creación del recurso extraordinario de protección, pertenecientes a los assembleístas Mae Montaña, Tito Nilton Mendoza y Sergio Chacón,¹⁷⁷ las que se resumen en los siguientes puntos:

- a) La creación de la Corte Constitucional tiene un objetivo político para constituir la en el máximo estamento de la institucionalidad.
- b) La instauración del recurso de amparo se convertirá en la cuarta instancia.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 52, 62-63, 99.

- c) Desaparece la calidad de cosa juzgada en los fallos de la justicia ordinaria.
- d) Si la corrupción está en la Función Judicial, no es cuestión de los jueces hay que enderezarla pero de otra manera, no acabando con todo.
- e) En el recurso extraordinario de amparo va a generar la discrecionalidad de los jueces.
- f) El mayor mal que tiene la justicia es la lentitud que seguramente se agravará por el incremento de procesos que implica la nueva acción extraordinaria de amparo.

1.3.4.2. Segundo debate y texto final

Las sesiones de 13 y 15 de julio de 2008 fueron el escenario para el segundo debate sobre el recurso extraordinario de amparo.¹⁷⁸ En la primera de estas sesiones la asambleísta Martha Roldós manifestó su desacuerdo de que el tema de las Garantías Constitucionales sea tratado en una sesión extraordinaria y domingo por la noche, debido a su trascendencia, por lo que consideraba conveniente dejarlo para ser tratado como primer punto del siguiente Orden del Día, cuando podía ser transmitido para que conozca la ciudadanía; el criterio de la presidencia fue que se dé lectura al Informe de Mayoría y que se escuche a la asambleísta delegada por la Mesa 8 como ponente. En lo concreto de la acción extraordinaria de protección, el Informe de Mayoría expresó:

[...] Los textos de garantías constitucionales recibieron aportes y comentarios de varios asambleístas que incrementaron la importancia de que estas se encuentren plasmadas en este nuevo texto constitucional, como parte esencial del deber del Estado de garantizar los derechos humanos. De esta forma se ha incluido (sic) aportes que dan fuerza a la oralidad en todas las fases e instancias de los procedimientos para interponer las garantías judiciales. Se cambió el nombre de la acción de amparo por la acción de protección, en virtud de que el amparo ha sido desnaturalizado por el uso abusivo y excesivo que se le ha dado, al punto que se ha llevado a su desgaste y desprestigio. El recurso de amparo ha mantenido una connotación casi de beneficencia por lo que hay

¹⁷⁸ Asamblea Constituyente 2008, Actas No. 084, de 13 de julio de 2008, p. 122-184 (transcribe el Informe de Mayoría), y No. 086, de 15 de julio de 2008, p. 202-261.

que expulsar del imaginario colectivo esta concepción por otra que, garantice y proteja efectivamente los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Asimismo, el recurso extraordinario de amparo se mantiene como Recurso Extraordinario de Protección [...] (p. 126)

El texto de la disposición, después de recoger las observaciones de los asambleístas al primer debate fue presentado así:

Artículo 14.

El recurso extraordinario de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en esta Constitución, se interpondrá ante la Corte Constitucional, en el efecto devolutivo en los casos y por causas que establezca la ley. Este recurso procede si es que se han 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 del titular del derecho constitucional violado. (p. 140)

Así se da el cambio de nombre para la Acción de amparo, cambio que también operó para el Recurso Extraordinario de Protección que en el texto definitivo es el artículo 94, “Acción extraordinaria de protección”, aun cuando se lo mantiene en este documento:

Finalmente se recibieron observaciones frente al Recurso Extraordinario de Protección, por lo que se añadió que se interpondrá ante la Corte Constitucional “en los casos y por las causas que establezca la ley” con miras a que se precise estos estándares técnicos y su procedimiento. Con esta disposición se evitará los temores que la Corte Constitucional actúe como cuarta instancia. Fs. 144

Por otra parte, hubo intervenciones que presentaron argumentos en contra de la tesis de mayoría, estos fueron de los asambleístas Tito Nilton Mendoza,¹⁷⁹ y Catalina Ayala, Mae Montaña, Tania Hermida, Vicente Taiano, Julio Logroño.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Asamblea Constituyente 2008, Acta 084 citada, p. 151-154.

En estas intervenciones se redarguyen las posiciones contrarias que criticaron a la acción de amparo, expresadas en el primer debate, las que se pueden resumir así:

1. Sobre la justificación de la creación del Recurso extraordinario de protección está expresada en los objetivos de i) Alcanzar una real aplicación de la supremacía de la Constitución, ii) Privilegiar la defensa de los derechos humanos, iii) Obtener la unificación jurisprudencial entendida como la “*unificación en el entendimiento de los derechos humanos*” y su interpretación porque la nueva Constitución permite superar el legalismo de los jueces mediante la acción de “*ponderar derechos en conflictos concretos*” (Asambleísta Tania Hermida);
2. En relación al retardo que provocará en la administración de justicia, se debe anteponer que las garantías jurisdiccionales son en general, recursos sencillos, rápidos e informales que deben responder al establecimiento de un término que debe constar como requisito en la Ley para que las sentencias y autos no queden indefinidamente abiertos a la interposición de recursos;
3. Respecto a que se deja sin efecto el principio de la cosa juzgada, se remite a la necesidad de que toda resolución debe tener un mínimo de justicia material, caso contrario no puede constituir cosa juzgada porque es susceptible de revisión;
4. A la argumentación de que no se deben dar los cambios de manera inorgánica, se opone la convicción de que se deben usar los conceptos de un modo nuevo, que si la Constitución tiene paradigmas nuevos, debe ser también nueva la forma de enfrentar la realidad desde cada ciudadano, sin resistencias injustificadas al cambio;

¹⁸⁰ Asamblea Constituyente 2008, Acta 086 citada, p. 202-261.

5. La crítica de que se está implementando una cuarta instancia se desvirtúa porque la revisión no implica los aspectos de fondo sino únicamente la presunta violación de derechos constitucionales y en especial del debido proceso.
6. Frente a las opiniones de que se dará un abuso del Recurso, se debe tener en cuenta que nada justifica la violación de un derecho fundamental que pueda quedar en la impunidad.

Las respuestas de contradicción en contra de la creación de la AEP, se basan en las siguientes argumentaciones:

- a) El establecimiento de dos cabezas en la justicia: constitucional y ordinaria, revela una intencionalidad política al crear una Corte Constitucional que es el mismo Tribunal Constitucional de nueve miembros, sin cambios.
- b) El peligro es que la ley no alcance a reflejar la terminología de la Constitución y por lo tanto, no obtenga la eficacia ante los ciudadanos, de ahí que es trascendental la concepción y redacción de la ley.
- c) Este peligro es mayor porque el efecto más bien puede ser totalmente opuesto, un peligroso retardo de procesos, ya que se van a concentrar en la Corte Constitucional tanto los procesos por el recurso extraordinario de protección cuanto aquellos remitidos por los jueces en virtud de la presunción de *“que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los tratados internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución”* (artículo 428 de la Constitución 2008).

Como conclusión de este punto, puede concordarse en la necesidad de establecer la garantía a partir del criterio de que la protección de los derechos requiere la creación de los mecanismos procesales que garanticen su eficacia y efectividad, este es el mayor desafío de la Constitución 2008, alcanzar la materialización del texto en beneficio de los

ciudadanos, aspecto que es el interés de este trabajo y que se irá desbrozando en su desarrollo. Pero también consigna que hay contra argumentaciones con suficiencia en la argumentación jurídica, lo que les reviste de solidez y que deben ser tomadas en cuenta no solo en la elaboración de las normas secundarias sino en la práctica diaria.

1.3.5. Las críticas reconducidas en beneficio de la AEP

Como sucede con los procesos que implican cambios, y mucho más cuando se transforma la estructura institucional del Estado, la nueva Carta Suprema del Ecuador generó resistencias.

En lo concreto de la acción extraordinaria de protección, los argumentos en contrario fueron rebatidos y reconducidos en su beneficio, para demostrar su legitimidad y conveniencia, así sucedió con el criterio de que atenta a la seguridad jurídica y a la cosa juzgada, e igualmente que se constituirá en una nueva instancia.

Respecto de *la seguridad jurídica*, se aseguró que se encuentra en peligro debido a la creación de la acción extraordinaria. Pero en el escenario de vigorización de los derechos humanos y sus garantías, conforme corresponde al Estado constitucional, se respondió que se están replanteando las instituciones para orientarlas al servicio de ese fortalecimiento, desde que su protección debe ser el objetivo final de cualquier decisión judicial. Así lo acepta Grijalva, quien encuentra acertada la transformación que se dio en el Ecuador a partir de la Carta de Montecristi porque el escenario anterior no correspondía a la defensa de los derechos humanos:

En el caso ecuatoriano en particular en las resoluciones del Tribunal Constitucional predomina una suerte de anacronismo judicial y doctrinario que ha impedido una adecuada tarea de definición y, por tanto, de defensa de los derechos constitucionales. Con frecuencia, los derechos constitucionales son confundidos con los derechos

patrimoniales, los problemas de legalidad con los de constitucionalidad, mientras que los aspectos legales son totalmente priorizados sobre los sustanciales.¹⁸¹

Sobre este criterio, Aponte manifiesta que la Constitución en Colombia es la última fuente del Derecho de la que debe nutrirse la certeza jurídica, de manera especial de su contenido axiológico y de la normativa que encierra en sí. Defiende el “desplazamiento” institucional que es una tesis renovada, pues afirma que solo se produce un movimiento del quehacer jurídico desde la justicia ordinaria a la justicia constitucional, aseverando que no implica ninguna vulneración de la certeza y seguridad jurídicas, más bien aclara que estas son lesionadas cuando un juez puede llegar a aplicar de manera arbitraria la ley, o pueden cambiar los criterios contenidos en la jurisprudencia aún los operadores de la justicia.¹⁸²

También Botero Marino y Jaramillo, tratan de la importancia de la tutela contra sentencias¹⁸³ sustentándola en cuatro aspectos: a) Hace efectiva la garantía de supremacía de la Constitución, para lo que es necesario que su auténtica interpretación sea entregada a un órgano, que en el caso de su país es la Corte Constitucional, a ella le corresponde decidir la interpretación más adecuada de los derechos fundamentales, o sea que debe actuar como órgano de cierre en materia de interpretación de derechos fundamentales; b) Evita que cada una de las otras tres Altas Cortes interpreten ciertos derechos de distinta manera, que se dan en relación con las distintas jurisdicciones o con la región en que se desenvuelve el juez, así se asegura una aplicación uniforme del derecho, con lo que se asegura la vigencia de la seguridad jurídica y de la igualdad, esto

¹⁸¹ Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, *op. cit.*, p. 280.

¹⁸² Alejandro David Aponte, “La tutela contra sentencias: el Juez como garante de los derechos humanos fundamentales”, *op. cit.*, p. 107.

¹⁸³ Catalina Botero Marino, Juan Fernando Jaramillo, “El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”, en *Documentos de Discusión*, No. 3, octubre de 2006 www.Dejusticia.org, consultado el 11.09.09. Dentro de un amplio análisis de la evolución de la Tutela contra sentencias judiciales a partir de la Constitución de 1991, incluye en el Punto IV la defensa de la acción de Tutela.

último porque los ciudadanos tienen la certeza de cuál va a ser la interpretación de las normas desde la justicia y de que van a recibir el mismo trato; c) Permite que el derecho (preconstitucional) se articule con la Constitución porque conduce a los operadores de la justicia ordinaria para que interpreten y apliquen las normas a partir del derecho constitucional; d) Permite la aparición de una cultura democrática a partir del resguardo efectivo de los derechos de las personas y de los valores del Estado social y democrático de derecho. La observación que se debe hacer a esta posición es que reduce la protección de los derechos humanos a esta sola garantía, cuando en nuestro país, es parte del sistema que incluye a otras que también comparten la defensa de los derechos fundamentales.

Acerca de la inculpación de que la acción extraordinaria deja sin valor la cosa juzgada, se remite a la oportunidad que tiene la garantía de reabrir un proceso que tiene sentencia definitiva, lo que significa que ha desaparecido la institución que permitía sellar un proceso con legitimidad, porque la cuestión sometida al arbitrio de los operadores de justicia, una vez que cumple el procedimiento establecido, se forma un juicio en el que se resuelve mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, da lugar a que esta cuestión tenga la calidad de *juzgada* porque fue conocida en un juicio lógico en el que se obtiene la sentencia, que guarda en sí la característica de la eficacia, con lo que, al decir de Ugo Rocco, “se tiene la autoridad de la cosa juzgada, por lo cual se entiende, por tanto, la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida en la sentencia”.¹⁸⁴

Por otra parte, la falta de fundamento de esta acusación, ha sido expuesta desde la doctrina colombiana, Aponte la reduce a una confrontación en defensa de los espacios de poder, que están dados porque el último criterio es el que alcanza para

¹⁸⁴ Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2002, p. 412.

ejercer la autoridad, tanto más que está revestida de legitimidad, por lo que entraña un culto desmedido a esa autoridad que pone en peligro la construcción del andamiaje para defender los derechos humanos, lo que hace indispensable que las decisiones del juez sean objeto de revisión porque lo contrario es aceptar que sus criterios, aún los errados por contrariar el Derecho, sean indiscutiblemente aceptados porque provienen de la autoridad, concluye diciendo “la sola autoridad fundaría entonces el derecho mismo”. Para respaldar sus aseveraciones se remite al voto salvado en la sentencia C-543-92¹⁸⁵ que expresa que la cosa juzgada se puede preservar “solamente a partir de un completo sojuzgamiento del individuo por el Estado –alienación total–”, advirtiendo que se pretende defender a la cosa juzgada como “un extremo recurso de legitimidad”, por lo que insiste en que no se puede dejar al juez por fuera de la revisión constitucional. Sobre este punto me permito acotar que la misma argumentación se puede utilizar acerca de las decisiones del juez constitucional, por lo que el sistema debería prever una revisión para los casos de error evidente, aunque se efectúe en la misma instancia constitucional.

La réplica en contra de la observación de que va a desaparecer la cosa juzgada incluye, según la doctrina de Aponte, la aceptación de que se ha producido una nueva institucionalidad, en la que se destaca también el desplazamiento de la cosa juzgada, que se produce en el instante en que ocurre, desde la justicia ordinaria hacia la Corte Constitucional, no desaparece, simplemente se desplaza. Lo explica debidamente fundado en el artículo 238 de la Constitución de Colombia que ordena la primacía del

¹⁸⁵ La referencia (del citado autor Aponte) a la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional de Colombia es reiterativa, en este punto realza el texto constitucional del artículo 86 de la Norma Suprema que otorga “protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública” para sostener que no determina si es que cuando se dice *autoridad pública* se incluyen a los jueces, criticando la falta de claridad, pues la sentencia acepta que los jueces son autoridad pública pero evade el problema cuando expresa “ello no significa que proceda dicha acción contra sus providencias”.

derecho sustancial¹⁸⁶ en las sentencias y en todas las actuaciones, lo que incluye *prima facie* a los derechos fundamentales, todo esto, concluye, debe dar lugar a la búsqueda de un reacomodo de las relaciones individuo-Estado.

Los autores Botero y Jaramillo añaden a la defensa el criterio del magistrado del Tribunal Constitucional de España, Pablo Pérez Tremps, de que con la revisión de las sentencias no se toca a la cosa juzgada, porque los fallos no alcanzan a ser definitivos hasta que no se haya vencido el término para su caducidad, término que es el fijado para interponer la respectiva acción de tutela, argumento que implica que mientras no transcurra este tiempo en que se puede acudir a la Corte Constitucional, no se puede hablar de inmovilidad de una sentencia *ejecutoriada*.¹⁸⁷

Los temas que se han examinado también son objeto de atención en la doctrina española, así lo expresa Carrasco Durán, quien afirma que actualmente la interpretación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han reconocido de manera reiterada el derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión, desde donde resultan insostenibles las tradicionales aseveraciones de que la *adquisición* de la cosa juzgada inmoviliza las irregularidades que hayan podido producirse en un proceso, ahora ya no es posible soslayar actuaciones procesales que vulneren los derechos fundamentales; contrariamente, este es el origen de que se busquen nuevas vías procesales para reparar las posibles lesiones a tales derechos, a pesar de que se haya pronunciado sentencia y esta se haya ejecutoriado. De manera firme aclara que esta situación no puede conducir a la creencia de que se ha superado el principio de la seguridad jurídica, porque esta debe estar presente para que la reacción a las violaciones

¹⁸⁶ Juan Pablo Morales Viteri, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, *op. cit.*, p. 89. La distinción doctrinaria entre normas formales y normas sustanciales se desprende de la mención que hace Juan Pablo Viteri acerca del criterio de Luigi Ferrajoli, indicando que son formales cuando tratan de la existencia y ser del derecho y son sustanciales las que se refieren al deber ser y a la validez; los derechos fundamentales se sitúan en los derechos sustanciales.

¹⁸⁷ Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 237, citado por Catalina Botero y Juan Jaramillo, *op. cit.*, Punto IV.

de derechos se sustancien en los plazos y dentro de los andariveles procesales previamente determinados, no se ha de considerar permanentemente abierta la posibilidad de iniciar la revisión de una sentencia judicial, también se ha de cumplir la previsión de que hay lugar a la tutela porque se ha dejado de cumplir una garantía procesal que lesiona la garantía de tutela efectiva, o su derecho a un juicio con las garantías constitucionales o que le hubiese colocado en indefensión; lo que sucede es que ya no se puede considerar de manera aislada a la cosa juzgada sino que debe coexistir con una nueva pieza constitucional: la necesidad de otorgar efectividad al derecho a la tutela judicial efectiva, a la proscripción de indefensión y a un proceso con todas las garantías constitucionales, volviéndose indispensable encontrar el equilibrio entre esos dos extremos, ese es el desafío para encontrar los mecanismos contra el quebrantamiento de los derechos.¹⁸⁸

Doctrinariamente la cosa juzgada es una institución de alta valía conceptual porque contiene la certeza del derecho que es la que asegura la paz social, cuando la declaración de certeza en la sentencia influye en la situación sustancial preexistente, y adquiere valor para los juicios futuros al ser capaz de precluir toda eventualidad que impedirá volver a proponer *“una nueva demanda judicial respecto a lo que ha constituido ya objeto de la cosa juzgada”*¹⁸⁹ aspecto que le otorga relevancia procesal.

En el caso del Ecuador, el Código de Procedimiento Civil establece que el resultado de la sentencia ejecutoriada está en los efectos irrevocables para las partes

¹⁸⁸ Manuel Carrasco Durán, “La defensa de los derechos fundamentales procesales ante la jurisdicción ordinaria: la Ley Orgánica 19/2003 de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en Pablo Lucas Murillo y Encarna Carmona, coords., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, Cuenca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 207-217. De manera central, el objeto del análisis se dirige a un punto más específico para la defensa de los derechos a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión, estudia la nueva reacción procesal a las vulneraciones de derechos constitucionales que no se circunscriben al amparo constitucional, es el incidente de nulidad de actuaciones contenido en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, creado para aliviar la presión a que se ha sometido al Tribunal Constitucional por el exceso de recursos de amparo presentados con fundamento del artículo 24 de la Constitución española.

¹⁸⁹ Mario Vellani, *Naturaleza de la cosa juzgada*, vol. 2, México, Corporación de Editores, 2002, p. 54.

litigantes y sus sucesores en derecho, por lo que no puede intentarse una nueva acción cuando exista *“identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho”*.¹⁹⁰

Sobre este tema, Zavala Egas hace un importante análisis cuando diferencia entre el fondo del asunto o sea la materia del litigio y el derecho al debido proceso que debe ser irrestrictamente respetado, tanto más interesante es este tema cuanto que lo realiza en el año 2000, cuando estaba vigente la Constitución codificada de 1998 y la acción de amparo no podía ser iniciada en contra de las decisiones judiciales, por expresa disposición del artículo 95 de la Constitución. Dice el autor que la limitación realizada para que no sea susceptible de amparo es exclusivamente

a la valoración jurídica del acervo probatorio de los hechos acogida por los jueces y tribunales, sobre lo cual ningún órgano judicial o extrajudicial puede volver a pronunciarse, pero no cuando se trata de proteger el derecho al debido proceso, incluida la tutela judicial efectiva, pues es obvio que no se está demandado amparo contra una decisión judicial, sino contra la violación del derecho al debido proceso, por lo que tal amparo no se encuentra comprendido en la prohibición constitucional.¹⁹¹

La investigadora concuerda con lo expresado, es necesario abrir la cosa juzgada para buscar la justicia, pero advirtiendo que la acción extraordinaria debe presentarse únicamente para que se revise la legitimidad constitucional de la sentencia, para cuyo efecto el fundamento debe concretarse a la violación de derechos constitucionales, aspecto que debe ser celosamente cuidado por la Corte Constitucional.

¹⁹⁰ Código de Procedimiento Civil del Ecuador, artículo 297.

¹⁹¹ Jorge Zavala Egas, “La unidad jurisdiccional”, *op. cit.*, p. 22.

*La creación de la cuarta instancia judicial.*¹⁹² Esta acusación implica la transformación de las instancias judiciales, que constan establecidas para ser sustanciadas ante el juez ordinario, la apelación en el segundo nivel y la casación en la Corte Suprema. Se ha entendido que la acción extraordinaria de protección pone en peligro la organización procesal basada en el orden secuencial que finaliza en el máximo organismo judicial porque permite que las sentencias y autos definitivos puedan re-revisarse por la Corte Constitucional cuando se considere que los derechos constitucionales han sido violados por acción u omisión. Las críticas reiteradas se fundamentaron en la prevención de que la revisión abarcaría al contenido de la sentencia y por lo tanto, el criterio jurídico del juez, sin limitarlo a la violación de los derechos establecidos en la Constitución.

Para finalizar el capítulo, se debe recalcar que la acción extraordinaria de protección fue mentalizada inicialmente dentro del proyecto que presentó la Comisión de Juristas del CONESUP, como “un recurso en contra de sentencias que lesionen el debido proceso”, posteriormente se amplió el espectro de la tutela para incluir a todos los derechos constitucionales que fueran quebrantados en una sentencia o auto definitivo. Esta ampliación en la base de la protección agravó la reticencia de la comunidad jurídica ecuatoriana, incluida la ex Corte Suprema de Justicia que expresó públicamente su posición en contra del instituto.

Grijalva expresa que el juez constitucional tiene un rol exclusivo en la acción extraordinaria de protección, es el de verificar si es que hay una lesión al debido proceso o a otro derecho constitucional por parte del juez ordinario, es claro al establecer lo que *debe* contener la resolución, indicando que no se va a conocer hechos del proceso que sean ajenos al derecho constitucional lesionado, por lo que la referencia

¹⁹² En el Ecuador se utiliza de manera ligera la terminología sobre las instancias en la sede judicial, pues con poca profundidad se asume que son o se mantienen en tres instancias, para denominar *la cuarta instancia* a la acción extraordinaria de protección.

será exclusivamente sobre la actuación del juez en la que se encuentre la violación del derecho, en consecuencia, ha de limitarse a declarar la violación constitucional y disponer la devolución para que el juez ordinario ajuste su sentencia al marco constitucional, de manera que no habrá una sentencia sustitutiva desde la Corte Constitucional, razonamiento con el que desvirtúa que la acción extraordinaria implique la “creación de la cuarta instancia”.¹⁹³ La línea de argumentación a favor de la creación de la acción extraordinaria de protección, continúa explicando que este recurso (sic) “por su propia naturaleza es estrictamente subsidiario” lo que significa que no constituye una nueva instancia procesal. Para cumplir la calidad de subsidiario enumera varios requisitos que a su juicio deben incluirse en el ordenamiento legal respectivo y lo que es más importante, deben aparecer como fruto obligatorio de la jurisprudencia constitucional que se irá gestando conforme la Corte Constitucional desarrolle las nuevas funciones atribuidas por la Constitución 2008.

La inclusión de todos los derechos en la Constitución 2008, debidamente respaldados por las garantías jurisdiccionales, ha colocado al país a la vanguardia de los países defensores de derechos humanos, pero en lo puntual de la acción extraordinaria de protección se considera necesario prever un peligro en el exceso de la base de derechos tutelados por esta acción extraordinaria, que franquea una nueva revisión procesal de los juicios, porque en la realidad (como se ha manifestado) no hay una situación jurídica relevante que no se sustente en un derecho constitucional, de ahí surge la observación de que la conveniencia para la actuación de la Corte Constitucional habría sido que la Constitución 2008 determine los derechos que pueden ser objeto de la tutela, tal como sucede por ejemplo en España, donde su Constitución (artículo 53.2) prevé la tutela de las libertades y derechos que constan en los artículos 14 a 29 y *en su*

¹⁹³ Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, *op. cit.*, p. 284-285.

caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el artículo 44 la que dispone que “Las violaciones de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que [...]”.¹⁹⁴ Lo relevante es el señalamiento taxativo de los derechos susceptibles del recurso de amparo constitucional.

La situación en el Ecuador puede ser agravada porque no existe una cultura jurídica, que haga prever la aceptación de un fallo negativo para presentarlo con transparencia al titular del proceso, contrariamente, ante la creación de esta tutela se provocará la tendencia a alargar el proceso, porque aún se conservan varias deficiencias, las que se deben enfrentar y buscar las soluciones, como son: una amplia difusión de la nueva institucionalidad, tanto para transmitir el objetivo real de la revisión en la instancia constitucional como para ir formando la tendencia a la aceptación cuando hay falta de fundamento jurídico o de suficiencia probatoria. Todo esto sin dejar de nombrar el peligro de que se presione excesivamente al Organismo constitucional con la interposición indiscriminada de acciones extraordinarias.

De lo expuesto se concluye que mientras existió la Corte Suprema de Justicia sí se produjo controversia alrededor de la creación de la jurisdicción constitucional que le permite a la Corte Constitucional revisar las sentencias o autos ejecutoriados de la justicia ordinaria, actividad que aparece en el modelo constitucional 2008, al igual que en el sistema europeo continental, sobre lo que se debe tomar en cuenta que cuando se invoca como positiva la experiencia en los países europeos, no se puede dejar de

¹⁹⁴ Carles Viver i Pi-Sunyer y Héctor López Bonfill, “Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, en *Jurisdicción constitucional y judicial en el Recurso de Amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 23. Se incluye la descripción del contenido de los derechos del art. 24.1 de la Constitución de España, de los tests de enjuiciamiento aplicados y de los tipos de control ejercidos por el Tribunal Constitucional. En definitiva, lo que tratan es de hacer un diagnóstico de los problemas que causan mayor conflictividad entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a partir del recurso de amparo contra resoluciones de los jueces y tribunales, orientado a sugerir fórmulas de solución basadas en el estudio de casos.

puntualizar que hay aspectos básicos que diferencian la realidad del Ecuador con aquella, en especial la remembranza de los regímenes nacional-socialista, fascista y franquista.

Lo que corresponde es esperar que la Corte Constitucional cumpla su rol de máxima instancia de administración de justicia constitucional, para cumplir con dos objetivos: i) Desarrollar la jurisprudencia en la materia de derechos fundamentales que obligue a observar el criterio en los pronunciamientos de la justicia ordinaria, a fin de alcanzar la unificación de criterio; ii) Que en el ejercicio de la acción extraordinaria de protección, los ciudadanos puedan alcanzar la efectividad de sus derechos constitucionales y la propia Corte Constitucional, logre la credibilidad que legitime su existencia, aspectos que serán desarrollados de manera integral en el último capítulo cuando se analicen las AEP presentadas a la Corte Constitucional, su despacho, las admitidas, inadmitidas, rechazadas o sentenciadas, el tiempo de atención y el contenido del texto, además de los derechos que han alcanzado a tener efectividad para los ciudadanos.

CAPÍTULO 2: LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR

En este segundo capítulo, el estudio se orienta a determinar la naturaleza jurídica y el procedimiento de la acción extraordinaria de protección.

En la primera parte se incluyen el análisis de la naturaleza jurídica y los elementos intrínsecos de la AEP, aquí se revisa cómo ha evolucionado la acción, se define la naturaleza jurídica de la acción en general y de la AEP de modo concreto; comprende también el agotamiento de recursos, su carácter subsidiario, el objeto y el efecto reparador. Este primer punto concluye con la discusión ¿La AEP es acción o recurso?

La segunda parte se refiere al procedimiento que debe cumplir la acción, para permitir el real ejercicio de la garantía, que es el camino que franquea la Constitución al ciudadano para que alcance la eficacia y la efectividad de sus derechos. Con este propósito, de manera previa se enfoca el análisis al establecimiento del Derecho Procesal Constitucional, como la ciencia jurídica adjetiva que permite la sistematización de las herramientas procesales en el área constitucional, desprendidas del derecho procesal civil por fuerza de su trascendencia. Se incluyen otros temas que conforman el contexto procesal constitucional: la competencia de la Corte Constitucional, el desarrollo del proceso y una breve mirada al estado de la AEP en la justicia indígena.

El desarrollo del proceso contempla dos partes: la que se refiere a los aspectos sustanciales como son las partes procesales y la demanda; y la parte formal orientada a la sustanciación en la Corte Constitucional en la que se incluye la admisibilidad, la audiencia pública, la prueba y la sentencia.

2.1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Para desarrollar la naturaleza jurídica de la AEP es necesario partir del examen de la naturaleza de la *acción* en general, inicialmente concebida en el Derecho Romano como el derecho subjetivo material, época desde la que ha sido objeto de profundos estudios que han posicionado a los teóricos en planos diversos y hasta contrapuestos, hasta las modernas teorías en las que continúa el debate. Lo que se debe destacar es que este análisis, en su afán de ubicar a la acción en el contexto procesal y de establecer su esencia jurídica, dio lugar en el siglo XX al desarrollo de la moderna Ciencia procesal, “Este verdadero “rompecabezas” del derecho procesal, se debe, en gran medida, a las diversas connotaciones que, dentro y fuera del ámbito jurídico, le atribuyen al vocablo “acción”.¹⁹⁵

Como se conoce, la prohibición emanada desde el Estado para que los individuos solucionen sus conflictos a través de la autodefensa, genera como consecuencia que el Estado asuma la tutela del ordenamiento jurídico, a través de la función jurisdiccional. Y es en este escenario, en el que se otorga a las personas la facultad de recurrir a la justicia en demanda de protección, la que se hace efectiva mediante la actividad que se cumple para iniciar y desarrollar el proceso.

2.1.1. La evolución de la acción

Para el análisis de esta evolución, Alsina hace un compendio de las corrientes conceptuales desarrolladas en torno a la naturaleza de la acción, su método consiste en agruparlas por tendencias, que son básicamente cuatro: i) La acción como un elemento del derecho sustancial (Savigny); ii) La acción como un derecho autónomo (Windscheid, Muther, Wach, Chiovenda); iii) La acción considerada de carácter

¹⁹⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa, 2000, p. 139.

abstracto o como una función procesal (Carnelutti); iv) Las que niegan el carácter procesal de la acción y regresan a su identificación con el derecho.¹⁹⁶

Desde la investigación se considera necesario examinar las teorías uniéndolas desde dos pensamientos esenciales: 1. Las teorías privatistas que conciben a la acción como el derecho subjetivo material, en las que se encuentran el Derecho Romano y la teoría civilista de Savigny; y, 2. Las teorías publicistas de la acción, las que a la vez se subdividen en: i) Aquellas que conciben a la acción como un derecho abstracto que se dirige contra el Estado, sin miramiento al resultado final que contiene la sentencia; y, ii) Las que se desarrollan en torno a la idea de que la acción es un derecho que se propone tanto contra el Estado como contra el adversario procesal y tiene como objetivo alcanzar una sentencia favorable a su pretensión.

2.1.1.1. Teorías privatistas de la acción

2.1.1.1.1. La Acción en el Derecho Romano

El concepto de acción varió en cada uno de los tres períodos de la evolución histórica de la época, así lo reseña Ferrer Mac-Gregor, que se refiere a estas tres fases denominadas: i) *la legis actiones* o acciones de la ley (formalismo visibilizado en actos simbólicos y fórmulas verbales rígidas); ii) las *formulae* (el magistrado escribía las palabras como una fórmula); y, iii) la *extraordinaria judicium* (dirigirse directamente a la autoridad judicial); indica que en la última etapa es en donde se confunden acción y derecho, cuando se suprime la presencia del juez y del pretor y la atención se da por parte de un único magistrado. Tal situación se revela de la frase que constaba en las Instituciones de Justiniano: “Más la acción no es otra cosa, que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Hugo Alsina, *Fundamentos de derecho procesal*, vol. 4, México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S.A. de C. V., 2001, p. 111.

¹⁹⁷ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, *op. cit.*, p. 141, 142.

Sobre esta etapa, dice Alsina que en si en el principio acción y derecho eran conceptos autónomos, en la evolución se mezclan y aquella absorbe al derecho por el razonamiento de que *si no había acción no había derecho*, al extremo de que la pregunta ya no era sobre la existencia del derecho sobre una cosa, sino sobre la existencia de la acción para reclamarla, dando origen a los tres capítulos del derecho romano: personas, cosas y acciones, trilogía que llega a separarse por los estudios posteriores que se inician con Windscheid, y colocan a la acción en la categoría de derecho, pero con otra connotación.¹⁹⁸

La opinión de Alcalá Zamora sobre este período es que, sin desconocer la prestancia jurídica de la doctrina romana, ha terminado resultando nociva la influencia que ha mantenido durante siglos en el derecho procesal. De manera concreta cita la división conceptual de personas, cosas y acciones, convertida en dogma jurídico de indisoluble unión, lo que no permitió que el elemento *acciones* se desvinculara para desarrollar la ciencia procesal; porque afirma, si los procesalistas se hubiesen ocupado un poco más de ella, en lugar de ocuparse tanto del Derecho Romano, se habría develado la verdadera naturaleza de la acción. En definitiva, habría sido más provechoso para la ciencia procesal no atender al estudio histórico de lo que *fue la acción*, sino al estudio dogmático de lo que *es la acción*.¹⁹⁹

2.1.1.1.2. Teoría civilista: Friedrich Karl von Savigny

Con posterioridad a las teorías romanas, la escuela clásica edifica la teoría civilista de la acción, con su principal expositor Savigny, la que es desarrollada por juristas franceses y españoles. La teoría devuelve al derecho su orden lógico: primero el derecho, luego la acción, y además entrega a la acción una función de garantía: “la acción es el derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación; es

¹⁹⁸ Hugo Alsina, *Fundamentos de derecho procesal*, vol. 4, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁹ Niceto Alcalá-Zamora, *Estudios de teoría e historia del proceso*, vol. 3, México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2001, p. 101.

el derecho en ejercicio, en pie de guerra que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia”.²⁰⁰ De esta identificación entre la acción y el derecho aparecen los cuatro elementos que deben existir para la acción: un derecho que le fundamenta, un interés que debe proteger, la calidad que es la titularidad del derecho o la representación y la capacidad para intervenir en el juicio.

De lo revisado establece que *no hay derecho sin acción*, bajo pena de perder la efectividad (excepto en los casos en los que la ley lo dispone como en los derechos naturales); *no hay acción sin derecho* porque aquella es solo un elemento del segundo; y, que *la acción participa de la naturaleza del derecho*: personal, real, etc.

Pero esta concepción encontró serios obstáculos en el ejercicio del proceso, porque no alcanza a explicar qué sucede respecto de la acción en los casos en que la sentencia es desestimatoria, o sea que aquella que declara que la pretensión expuesta en la demanda carece de fundamento legal que le ampare. Si el derecho no existe según la sentencia y si no hay acción sin derecho, dónde encontrar la acción? Sin embargo, bien puede ponerse en movimiento toda la maquinaria judicial y solo en el momento de dictar sentencia el juez decidirá si la pretensión deducida en la acción está o no fundada. Esta última parte da lugar a la conclusión de que la acción procesal es autónoma del derecho sustancial.²⁰¹

2.1.1.2. *Teorías publicistas de la acción como derecho autónomo*

Para iniciar el análisis de estas concepciones publicistas, es necesario ubicar como referencia la época en que se formaron estas teorías sobre el proceso, eran los inicios del siglo XIX, cuando se dio el auge de los estudios histórico, cultural y político, se promovió la renovación de las concepciones sobre el derecho público y se articuló con facilidad la idea del proceso como el espacio de una actividad estatal donde se

²⁰⁰ Hugo Alsina, *Fundamentos de derecho procesal*, op. cit., p. 112, 113.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 113.

superponía como finalidad la actuación del poder jurisdiccional antes que el interés de los derechos de las personas, era *la realización de la voluntad de la ley*.²⁰²

Aparece entonces que el tiempo era propicio para las concepciones publicistas, las cuales además permiten encontrar el vínculo entre la visión del mundo privado y la actividad de los órganos públicos.

2.1.1.2.1. La acción como derecho abstracto

En este primer espacio, se encuentran los autores que proclamaban que la acción es *el derecho o facultad abstracto, que se dirige hacia o contra el Estado*, de manera independiente al sentido favorable o desfavorable de la sentencia, entre ellos se destacan Hugo Alsina, Niceto Alcalá Zamora, Francisco Carnelutti y Eduardo Couture.

A) *La posición de Alsina* es que “la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica”.²⁰³ concepto que deviene de la mencionada prohibición de autodefensa que ocasiona el ejercicio de la función jurisdiccional desde el Estado, lo que además le conduce a expresar que acción y jurisdicción son conceptos que se corresponden y que le permiten enunciar que *la acción es el derecho a la jurisdicción*.

Alsina diferencia a la acción del derecho sustancial, afincado en cuatro razones:

i) El origen, porque el derecho nace de las relaciones con las cosas o las personas (derechos u obligaciones) y la acción nace del conflicto entre dos personas debido a la existencia, inexistencia o interpretación de un derecho; ii) Las condiciones de ejercicio, una persona puede tener capacidad para adquirir un derecho pero debe cumplir otros requisitos para cumplir la defensa en un juicio; iii) El objeto, porque la acción pretende una sentencia favorable y el derecho es la norma que se tomará en cuenta para la

²⁰² Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. 3, México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica S.A. de C.V., 2002, p. 12, 13.

²⁰³ Hugo Alsina, *Fundamentos de derecho procesal*, op. cit., p. 123.

solución de la Litis; iv) Los efectos, porque el derecho agrega el elemento de la efectividad.

B) *Alcalá-Zamora* participa de esta tendencia, pero le añade su propio elemento distintivo cuando concuerda en que el Estado es el destinatario de la acción en la expresión procesal del concepto, pero difiere en el criterio de que se provoca una obligación concreta del Estado hacia las partes procesales, expresando su crítica de manera concreta a Alsina. Su concepción es que el órgano jurisdiccional adquiere dos obligaciones: una orgánica y administrativa para con el Estado al que debe prestar sus servicios y que a la vez le otorga la facultad de juzgar; y la otra de carácter funcional y abstracta que se genera en la anterior (o más claramente en el monopolio jurisdiccional del Estado), hacia los justiciables; de manera que la obligación del juzgador para con las partes procesales no nace de su calidad de litigantes, sino del atributo de *justiciables de una comunidad* o sea de la facultad que tienen de solicitar justicia a un Estado que les ha prohibido la autodefensa y que asume esa protección a través de la función jurisdiccional.²⁰⁴

Alcalá-Zamora también estudia a la acción para determinar su categoría jurídica, para lo que parte de la pregunta ¿La acción es derecho o posibilidad? Para contestar la interrogante manifiesta que si se pretende calificar la acción como derecho, primero se debe pensar en el cotidiano accionar que hacen ante juzgados y tribunales personas de mala fe que demandan sin fundamento o que litigan para perturbar o para ver qué obtienen, o por venganza o cualquier otro motivo fuera de lo entendido como justo, resulta innegable que aunque la sentencia no sea favorable en todos en esos casos han accionado. Con este razonamiento, el autor niega la categoría de derecho a la acción, y si lo es sería un derecho singularísimo, volviéndose “preferible buscar su

²⁰⁴ Niceto *Alcalá-Zamora*, *Estudios de teoría e historia del proceso*, op. cit., p. 106, 107.

caracterización por uno de estos caminos: o el de entender que la acción integra una categoría jurídica aparte, o bien el de estimar que pertenece a un género menos enérgico y más elástico que el derecho”.²⁰⁵

Su tesis es que la acción es una *posibilidad* de actuar y de pedir, por lo que se debe librarla de *contaminaciones iusnaturalistas*, pero conservarla vinculada a la pretensión, de donde afirma que acción es “la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución, respecto de una pretensión litigiosa”.

C) La teoría de *Carnelutti* está orientada a la acción en el proceso, dice Alsina²⁰⁶ que se debe procurar una mirada integral porque no es como en los otros casos, una posición dogmática, sino que se refiere al rol de la acción dentro del proceso, para lo que distingue a este de la *litis*, a la que concibe como la disputa de intereses sometida al ordenamiento procesal, que tiene como elementos a las partes, el objeto y la pretensión; mientras que el proceso es la herramienta puesta al servicio de la resolución de la *litis*, para aclarar lo compara con el contenido y el continente.

De modo general la *litis* es extraña al conocimiento del juez, son las partes las que deben cumplir las actividades necesarias para demostrar sus aseveraciones, conseguir las pruebas y ponerlas a conocimiento del juzgador para que resuelva. Todas estas actividades que cumplen las partes dentro del proceso conforman la acción a la que considera un derecho independiente del derecho material y que tiene por objeto desatar la actividad jurisdiccional.

Determina como características de la acción i) Es un derecho autónomo porque protege el interés general de la justa composición de la *Litis*; ii) Es un derecho público subjetivo porque siendo un derecho cívico puede ser ejercido por cualquier ciudadano;

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 112.

²⁰⁶ Hugo Alsina, *Fundamentos de derecho procesal*, op. cit., p. 119.

iii) Es un derecho a la jurisdicción que debe conceptuarse como el ejercicio privado de un derecho público porque a través de ella se obtiene la reparación del interés individual y consecuentemente, se alcanza el mantenimiento del orden jurídico.

D) Por otra parte, *Couture* orienta el estudio de la acción en primer lugar a su calidad de derecho cívico para luego conducirlo al plano de derecho constitucional.

Para el primer razonamiento invoca las diferentes posiciones que han existido sobre la naturaleza de la acción, iniciada por la preocupación de una persona que se halla frente a los órganos jurisdiccionales pretendiendo su atención, y a las que concentra en tres grupos principales: i) En el derecho romano en que se equiparó la acción a la facultad para que un juez le reconozca un crédito o le entregue algo reclamado; ii) La acción considerada como el derecho en movimiento; iii) Cuando se concibe a la acción como un poder jurídico autónomo. Considera que con la tercera posición se ha abierto la posibilidad para el estudio científico del derecho procesal, posición en la que parecen converger los tratadistas para permitir una aproximación que finalice las diferencias, teniendo como base tres puntos: 1. El estado de derecho transforma la violencia privada en petición a la autoridad; 2. La petición constituye un poder jurídico del ciudadano que posibilita la prestación de jurisdicción; 3. El poder jurídico no puede ser quitado a nadie, porque es la compensación a su autodefensa, si carece de uno y otra, sería dejarle sin justicia.²⁰⁷

Establecida la existencia de este poder, es innegable que su esencia forma parte de la estructura del derecho. Por la importancia que tiene para los individuos esta posibilidad de acudir a los órganos de justicia, es de entre todas, la que debe ser entregada con mayor magnanimidad desde el Estado, se constituye en uno de esos derechos cívicos inherentes a todo sujeto de derecho.

²⁰⁷ Eduardo J. Couture, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, vol. 2, México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2002, p. 5-7.

Por lo tanto, la pregunta es: “¿El derecho de acción no será el mismo derecho constitucional de petición a la autoridad, consagrado en la mayoría de las constituciones vigentes?”,²⁰⁸ a partir del argumento de que cualquier análisis de la relación individuo-poder en el campo civil, debe iniciar en el derecho de actuar ante los tribunales, cuando una persona acude a esos órganos pretendiendo algo de ellos, y es precisamente la Constitución la que contempla en su texto este derecho, para que el ciudadano comparezca ante la autoridad, el cual en principio fue una facultad individual, pero que el tiempo ha permitido comprobar su trascendencia por lo que se ha convertido, con todo merecimiento en una potestad de interés general, pasa del *Private bill* al *Right of petition*.

2.1.1.2.2. La acción como derecho concreto

En este segundo bloque de pensamiento, los tratadistas están unidos en el criterio de que la acción es el derecho o poder que se dirige en contra, tanto del Estado como de la contraparte procesal o de los dos, y tiene como finalidad obtener una sentencia favorable a sus intereses, se trata de la acción como derecho concreto. La teoría se desarrolla desde mediados del siglo XIX por parte de Windscheid, Muther, Wach, trabajos y debates que sirvieron de base para los estudios de incontables procesalistas, de entre los que se destacan Chiovenda en Italia y Goldschmidt en Alemania.

A) En la cronología de Alsina, las nuevas teorías procesales tienen un punto de partida, que es el libro de Windscheid: *La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno*, (1856) en el que sostiene que la violación de un derecho no es el derecho de accionar, como había afirmado Savigny, sino que da lugar a una pretensión en contra del que ha violado el derecho y que configura la acción cuando se

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 7.

la presenta en un juicio, de donde se concluye que *la acción sería la pretensión jurídica deducida en un juicio.*

Esta posición tiene el mérito de haber provocado el debate sobre el tema, es así que Muther en su libro *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*, (1857) concibe a la acción como un derecho público subjetivo que se dirige tanto en contra del Estado para obtener una sentencia favorable como en contra del demandado para obligarle a satisfacer una obligación, el razonamiento es que si bien la acción se basa en un derecho privado que ha sido violado, es autónomo de este y está regulada por el derecho público.

Dentro de la misma tendencia está Wach quien comparte algunos razonamientos de Muther, pero difiere en otros, básicamente cuando considera a la acción como un derecho concreto contra el Estado y frente al demandado, de ahí que su solución sobre el punto es indicar que la acción es un derecho público por el cual le corresponde al Estado otorgar la tutela del derecho, y es un derecho concreto porque se hace efectivo solo en contra de la otra parte procesal, es decir que la acción le pertenece a quien tiene derecho a una sentencia favorable, es la *teoría de la acción concreta*.²⁰⁹

B) Goldschmidt (Berlín 1874) es el autor de la teoría de que la naturaleza jurídica del proceso constituye una situación jurídica, en contraposición con el criterio de Oscar Bülow quien defiende la posición de que el proceso es una relación jurídica entre el Estado y las partes, pero Goldschmidt reconoce que es a partir de Oscar Bülow, con las teorías jurídicas presentadas en su libro *Teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, que el derecho procesal empieza a formarse como una ciencia jurídica, porque en el Derecho Romano el proceso era únicamente una prolongación del derecho civil. En el libro, Bülow estableció su teoría de la relación

²⁰⁹ Hugo Alsina, *Fundamentos de derecho procesal*, op. cit., p. 113, 114.

jurídica y determinó los presupuestos procesales como son “la competencia de jurisdicción y la personalidad de las partes, que se precisan para que surja una relación procesal válida”.²¹⁰ El punto débil de la teoría de la relación jurídica procesal posiblemente es su naturaleza abstracta, porque no tiene conexión directa con el objeto del proceso que es el derecho subjetivo material protegido por la acción.²¹¹

C) Uno de los principales exponentes de esta tendencia es *Chiovenda*, considerado el fundador de la moderna escuela italiana, quien tomó en cuenta la teoría de Wach, pero elaboró su propia guía de ubicación de la acción en la teoría general de los derechos. A partir de la aseveración de Wach de que la acción es el “derecho de aquel a quien le es debida la tutela jurídica”, podría pensarse que hay un conflicto Estado-ciudadano, pero la realidad es que el interés del Estado es aceptar la demanda con la finalidad última de dar la razón a quien la tenga, para lo que *provee permanentemente con la institución de los jueces*.

Admite que la coacción está adjunta a la idea del derecho, frente a un obligado que ha incumplido la voluntad concreta de la ley, pero esta coacción ahora se pone de manifiesto por otra vía, a través de la actividad jurisdiccional, que para actuar requiere de una condición previa que es la manifestación de voluntad del particular, *quien tiene acción* lo que implica que a él le corresponde “el poder jurídico de provocar con su demanda la actuación de la voluntad de la ley. La acción es por tanto, el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley”.²¹²

Se debe entender entonces que hay diferencia entre el derecho de lo que le es debido y el derecho a obtener el bien debido a través de un juicio. Por tanto, dice Chiovenda, son dos derechos distintos: la obligación en sí misma requiere del obligado

²¹⁰ James Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, vol. 1, “Presentación”, México, Fotomecánica Romero, 2001, p. 2.

²¹¹ *Ibid.*, p. 6.

²¹² Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. 3, *op. cit.*, p. 15.

la propia prestación mientras que el derecho de acción respalda la adquisición del bien garantizado por la ley con todos los otros medios posibles. Se diferencian así obligación y acción, las dos tienen la calidad de derechos subjetivos, se distinguen en su contenido y finalidad, pero cuando están juntos alcanzan a cumplir la voluntad de la ley.

En conclusión, la acción es una institución jurídica con amplios e inacabados estudios, se advierte que desde los inicios fue objeto de interés y aunque en la concepción se la confundió con el derecho material violado, alcanza la apreciación diferenciada al colocarla dentro del proceso, en el que se podía dar la eventualidad de que la sentencia podría negar la existencia del derecho aunque era evidente la existencia de la acción porque estuvo allí para dar inicio al proceso. Desde la investigación se elabora una definición de la naturaleza jurídica de la acción, con base de las teorías analizadas: *la Acción es independiente del derecho material (Carnelutti), porque ante el incumplimiento del obligado, la acción respalda la adquisición del bien garantizado por la ley por todos los medios posibles (Chiovenda); es un derecho subjetivo público (Muther) que se dirige tanto en contra del Estado para demandar la tutela jurídica (Alsina) como en contra del obligado para exigir la prestación debida, lo que le da la calidad de derecho concreto (Wach).*

2.1.2. La naturaleza jurídica de la acción de amparo

Una vez que se ha examinado la naturaleza jurídica de la acción de modo general, se incluye en este acápite el examen de la naturaleza jurídica de la acción de amparo, para posibilitar la aproximación al establecimiento de la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección. El concepto que se incluye pertenece a Ferrer Mac-Gregor quien afirma que la acción de amparo en España es:

[...] como un derecho subjetivo público de naturaleza constitucional dirigido hacia el Estado (Tribunal Constitucional) y frente al propio Estado (como parte demandada),

cuyo objeto se circunscribe a la obtención (por parte del mencionado órgano de justicia constitucional) de la tutela concreta de derechos y libertades fundamentales debido a su violación o su inminente alteración.

Distingue el *derecho de acción de amparo* del *derecho sustantivo material de amparo*, definiendo que el primero nace en el momento en que se ha violado un derecho sustancial de amparo como son los derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales, por lo que se debe reconocer que su origen es anterior al proceso, es una realidad extraprocesal.

En la normativa en el Ecuador por ejemplo, el derecho de acción de amparo es diferente del derecho constitucional a la educación, que es el derecho sustantivo material contemplado en el artículo 26 de la Constitución, ante la violación de este derecho, el titular tiene el *otro derecho*, el de acción y en el caso concreto *derecho de acción de amparo* para acudir ante los órganos jurisdiccionales a fin de obtener la protección jurídica, y que se pronunciará a través de la sentencia en la que se pronunciará dando la razón a quien la tenga, sea disponiendo la restitución del derecho sustantivo material o, declarando que no existe en el proceso el fundamento para este reconocimiento.

2.1.3. Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

De la revisión efectuada acerca de los diferentes conceptos y teorías sobre la acción, aparece que ella tiene una dependencia directa de la jurisdicción, porque ante el incumplimiento de una prestación debida conforme a la ley, el ciudadano requiere de *o busca el poder coercitivo* que le garantice el cumplimiento de lo debido, en lo que constituye la compensación a su renuncia a la autodefensa y con lo cual, ciudadano y Estado aseguran el orden público. A partir de este razonamiento, se ha dicho que la acción es el derecho subjetivo público que tiene cada persona, como una potencialidad previa e individual, que se hace visible cuando expresa su voluntad para pedir la tutela

de los jueces a quienes solicita que se le reconozca en un pronunciamiento definitivo, en lo que es su *derecho subjetivo material* conforme a la ley, para lo que cumple con las actividades necesarias dentro del proceso y aporta las pruebas que fundamentan su pretensión. De lo expresado se concluye que acción (derecho subjetivo público) y derecho (subjetivo material) son diferentes.

En lo concreto de la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección, se puede afirmar que participa de la calidad de derecho subjetivo público, porque es el derecho que tiene una persona por su calidad de ciudadano de un Estado, (que renuncia a la autodefensa) que implica una decisión de voluntad manifestada en el requerimiento de protección al Estado a través de sus órganos de justicia y que una vez en movimiento, debe sujetarse a las normas del proceso (públicas). Esta acción se distingue de las demás por su calidad de *constitucional* y *extraordinaria*, lo que involucra tres aspectos, conforme se establece en el artículo 94 de la Constitución: i) Que procede contra sentencias o autos definitivos; ii) Que puede incoarse ante la violación de derechos constitucionales; iii) Que el juez al que debe dirigirse es el órgano máximo de administración de justicia constitucional.

A partir del análisis realizado, la investigación concluye que la *AEP es un derecho subjetivo público que tiene la característica de ser un derecho autónomo y concreto, distinto del derecho subjetivo material violado, que se visibiliza por la voluntad de la persona titular de esos derechos constitucionales violados por una sentencia o auto definitivos, para solicitar la tutela del órgano constitucional en contra del mismo Estado especificado en el juez o tribunal, a fin de alcanzar la reparación integral del derecho violado, en lo que constituye la recuperación de la efectividad de los derechos .*

2.1.4. La naturaleza jurídica de la AEP en dos sentencias de la Corte Constitucional de Transición

Con el objeto de procurar de manera específica el análisis de la naturaleza jurídica de la AEP, aunque sin compartir el criterio, se incluyen dos sentencias de la Corte Constitucional, las que permiten extraer los elementos esenciales de su naturaleza, además de que cada una de ellas tienen la calidad de jurisprudencia vinculante según el mandato contenido en el artículo 436.6 de la Constitución:

La naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección la constituye la vulneración de los derechos que garantiza la Constitución y la violación de las garantías mínimas que configuran el debido proceso –para que no queden impunes estas conductas– puesto que mediante esta acción constitucional excepcional se revisan las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas. El alcance que se asume con esta acción se circunscribe en la vulneración de los preceptos constitucionales que, de encontrarse, causan como efecto inmediato, dejar sin efecto la resolución firme o ejecutoriada (la impugnada) y por ende, la reparación del derecho violado.²¹³

La Acción Extraordinaria de Protección establecida en el artículo 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 competente distinta a la función Judicial, 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, de parte de las autoridades judiciales. A manera de corolario, en esta parte, cabe señalar que la acción

²¹³ Corte Constitucional de Transición del Ecuador, sentencia número 030-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 2009, juez ponente: Dr. Roberto Bhrunis, p. 68.

extraordinaria de protección nace y existe para proveer que la supremacía de la Constitución sea segura; [...]²¹⁴

En el análisis de las sentencias, es necesario hacer una *primera aclaración* sobre la sentencia No. 030-90SEP-CC: i) La aseveración *La naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección la constituye la vulneración de los derechos que garantiza la Constitución y la violación de las garantías mínimas que configuran el debido proceso* no tiene fundamento, porque la indagación que se ha hecho a través de la doctrina demuestra que, la acción (desde su concepción general) es diferente del derecho subjetivo material, que es un derecho subjetivo público, o sea que es la potestad jurídica de la persona, que pertenece a la persona de modo anterior al proceso y que la pone en ejercicio cuando sus derechos son vulnerados, concepto primigenio que como se ha explicado, es aplicable a la AEP, por lo que, en el caso concreto no puede confundirse ni con los derechos vulnerados ni con la violación al debido proceso. Se debe recordar que la confusión entre derecho y acción data del Derecho Romano, pero que a partir de los estudios del siglo XIX se distingue la acción del derecho, porque si bien aquella se inicia ante la violación del derecho, es autónoma y está regulada por el derecho público. Además, tratándose de la acción extraordinaria de protección, su naturaleza es constitucional por el origen, y es extraordinaria porque se instituye para revisar las violaciones dentro de las sentencias o autos definitivos, a diferencia de la acción de protección (*ordinaria*) que procede contra toda autoridad pública no judicial; ii). Cuando en la sentencia se afirma que la AEP es *–para que no queden impunes estas conductas–* se hace necesario aclarar que toda la actividad del Estado, no solo la que se cumple a través de la AEP, tiene como finalidad dar la razón a quien la tenga, para lo

²¹⁴ Corte Constitucional de Transición del Ecuador, sentencias: 011-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 637 de 20 de julio de 2009, p. 15, juez ponente: Dr. Edgar Zárate; y, 014-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 648 de 4 de agosto de 2009, p. 19, jueces ponentes: doctores Nina Pacari y Roberto Bhrunis.

que, como afirma Chiovenda, “provee permanentemente con la institución de los jueces”;²¹⁵ iii). La redacción de la parte final transcrita es ampulosa, lo que seguramente dificultará la comprensión, cuando lo recomendable es que el lenguaje sea sencillo, claro y concreto para que sea entendida con facilidad, la redacción sugerida es: *La naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección está constituida por el derecho subjetivo público de accionar que tiene una persona, el que se manifiesta para solicitar al Estado la tutela de los derechos y garantías del debido proceso reconocidos en la Constitución, para que las vulneraciones dentro de las sentencias o autos definitivos no queden impunes. La finalidad de la actividad jurisdiccional desatada por esta acción, en el caso de encontrar que se han violado derechos constitucionales, es dejar sin efecto la sentencia firme o ejecutoriada (la impugnada) y por ende, disponer la reparación del derecho violado.*

Un segundo punto importante para determinar la naturaleza jurídica de la AEP es el que se refiere al objeto de revisión, el que, de acuerdo al artículo 94 de la Constitución, deben ser las “sentencias o autos definitivos”, la primera sentencia dice se revisan las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas; mientras que la segunda sentencia dice bien sea por la acción u omisión en sentencias o autos definitivos dictados por un órgano de la Función Judicial. Lo que se quiere establecer es que acuerdo a la norma constitucional mencionada, el origen de los pronunciamientos que van a ser examinados por la instancia constitucional, debe estar, de modo exclusivo, en los operadores de justicia, porque las resoluciones de otras autoridades públicas deben tener otro cauce para su revisión, conforme se establece en el ordenamiento. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias acerca de que el objeto de

²¹⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 15.

su examen son las decisiones definitivas de los jueces ordinarios,²¹⁶ pero se vuelve necesaria esta puntualización porque la misma Corte Constitucional ha admitido, sustanciado y sentenciado sobre una resolución de una autoridad administrativa del trabajo que no es juez²¹⁷ y sobre pronunciamientos del Tribunal Contencioso Electoral, los que según el artículo 221 de la Constitución “constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento”.²¹⁸

Como *tercer aspecto* analizado, se incluye *la instancia destinataria del reclamo*, la segunda sentencia dice: *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 competente distinta a la función Judicial, es la Corte Constitucional*, con lo que se cumple el mandato constitucional de que debe ser la Corte Constitucional la instancia que conozca la revisión de fallos judiciales, para configurar a la AEP como una acción, no como un recurso, dotándole de la calidad de instrumento procesal para este examen. En la parte final, la sentencia utiliza el término *corolario* que significa “conclusión, consecuencia” para poner de relieve que la AEP contribuye a dotar de efectividad a la supremacía constitucional, lo que implica el reconocimiento de que es esta acción la que contribuye para que se realice el control constitucional de los

²¹⁶ Sentencias de la Corte Constitucional que determinan que el objeto de su revisión mediante acción extraordinaria de protección, son las sentencias de los jueces y tribunales de la Función Judicial: Sentencia 007-09-SEP-CC publicada en el SRO 602 de 1 de junio de 2009, p. 35; Sentencia 011-09-SEP-CC publicada en el SRO 637 de 20 de julio de 2009, p. 20; Sentencia 014-09-SEP-CC publicada en el SRO 648 de 4 de agosto de 2009, p. 19; Sentencia 006-11-SEP-CC, publicada en el SRO 572 de 10 de noviembre de 2011, p. 90; Sentencia 038-11-SEP-CC, publicada en el SRO 595 de 13 de diciembre de 2011, p. 20.

²¹⁷ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 0023-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 43 de 8 de octubre de 2009.

²¹⁸ Corte Constitucional de Transición, Sentencias: 001-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 571 de 16 de abril de 2009; 002-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro oficial 590 de 14 de mayo de 2009; 005-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009. Se aclara que la disposición constitucional nombrada establece una excepcionalidad para el Tribunal Contencioso Electoral que no se comparte desde la investigación, pero que estando escrita en el texto, su cumplimiento es forzoso y más para la instancia encargada de hacer efectivo el control constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución.

pronunciamientos expedidos en la justicia ordinaria, cuando expresa : *A manera de corolario, en esta parte, cabe señalar que la acción extraordinaria de protección nace y existe para proveer que la supremacía de la Constitución sea segura*, lo que significa entonces que la acción extraordinaria de protección es el medio procesal determinante para asegurar la supremacía constitucional.

En *cuarto lugar*, la revisión es a los *efectos de las resoluciones* que expide la Corte Constitucional en la AEP, la primera sentencia manifiesta que: *El alcance que se asume con esta acción se circunscribe en la vulneración de los preceptos constitucionales que, de encontrarse, causan como efecto inmediato, dejar sin efecto la resolución firme o ejecutoriada (la impugnada) y por ende, la reparación del derecho violado*, de esta manera se establecen los resultados del reconocimiento de la violación del derecho reclamado: por una parte se produce la nulidad de la sentencia impugnada y por otra parte se determina que debe haber una reparación. Esta afirmación tiene fundamento en las disposiciones de la LOGJCC, como parte de las Normas Comunes que corresponden a todas las garantías jurisdiccionales, pero que tratándose de las sentencias en procesos de AEP, dejan sin efecto la sentencia impugnada, y generalmente disponen que vuelva a sustanciarse el proceso por otro juez o tribunal, desde el estado procesal inmediatamente anterior a aquel en que ocurrió la violación del derecho, por acción u omisión. En otros casos, la sentencia ordena de manera directa la acción reparatoria por ej. *la reincorporación al establecimiento de educación*.²¹⁹ *que los peritos procedan a fijar un nuevo y definitivo “precio justo”*,²²⁰ *que el representante rinda su confesión judicial y se sustancie la petición de revocatoria que le declaró confeso*,²²¹ *que se realice el plano de ubicación e individualización de la propiedad*.²²²

²¹⁹ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 038-10-SEP-CC, cit.

²²⁰ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 05-10-SEP-CC, cit.

²²¹ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 014-10-SEP-CC, cit.

²²² Corte Constitucional de Transición, Sentencia 011-11-SEP-CC, cit.

2.2. LOS ELEMENTOS INTRÍNSECOS DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

En el capítulo 1 se realizó el examen de la supremacía, el garantismo y la justicia constitucional, que sustentan la existencia del constitucionalismo, y que en relación a la acción extraordinaria de protección se los determina como los aspectos externos; en este punto corresponde orientar la atención a los elementos intrínsecos, que forman parte de su naturaleza: i) El agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios que franquean la procedencia de la AEP; ii) La subsidiariedad, estrechamente enlazada con el agotamiento de recursos en la sede judicial; iii) El objeto de la AEP son las sentencias, autos y resoluciones ejecutoriados o firmes; iv) La violación del debido proceso u otros derechos reconocidos por la Constitución; v) El efecto reparador cuando los derechos reclamados han alcanzado la efectividad a través de esta acción; y, vi) La AEP es acción o recurso?

2.2.1. El agotamiento de recursos

El mandato constitucional del artículo 94 condiciona la *procedencia* de la acción al agotamiento de los recursos en la sede judicial, al disponer que *El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal*,²²³ mandato que es desarrollado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando establece que en la demanda de la AEP se ha de demostrar el *agotamiento* de los recursos ordinarios y extraordinarios,²²⁴ lo que implica que debe provenir de una situación ineludible de utilización de todos los recursos y acciones previstos en la justicia ordinaria para el caso. Esta norma tiene su explicación en que la Constitución hace la primera entrega de la protección de los derechos fundamentales a la justicia ordinaria, por lo que a ella le corresponde su primer

²²³ Constitución Ecuador 2008, artículo 94.

²²⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 61.3.

resguardo, que se hace efectivo en la sustanciación del proceso y en la utilización de todos los recursos que le franquea el ordenamiento.

En los casos en los que la demanda de salvaguarda no sea atendida de manera favorable o en los que se acusa al propio operador de justicia de lastimar los derechos constitucionales, el titular del derecho adquiere la facultad para interponer la acción extraordinaria de protección, *previa demostración* de que se ha acabado la provisión de los recursos en la sede judicial y de que se hace necesaria una posibilidad especial que remedie la carencia o insuficiencia de la tutela.

De manera que la exigencia del *agotamiento* es que para calificar la procedencia de la acción extraordinaria de protección, la norma exige la inexistencia de recursos ordinarios y extraordinarios, porque únicamente en su falta se puede acudir a ella, por lo que el texto utiliza la palabra *agotado* o sea que no debe haber ni una sola acción o recurso al que se pudiera acudir en la justicia ordinaria, es lo que le da la característica de requisito esencial y formal porque es de cumplimiento ineludible, bajo la sanción de que en caso de incumplimiento, no se franquea la procedencia de la acción.

Para clarificar, los recursos que contempla el ordenamiento para ser planteados en la sede judicial son ordinarios y extraordinarios. Son ordinarios los de apelación, de nulidad, de hecho y de reposición (contencioso administrativa). Los extraordinarios son de casación y de revisión.

En el Ecuador, las anteriores expresiones del amparo se orientaron a restañar las transgresiones a los derechos fundamentales por parte de las autoridades públicas, excepto de los jueces y tribunales, como lo decía de manera expresa el artículo 95 de la Constitución Política de 1998 “No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”, barrera que es desarmada por la acción extraordinaria de protección, creada precisamente para ampliar la protección a las

violaciones de derechos constitucionales producidas por las sentencias o autos definitivos de los operadores judiciales, dentro de los procesos.

En concordancia con la denominación del *agotamiento* que consta en la Constitución vigente en Ecuador, la Corte Constitucional para el período de Transición lo dice así en la sentencia 07-09-SEP-CC:

La naturaleza extraordinaria de este recurso obliga a que su procedencia se dé, exclusivamente, cuando se hayan agotado los recursos ordinarios o extraordinarios, lo cual ubica 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 y exclusivamente respecto a una resolución definitiva en donde se hayan violado derechos constitucionales o normas del debido proceso, podrá actuar, situación parecida a la que acontece en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.²²⁵

2.2.1.1. Excepciones al agotamiento de recursos en la justicia ordinaria

Otro aspecto importante dentro del agotamiento es la excepción que prescribe el mandato constitucional del artículo 94: “a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuere atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”, texto del que se colige que puede aceptarse tal estado excepcional bajo la consideración de que la persona no ha incurrido en negligencia o desidia. Se pretende de esta manera evitar que un ciudadano que ha caído en la inobservancia de manera involuntaria sea privada de la utilización de este mecanismo de defensa de su derecho cuando concurren causas que puedan justificar esa inacción. Es que puede suceder con personas que no tienen condiciones para conocer, decidir o

²²⁵ Sentencia 07-09-SEP-CC, expedida por la Corte Constitucional para el período de Transición, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

acudir a esos mecanismos procesales como por ejemplo los indigentes o los de precaria preparación.²²⁶

Por otra parte, vale reseñar que durante el primer período de funcionamiento de la Corte Constitucional de Transición (antes de la promulgación de la LOGJCC), con el objeto de atender las acciones constitucionales expidió (como un ente legislativo autónomo) una normativa interna a la que ajustó la sustanciación de todas las acciones, como lo indica en el numeral 2 de la misma Resolución,²²⁷ que en lo atinente a la excepción, estableció: “Artículo 43. [...] 3. No subsidiariedad.- No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En el texto transcrito se aprecia una contradicción entre el título y el contenido, se denomina *No subsidiariedad* pero en la disposición hay un *salvo que* para expresar exactamente lo contrario, porque sí permite la utilización de la acción constitucional, Además esta norma es contraria a la disposición constitucional del artículo 94 de la Norma Suprema que instituye la subsidiariedad de manera general, con una sola excepción, conforme se examina en el primer inciso de este punto, que es para evitar la improcedencia, siempre que la falta de interposición de un recurso ordinario “no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”, pero las Reglas de Procedimiento abren la posibilidad de que se utilice a la AEP *como mecanismo transitorio* con lo que le quita el elemento diferenciador de la acción extraordinaria que es la subsidiariedad, además de que pone en peligro la credibilidad de que no sería utilizada como la *cuarta instancia*.

²²⁶ Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo, “El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”, en *Documentos de Discusión*, No. 3, octubre de 2006, punto III.1.

²²⁷ “Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición”, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial 466 de 13 de noviembre de 2008.

La posterior promulgación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional permitió la claridad para calificar el agotamiento de recursos en la justicia ordinaria, estableciendo en este punto, que lo que debe examinarse es más bien que esos recursos tengan eficacia y adecuación al caso concreto:

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

[...] 3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.

[...]

La frase *salvo que sean ineficaces o inadecuados*, implica una excepción a la anterior regla de utilizar la AEP después de que se han consumido los recursos en la justicia ordinaria, porque se faculta inobservar la disposición si es que esos recursos no tienen la eficacia necesaria o no sirven para el caso concreto. El tema en este punto será entonces, ¿Quién y cómo se determina si esos mecanismos procesales existentes son o no son eficaces y adecuados?

La respuesta es que este análisis y decisión le corresponde a la Corte Constitucional. Así es que ha fallado en un caso para desechar la AEP en virtud de que no se han agotado los recursos previstos por el ordenamiento:

[...] La cita de la norma legal que se invoca tiene por finalidad evidenciar que el recurrente a pesar de tener acceso al *recurso de revisión* previsto en el Código de Procedimiento Penal, en razón de la existencia de sentencia condenatoria por el delito de injurias no lo ha hecho efectivo, demostrando que no ha agotado todos los medios procesales que franquea el ordenamiento jurídico para el caso concreto. [...] SENTENCIA 1. Desechar la Acción Extraordinaria de Protección propuesta por el señor Vicente Hernando Correa Bracho; [...] ²²⁸

²²⁸ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 017-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 651 de 7 de agosto de 2009, p. 30.

Por otra parte, en el sistema colombiano la excepción al agotamiento es explicada admitiendo que la práctica judicial demuestra que en ciertas circunstancias concretas no se agotan las herramientas procesales existentes, “por imposibilidad absoluta de hacerlo o porque pudiendo serlo (sic) la instancia fue agotada sin su ejercicio”, lo que ha obligado a la Corte Constitucional a hacer prevalecer el principio de justicia material en contra de la improcedencia formal. Para fundamentar tales aseveraciones, Quinche Ramírez se refiere al caso contenido en la Sentencia de la Corte Constitucional T-329 de 1996, en el que se aceptó al amparo a pesar del incumplimiento de agotar los recursos ordinarios, porque se consideró imprescindible optar por la defensa de los derechos de un menor de edad, con base del principio constitucional de la justicia material, atemperando la rigidez de la exigencia de formalidades para otorgar el amparo judicial extraordinario.²²⁹

Quinche Ramírez establece que se constituye “una obligación para el juzgador, pues en los casos de existencia de un medio ordinario de defensa, el juez de tutela debe examinar en concreto, si tal medio resulta o no eficaz”, de donde aparece que si el juez declara la improcedencia, no puede entrar a conocer el fondo del proceso, pero de manera previa debe revisar la eficacia del medio judicial ordinario para saber si es tan o más eficaz que la tutela en el sistema colombiano,²³⁰ (o la AEP en el Ecuador). La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado así:

En virtud de lo dispuesto por la Carta del 91, no hay duda que el otro medio de defensa judicial a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. No basta,

²²⁹ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 161, 162.

²³⁰ *Ibid.*, p. 164.

pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior a la de la acción de tutela.²³¹

Para concluir este punto, se destacan los siguientes aspectos:

- a) La valoración de este tema es de profunda trascendencia, porque al existir una *cuestión previa* que debe ser dilucidada antes de proceder a la calificación de la demanda, se requiere que el juez constitucional determine si los otros remedios procesales que existen en la justicia ordinaria no sean *ineficaces o inadecuados*.
- b) En el sistema colombiano posiblemente se puede dejar de exigir el agotamiento de recursos en la justicia ordinaria para las acciones de tutela de decisiones judiciales, como consta en la sentencia transcrita, porque no hay norma que le obligue al juez constitucional, porque esta acción especial se ha ido fraguando a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante las denominadas *vías de hecho*. Pero en el Ecuador tenemos disposición constitucional expresa que obliga al juez constitucional a comprobar el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios para la procedencia de la AEP, por lo tanto es de ineludible cumplimiento.
- c) El desarrollo de la disposición en Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, abre un espacio no previsto por la Constitución para salvar la falta del agotamiento, si es que el accionante considera que los recursos existentes en la vía judicial son *ineficaces o inadecuados*. Por lo que, esta parte de la norma secundaria se considera contraria a la voluntad constituyente.
- d) Lo que ha sucedido en el Ecuador es que generalmente no se revisa el agotamiento de recursos en estricto sentido, porque no se verifica que los recursos se han agotado, lo que se comprueba es que se ha ejecutoriado la

²³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón, citado por Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, op. cit., p. 164.

sentencia o auto impugnado. Es así que se han aceptado sentencias o autos que provienen de primera o segunda instancias, de los Tribunales Fiscal o Contencioso Administrativo, de Casación y hasta del Tribunal Contencioso Electoral y de autoridades administrativas, estas últimas que no tienen la calidad de órganos de la función judicial, como se comenta en los puntos subsiguientes de este Capítulo, cuando se analiza la admisibilidad de la AEP. La sentencia que se ha transcrito en la parte pertinente, constituye una excepción.

2.2.2. La subsidiariedad

En cuanto a la subsidiariedad, es necesario manifestar que no se la encuentra expresada en el texto constitucional ni legal para la AEP, pero de manera común se la usa, lo que crea confusión. Para aclarar su concepto se revisa su origen, significado, su presencia en la justicia constitucional de Colombia, Perú, España y Ecuador, incluyendo la prescripción constitucional que permite la excepción a la subsidiariedad y la relación entre Agotamiento, Subsidiariedad y Residualidad.

Como concepto, la subsidiariedad se forja bajo la influencia de los juristas institucionalistas de Francia y los economistas católicos de Alemania; el término se acepta como principio en la Encíclica *Cuadragésimo Anno* de Pío XI; básicamente implica un acuerdo para conciliar los grupos sociales que conforman la sociedad civil y que encuentran en este pacto una modalidad para controlar los abusos del Estado, por lo que se aprecia una fuerte carga anti-estatal. Para aclarar, la aplicación de la subsidiariedad se basa en una ideología que destaca al individuo, sus actividades y organizaciones, para resguardar la *autonomía y responsabilidad* de cada persona frente a la sociedad, y que es más, tiene el objetivo de defender la *autonomía y responsabilidad* de las organizaciones sociales frente al estado, conformándose un

orden social organizado. Cronológicamente, este período se sitúa en la etapa anterior a la segunda guerra mundial.²³²

Es en la edad moderna cuando se propicia el escenario sociológico que da lugar al principio de la subsidiariedad, cuando se separan los poderes político y religioso, se observa que el individuo puede distinguirse de los diferentes grupos o fuerzas de la sociedad: iglesia, familia, sindicatos, gremios, partidos políticos, es la *individuación* porque cada uno se desliga de los lazos que lo ataban *naturalmente* a esos grupos sociales, produciendo el efecto-poder de participar en diversos grupos, sobre lo que Maldonado dice que los individuos participan *en una multiplicidad de sistemas funcionales* entre los cuales hay una cierta autonomía.²³³

En los años ochenta, la subsidiariedad se introduce en la concepción de la Comunidad Europea (posterior Unión Europea), para asociarse a la solución de los diferentes problemas como son la descentralización del poder y de las decisiones, el federalismo o confederalismo y la solución de los temas de interés común.

Es en este escenario donde surge la contradicción, al menos, en lo semántico, porque en cuanto al origen, la palabra subsidiariedad proviene de *subsidium*, que significa ayuda, pero en la realidad, cada vez más, se usa el término para significar *sustituto*. Es decir, que los derechos, los objetivos, las acciones, las competencias, pueden ser mejor ejercidos y cumplidos de manera más racional y concreta desde las organizaciones sociales de menor escala en lugar del Estado y/o de las grandes organizaciones sociales, significando que van a ser *sustituidos* por las primeras.

Finalmente, Maldonado presenta como una pregunta el núcleo central del tema cuando dice “El principio de subsidiariedad ¿es finalmente un principio jurídico, político o administrativo?”, siendo lo importante que el concepto de subsidiariedad

²³² Carlos Eduardo Maldonado, *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad*, Bogotá, Temis, 2000, p. 116.

²³³ *Ibid*, p. 125, 126.

permite analizar problemas y temas de la vida social y política; se destaca que da lugar a la tendencia hacia la integración regional, nacional, mundial, sin que se pretenda ubicarle como el fundamento del futuro de las sociedades, (como sí sucede con los derechos y la solidaridad) pero sí se debe decir que permite poner en movimiento los mecanismos y procedimientos necesarios para ese desarrollo, porque en la subsidiariedad lo que

[...] se encuentra en juego es la potenciación de las capacidades y habilidades individuales y colectivas. Ciertamente se trata de un concepto epocal. Pero si vamos a tomar en serio las posibilidades y la urgencia o la necesidad de ampliar las fronteras – jurídicas, económicas, políticas, militares, culturales y otras– actualmente existentes con el fin de hacer la vida mejor y cada vez posible, entonces el concepto de subsidiariedad continuará interpelándonos y exigiendo de parte nuestra, esto es, de todos nosotros, un esfuerzo mancomunado de comprensión y aplicación.²³⁴

2.2.2.1. La subsidiariedad en la justicia constitucional de Colombia, Perú, España y Ecuador

En la República de Colombia, se ha establecido la subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias a partir del supuesto de que en cada caso, el titular del derecho debe haber utilizado los mecanismos procesales que se han previsto para posibilitar su defensa. Se asume además que los recursos de la justicia ordinaria son suficientes para salvaguardar los derechos fundamentales, por lo que no serán frecuentes las ocasiones en que se configure la vía de hecho, (que es la que franquea la revisión). Con esta premisa, se determina la improcedencia de la acción de tutela contra providencias cuando se pretende que su ejercicio sustituya los medios procesales previstos en la justicia ordinaria que no han sido utilizados por el reclamante,²³⁵ la Corte

²³⁴ *Ibid.*, p. 160.

²³⁵ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, op. cit., p. 158.

Constitucional de Colombia lo ha expresado así “La Corte ha sostenido de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando, con ella se pretenda sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido, o incuria de quien solicite el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”.²³⁶

La calificación de subsidiariedad proviene del cumplimiento de un requisito negativo, que involucra la certeza de que no se deje pendiente ningún otro medio procesal que permita defender el derecho fundamental, porque si hay la mínima duda sobre qué acción iniciar, como indicativo de que está abierta una posibilidad diferente, es que la procedencia de la acción extraordinaria es negativa; es decir que la calidad de subsidiaria no depende de la discrecionalidad de la persona, sino que el ejercicio de este medio es posible solamente cuando no hay otro pendiente, por lo tanto no ha lugar a ninguna elección.²³⁷ Esta posición contraría la que se sostiene en Ecuador respecto de la subsidiariedad, entendida como la posibilidad que tiene el accionante para escoger la vía procesal que mejores posibilidades le ofrece para su pretensión, mientras que este autor manifiesta que la subsidiariedad es el carácter que tiene cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, se aclara que también es opuesta al criterio de la Corte Constitucional de Colombia, según se observa en el siguiente párrafo.

De acuerdo a la Corte Constitucional de Colombia, la calidad de subsidiaria significa que no hay una secuencia de acciones en la que está colocada esta protección extraordinaria como una más, sino que, habiéndose agotado todos los recursos en la justicia ordinaria, la acción de tutela constituye el único mecanismo directo para restaurar los derechos constitucionales “[...] cuando no existe medio judicial distinto para buscar la eficacia del derecho atacado o amenazado, surge la acción de tutela como

²³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-567 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, citado por Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho...*, *op. cit.*, p. 158.

²³⁷ Javier Henao Hidrón, *Derecho Procesal Constitucional: protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, TEMIS, 2003, p. 25.

única medida a disposición del titular de aquel [...] Allí reside su importancia en el contexto de las instituciones vigentes: en que otorga una salida a la que no conducen los mecanismos ordinarios”.²³⁸

Es decir que esta calidad de subsidiaria no debe confundirse de ninguna manera con lo residual ni marginal, por su propia naturaleza es una acción de trascendencia constitucional, ubicada junto a los otros instrumentos del sistema garantista y concebida como la única defensa ante la violación de un derecho constitucional dentro de una sentencia judicial, bien por la acción del operador de justicia o bien porque esa defensa es la motivación del proceso.

El criterio de la Corte Constitucional de Colombia acerca de que la tutela tiene relevancia constitucional porque es un instrumento extraordinario de protección, como expresa en las sentencias T-106 de 1993 y T-247 de 1993, es rebatido por Correa Henao, quien asevera que más bien es “medio ordinario, común y normal de proteger los derechos constitucionales fundamentales”, indica que no es marginal, sino que es el único medio de protección del derecho (en Colombia), siempre que se cumpla con el requerimiento de la subsidiariedad, de aquí más bien aparece que al agotarse todos los instrumentos procesales de la justicia común, como manda la norma constitucional, queda solo esta acción y se vuelve el mecanismo ordinario y natural,²³⁹ si se mira que en el escenario se han descartado los demás medios de defensa y queda solo la acción extraordinaria, su utilización viene a ser la forma ordinaria de tutelar los derechos fundamentales.

²³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-024 de 1996, citada por Néstor Raúl Correa Henao, en *Derecho Procesal de la acción de tutela*, Bogotá, JAVEGRAF, 2005, p. 128. Cabe aclarar que la sentencia se refiere a una tutela, pero no se especifica si es una tutela general que en el sistema ecuatoriano equivaldría al amparo ordinario, o si se trata de una acción de tutela contra sentencia judicial que sería nuestra acción extraordinaria de protección, pues en el sistema colombiano no se las distingue desde el texto constitucional (artículo 86) sino solo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

²³⁹ Néstor Raúl Correa Henao, *ibid.*, p. 53.

Se transcriben dos sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, de las que aparece que el uso de la acción de tutela se le relaciona con la subsidiariedad, que se la expresa como la característica de que no debe haber otros medios de defensa judicial, lo que en el Ecuador implica la residualidad. Se observa además que para la procedencia de las vías de hecho, o sea para abrir la posibilidad de que la acción de tutela sea procedente, debe constituir la única vía que le permita alcanzar el concepto material de la justicia.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia por conflicto entre arrendador y arrendatario.-

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Corte de servicios públicos por parte del arrendador

[...] 3. Subsidiariedad de la tutela.

Uno de los rasgos característicos fundamentales de la acción de tutela, que a golpe de sentencias ha venido decantando la doctrina constitucional, es el de su subsidiariedad, esto es el de su improcedencia cuando existen otros medios de defensa judicial, toda vez que de no ser así este instrumento entraría a suplir los medios judiciales ordinarios que al efecto ha previsto el legislador. [...] ²⁴⁰

Sentencia T-1161/08 26 de noviembre de 2008 / Corte Constitucional de Colombia.

2.1 Condiciones de procedibilidad de la acción de tutela para obtener la reliquidación o reconocimiento de la pensión. Reiteración de Jurisprudencia.

[...] En este orden de ideas, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales; toda vez que la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa, según el caso.

Esto se debe a la naturaleza jurídica de esta acción, que es eminentemente subsidiaria y residual, por lo que sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de

²⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-237-98, alojada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-237-98.htm>.

defensa judicial, el existente no sea eficaz, o se instaure para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Así, pretender que el juez de tutela tiene competencia principal o abierta para resolver los conflictos relacionados con derechos prestacionales, es entonces desconocer el carácter extraordinario que identifica al mecanismo de amparo constitucional.

En el Perú se utiliza el término “residualidad” del amparo, consta en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional que la somete a dos temas: que se trate de la violación de un derecho reconocido en la Constitución y que no existan otras vías procesales específicas igualmente satisfactorias para la tutela del derecho fundamental, en estos casos el demandante debe demostrar *la inexistencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria*, mediante aportaciones probatorias suficientes; sin embargo, hay algunas situaciones que matizan los supuestos legales, por ej. cuando a pesar de existir la lesión de un derecho fundamental, no se evidencia la presencia de *daño irreparable*, situación en la que el juez deberá analizar y ponderar para calificar de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. Por otra parte, Eguiguren destaca que el amparo tiene un papel restitutorio y reparador, lo que implica que el objetivo que se persigue en el proceso constitucional es volver las cosas al estado anterior de la lesión del derecho, por lo que, si las circunstancias del caso ameritan aceptar la procedencia de un amparo debido a que en la vía ordinaria se ve seriamente amenazada la posibilidad de la reparación, se lo debe hacer.²⁴¹

La Constitución española: El concepto de subsidiariedad, aun cuando no conste de modo expreso en el texto de la Constitución española, CE, es utilizado de modo corriente para referirse a las características del Recurso de Amparo Constitucional, RAC, que es la garantía para proteger varios de los derechos fundamentales de las

²⁴¹ Francisco José Eguiguren Praeli, “La opción por un amparo ‘estricto’ y ‘residual’ en el Perú”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2010, p. 549, 551, 552.

decisiones de las autoridades públicas, incluidos los jueces y tribunales, por lo que puede decirse que en esta última parte es el homólogo de la acción extraordinaria de protección del Ecuador.

Albertí Rovira manifiesta que el artículo 121.b de la Constitución republicana de 1931 establecía de manera expresa el carácter subsidiario del *amparo de garantías individuales*, porque decía que era procedente “cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades”, entonces se podía acudir al Tribunal de Garantías Constitucionales; mientras que la Constitución de 1978 no se refiere expresamente al carácter subsidiario de la acción en relación a la justicia ordinaria, tal calidad deviene naturalmente de la misma Constitución, declarando su acuerdo con el criterio del profesor Rubio Llorente sobre la intencionalidad demostrada en el debate constituyente para configurarlo como un *medio alternativo a la protección judicial ordinaria*.²⁴²

Además se refiere a la frase incluida en el artículo 53.1 CE, cuando dispone que sea la ley la que determine “en su caso” la procedencia de acudir a una u otra instancia para reclamar la reparación de los derechos violados, admitiendo que se genera una doble configuración para que sea “alternativa” o “subsidiaria”, sin imponer ninguna, lo que ha determinado que el legislador haga

uso de esta libertad configurando el recurso de amparo constitucional como recurso subsidiario a la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales. Dada su legitimidad, y también su arraigo, parece razonable pensar pues que la subsidiariedad pueda y deba mantenerse como uno de los caracteres básicos del recurso de amparo constitucional.²⁴³

En cuanto a la configuración de la subsidiariedad del amparo constitucional, afirma que deviene de dos aspectos: 1. La necesidad de agotamiento de las posibilidades

²⁴² Enoch Albertí Rovira, “El recurso de amparo constitucional: una revisión pendiente”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 127.

²⁴³ *Ibid.*, p. 128.

de impugnación en la justicia ordinaria; y, 2. La determinación de que hay un derecho violado en el proceso originario. Estos dos antecedentes configuran un escenario singular que demuestra que el resguardo de los derechos fundamentales le ha sido entregado de manera básica a los jueces ordinarios, a los que les corresponde la decisión sobre las lesiones que se hayan producido, es decir que la protección jurisdiccional de los derechos se circunscribe a la sede judicial. Es únicamente en los casos en los que no se hayan rectificado en ese nivel tales vulneraciones cuando se admite la impugnación ante el Tribunal Constitucional.²⁴⁴

Por otra parte, Carrillo concibe al principio de subsidiariedad como el elemento que permite concertar las funciones del TC y los administradores de justicia ordinarios en la protección de derechos fundamentales. Así también considera que la subsidiariedad tiene un rol en el establecimiento de los criterios de que trata la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.²⁴⁵

Para Pérez Tremps el recurso de amparo (ante el Tribunal Constitucional) también es un remedio subsidiario respecto del amparo que les corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, lo nuevo en su criterio es la idea de que no se ha determinado si este aspecto se debe a la acción del constituyente o del legislador, pero que en todo caso es lo conveniente para el sistema constitucional español.²⁴⁶

La acción extraordinaria de protección en el Ecuador: La Constitución expedida en el año 2008 contiene una concepción renovada en el sistema jurisdiccional porque establece la jurisdicción constitucional, este nuevo modelo no implica que el juez ordinario solo tenga competencia en procedimientos ordinarios fuera de la materia y relevancia constitucional, contrariamente, su tarea prioritaria es la defensa de los

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 129.

²⁴⁵ Marc Carrillo, “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2001)”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *ibid.*, p. 43.

²⁴⁶ Pablo Pérez Tremps, “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *ibid.*, p. 190.

derechos constitucionales en todos los procesos a partir de la normatividad de la Carta Suprema, y de modo concreto en las acciones de protección. Lo que sucede en el proceso constitucional es que hay un elemento diferenciador, es el bien jurídico protegido, que está conformado por los derechos reconocidos en la Constitución.

2.2.2.2. *Relación entre agotamiento, subsidiariedad y residualidad*

Para cerrar el tema de estos tres elementos que se presentan en determinados momentos procesales en las acciones, recursos o las garantías jurisdiccionales, la investigación propone las siguientes aclaraciones, de acuerdo al uso de los términos en el Ecuador:

El *agotamiento* es el estado que tiene un proceso cuando no queda ningún recurso ordinario o extraordinario para ser “utilizable” en la sede judicial. La explicación es, que a la justicia ordinaria le corresponde el primer resguardo de los derechos constitucionales, en tal virtud tiene que obrar con todos los medios que legalmente le corresponden, para reparar el derecho violado. Así es que en el caso concreto de la AEP, la Constitución determina que para su procedencia, debe haber operado el agotamiento.

La *subsidiariedad* como se ha quedado indicado, significa apoyo, solidaridad, refuerzo, es la calidad que tienen dos similares para que sea utilizado el mejor. Tratándose de lo procesal, el ejemplo es en un tema laboral: si existe un despido intempestivo, la persona afectada puede utilizar la demanda laboral ordinaria o una Acción de protección, la que mejor le garantice la reparación de su derecho, que evidentemente será la Acción de protección porque debe cumplir los términos de urgencia que plantea la norma secundaria.

La *residualidad* es la calidad que tiene la acción después del agotamiento, implica que no debe existir ninguna vía procesal que pudiera ser utilizada. Así sucede

con la AEP en el Ecuador, pues en el art. 94 de la Constitución 2008, dispone que es procedente cuando se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, excepto que esta falta de utilización no sea de responsabilidad del afectado.

Lo que sucede es que en algunos países por ejemplo en Colombia y España se trata a la subsidiariedad como la calidad que tiene una garantía para ser utilizada cuando se ha producido el agotamiento de recursos, que para el medio en el Ecuador, corresponde a la residualidad.

2.2.3. El objeto de las AEP son sentencias, autos y resoluciones firmes

Las disposiciones de la Constitución (artículo 437) y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (artículo 61.2) establecen que para la presentación de la AEP es requisito que la violación de derechos se haya producido en *sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia*. En la disposición constitucional del artículo 94 solo incluye *sentencias o autos definitivos*.

Se ha de entender entonces, que la garantía jurisdiccional no es a todas las sentencias, sino únicamente a las que tienen el carácter de definitivas, o ejecutoriadas. La distinción se orienta a discriminar las sentencias de instancia que aún tienen la posibilidad de acudir al nivel superior, hasta la última que es el recurso de casación.

La sentencia definitiva es, según Alsina el acto por el cual se da la “definición de la litis mediante la declaración de la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley que garantice un bien al actor, o lo que es lo mismo, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que garantice un bien al demandado”. Dice el autor que las sentencias pueden ser definitivas ponen fin al proceso, producen efectos extraprocesales, no pueden ser objeto de otro juicio mediante la excepción de la cosa juzgada y permiten la

fase de ejecución por la *actio iudicati*, estas pueden a la vez ser estimatorias o desestimatorias.²⁴⁷

En la definición transcrita se establece la tutela del derecho que nace de la ley y la potestad del juez para actuar, pero lo necesario es profundizar en la calidad de la sentencia para poner *fin al litigio*, al respecto Chiovenda dice que:

La sentencia definitiva es el acto mediante el cual el juez da cumplimiento a la obligación que nace para él de la demanda judicial; con la sentencia consuma su función (*functus officio*), salvo que haya resoluciones accesorias que dictar (condena a liquidación de las costas) [...] El conocimiento de la cuestión principal de fondo conduce a la sentencia de fondo.²⁴⁸

En el Ecuador, la normativa establece en el Código de Procedimiento Civil, artículo 269, que la “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”, en el 296 incluye cinco causas por las que se ejecutoria, y en el 297 determina que “la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en derecho” indicando además los supuestos que conforman la cosa juzgada, que son aquellos que sellan el proceso. Como consta en el análisis del primer capítulo, punto 1.3.5. “Las críticas reconducidas en beneficio de la AEP”, en el caso de esta garantía constitucional, se supera el principio jurídico de la cosa juzgada en la búsqueda de la justicia material.

Además en la apreciación integral del diseño de la AEP está presente la cualidad de *definitiva* que debe tener la sentencia impugnada (no la que corresponde a un nivel o instancia), cuando el mandato constitucional dice que *El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal y la*

²⁴⁷ Hugo Alsina, *Derecho procesal civil: parte procedimental*, vol. 3, México, Corporación de Editores, Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2001, p. 255, 256.

²⁴⁸ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 551.

norma legal del artículo 61.3 determina que la demanda debe contener la *Demostración de haber agotado los recursos*.

La Corte Constitucional de Transición establece su concepción de la sentencia definitiva:

Así concebida y entendida, la sentencia es el acto procesal de mayor importancia del proceso, pues mediante ella se realiza la voluntad completa del legislador, voluntad que se hallaba abstracta en el precepto legal; por ende, la sentencia es la resolución que dicta el juez de acuerdo con la ley y sobre el punto en cuestión que ha sido puesta en conocimiento y que ante él se contravierte.

[...] 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.

El auto es la decisión que resuelve aspectos importantes en el proceso, llamados los incidentes. El artículo 270 del CPC lo define así: “Auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio”. Pero el auto sobre el que puede interponerse una AEP debe tener la característica de *definitivo* porque así lo establece la norma constitucional, lo que implica que su contenido pone fin al incidente, no puede volver a alegarse y no puede ser apelado.

La Corte Constitucional ha recogido en su resolución la facultad de otorgar la AEP a los autos definitivos:

En este marco, la presente AEP planteada por Julia Celmira Jaramillo Díaz, en contra del auto dictado el 21 de noviembre del 2008 por la Presidenta Subrogante del tercer Tribunal de Loja, contiene dos elementos sustanciales: 1) el auto impugnado tiene el carácter o la fuerza de sentencia al ser definitivo; 2) la abstención de tramitar el reclamo

deja en una situación de incertidumbre a la accionante al no poder ejercitar una acción, un derecho, que a pesar de estar establecido en la misma Constitución, por ciertas falencias y/o vacíos legales en cuanto a su procedimiento vulneran el debido proceso y el derecho a la defensa.²⁴⁹

Por otra parte, la norma procesal del artículo 272 otorga la calidad de auto al decreto, en tres supuestos: i) Cuando versa sobre aspectos importantes de la sustanciación como son los de pago, prueba y otros semejantes; ii) Los que puedan perjudicar los intereses de las partes; iii) Los que puedan influir en la decisión de la causa.

La Corte Constitucional ha aceptado la AEP sobre un decreto, al que denomina auto, de la siguiente manera:

Lo expuesto lleva a esta Corte Constitucional para el período de transición, a afirmar que siendo la providencia impugnada (del 23 de enero del 2009) un auto en el que se resuelve un incidente de ampliación y que, por tanto, al no ser legalmente posible interponer, respecto de tal auto, nuevos recursos verticales por expresa disposición del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, tal auto de 23 de enero de 2009 quedó ejecutoriado y en consecuencia, la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente conforme al artículo 437. 1°. de la Constitución de la República [...] ²⁵⁰

Se aclara que si bien la referencia del artículo es adecuada para el punto que se trata, se mantiene la independencia en cuanto a la procedencia de la calificación de auto a un decreto, la que será expuesta en el tema “De la procedibilidad”.

De manera persistente los fallos de la Corte Constitucional se refieren al requisito de que la AEP debe versar sobre sentencias y autos definitivos, en un caso concreto lo dice así: “En síntesis, se puede decir que la acción extraordinaria de

²⁴⁹ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 07-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 42.

²⁵⁰ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 09-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 104.

protección procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando dicha intervención haya tenido lugar en el juicio y cuando en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable mediante sentencia o auto definitivo [...]”²⁵¹

Finalmente, el punto añadido en el artículo 437 de la Constitución, en relación al 94, dice que el requisito es *que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados*. El término *resoluciones* es el género en el que se incluyen las diferentes clases de providencias, llámense sentencias, autos o decretos, de ahí que más bien es una repetición que no le agrega valor al contenido de la disposición, si ya se nombra a las sentencias y los autos.

2.2.4. La violación del Debido Proceso u otros derechos reconocidos por la Constitución

En relación a la AEP, se ha visto que por su naturaleza jurídica tiene una doble función como derecho subjetivo y como proceso constitucional, porque es al mismo tiempo la garantía para reclamar los derechos de las personas y el medio para que los jueces constitucionales aseguren la supremacía de la Norma suprema a través del control concreto de constitucionalidad en los procesos en los que se han vulnerado los derechos reconocidos en la Constitución.

En segundo lugar, también se ha revisado que en el diseño del sistema constitucional se coloca a la acción extraordinaria de protección en la posición articuladora entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, porque a esta le corresponde la protección de los derechos que no han encontrado el debido resguardo en la sede judicial, lo que se hace posible mediante la utilización de esta garantía jurisdiccional, con sujeción a nuevos paradigmas. En una sentencia la Corte Constitucional ha expresado que “la Corte Constitucional no puede entrar a resolver

²⁵¹ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 07-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 35. Sentencia 046-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 343 de 17 de diciembre de 2010, p. 38.

cuestiones eminentemente 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”.²⁵²

En lo concreto de los derechos tutelados por la AEP, se ha establecido su trascendencia a través de la historia, conforme consta en el Capítulo 1, desde sus primeras expresiones como los derechos de libertad y más tarde como los derechos fundamentales que limitan el poder, íntimamente vinculados a la noción de constitucionalismo, porque su calidad de fundamentales deviene de su inclusión en el texto supremo. Ferrajoli dice, *no por casualidad* son estos los derechos reconocidos y no otros,²⁵³ “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”.

En el caso del Ecuador, los derechos abarcan un campo más amplio, cuando la norma se refiere a los *derechos reconocidos en la Constitución*, implica que ya no son solo los derechos fundamentales sino todos los que están en la Norma, es decir que se incluyen a los derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a los artículos constitucionales 94 y 437, el objeto de la protección de la garantía jurisdiccional es *el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución*.

Como se puede apreciar, en la primera norma únicamente se dice de manera general los derechos reconocidos en la Constitución, mientras en la segunda disposición, se distingue al debido proceso de los otros derechos. Si bien el texto no indica ningún fundamento para la diferenciación, lo que se debe entender es la trascendencia del debido proceso en la configuración de los derechos, porque además de

²⁵² Corte Constitucional de Transición, Sentencia 03-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 73.

²⁵³ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 145.

su calidad de derecho, es el medio procesal que permite la defensa de todos los demás derechos, cuando han sido lesionados dentro de un proceso.

La Corte Constitucional lo dice así: “[...] establece la revisión de sentencias y autos definitivos en los que se hayan violado derechos fundamentales, por lo tanto, el fin de la acción es la consecución de la justicia, misma que es el resultado del respeto eficaz de los derechos y garantías establecidos en la Constitución [...]”²⁵⁴

En otro pronunciamiento, la Corte Constitucional además de establecer a la AEP como el artífice procesal que permite la vigencia del Debido Proceso, le declara protectora tanto de los derechos de las personas como del Estado y la seguridad jurídica. De esta manera reconoce la doble función de la AEP: resguarda los derechos subjetivos y ejerce la dimensión constitucional:

En el caso sub judice, direccionando el Debido Proceso a la acción extraordinaria de protección, debemos manifestar que siendo este el eje articulador de la validez procesal, la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave, no solo a los derechos de las personas en una causa, sino incluso al Estado y a su seguridad jurídica. Y es que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego (sic) al respeto de los derechos constitucionales y a máximas garantistas, como el acceso a los órganos jurisdiccionales y el respeto a los principios y garantías constitucionales.

De ahí la importancia de la acción extraordinaria de protección, ya que esta pretende revisar si en una resolución no se han violentado estas normas procesales, que constituyen la garantía para que el sistema procesal sea uno de los medios idóneos para alcanzar la realización de la justicia.²⁵⁵

Además de las disposiciones de la Constitución, están las de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que expresan que en la AEP se

²⁵⁴ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 006-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 605 de 4 de junio de 2009, p. 5.

²⁵⁵ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 015-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 651 de 7 de agosto de 2009, p. 23.

juzgan las violaciones al debido proceso y a otros derechos reconocidos en la Constitución. El criterio es que la concepción procesal de la AEP permite que se incluyan todos los derechos reconocidos en la Constitución, lo que le da una base de protección excesivamente amplia, permitiendo a los ciudadanos el reclamo de cualesquier derecho, sin tomar en cuenta que esta garantía puede interponerse solamente para reclamar por la vulneración de derechos constitucionales, no patrimoniales, para cuyo efecto el artículo 62, numeral 2 dispone que en la demanda de garantía se debe justificar “argumentadamente la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión”.

Así mismo hay que observar en cuanto al demandado, que siempre será un juez o tribunal, que no puede ser responsable sino por los actos u omisiones dentro del proceso, no los que han ocurrido fuera de él, o sea por la violación a los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso. Este tema se desarrolla en el punto de esta tesis “3.2.4.1. El predominio del derecho al debido proceso” Véase la Tabla No. 8 en el Capítulo 3.

Finalmente, se debe destacar que en el *deber ser* de la actividad jurisdiccional de la Corte Constitucional está la obligatoriedad de ceñirse a lo estrictamente constitucional, de ninguna manera los fallos que se expiden en esta clase de procesos pueden referirse al ámbito de la legalidad, deben versar estrictamente acerca de la lesión de los derechos constitucionales, sin miramiento al criterio del juez ordinario ni a la calificación de las aportaciones probatorias. Así corresponde actuar a los jueces constitucionales para alejar los temores de que la AEP se convertirá, en cuanto a la revisión de sentencias judiciales, en la cuarta instancia de la justicia ordinaria, de esta manera también alcanzarán la legitimación de su actuación, con base del ajuste a la Constitución y la Ley.

2.2.5. El efecto reparador

Se ha manifestado que el objetivo que transversaliza toda la historia de la humanidad es alcanzar la protección de los derechos humanos, y la justificación de instituir diversos sistemas jurídico-constitucionales radica en que con esta protección se alcanzará la efectividad, eficacia y eficiencia de los derechos. La eficacia es la cualidad que deben tener los cuerpos normativos para incidir en el grupo social, que tengan racionalidad para que los ciudadanos las acepten y se adapten a ellas, mientras que la efectividad es la percepción de cada persona frente a sus derechos, a la que puede llegar por el ejercicio de las garantías que le permiten tenerlos y disfrutarlos, en este caso de los derechos y garantías constitucionales, la eficiencia es obtener el goce de los derechos al menor costo.

Estas aseveraciones forman parte del criterio de Juan Carlos Esguerra Portocarrero, quien trata del garantismo jurídico en general y de manera concreta del constitucional para manifestar que su existencia se encuadra en la eficacia, “por cuanto frente a los distintos incumplimientos que puedan suscitarse, los diferentes instrumentos previstos por el ordenamiento (garantías) tendrán por objeto dotar de plena vigencia al modelo constitucional determinado estructuralmente”, y aclara más cuando dice que las garantías son “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por lo tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.²⁵⁶

Lo trascendente es entonces responder, en la práctica, ¿cuándo podemos decir que un derecho fundamental es eficaz y efectivo? Cuando proviene de un ordenamiento

²⁵⁶ Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*, www.google/EsguerraPortocarrero, p. 2, consultado el 2 de julio de 2010. En este e-documento incluye la definición de garantías, indicando que son “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por lo tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.

aceptado por el grupo social y se convierte en parte de la vida de la persona porque tiene un ejercicio real, para lo que en ciertos casos debe utilizar las garantías que constan en la Constitución, y que en el objeto de esta investigación es la acción extraordinaria de protección.

La referencia a la eficacia y efectividad que se alcanza para los derechos reconocidos en la Constitución a través de la AEP, será tratado con el debido detenimiento en el Capítulo 3, cuando se establece cuantitativamente la atención que se ha dado a los reclamos ciudadanos visibilizándola en los procesos admitidos, inadmitidos, sentenciados y dentro de estos últimos, si aceptan o niegan los derechos reclamados.

2.2.5.1. La reparación integral se genera de la declaración de un derecho constitucional violado

La existencia o inexistencia del efecto reparador deviene, en primer lugar de que la resolución admita la solicitud de protección, y en segundo lugar, de la concepción de la sentencia sobre la tutela y las medidas reparadoras.

En el Ecuador la doctrina asevera que la resolución debe limitarse a verificar si en el proceso originario se han violado el debido proceso u otro derecho constitucional, y de ser así, declarar la *nulidad* a partir de la actuación en que se produjo la lesión, devolver al juzgado para que dicte el nuevo fallo sujetándose a la Norma Suprema, porque la Corte Constitucional no debe conocer de los hechos del proceso ni dictar una nueva sentencia,²⁵⁷ su función concreta es determinar si se ha violado el derecho para tomar las medidas que alcancen a preservarlo o repararlo.²⁵⁸

²⁵⁷ Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, p. 284.

²⁵⁸ Storini Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *ibid.*, p. 310.

Se incluye el Anexo No. 2 “Resumen de los derechos aceptados o negados en las AEP”, en el que consta la decisión de aceptación o rechazo de cada pronunciamiento, y en caso de aceptar la AEP, se expresa si se anula la decisión judicial impugnada y si existen medidas reparatorias directas.

Lo que se puede apreciar en la realidad es que hay diferentes matices en las resoluciones que expide el órgano de control constitucional, no todas se alinean detrás de un solo criterio sino que responden a la diversidad de opciones que contienen las acciones de protección. Para la explicación, Tur Ausina cita el ejemplo de un particular que presenta el recurso de amparo porque reclama el resguardo de su derecho, debido a que se ha publicado una noticia que compromete su intimidad. En este caso se puede producir un conflicto entre el derecho subjetivo del accionante y la “*dimensión institucional*” de otro derecho fundamental, de manera puntual, si el reclamo del ciudadano es para que se proteja su derecho a la intimidad, se confronta con la institucionalidad de la libertad de información, el Tribunal Constitucional puede abrir un abanico de posibilidades para proteger, aún dentro del pedido de tutela de un derecho subjetivo (a través de la ordenación protectora del derecho fundamental), a la *dimensión institucional* de la libertad de información, para lo que tomará en cuenta el trabajo que haya desempeñado el periodista, si lo hizo con calidad para garantizar la libertad de expresión y el derecho de la ciudadanía al acceso masivo a la información. Lo contrario seguramente provocaría el deterioro de la información que es indispensable para sustentar el Estado democrático, con la implicación de que si bien se otorga la tutela del derecho a la intimidad, conforme la pretensión del ciudadano que reclama, también se atiende otro pedido de protección: la seguridad de la institucionalidad de la libertad de expresión, la que se alcanza por la misma vía de la protección del derecho subjetivo.²⁵⁹

²⁵⁹ Rosario Tur Ausina, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 204-205.

La definición del Ecuador como *un Estado constitucional de derechos y justicia*, encierra una profunda renovación conceptual que incluye la posición de privilegio de los derechos constitucionales y la instauración de las garantías que permitan la prevención o el restablecimiento en los casos en que aquellos sean quebrantados. La necesidad de las personas para acceder a la justicia y alcanzar la efectividad de los derechos, demanda el establecimiento de un derecho procesal específico, que, siendo parte del Derecho Adjetivo, sea propio de la materia constitucional, aspecto al que se había aspirado desde mucho tiempo atrás, y que se vislumbra cercana por el texto constitucional que franquea la existencia de la justicia constitucional, pero la ley que se expidió en el Ecuador para reglar los juicios constitucionales no se llamó de procedimiento procesal constitucional, sino Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En la Constitución vigente se contempla el sistema de garantías para proteger los derechos de manera efectiva y eficaz, se incluye el enunciado que facilita la elaboración de un marco procedimental para sustanciar las acciones constitucionales y, de establecerse la vulneración de derechos, dice el artículo 86 que los jueces deben declararlo en la sentencia y *ordenar la reparación integral*, que incluye tanto *el daño material como el daño inmaterial*, estas disposiciones si bien no constan en los artículos 94 y 437 de la Constitución que son los únicos que en el texto supremo se refieren a la acción extraordinaria de protección, son absolutamente aplicables a la AEP porque forman parte de las Disposiciones Comunes de las Garantías Jurisdiccionales.

El desarrollo de esta disposición constitucional se cumple en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC, artículos 18, 19, 63 que se refieren a la *Reparación Integral*, y la ratifican como la consecuencia ineludible de la sentencia de la Corte Constitucional que declare que se ha producido el

quebrantamiento del o los derechos fundamentales, para que se restaure el daño material o inmaterial y que la persona agraviada vuelva a gozar y disfrutar de su derecho regresando a la situación anterior a la vulneración. La reparación puede ser efectuada a través de diferentes medios, entre los que están: la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La apreciación del daño, dice la norma legal, que debe ser diferenciado: material o inmaterial. La reparación en el primer caso debe incluir i) La compensación por los ingresos que se ha dejado de percibir o por su disminución; ii) El valor de los gastos en que se hayan incurrido por los hechos juzgados; iii) Las consecuencias económicas relacionadas. La reparación por el daño inmaterial contempla la restitución de una cantidad de dinero o de bienes o de servicios apreciables en dinero, en concepto de: i) El sufrimiento causado al afectado y sus parientes cercanos; ii) La disminución de valores importantes para esas personas; iii) Las variaciones sufridas en su estilo de vida y de su familia. En todo caso, para la reparación se ha de tomar en cuenta cómo el quebrantamiento del derecho influyó en el estilo de vida de su titular así como las circunstancias y las secuelas de los hechos, sobre lo que la víctima será escuchada en la misma audiencia convocada por la jueza o el juez constitucional, quien, de considerarlo necesario, dispondrá la evacuación de una nueva audiencia para tal efecto, en el término máximo de ocho días.

Todas estas obligaciones positivas o negativas, deben ser expresadas en la sentencia o acuerdo reparatorio de forma individualizada, indicando las circunstancias de modo, lugar y tiempo para ser cumplidas, excepto si es que hay reparación

económica, en cuyo caso, para la determinación del monto debe sujetarse a otro trámite ante el juez o jueza ordinarios a donde regresará el proceso sentenciado por la Corte Constitucional, esto es, en la vía verbal sumaria si el destinatario de la sentencia es un particular, y en contencioso administrativa si el obligado es el Estado.²⁶⁰ Como se aprecia, la LOGJCC ha rebasado el ámbito que señala la Constitución en el artículo 86 porque en sentido contrario a su mandato de que sea un proceso sencillo, rápido y eficaz, conforme el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha alargado el procedimiento para remitirlo nuevamente a la justicia ordinaria en una cadena que para el legitimado pasivo se convertirá en interminable.

En este tema, el criterio de Escudero es que en el Ecuador aún no ha podido iniciarse el desarrollo y aplicación de la reparación integral como un elemento de la justicia, lo que servirá para coadyuvar al *buen vivir* de los ciudadanos del Ecuador, tal como es el sentido de la disposición constitucional que la ampara, la que guarda coherencia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que se basa en cuatro aspectos: i) Los casos de la justicia constitucional deben investigarse a fondo para establecer de modo incontrovertible la verdad; ii) Se debe procesar y sancionar a los responsables para alcanzar la justicia; iii) La reparación integral de los daños morales y materiales ocasionados, es una obligación ineludible; iv) Los órganos del poder público que han ordenado o tolerado violaciones de derechos contra las personas, deben ser separados para garantizar la administración pública que corresponde al Estado democrático.²⁶¹

²⁶⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 19.

²⁶¹ Jhoel Escudero, “Transformación y resistencia al cambio del Derecho Constitucional: el caso ecuatoriano”, en R. Gargarella, C. Storini y otros, *Perspectivas constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 14, 15.

En lo concreto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus sentencias reconocen la reparación y la indemnización, con fundamento del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 63.-

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.²⁶²

En el caso Tibi vs. Ecuador, la Comisión Interamericana sometió a conocimiento de la Corte una demanda contra el Estado ecuatoriano, en relación con la denuncia No. 12.124 presentada el 16 de julio de 1998, a fin de que determine si el Estado violó los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la propiedad privada, todos ellos en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención que establece el compromiso de todos los estados “a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación alguna” entendiéndose que es persona todo ser humano. En la parte pertinente la Corte expresó que la sentencia es *per se* una reparación, por la que el Estado debe: i) Investigar los hechos del presente caso y publicar los resultados; ii) Pagar 148.715 euros por indemnización de daños materiales; iii) Pagar 207.123 euros

²⁶² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrito el 22 de noviembre de 1969.

por indemnización de daño inmaterial; iv) Pagar 37.282 euros por concepto de costas y gastos tanto del proceso interno como del internacional; v) Asegurar que estos pagos no pueden ser afectados, reducidos o condicionados por temas fiscales actuales o futuros; vi) Supervisar el cumplimiento de la sentencia que debe ser en el plazo máximo de un año; vii) Rendir un informe a la Corte en un año.²⁶³

Así también en la sentencia expedida el 14 de marzo de 2001, en el caso *Barrios Altos vs. Perú* la Corte Interamericana hizo suyo el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, mediante el que admitió la violación de los derechos a la vida (artículo 4 de la Convención) en perjuicio de 16 personas; a la integridad personal en contra de 4 personas (artículo 5 de la Convención); y a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención) en perjuicio de los familiares de las víctimas. En consecuencia,

6. Dispuso que las reparaciones serían fijadas de común acuerdo por el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados, dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.
7. Se reservó la facultad de revisar y aprobar el acuerdo señalado en el punto resolutivo precedente y, en caso de que no se llegare a él, continuar el procedimiento de reparaciones.²⁶⁴

El tercer caso de referencia es el de *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, en el que el 6 de mayo de 2008, la Corte dictó sentencia de excepción preliminar y fondo²⁶⁵ debido

²⁶³ Caso *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, *Excepciones preliminares, Fondo Reparaciones y costas, Serie C No. 114*, alojado en <http://www.corteidh.or.cr/>, consultado el 12 de junio de 2013.

²⁶⁴ Caso *Barrios Altos vs. Perú*, *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001. Demanda presentada por la Comisión Interamericana*, alojado en <http://www.corteidh.or.cr/>, consultado el 12 de junio de 2013.

²⁶⁵ La Convención prevé la intervención de la Corte Interamericana en casos de urgencia, conforme el “Art. 63 [...] 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

a la violación de los derechos a la propiedad privada en relación con el derecho a las garantías y protección judicial (artículos 8.1 y 25) , todos en relación con el artículo 1.1. de la Convención, dentro de la situación jurídica desde hacía 14 años. En esta virtud, dispuso en el punto IV. Reparaciones, que el Estado debía pagar la Justa Indemnización conforme el artículo 21 que contempla el derecho al uso y goce de sus bienes, expresando de modo concreto en el numeral “2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.” pues el Municipio de Quito expropió un inmueble de propiedad de la familia Salvador Chiriboga y no canceló el valor correspondiente por lo que también se ordena el pago de los intereses: i) Indemnización del daño material incluido los intereses \$7'435.757,80; ii) Indemnización por daño inmaterial \$10.000,00; iii) Medidas de restitución, satisfacción y de No repetición; iv) Costas y gastos \$50.000,00.²⁶⁶

Si bien es positiva la atención que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los casos de violación de derechos y ha ordenado la reparación integral desde el respectivo Estado, no deja de preocupar que estos casos tienen implícita la falta de cumplimiento o la ausencia de garantías de derechos para las personas, lo óptimo es que en cada Estado se alcance la efectividad de los derechos, y que en el supuesto caso de una violación, sea el mismo Estado el que tenga la capacidad de repararla.

2.2.6. ¿La AEP es acción o recurso?

Para exponer el escenario que requiere el análisis de este punto, se debe considerar: 1. Si se parte del razonamiento de que es un litigio nuevo, en el que se demanda a un operador de justicia que ha lesionado por acción u omisión un derecho constitucional, que por lo tanto nada tienen que ver con el objeto de la demanda inicial,

²⁶⁶ Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, *Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo el 6 de mayo de 2008 y de Reparaciones el 3 de marzo de 2011*, alojadas en <http://www.corteidh.or.cr/>, consultado el 14 de junio de 2013.

ni con el actor o demandado de ese proceso original, lo pertinente es insistir en la determinación de que la acción extraordinaria de protección es una acción; 2. Si se toma en cuenta, que el antecedente indispensable para este proceso constitucional es la existencia de un juicio, sin el cual no sería posible iniciarlo, se podría decir que estamos frente a un recurso.

En cuanto al fundamento del recurso, conviene recordar su procedencia, viene del término latino *recurrere* que significa volver a correr, denotando que el recurso es volver a transitar el camino procesal, con la intencionalidad de que otro tribunal o juez revise lo que ya hizo el anterior, porque no existe conformidad con la decisión expedida, y lo que se busca es alcanzar la justicia. Junto a este punto de vista individual, el recurso permite otras connotaciones, ubicadas en la necesidad de encontrar la satisfacción del interés colectivo para asegurar los instrumentos procesales de revisión y control, con dos objetivos: mejorar la administración de justicia y asegurar la unificación jurisprudencial.²⁶⁷

En contraposición con este criterio, los autores Mosquera y Maturana encuentran que las motivaciones para acudir a la presentación de un recurso o de un medio de impugnación, no deben circunscribirse al posible error o injusticia, porque pueden generar falta de objetividad, proponen que el presupuesto del recurso debe ser la idea de un *gravamen*, porque permite que se limite la presentación a la situación de que una o las dos partes procesales han tenido resultados gravosos, sin que deban operar consideraciones subjetivas como calificar a la sentencia de errónea o no ajustada a derecho.²⁶⁸

²⁶⁷ Julio Picatoste Bobillo, “Disposiciones generales sobre los recursos”, en Julio Picatoste Bobillo, coord., *Los recursos y otros medios de impugnación en la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Bosch, 2009, p. 21, 22.

²⁶⁸ Mario Mosquera Ruiz y Cristian Maturana Miquel, *Los recursos procesales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 18.

Por otra parte, Flor Rubianes menciona que los recursos pueden ser ordinarios y extraordinarios, los primeros para “reparar cualquier irregularidad procesal (error in procedendo) y/o error de juicio (error in iudicando) y/o errores de interpretación de una norma sustantiva”; y los extraordinarios que son los establecidos de manera excepcional, como ocurre por ej. con el de casación.

En concordancia con lo expresado, está la posición de Jaime Guasp al tratar de los recursos “excepcionales”, sobre los que manifiesta que están:

caracterizados más bien como acciones impugnativas autónomas, las cuales se singularizan por romper la unidad del proceso con el proceso recurrido, y por dar lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto a la firmeza de la resolución, sino a su autoridad de cosa juzgada material, ya que constituyen un ataque al proceso principal, en vista de una acción autónoma distinta, que se ventila en proceso independiente.²⁶⁹

Para definir el concepto de acción, la referencia es al examen realizado en páginas anteriores sobre la naturaleza de la AEP, se analizó los conceptos y teorías de diversos autores que han aportado para definir qué es la acción, ahora cabe recuperar algunas de esas proposiciones para configurar el elemento diferenciador de la acción, desde la afirmación de Alsina de que “la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica” que implica la teoría del resguardo del derecho concreto desde el Estado, para obtener una decisión favorable sobre el derecho lesionado, frente al análisis de Ferrer Mc-Gregor que determina a la acción como el derecho abstracto para acudir a los órganos jurisdiccionales, en pos de alcanzar la restauración del derecho, que es lo que constituye la efectividad. En cuanto a la acción extraordinaria de protección, es el derecho subjetivo público, con las características de ser derecho

²⁶⁹ Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, tomo 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3a. ed., p. 712, citado por Santiago Andrade Ubidia, *La Casación civil en el Ecuador*, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, p. 39.

autónomo y concreto, que se pone en ejercicio ante la violación de un derecho constitucional por parte de un operador judicial, para buscar la tutela del Estado a través del órgano jurisdiccional constitucional, con la finalidad de alcanzar la restauración del derecho, que es la efectividad.²⁷⁰

Illánz simplifica la comprensión de la acción al indicar que está fundamentada en la iniciativa personal y en la facultad de reclamar al Estado la seguridad jurídica, lo que expone en la fórmula: “iniciativa + el poder de reclamar = acción. Por lo tanto decimos que la acción procesal es un poder abstracto que da paso a un derecho completo para reclamar ante un tribunal”.²⁷¹

El criterio de Santiago Andrade, quien fue el proponente para crear la acción de amparo y participó luego del cambio de la denominación de amparo a protección, es que se trata de una acción, porque es la consecuencia de haber optado por una instancia que se encuentra fuera de la Función Judicial, como la facultada para conocer este proceso:

Ahora bien, habiéndole dejado a la Corte Constitucional fuera del Poder Judicial ahí ya tenía que estructurarse como una acción, porque es ante un órgano diferente, ahí si ya cambia, inclusive los actores, porque se dice que está atacando a los que dictaron la resolución, no a los que fueron parte en el proceso, es un acto de impugnación constitucional, exactamente como si en el campo del contencioso administrativo yo impugno la decisión del alcalde, no interesa el contenido sino el acto como tal, lo mismo pasa acá, está dentro de la misma vía de medios de impugnación a los actos firmes de la autoridad, porque el juez es tan autoridad como es el alcalde, y como cualquier otra autoridad de la que ha emanado un acto que está en firme, es un medio extraordinario.²⁷²

Las aseveraciones que se han revisado, permiten determinar que la AEP es una acción porque se trata de un nuevo proceso, diferente del original, en cuanto al objeto,

²⁷⁰ El mencionado análisis consta en el punto 2.1. Naturaleza de la acción extraordinaria de protección.

²⁷¹ F. Illánz, *La acción procesal*, La Paz, Art Apoyo Gráfico, 2010, alojado en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/accpro.html>. Consultado el 15 de junio de 2013.

²⁷² Santiago Andrade Ubidia, entrevista concedida a la investigadora el 5 de agosto de 2009.

al sujeto y a la vía procesal, porque debe ser iniciado exclusivamente para defender derechos constitucionales, en contra del órgano judicial que expidió el fallo y mediante un proceso impugnativo especial; además debe presentarse fuera de la Función Judicial, en otro órgano jurisdiccional que es la Corte Constitucional, todo lo que le da las características para denominarle extraordinaria. Para cerrar el argumento se debe enfatizar que el recurso es el dispositivo procesal que permite protestar ante el órgano judicial superior, en contra del fallo expedido, que enfrenta a los mismos actor y demandado y por el mismo objeto del juicio original.

2.3. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

La existencia de procesos constitucionales data de tiempos antiguos, al decir de Manili, casi como el propio constitucionalismo, más aún, puede afirmarse en ciertos casos que es anterior, como sucede con el interdicto de *homine liberum exhibendo* del derecho romano y la Carta Magna de 1215 que incluye un inicial y precario Hábeas Corpus, el cual fue reformulado por el Hábeas Corpus Amendment de 1679; así también puede nombrarse a la acción de amparo establecida en la Constitución de Yucatán, México en 1841.²⁷³

Con la invasión de los bárbaros a Roma, el proceso que se había desarrollado es influenciado por el proceso germano. El primero se veía como un verdadero juicio, en el que el juez era el tercero imparcial entre las partes, que decidía con autoridad y con fundamento de las pruebas aportadas, las que permitían formar su criterio y se consideraban una carga, pero para el actor era indispensable demostrar lo afirmado, por lo que tenía el mayor interés para presentar pruebas, según la regla *onus probandi incumbit ei qui dicit* (la carga de la prueba le corresponde al que afirma en juicio, no al

²⁷³ Pablo Luis Manili, “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”, en Pablo Luis Manili, comp., *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 2005, p. 25.

que lo niega); por su parte el juez tenía libertad para valorar la prueba proveniente de las partes, y emitir un pronunciamiento que solo tenía incidencia para las partes.

En cambio, el proceso germánico se resolvía por varios elementos que constituían la manifestación de una voluntad superior a las partes, con unas consecuencias que eran la evidencia de la presencia divina, de manera que las pruebas eran formales y pocas, porque no formaban el criterio del juez sino que demostraban el juicio de la divinidad, reduciendo el papel del juez a calificar la admisión de los medios de prueba, así que la resolución no expedía el juez sino que era “la declaración de certeza de una verdad absoluta, hecha por el pueblo soberano, y como verdad absoluta tenía valor frente a todos indistintamente y no solo entre las partes en causa, como ocurría según el derecho romano”.²⁷⁴

Posteriormente, la formación del proceso descansa en la acción de una persona que voluntariamente busca la reparación de su derecho lesionado, real o personal, para hacerlo valer en el proceso en contra de otra persona que es el demandado, con la finalidad de obtener la intervención de la ley a través de los órganos de la jurisdicción ordinaria, porque le corresponde la protección del Estado, que en su afán de mantener la paz social y asegurar la organización política, provee la función de administrar justicia; a cambio, el ciudadano debe restringir la histórica autodefensa, demostrando el sometimiento al orden establecido, como dice Chiovenda:

El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación con un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria [...] en el proceso se desarrolla una actividad de los órganos públicos encaminada al ejercicio de una función estatal.²⁷⁵

²⁷⁴ Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2002, p. 2, 3.

²⁷⁵ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, op. cit., p. 22.

Por otra parte, para establecer si una ley tiene la calidad de procesal, es necesario observar si es una descripción de lo que sucede en el juicio, desde la demanda hasta la sentencia y su ejecución, como si se tratara de la descripción del camino que se debe seguir. Es el legislador quien tiene que describir *cómo debe ser* ese camino, dejando un margen de libertad a quien ha de utilizarlo, por ejemplo, se establecen las partes de la demanda para que las personas libremente elaboren la que dará inicio a su acción; o, tratándose de la sentencia se dirá de qué partes debe conformarse, para que el juez en el ejercicio de su libertad construya cada parte y elabore la que corresponda al caso concreto. Para calificar si una norma es procesal, se debe atender a su contenido, observar si cumple con ese atributo de ser descriptiva, de que el objeto de su contenido forme parte de un ciclo continuo en el que se suceden los diferentes actos que componen el juicio, desde la demanda hasta la ejecución de la sentencia, tal como sucede cuando en la Constitución se reconoce el derecho de petición de los ciudadanos frente al Estado o la disposición de que todos somos iguales ante la ley o de que al acceder a la justicia se debe cumplir el debido proceso, es la parte sustantiva que establece los derechos procesales para que el legislador los describa en la norma procesal.²⁷⁶

Lo que se aprecia es que la necesidad de solucionar los diferentes conflictos de la sociedad es inagotable y omnipresente. Se da la búsqueda para resolver los problemas que aparecen cada vez más complejos, es lo que determina el constante afán de inventar nuevos sistemas o modelos. De manera concreta en lo procesal constitucional y ante la evidencia de que el positivismo no alcanzó a solucionar las complicaciones, se produjo una reorientación de la confianza ciudadana desde la ley al contenido de la Constitución, que dio como resultado en esta materia, la necesidad de desarrollar los

²⁷⁶ Eduardo J. Couture, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, vol. 2, *op. cit.*, p. 120, 124, 125.

conceptos de jurisdicción, proceso y acción para conformar (igual que en lo civil), la trilogía estructural procesal en lo constitucional. En tales circunstancias, en la vecina República del Perú se promulgó el Código Procesal Constitucional que tiene el mérito de ser el primero dentro del escenario jurídico hispánico, (salvo la existencia de otro, pero de alcance provincial como es el de Tucumán en Argentina). Los autores son un grupo de profesores universitarios que decidieron solucionar una innegable carestía del ámbito constitucional: “preparar una ley genérica que abarcara todos los procesos constitucionales” para lo que trabajaron en su proyecto desde 1995 y alcanzaron a verificar su cristalización a través de la aprobación legislativa constante en la Ley 28237 publicada en el diario oficial “El Peruano” de 31 de mayo de 2004, aunque su vigencia se postergó al 1 de diciembre del mismo año, en consideración a la necesidad de que los operadores y demás interesados conocieran el alcance de la normativa.²⁷⁷ Según explican los autores, los principios que sustentan el texto legal son: i) *de dirección judicial*, ii) *de economía procesal y de concentración*; iii) *de socialización del proceso y de impulso oficioso*; iv) *de elasticidad*; y, v) *de “favor processum” y “proactione”*. Quiroga León realza el mérito del Código Procesal Constitucional peruano porque su elaboración permite “concentrar e intentar sistematizar todos los instrumentos del control orgánico y la defensa de los derechos fundamentales en el control de las libertades, en un solo texto, con una misma redacción y una misma técnica procesal constitucional”.²⁷⁸

Pero así también resulta innegable que el DPC no puede mantenerse en el marco exclusivo de lo constitucional, porque las técnicas que se utilizan son propias del Derecho Procesal, desde la necesidad de regular la clase de acción, las fases del

²⁷⁷ Samuel Abad Yupangui y otros, *Código Procesal Constitucional: comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima, Palestra, 2004, p. 11-14, 29-35.

²⁷⁸ Aníbal Quiroga León, “El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung/Mastergraf, 2006, p. 381.

proceso, la admisibilidad, la legitimación, la audiencia, la prueba, hasta la sentencia, provocándose una interrelación disciplinaria, sin que esta aceptación implique de ninguna manera una contradicción con lo expresado.²⁷⁹ Además, si bien se desprendió de otros cuerpos jurídicos, es una materia autónoma e independiente, a partir del principio de que una acción se vincula de modo directo con los derechos a los cuales tutela, es decir que tratándose de derechos que protege la Constitución, es una nueva disciplina, porque resulta imposible dividir la acción del derecho protegido, se puede considerar que acción y derecho son las dos caras de una misma moneda que no pueden escindirse, tienen una relación de influencia recíproca que impide considerar al DPC como meramente constitucional ni meramente procesal.²⁸⁰

En el Ecuador, la norma procesal para la materia constitucional es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (LOGJCC), concebida en lo concreto de la AEP como uno de los

[...] recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que les permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a las omisiones que amenacen o violen sus derechos, y adoptar las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral derivada de vías de hecho que vulneren dichos derechos [...]²⁸¹

La LOGJCC establece los siguientes principios procesales para la justicia constitucional: i) Debido proceso; ii) Aplicación directa de la Constitución; iii) Gratuidad de la justicia constitucional; iv) Inicio por demanda de parte; v) Impulso de oficio; vi) Dirección del proceso; vii) Formalidad condicionada; viii) Doble instancia;

²⁷⁹ Pablo Luis Manili, comp., *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 34.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 33.

²⁸¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Sexto Considerando, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009, p. 2.

ix) Motivación; x) Comprensión efectiva; xi) Economía procesal (Concentración, Celeridad y Saneamiento); xii) Publicidad; xiii) *Iura novit curia*; xiv) Subsidiariedad.²⁸²

Es lamentable pero también es forzoso decir que los jueces de la Corte Constitucional no cumplen los principios procesales que la Ley dispone para la justicia constitucional, como se puede apreciar en el Capítulo 3, observaciones que se fundamentan en el cumplimiento de los términos, el análisis de los procesos, en el texto de los fallos, en los datos estadísticos sobre el despacho.

2.4. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las consecuencias del nacimiento del Estado constitucional en el siglo XVIII es la proclamación de los derechos, si aquel nace como la respuesta a la inconformidad con el Estado absolutista, estos reflejan las carencias de las personas ante los excesos y el maltrato, pero este modelo de Estado no responde a una estructuración jurídica, sino que tiene la motivación de razones sociales, políticas, económicas y filosóficas.²⁸³

Este vínculo entre constitucionalismo y derechos perdura a través del tiempo, se lo encuentra en el constitucionalismo de la posguerra, que mantiene como núcleo central la protección de los derechos y la implantación de mecanismos institucionales para que alcancen a ser los derechos fundamentales. En este modelo constitucional se encuentran dos ideas opuestas: i) Para la defensa jurídica de los derechos y libertades se entrega al legislador el espacio parlamentario para que cumpla el desarrollo normativo que sea necesario en los casos en que la Constitución no es suficiente; además implica reservas de ley orgánica para el desarrollo de ciertos derechos; ii) La constancia histórica deja dudas respecto al compromiso efectivo del legislador para con los

²⁸² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 4.

²⁸³ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos: breve historia de sus momentos clave*, Lima, Palestra, 2010, p. 55.

derechos, incluso para respetar su contenido esencial y la falta de evidencia de que las defensas deben hacerse efectivas a través de la justicia constitucional.²⁸⁴

Lo original del constitucionalismo, como teoría de oposición a la forma de organización social y política de la Edad Media, es que, siendo filosofía política tiene como objetivo controlar el poder para preservar la libertad, para lo que, como lo propugnó Montesquieu, cada Estado debía tener su Constitución escrita.²⁸⁵

Como se ha manifestado, la labor del legislador se caracteriza por despertar reacciones contradictorias de confianza y desconfianza, que se constituyen precisamente en el origen para el debate y la razón de ser de la jurisdicción constitucional, además de que es el elemento principal para entender la re-elaboración del constitucionalismo en la segunda mitad del siglo XX, que se basa en varios conceptos, pero el más fuerte es el de la necesidad de resguardar a los derechos fundamentales de todos los riesgos y adversidades de las contingencias políticas.²⁸⁶

Para complementar el tema, la referencia es a Salgado, quien manifiesta que “a partir del jurista austríaco Hans Kelsen, se concibió a la justicia constitucional como la garantía jurisdiccional de la Constitución” y que esta justicia se basa en la supremacía de la Constitución, principio rector que a la vez permite poner los cimientos para la construcción del control de constitucionalidad.²⁸⁷

Por otra parte, Carbonell realza la importancia de la historia para los derechos, porque ahí se encuentra la clave del presente constitucional y seguramente las señales del rumbo que tendrá la humanidad en el futuro, destaca que hace 250 años la realidad era distinta, desde entonces al tiempo actual, la lucha por los derechos ha colocado al

²⁸⁴ Pablo Pérez Tremps y Miguel Revenga Sánchez, “La protección jurisdiccional”, en Emilio Pajares Montolío, *La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 17.

²⁸⁵ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁶ Pablo Pérez Tremps y Miguel Revenga Sánchez, “La protección jurisdiccional”, *op. cit.*, p. 18.

²⁸⁷ Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, vol. 5, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador/Universidad Carlos III/Comisión Europea/Corporación Editora Nacional, 2004, p. 15, 17.

ser humano en el centro de atención del Estado y por lo tanto, en la razón de su legitimación, porque en esta lucha está implícita la dignidad del ser humano.²⁸⁸

La investigación concluye: esta revisión del desarrollo de los derechos a través de la historia, su fuerte posicionamiento en la estructura del Estado a la que legitima y un legislativo que no actúa en la defensa de los ciudadanos, son la motivación para que se instituya la jurisdicción constitucional, a la que se le entrega el poder de administrar justicia en la materia constitucional, con el objetivo de garantizar la constitucionalidad del Estado, de sus instituciones y los derechos, libertades y garantías de sus ciudadanos,

2.4.1. La jurisdicción constitucional en el Ecuador

En el caso del Ecuador, de acuerdo a las prescripciones constitucionales y la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, se ha repartido la jurisdicción constitucional entre los diferentes jueces constitucionales. De manera concreta, tratándose de la acción extraordinaria de protección, la competencia le corresponde a la Corte Constitucional, de acuerdo a la disposición expresa del artículo 94 de la Ley Suprema: “y se interpondrá ante la Corte Constitucional” y la manifestación tácita del 437: “Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos”. Respecto de la competencia de un tribunal, Chioventa establece que es, en un sentido “el conjunto de causas en que puede ejercer, según la ley, su jurisdicción, y en otro, se entiende por competencia esta facultad del tribunal considerada en los límites en que le es atribuida”, cuando actúa en las causas en que es competente según la ley, es el *juez natural* del proceso y de las partes.²⁸⁹

En cuanto al ejercicio de la acción extraordinaria de protección, es necesario puntualizar que requiere de la jurisdicción constitucional, para que sea el juez constitucional quien tutele los derechos reconocidos en la Constitución cuando han sido

²⁸⁸ Miguel Carbonell, *Para comprender los derechos...*, p. 16.

²⁸⁹ Giuseppe Chioventa, *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 331.

violados dentro de un proceso de la justicia ordinaria, siempre que exista sentencia o auto definitivo; de manera que al impartir justicia en los casos concretos, tiene lugar el cambio del anterior legislador negativo que ejercía el control abstracto de constitucionalidad, por el de juez constitucional que juzga casos concretos de particulares. En el ejercicio diario, la jurisdicción es detentada por una pluralidad de órganos, es decir que no se entrega a un solo juez sino a la multiplicidad de operadores que en conjunto constituyen el Poder de Justicia, pero para saber qué juez debe atender determinado proceso, se debe acudir a lo que se conoce como la porción de jurisdicción de cada juez, “es necesario conocer cuál es la fracción de jurisdicción que compete en concreto a cada uno de los órganos judiciales, es decir, cuáles son los límites dentro de los que puede cada uno de ellos ejercer la función a él encomendada”,²⁹⁰ se van formando esquemas que son como círculos concéntricos en los cuales se va estrechando el campo de acción hasta llegar al último interno al que se reduce la verdadera área de cada gestión judicial.

La competencia de la instancia constitucional se verifica cuando el texto establece entre las atribuciones de la Corte Constitucional “Expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante”,²⁹¹ porque la atribución de dictar sentencias proviene necesariamente del ejercicio de la jurisdicción y la competencia. Pero es necesario puntualizar ¿en qué procesos debe dictar estos fallos? La misma disposición dice “respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública”, enumeración que incluye seis procesos constitucionales, no obstante que a la Corte Constitucional se acude de manera directa solo en dos de ellos: la acción de cumplimiento y la acción de protección extraordinaria. Para aclarar, se indica que la competencia para expedir sentencias en los procesos

²⁹⁰ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, Bogotá, LEYER, 2006, p. 85. (Obra original *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Padova, Italia, CEDAM, 1942).

²⁹¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 436, numeral 6.

constitucionales que se iniciaron y sentenciaron en la justicia ordinaria, la puede adquirir además de la interposición de acciones extraordinarias de protección, por vía de la selección que hace por sí misma de entre las copias de sentencias que se le remiten desde la sede judicial, con fundamento de la parte final de la disposición “y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”, frase que además suscita la observación de que se deja abierta la posibilidad de que pueda conocer cualquier proceso constitucional, lo que si bien le permite cubrir la necesidad de atención jurisdiccional, también franquea el uso de la discrecionalidad.

2.4.2. La Corte Constitucional de Transición ha ampliado su competencia

La Constitución 2008 creó la Función Electoral como la cuarta del Estado ecuatoriano y determinó la conformación del Tribunal Contencioso Electoral, encargado de

1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.

[...]

Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.²⁹²

De manera que la Norma suprema dispone que el Tribunal Contencioso Electoral es la última instancia en la resolución de los recursos electorales que impugnan las decisiones del Consejo nacional Electoral y de sus dependencias provinciales. Pero en la realidad, las sentencias de la Corte Constitucional se atribuyen la facultad de conocer estas acciones impugnativas a través de la acción extraordinaria de protección, a pesar de que la Presidenta del Tribunal de entonces, reclamó la improcedencia del conocimiento:

²⁹² Constitución de la República del Ecuador, artículo 221.

El Tribunal Contencioso Electoral defiende la validez de su resolución bajo el convencimiento de que esta no puede ser conocida por la Corte Constitucional. La Presidenta de dicho organismo manifiesta que, en materia de derechos políticos o de participación, el Tribunal Contencioso Electoral “ejerce de forma única y privativa el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de los organismos de administración electora, de las organizaciones y sujetos políticos, de conformidad con lo establecido en los artículos 217 y 221 de la carta fundamental”, señala, además que la Corte Constitucional “carece de competencia en razón de la materia para entrar a revisar fallos de la justicia especializada en materia electoral [...]” (fs. 44).²⁹³

Las referidas decisiones de la Corte Constitucional de Transición además de dejar a un lado las disposiciones constitucionales invocadas, contrarían su propio pronunciamiento cuando dice: “La acción extraordinaria de protección solo puede alegarse contra sentencias o autos expedidos por órganos de la Función Judicial que pongan fin al proceso”.²⁹⁴

Lo anotado tiene además otras contradicciones cuando existen otras sentencias de la Corte Constitucional de Transición que no se adecuan a los límites establecidos en la mencionada sentencia 007-09-SEP-CC, pues ha admitido, conocido y resuelto en otras materias, como son la acción extraordinaria de protección contra la decisión administrativa del Inspector del Trabajo de Esmeraldas que fue interpuesta por la Prefecta de esa provincial “por existir vulneración de los derechos constitucionales de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e interés de las personas [...]”.²⁹⁵

²⁹³ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 002-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 590 de 14 de mayo de 2009, p. 15, se niega la acción extraordinaria de protección.- De la misma manera actúa la Corte Constitucional de Transición, en la Sentencia No. 005-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009 en que desecha la acción extraordinaria de protección, y también se presentan las argumentaciones de la Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral, p. 83 y siguientes.

²⁹⁴ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 007-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 35.

²⁹⁵ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 023-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 8 de octubre de 2009, p. 29 y s.

Como se aprecia, los límites establecidos por la Corte Constitucional de Transición para el ejercicio de la acción extraordinaria de protección han sido tempranamente extendidos para su ejercicio procesal, provocando contradicciones que se analizarán en el Capítulo 3 y de lo que se dejará constancia en las Conclusiones.

2.5. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA AEP

Si bien la Constitución de 1998 incluyó principios procesales básicos, no bastó para alcanzar un avance significativo del Derecho Procesal en materia constitucional, seguramente por la dependencia de la ley secundaria, se mantuvo la forma de *enunciado general*, por lo que se le podría “denominar, utilizando una antinomia, el derecho sustancial del proceso, la parte básica, la que instituye derechos procesales que deben ser desenvueltos en el futuro por el legislador”,²⁹⁶ sucedió con algunas instituciones que sí constaban en el texto constitucional, pero no fueron desarrolladas, tales como el reconocimiento del derecho de petición, el derecho al debido proceso, la gratuidad de la justicia, el procedimiento oral (que fue acogido únicamente para las materias penal y laboral).

En la Constitución 2008, se desarrollan las garantías jurisdiccionales, incrementándose otras nuevas de aquellas que constaban en el texto de 1998, se pone especial énfasis en los mecanismos procesales, con lo que se cumple la calidad normativa de su contenido,²⁹⁷ calidad normativa que se verifica en la obligatoriedad de cumplir sus disposiciones en cuanto se refieren a las garantías jurisdiccionales de modo general y a la AEP de modo específico, así sucede con las Disposiciones comunes que rigen para las garantías jurisdiccionales:

²⁹⁶ Eduardo J. Couture, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, vol. 2, *op. cit.*, p. 125.

²⁹⁷ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *op. cit.*, p. 287.

- a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias;
- b) Serán hábiles todos los días y horas;
- c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción;
- d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión;
- e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.²⁹⁸

Los artículos 94 y 437 son los que introducen la AEP en el escenario jurídico constitucional del Ecuador, dotándole de esta categoría constitucional, para permitir que una violación a los derechos reconocidos en la Constitución, dentro de un proceso, pueda ser reclamada y revisada por una instancia diferente, fuera de la justicia ordinaria. La Corte Constitucional de Transición lo expresa de este modo: “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 competente distinta a la función Judicial, es la Corte Constitucional. [...]”²⁹⁹

Los preceptos constitucionales mencionados otorgan de manera expresa el atributo de proceso constitucional a la AEP, pues el artículo 94 concluye la descripción de la procedencia de la acción disponiendo que debe ser presentada ante la Corte Constitucional, a la que le corresponde la potestad de calificar la admisibilidad, de acuerdo al artículo 437, es decir que la acción extraordinaria de protección se inicia, se califica, se sustancia y se sentencia en el Organismo del control constitucional, a diferencia de las otras garantías jurisdiccionales que son presentadas, sustanciadas y sentenciadas por los jueces de la justicia ordinaria revestidos de la característica de jueces constitucionales para atender tales procesos.

²⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 86.2.

²⁹⁹ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 011-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 637 de 20 de octubre de 2009, p. 15.

Esta renovación en el diseño constitucional del Ecuador, dice Escobar, forma parte de la necesidad de *romper* el poder que pretende imponerse de manera absoluta, es la manifestación de la permanente búsqueda de encontrar alternativas, son “las dinámicas en las relaciones de poder, y por consiguiente, las dinámicas que ocurren en los procesos de creación y aplicación del Derecho”, ahí encuentra la explicación de la diversidad de procesos transformadores que se dan en el mundo, es así que el Derecho Comparado muestra el *amparo contra sentencias, tutela contra sentencias* y en el Ecuador, la *acción extraordinaria de protección*.³⁰⁰

En cuanto a los objetivos que se espera alcanzar con la AEP, son, a juicio de Grijalva: i) La necesidad de que los jueces ordinarios defiendan la Constitución y los derechos proclamados en ella; ii) El derecho de los ciudadanos de contar con una acción para que otro juez revise la observancia de la Constitución en las sentencias; iii) La obligación de establecer la unificación jurisprudencial con base de la interpretación de la Corte Constitucional; iv) La determinación de que el derecho al debido proceso encierra una doble dimensión de violación de derechos: la suya propia y la de los demás derechos que deben tutelarse en el proceso.³⁰¹ Por su parte, López Hidalgo expresa que las finalidades de la AEP son, una pública que es esencial, referida a la “vigencia auténtica de la constitución, de los derechos fundamentales y su interpretación” y una privada orientada a la reparación de los agravios que han sufrido los justiciables “por el fallo recurrido” (sic), que es lo que permite el control constitucional.³⁰²

La Corte Constitucional de Transición ha expresado su opinión, ampliándola a la necesidad de impedir los perjuicios irreparables que devendrían de las lesiones de

³⁰⁰ Claudia Escobar García, “Presentación, Capítulo Tercero, la Acción Extraordinaria de Protección”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, op. cit., p. 651.

³⁰¹ Agustín Grijalva, “La Acción Extraordinaria de Protección”, en Claudia Escobar García, ed., *ibid.*, p. 658, 659.

³⁰² Sebastián López Hidalgo “La acción extraordinaria de protección”, en R. Gargarella, C. Storini y otros, *Perspectivas constitucionales*, op. cit., p. 19.

derechos en un proceso de la justicia ordinaria: “El objeto de la acción extraordinaria de protección es el aseguramiento y efectividad de los derechos y garantías fundamentales, evitando un perjuicio irremediable al incurrir el accionar de los jueces en violación de normas fundamentales, sea por acción u omisión en una sentencia, auto o resolución, en ejercicio de su actividad jurisdiccional”.³⁰³

Por otra parte, la LOGJCC establece de modo general, la finalidad de las garantías jurisdiccionales: i) la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales; ii) la declaración de la violación de uno o varios derechos; y, iii) la reparación integral de los daños causados por su violación. Respecto a la acción extraordinaria de protección, fija de manera concreta, el 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”.³⁰⁴

Para complementar este punto, se considera pertinente la remisión al Capítulo 1, donde se analizaron las voces de resistencia provocadas precisamente por el establecimiento de la AEP como un proceso constitucional para revisar los fallos de la justicia ordinaria, por considerar que se convertiría en la “cuarta instancia”, la posición de defensa ejercida por la Corte Constitucional en cuanto a la instauración del mecanismo procesal, se aprecia en este pronunciamiento:

No se debe confundir a la acción extraordinaria de protección con otra instancia judicial; de ahí que la primera variable de este sistema concreto está dado por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales, por lo que la Corte Constitucional no puede entrar a resolver cuestiones eminentemente legales, sino que debe direccionarse al análisis de la presunta violación de derechos constitucionales

³⁰³ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 29-09-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 2009, p. 60.

³⁰⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 6 y 58, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52, del 22 de octubre de 2009.

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.³⁰⁵

2.5.1. Las partes procesales: el legitimado activo y el juez o tribunal demandado

Se ha establecido que la Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional por lo que, de manera general, cumple sus actividades a través de procesos constitucionales establecidos con anterioridad, los cuales se sujetan a reglas propias y son iniciados por las personas interesadas (excepto los casos en que la Corte Constitucional debe emitir dictamen, conforme lo previsto en el artículo 438 y las consultas que se establecen en el 428 de la Constitución).³⁰⁶ En lo que se refiere al tratamiento procesal de la AEP, se desprende, como ya se ha visto, de la Constitución en su artículo 86.2, y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, desde dos vertientes: la del Título I “Normas Generales” y la del Título VIII “Acción extraordinaria de Protección”.

Al tratar de las personas que intervienen en los juicios, comparando las del proceso ordinario con el constitucional, en el primero están el actor y el demandado, mientras que para la acción extraordinaria de protección, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales los denomina el accionante y el juez o tribunal accionado.

2.5.1.1. El legitimado activo

La *legitimación activa* es la facultad que se reconoce a las personas, grupo de personas, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo para ejercer las acciones constitucionales. Como atribución, tiene su origen en el artículo 86 numeral 1 de la Constitución, pero el nombre de legitimación activa aparece en la LOGJCC, tanto en las

³⁰⁵ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 003-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 73.

³⁰⁶ Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, *op. cit.*, p. 275.

Normas Generales como en el Título específico de la AEP,³⁰⁷ y ha dado como resultado que se nomine de manera general a las partes constitucionales: el legitimado activo (por derivación, al órgano público accionado se le menciona comúnmente como el legitimado pasivo) y el órgano accionado.

Respecto de esta norma constitucional, Pérez expresa que se amplían las facultades para comparecer dentro de las acciones constitucionales, este autor destaca que va más allá del conocido límite del interés directo o interés simple, haciendo notar que ni siquiera debe probar la incidencia de la violación de derechos constitucionales en sus derechos subjetivos propios, pues tiene la facultad de actuar a nombre de una nacionalidad, aspecto que sobrepasa la anterior potestad de presentar acciones de grupo, clase o acciones populares, cuando la norma constitucional dispone: “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”,³⁰⁸ poniendo en evidencia que es suficiente el conocimiento de la infracción de derechos constitucionales.³⁰⁹

Como se aprecia, el precepto constitucional invocado otorga la potestad de interponer las acciones constitucionales a las personas, naturales o jurídicas, individuales o colectivas, mientras que en el artículo 9 de la Norma legal se añade un literal para incluir en esta calidad al funcionario público Defensor del Pueblo, con lo que se establece la debida coherencia con el texto constitucional del artículo 215.4 que dispone como su atribución (del Defensor) “Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, [...]”.

Respecto a la legitimación de la AEP, la Ley reconoce su autonomía procesal, cuando indica en el artículo 9 que en esos casos concretos se estará a *las reglas*

³⁰⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 9 y 59.

³⁰⁸ Constitución del Ecuador 2008, artículo 86, numeral 1.

³⁰⁹ Efraín Pérez, *Esquema de la Acción Extraordinaria de Protección en las sentencias de la Corte Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 6.

específicas de legitimación que contiene la ley; mandato que permite acogerse al artículo 59 para interponer la acción, pero que no impide reconocer que sobre el legitimado activo, el Título II de la Ley “Normas Comunes”, incluye varias particularidades procesales que, ante la ausencia de un tratamiento exclusivo en el Capítulo VIII, deben ser aplicados también en la sustanciación del proceso constitucional de la acción extraordinaria de protección “Legitimación activa, Comparecencia de la persona afectada, Comparecencia de terceros y Audiencia”.³¹⁰ (Artículos 9, 11, 12 y 14).

2.5.1.1.1. Las personas afectadas

El texto del artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales es claro en este punto de la legitimación activa, cuando dice que las garantías jurisdiccionales pueden ser ejercidas por una persona o grupo de personas y por el defensor del pueblo, cuando ha sido *vulnerada o amenazada* en uno o más de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o por representante.

En el cuarto inciso, la norma introduce la definición de *personas afectadas* por la lesión al derecho constitucional, lesión que se da de manera directa o indirecta, cuando *pueden demostrar daño*, es decir que el elemento que necesita estar presente para configurar la calidad de afectada es la existencia del daño que ha nacido de esa violación del derecho, y que este sea demostrable. La misma Ley establece en el artículo 11 que si es otra persona distinta de la afectada la que ha presentado la acción, la juez o juez debe notificar también a la persona afectada, a quien la disposición le reconoce el derecho de: i) Comparecer en cualquier fase del proceso; ii) Modificar la demanda; iii) Desistir del proceso; iv) Utilizar los recursos que la ley le permite. De

³¹⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 9, 11, 12 y 14.

manera que la Ley distingue a la persona afectada de la accionante, dejando en claro eso sí, que las dos calidades pueden fusionarse en una sola persona.

2.5.1.1.2. Otros legitimados activos en la AEP

El artículo 59 de la LOGJCC trata de la “legitimación activa” para establecer que la AEP también puede ser iniciada por la persona o grupo de personas que han sido o que han debido ser parte en un proceso por sí misma o por medio de un procurador.³¹¹ Lo nuevo que se debe destacar en este punto es que el precepto legal menciona de modo expreso la intervención tanto de quienes han sido parte procesal, como de quienes “hayan debido ser parte en un proceso”, es decir que en la instancia constitucional se permite que comparezcan otro u otros sujetos además de aquellos que conformaron el litigio originario, sin que se les dé nombre propio en esta disposición, de manera que se contempla la presencia de otros sujetos accionantes que tienen facultad legal para tomar parte en la acción extraordinaria de protección.

La conclusión en este punto es que la legitimación activa en la AEP tiene en su concepción legal, un aspecto exclusivo que se refiere a la facultad para que personas que no fueron parte del proceso, puedan intervenir en esta nueva acción constitucional, así consta en la disposición constitucional del artículo 59, con lo que se aprecia que el legislador ha ampliado el alcance de la norma constitucional.

³¹¹ La procuración judicial es una forma de mandato sujeta a las solemnidades determinadas en la ley, ha sido establecida para permitir que las personas con capacidad para comparecer, si no lo pueden hacer directamente, deleguen a un abogado en el ejercicio de su profesión, para que cumpla con todos o algunos de los actos previstos dentro de un proceso, excepto en aquellas diligencias en las que se exige la comparecencia personal como la confesión o el reconocimiento documental. La obligación de que el procurador judicial sea un profesional del derecho es un requisito que se declina legalmente cuando el otorgamiento ocurre en lugares donde no hay por lo menos cinco abogados o cuando ha sido otorgado en el exterior. Es importante tener en cuenta que se requiere de cláusula especial para ciertos actos procesales como por ejemplo para transigir, desistir, comprometerse al arbitraje, confesar o recibir el objeto del litigio o tomar posesión.- Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Sección 2a. del Título II, “De los Procuradores”.

2.5.1.1.3. El *amicus curiae*³¹²

En lo que se refiere a la participación procesal de *terceros*, la Ley amplía el espectro de intervención a quien tenga interés en la causa, bien sea una persona o un grupo de personas para otorgarle la facultad tanto de presentar un escrito de *amicus curiae* que formará parte de los autos, como de ser escuchada(s) por el juzgador, si este lo considera pertinente. Sobre el *amicus curiae*, Baquerizo expresa que es una institución romana que fue utilizada en el siglo IX y pasó a la jurisprudencia inglesa desde donde se extendió a los países de tradición anglosajona, situándose en el Common Law como una importante institución utilizada especialmente en las controversias públicas, sobre su concepto manifiesta que le permite a una persona:

Intervenir en un proceso sin ser parte procesal, con el único objetivo de aportar un criterio jurídico a favor de la Justicia: esta es, con bastante simpleza, la naturaleza del amigo del tribunal, que es la traducción que mejor responde al vocablo en latín "*amicus curiae*".

El *amicus curiae* (amigo de la corte o amigo del tribunal) engloba a los terceros ajenos a un litigio que voluntariamente ofrecen su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el Tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso.

La información proporcionada puede consistir en un escrito con una opinión legal, un testimonio no solicitado por parte alguna o un informe en derecho sobre la materia del caso. La decisión sobre la admisibilidad de un *amicus curiae* queda, generalmente, entregada al arbitrio del respectivo tribunal.³¹³

Para aclarar, se resume que el ordenamiento vigente permite que la AEP sea iniciada por:

³¹² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 12.

³¹³ Jorge Baquerizo Minuche, *El amicus curiae: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas*, publicación de la Universidad Católica de Guayaquil, alojado en www.revistajuridicaonline.com/image/stories/revistas/2005/21/21_El_amicus_pdf. Consultado el 22 de enero de 2012.

- Las personas que han sufrido la lesión de su derecho constitucional y que habiendo sido parte en un proceso ordinario han interpuesto la acción constitucional respectiva;
- Las personas que han sido *afectadas* por la violación de un derecho constitucional y habiendo sido parte procesal no han iniciado la acción;
- Las personas que *hayan debido ser parte de un proceso* que da origen a la AEP, a los que en esta investigación se les ha llamado *terceros constitucionales*.
- El defensor del pueblo.

Fuera de estas personas constitucional y legalmente facultadas para iniciar la AEP en calidad de legitimados activos, están otras a quienes la Norma legal permite la intervención dentro del proceso constitucional que se está desarrollando:

- Las personas que teniendo interés en la causa, presentan sus posiciones a través de un escrito que se ha denominado *de amicus curiae*;
- Las personas que manifiesten tener interés en que se mantenga la providencia cuestionada, llamadas *parte coadyuvante del accionado*, intervención que es incluida en el punto del demandado.

2.5.1.1.4. Las personas jurídicas públicas y privadas facultadas para interponer una AEP

La posición de la Corte Constitucional es que las personas jurídicas, públicas o privadas sí pueden ejercer el derecho de interponer la AEP,³¹⁴ remite la fundamentación a la normativa vigente y a los tratados internacionales.

De manera concreta ha emitido sus pronunciamientos sobre el tema basándose, en un caso, en su facultad interpretativa conforme el artículo 436, numeral 1 de la Constitución, para determinar el alcance del artículo constitucional 437 en el sentido de

³¹⁴ Efraín Pérez, *Esquema de la Acción Extraordinaria de Protección en...*, op. cit., p. 7, 22, 89.

que la legitimación activa en la acción extraordinaria de protección podrá ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, o entidad estatal. En otro proceso funda su argumentación en las normas de los instrumentos internacionales, como se examina a continuación.

El primer proceso constitucional que se analiza es iniciado por una persona jurídica de derecho privado, que deduce acción extraordinaria de protección contra los autos emitidos por la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha. La Corte Constitucional mantiene el criterio de que no existe división de los derechos constitucionales, todos tienen la calidad de ser exigibles por los ciudadanos, ante la petición de una de las partes procesales para declarar que no existe legitimado activo a partir de la interpretación literal del artículo 437 de la Constitución, manifiesta que no se puede atender al sentido literal de la norma:

En sentido técnico constitucional, hacer uso exclusivo de la interpretación literal fuera de la unidad constitucional y restrictiva es una noción descartada por esta Corte, ya que la Constitución no está conformada por componentes estancos, sino que debe ser entendida en su integralidad y unidad [...] Sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual implica garantizar tanto el acceso a los órganos de justicia como al debido proceso, la peticionaria Acromax Laboratorios Compañía Farmacéutica S. A. legalmente representada por Ho Chi Vega Rodríguez, se encuentra legitimada para interponer la presente Acción de Extraordinaria de Protección, (sic) en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en los artículos [...].

Para el análisis se remite al contenido del artículo 437 que prevé una acción para ser ejercida por todas las personas porque el objetivo es precisamente revisar los autos y sentencias que son parte de un proceso judicial, donde se debe respetar el derecho de acceso a la justicia que a la vez implica el derecho a la igualdad en el proceso, además, para conformar la integralidad del texto constitucional, se debe tener presente los artículos de la misma Constitución, números 10 y 86.1 que disponen respectivamente,

“Las personas [...] gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” y “cualquier persona [...] podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”, las cuales forman parte de un todo que permiten la tutela judicial efectiva a todas las personas o grupos de personas, como quiera que se presenten individual o colectivamente, para recalcar que un derecho se lo debe articular a todas las disposiciones de la Norma Suprema y por lo tanto, entenderlo como parte integrante del contexto. Lo contrario sería restringir el acceso gratuito a la justicia de una persona o grupos de personas.³¹⁵ En cuanto a la normativa internacional, la sentencia menciona los artículos 1.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Artículo 1.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

[...] Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.³¹⁶

El segundo caso se refiere a la legitimación activa de una persona jurídica de Derecho Público. El razonamiento desecha el reclamo de la contraparte en el proceso constitucional, que argumentó la inexistencia de legitimado activo basado en la

³¹⁵ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 024-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 47 de 15 de octubre de 2009, fs. 18.

³¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969).

interpretación literal del artículo 437 de la Constitución. El criterio mantenido por la Corte Constitucional es que el texto del mencionado artículo 437 “Los ciudadanos en forma individual o colectiva pueden presentar acción extraordinaria de protección” debe ser interpretado a partir del principio de la armonía normativa, invoca los artículos constitucionales números 3, 11.2, 11.4 y 94. Al respecto dice:

Es necesario recordar que la Constitución de la República es un cuerpo armónico que impide que sus disposiciones sean consideradas de manera aislada, la comprensión de las mismas toma sentido en tanto se las observa como parte integrante de un conjunto normativo, cuyo objetivo es conceder unidad al ordenamiento jurídico, de allí que una determinada norma constitucional debe ser entendida en relación con las demás que tratan sobre iguales aspectos, [...] En el contexto del marco constitucional que garantiza plenamente los derechos y sus garantías de cumplimiento sin restricciones ni discriminación, mal puede entenderse que la acción extraordinaria de protección sea limitada a ciertas partes procesales, pues el acceso a la justicia está garantizado para todos quienes tengan interés en que la administración de justicia resuelva controversias en que pudiera estar incurso; [...] De esta manera, interpretando la Constitución de la república como unidad normativa, la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier parte procesal que busque tutela del derecho al debido proceso y otros que pudieren resultar vulnerados por decisiones judiciales en los procesos en los que haya intervenido.³¹⁷

El tercer caso corresponde a la intervención del Ministro de Minas y Petróleos que acude a la Corte Constitucional para presentar acción extraordinaria de protección en contra del auto dictado el 3 de septiembre de 2008 por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito en el que dispone que reintegre a sus puestos de trabajo a 45 ex servidores y que les pague las

³¹⁷ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 027-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 de 30 de octubre de 2009, p. 18, 19. En esta AEP la Corte Constitucional acepta la calidad de legitimado activo al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que interpone la acción constitucional en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo el 26 de noviembre de 2004 en la causa 10272-EG y de la sentencia de casación emitida por la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de 10 de abril de 2008, expediente 36-2006.

indemnizaciones laborales, con lo que inobserva el artículo 8 del Mandato 2 que dispone el pago en el caso de supresión de partidas presupuestarias y vulnera los derechos constitucionales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad jurídica.

La AEP interpuesta por el titular del Ministerio es admitida a trámite, se rechaza en sentencia porque se considera que la argumentación jurídica presentada por el accionante es insuficiente y que su pretensión se refiere al cálculo y pago de liquidación por supresión de partidas presupuestarias “[...] no amerita la apertura de la cosa juzgada, sentencia que además no ha sido impugnada. Por tanto, no se evidencia violación u omisión de derechos consagrados en la Constitución de la República que amerite una reparación integral del auto impugnado.” por lo que decide Desechar la acción extraordinaria presentada.³¹⁸

En el punto de análisis, la admisión de la acción extraordinaria presentada por una persona jurídica de derecho público es explicada en el Voto Salvado del Dr. Roberto Bhrunis. El examen explica dos puntos: i) La AEP que interpone una persona jurídica de derecho público; y, ii) La falta de validez jurídica de la AEP porque se dirige contra un auto interlocutorio simple.

Sobre el primer punto se refiere al ejercicio del debido proceso sustentado en el principio de igualdad de medios procesales utilizados. Analiza los artículos 3, 86.1, 428, 437 de la Constitución de la República del Ecuador, aceptando que sí se produce una tensión entre el contenido del 86.1 y 437 pues el primero dispone que “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución” y el segundo determina que la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por el “ciudadano de forma individual o colectiva”, por lo que considera que “la justicia constitucional debe ser

³¹⁸ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 06-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 605 de 4 de junio de 2009, p. 3-7.

entendida en el marco de su contexto e integralidad”. De manera adicional hace relación al artículo 25 de la Convención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dispone “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución [...]”, asumiendo que al decir “toda persona” incluye a las personas jurídicas de derecho público o privado. En definitiva, el Voto salvado concuerda con el criterio de que a las personas jurídicas de derecho público se les debe aceptar el ejercicio de la acción extraordinaria de protección, basando su apreciación en el contexto e integralidad de las normas constitucionales y el espíritu del artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Pero, disiente de la decisión de la mayoría en la aceptación de la decisión judicial atacada, porque es un auto interlocutorio simple cuya naturaleza jurídica debió ser analizada para determinar que no es definitivo, por lo que la decisión *debe ser INADMITIR la acción extraordinaria de protección por la naturaleza jurídica del auto interlocutorio simple recurrido.*³¹⁹

Respecto de la facultad de las personas jurídicas de Derecho Público, se expresa la conformidad respecto del concepto de integralidad constitucional expuesto en la sentencia 024-09-SEP-CC, en cuanto considera que el derecho para plantear la revisión de sentencias, por vulneración de un derecho constitucional inmerso en la acción extraordinaria, debe ser ejercido en las mismas condiciones en que se permite la participación procesal ordinaria, esto es con observancia del derecho al debido proceso que se basa en la igualdad y no discriminación de todos los sujetos procesales. Es decir, la legitimación activa está directamente relacionada con el derecho de acceso a la

³¹⁹ *Ibid.*, p. 7-9.

justicia de los ecuatorianos, que como se aprecia, es el núcleo jurídico originario del ejercicio de la acción extraordinaria. Pero queda la duda sobre la facultad para que las personas jurídicas de Derecho público ejerzan la acción extraordinaria por violación de derechos constitucionales, excepción hecha de las garantías del debido proceso y de otros derechos reconocidos por la Constitución, en determinadas circunstancias, como se analiza a continuación.

La Corte Constitucional basa el análisis en su facultad interpretativa, que se fundamenta en el contexto y la integralidad, sobre lo que la investigación puntualiza:

1. De acuerdo a la Norma Suprema, la interpretación de las normas constitucionales debe realizarse “por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”,³²⁰ es decir que impone en primer lugar el tenor literal y en segundo lugar, dispone que debe guardar coherencia con la integralidad de la Constitución.
2. El mandato constitucional no es observado por la LOGJCC que en el artículo 3 determina las reglas y métodos de interpretación, poniendo como primer criterio que debe realizarse “en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad” y si es que hay duda, “en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”, con lo que inobserva el orden establecido en la letra suprema; pero más aún, ni siquiera nombra lo expresado por ella, que es el tenor literal ajustado a la integralidad de la Constitución, aspecto que es colocado como regla 7 “Interpretación literal”, de entre las 8 que se han plasmado en la Ley.

³²⁰ Constitución de la República del Ecuador, artículo 427.

3. Lo manifestado sobre la interpretación exige que en primer lugar se cumpla lo que dice literalmente la Constitución, teniendo en cuenta, eso sí, la integralidad de su texto.
4. Sobre el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, se debe aludir a los siguientes artículos constitucionales:

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

El texto otorga la titularidad y el goce de los derechos reconocidos en la Constitución a las personas individuales o que se encuentran integradas en grupos sociales, corporaciones ciudadanas o asociaciones originadas en la territorialidad. El sentido del reconocimiento se orienta a las personas en tanto miembros de una colectividad que da lugar a una comunidad, pueblo o nacionalidad.

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

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

Esta disposición, colocada inmediatamente después de la anterior, obliga a entender que el reconocimiento de los derechos que se hace en la primera disposición, requiere de la segunda para establecer el ejercicio de esos derechos, por lo que se debe guardar la debida coherencia, ¿a quiénes se refiere la segunda norma? La lectura permite entender que es a las mismas personas a quienes reconoció los derechos, personas individuales o unidas por lazos de integración social, ciudadana o que viven en el mismo territorio.

Tanto más, que el numeral 2 del artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, omitida en el análisis de la sentencia 024-09-SEP-CC y que se transcribe *supra* de manera taxativa dice *Para los efectos de esta Convención,*

persona es todo ser humano, aclarando de manera meridiana cualesquier duda que hubiese existido, en especial cuando se invoca la Convención.

Como se aprecia, el criterio es opuesto a la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional, que ha reconocido la existencia y el ejercicio de las garantías jurisdiccionales a las personas jurídicas, sean públicas o privadas, reconocimiento que se lo hace de manera general, tema en el que se deben tomar en cuenta otros parámetros además de la integralidad y el contexto; y, en el caso de persistir, al menos se debe restringir la facultad para reclamar, dejando determinados derechos, entre ellos la violación del derecho de acceso a la justicia y del derecho al debido proceso, pero se ratifica el criterio de que los derechos humanos, fundamentales o constitucionales (según la denominación que se use) corresponden a los ciudadanos, quienes pueden comparecer en forma individual o colectiva, para mantener la esencia de estos derechos que es y ha sido (a través de toda la historia) satisfacer los diferentes “paradigmas de la dignidad humana” a los ciudadanos, no a las instituciones u órganos del poder político, a los que sin embargo se les debe reconocer, como se ha manifestado, el uso restringido de las garantías jurisdiccionales.

En todo caso, se debe manifestar que este análisis puede alcanzar una alta complejidad que rebasa el alcance de la presente tesis.

2.5.1.2. El legitimado pasivo

En cuanto a la contraparte procesal de la acción extraordinaria, el legitimado pasivo, es la calidad que siempre recaerá en un juez o un tribunal, como órgano accionado, lo que resulta evidente del hecho de que el objeto exclusivo de la impugnación es el pronunciamiento de un operador de justicia, sea unipersonal o pluripersonal, dice la ley que en la demanda es indispensable el “Señalamiento de la

judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional”.³²¹

El legitimado pasivo será llamado a contestar dentro de la respectiva audiencia, *exclusivamente sobre los fundamentos de la acción*.³²² De manera que en tal situación procesal, el operador de justicia se limita a presentar, en la audiencia, su informe sobre los fundamentos de la sentencia o auto definitivos o resolución con fuerza de sentencia, en que ha sido acusado de violar por acción u omisión, un derecho constitucional. La no concurrencia del legitimado pasivo no afecta a la evacuación de la diligencia ni al resultado del proceso, aspecto que se refleja en la frase de Trujillo “es discrecional la presencia del juez, porque la sentencia se defiende por sí misma, si es que está razonada, si no, es inconstitucional por falta de motivación”.³²³

Sobre este tema, Cueva Carrión expresa que de acuerdo al artículo 94 de la Constitución, la AEP debe interponerse en contra de sentencias o autos definitivos en los que se han violado derechos constitucionales y que por tanto, “esta acción se la propone contra las mencionadas piezas procesales, no contra un sujeto determinado, por lo que no existe demandado, ni sujeto pasivo en esta relación procesal en la forma como se lo concibe en el procedimiento civil” para afirmar también “En este sentido ellos tienen una especie de legitimación pasiva, porque son los que violan los derechos reconocidos en la Constitución al dictar los autos y sentencias definitivos, pero insistimos, no con la significación ni con las consecuencias que señala el Código de Procedimiento Civil”.³²⁴

Estas afirmaciones tienen el fundamento de la realidad procesal constitucional de la AEP, pero sí resulta indispensable también precisar que la responsabilidad

³²¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 61, numeral 4.

³²² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 14.

³²³ Julio César Trujillo, entrevista concedida a la investigadora el 7 de abril de 2010.

³²⁴ Luis Cueva Carrión, *Acción constitucional extraordinaria de protección*, Quito, Empresdane Gráficas Cía. Ltda., 2011, p. 144.

establecida constitucionalmente para el Estado, es precisamente la que corresponde a los funcionarios públicos, en los casos en que se declare la violación de derechos constitucionales:

[...] por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, y declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.³²⁵

Esta responsabilidad que inicialmente debe enfrentar el Estado, implica la reparación integral del afectado, tanto más tratándose de sentencias, donde la norma es específica, dice *se repetirá en contra de ellos*, lo que demuestra que la responsabilidad es del juez o de los jueces que expidieron la sentencia violatoria. De modo que si bien la acción se inicia en contra del contenido de los pronunciamientos judiciales, la responsabilidad que se incluye en la disposición transcrita, y en el caso de que se hayan reconocido las lesiones de derechos por acción u omisión del operador judicial, le convierte en el responsable directo, en cuyo defecto paga el Estado, pero repite ese pago a cargo del juez que llega a ser entonces en el responsable civil del daño material e inmaterial.

2.5.1.2.1. Allanamiento del órgano accionado

El allanamiento del órgano accionado se presenta antes de expedir sentencia y puede ser total o parcial, provoca en cualquiera de los dos casos, la declaratoria de que hay una violación del derecho y que debe establecerse la forma de repararlo. Si el

³²⁵ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.9.

operador de justicia se ha allanado de manera parcial, se continuará el proceso respecto a lo no acordado.

Estos convenios en los que se aprueba el desistimiento, allanamiento o acuerdo reparatorio no serán aceptados por la jueza o el juez si es que afectan a derechos irrenunciables o encierran pactos que evidencien cláusulas de tratamiento injusto a una de las partes, además, estos acuerdos no son apelables.

2.5.1.2.2. El tercero coadyuvante del accionado

El precepto legal del artículo 12 también ha previsto la posibilidad de que una persona natural o jurídica, con interés en que se mantengan la sentencia o auto cuestionados, actúe dentro del proceso como parte coadyuvante del accionado. Sobre las tercerías dice Couture que cada legislación dispone los lineamientos dentro de los cuales debe desenvolverse, para darle autonomía procesal o para asimilarle a la parte, para concluir indicando: “Si en ese conjunto de disposiciones no se hubiera optado por la solución alemana de la autonomía procesal del tercero, en cuyo caso correspondería estar a ese tipo de solución, nos permitimos considerar que la solución que más se ajusta a las necesidades del proceso, es la asimilación del tercero coadyuvante a la parte a la que ayuda”.³²⁶

Las tercerías constituyen una formalidad procesal mediante las cuales “puede ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo”.³²⁷ En el caso de la AEP, el legislador ha previsto que una tercera persona podría intervenir de manera voluntaria para expresar su interés de que se mantenga la sentencia cuestionada, aspecto que se adecúa al análisis que realiza Velasco Célleri sobre las Tercerías, en el que indica que según la legislación sustantiva y procesal del Ecuador existen una serie de tercerías, de las que nombra a 7, de entre las cuales tiene interés para el punto de

³²⁶ Eduardo J. Couture, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, vol. 2, *op. cit.*, p. 176, 179.

³²⁷ Código de Procedimiento Civil, artículo 492.

estudio la siguiente: “4. La reclamación de quien las providencias judiciales le causen perjuicio directo”, sobre esta enumeración que no es taxativa, dice el autor que demuestra que las tercerías son consideradas

[...] no como una institución exclusiva del juicio ejecutivo, esto es, que alrededor de todo juicio existe normas, que admiten la intervención de terceros, para evitar los perjuicios en sus bienes, o participar, en la distribución del producto del remate, ya sea en el juicio ejecutivo, ya en el concurso de acreedores, o simplemente defender el derecho de una persona que las providencias (sic) judiciales le causen perjuicio. Las tercerías son también una forma de oponerse a las sentencias que perjudican a los intereses de un tercero, aunque no haya intervenido en el juicio.³²⁸

De manera que, la tercería coadyuvante que se ha instituido para que una persona distinta del órgano accionado intervenga en el proceso constitucional, no es una figura procesal exclusiva del juicio ejecutivo, sino que es un dispositivo jurídico con mayor amplitud, que se contempla en la legislación ecuatoriana y que, con mérito procesal suficiente, ha sido incluido en la AEP.

2.5.2. La demanda de garantía

Conceptualmente la “demanda de garantía”, como la denomina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene “la pretensión elemental que se deje sin efecto la sentencia o auto impugnados por violaciones de derechos del impugnante”.³²⁹

En lo procesal, la demanda debe sujetarse a las disposiciones constitucionales (por su calidad normativa) constantes en el artículo 86.2, y además debe cumplir los requisitos determinados en el Capítulo VIII, que indica de manera específica el camino procesal que debe cumplir la AEP:

³²⁸ Emilio Velasco Céleri, *Sistema de práctica procesal civil*, tomo 6, *Las tercerías en el Ecuador*, Quito, PUDELECO, 2001, p. 14, 15.

³²⁹ Efraín Pérez, *Esquema de la Acción Extraordinaria de Protección en...*, *op. cit.*, p. 24.

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. (sic)
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.³³⁰

De manera adicional a estos requerimientos deben tomarse en cuenta para su cumplimiento, las exigencias que se enuncian en las Normas Generales, porque la visión de la Ley es integral y su contenido genera disposiciones de observancia sistémica. De la revisión de estos requisitos aparece que lo solicitado en estas normas, es diferente, en el artículo 10 de las Normas Generales aparece que se piden los datos de orden general, aquellos que forman parte de la demanda ordinariamente considerada, previstos desde la Ley adjetiva civil:

- a) Identificación de las partes activa y pasiva,
- b) Relación del acto u omisión con los que se ha lesionado el derecho constitucional, lugar para citaciones y notificaciones al accionado,
- c) Domicilio para recibir notificaciones,
- d) Declaración de que no se ha planteado otra garantía jurisdiccional con identidad de sujetos, objeto y acción,
- e) Petición de medidas cautelares, si es del caso,

³³⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 61.

f) Inclusión de medios probatorios de la existencia de una acción u omisión que ha provocado quebranto de derechos constitucionales.³³¹

Así también se debe considerar lo que se ha establecido como puntualizaciones que serán verificadas por la sala de admisión (artículo 62 de la LOGJCC), por lo que deben constar en la demanda:

i) Un argumento claro sobre el derecho lesionado por acción u omisión y la relación directa entre la violación y la jueza o juez acusado, sin tomar en cuenta los hechos que provocaron el proceso. El derecho constitucional que ha sido violado debe ser descrito por el legitimado activo, indicando si la violación se ha dado por acción u omisión, de qué manera se ha perpetrado y la forma directa de la participación del juez en esa transgresión del derecho, la que no tiene vinculación con los hechos que motivaron el juicio originario.

Para entender el alcance del texto legal que dispone la obligación de argumentar, es necesario puntualizar qué es *argumentar*. Weston entre otros, manifiesta que “«dar un argumento» significa *ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión*”;³³² destaca la necesidad de distinguir entre conclusión y premisas, la primera debe responder a la pregunta ¿qué quiero probar? y las segundas son las alegaciones que incluyen las razones para sustentar el contenido de las afirmaciones.

En lo concreto de la disposición que se analiza, la afirmación de que existe la violación del derecho es la conclusión y para sostenerla son necesarias las premisas que encierran las razones que sirven de fundamento para construir la conclusión, como por ejemplo el reconocimiento del derecho en una norma constitucional, es que existe y por

³³¹ *Ibid.*, artículo 10.

³³² Anthony Weston, *Las claves de la argumentación*, traducción de Jorge Malem Será, Barcelona, Ariel, 2001, 6a. ed., p. 6. Véase también Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*, 2004; Jorge Ulises Carmona Tinoco, *Panorama sobre la incidencia de la interpretación y argumentación jurídicas en la aplicación judicial de la Constitución*, 2008; Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, 2007.

lo tanto debe ser respetado; la sentencia del juez que no motiva la negativa de la pretensión; el daño que produce la violación del derecho; etc.

ii) La justificación argumentada de la relevancia constitucional de este proceso y de la pretensión.

Para que el peticionario tenga la posibilidad de justificar argumentadamente, conforme este punto, la Corte Constitucional debería señalar las pautas para establecer qué es la relevancia constitucional, teniendo en cuenta que es un criterio de admisibilidad. Así sucede por ejemplo en España, donde el Tribunal Constitucional define qué se espera del peticionario y los puntos que forman parte de este concepto.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general

repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.³³³

iii) Que deje de lado su apreciación subjetiva sobre lo justo o injusto que ha sido la decisión judicial así como la valoración de las pruebas que hizo la jueza o el juez. Este punto implica para el accionante demostrar que su reclamo es estrictamente sobre la vulneración de la disposición constitucional que ampara el derecho violado, de que no se ha cumplido el Derecho Objetivo constitucional, bajo la premisa de que la AEP permite la revisión de la sentencia porque se han violado derechos protegidos por la Constitución, pero no se ha de revisar el criterio del juez ni la forma como ha valorado las pruebas;

iv) Que no se fundamente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley. Lo que el impugnante de la sentencia en acción extraordinaria de protección no debe pretender es que en la instancia constitucional se realice el control de la legalidad de la sentencia, sea que argumente falta o errónea aplicación de la ley, porque tales exámenes corresponden a la instancia de casación;

v) Que no se base en la errónea apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez.

Quien presenta una AEP no debe pretender una tutela a sus derechos constitucionales argumentando que la juez o juez ha realizado una valoración equivocada de la prueba.

vi) Que se cumpla el término establecido en la LOGJCC, según la cual la presentación de la acción constitucional debe realizarse dentro del término de veinte

³³³ Tribunal Constitucional de España, 12518-Pleno. Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009. Publicado en el *BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO*, No. 181, martes 28 de julio de 2009, Sec. TC, p. 51, Suplemento. Recurso de amparo avocado 7329-2008. Promovido por doña Dolores Vallejo Marchal frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y de un Juzgado de Instrucción de Fuenlabrada que la condenaron por una falta de hurto. Interpretación del requisito del artículo 50.1 b) LOTC: “especial trascendencia constitucional” del recurso de amparo.

días *contados desde* la notificación de la decisión judicial, para quienes fueron parte en el proceso, y para quienes debieron serlo, este período empezará a contarse desde que conoció el pronunciamiento.

vii) Que la admisión de una AEP sirva para resolver una violación de derechos constitucionales, sentar precedentes, corregir la inobservancia de precedentes judiciales y expedir sentencias sobre temas de trascendencia nacional. De lo que se trata es de demostrar que la interposición de la AEP va a tener incidencia en aspectos trascendentes porque en esta violación de derechos constitucionales no se han tomado en cuenta los precedentes judiciales que existen sobre el juzgamiento de esa materia y que esa violación es de tal magnitud que se constituye en tema de interés nacional.

De manera que, la demanda de garantía debe acatar lo dispuesto en estos tres grupos de requerimientos, que son diferentes y al mismo tiempo complementarios.

La Corte Constitucional se refiere a la demanda en sus fallos, conceptuándola como la comparación de “los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto en razón de la documentación constante en el proceso objeto de análisis”.³³⁴

Además, como ya se ha manifestado, el artículo 62 de la LOGJCC dispone que la demanda constitucional sea presentada en el juzgado o tribunal en donde se expidió la sentencia cuestionada, únicamente para efectos de notificación a la parte accionada y para que se remita el proceso a la Corte Constitucional, todo lo que debe cumplirse en el término de cinco días. La calificación sobre la admisibilidad de la impugnación, le corresponde a la Corte Constitucional.

El mencionado término de cinco días para la remisión del expediente no se cumple, tal como aparece en la Tabla No. 7 que recoge una muestra de once expedientes

³³⁴ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 02-009-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 590 del 14 de mayo de 2009.

de la Corte Constitucional. Los menores tiempos se cumplen en las AEP entre 10 y 20 días; los de un rango mediano tienen una demora de alrededor de 40 días y hay casos en que se recibe el expediente a los 2, 5 y 9 meses.

Tabla 2: Tiempos de envío de las AEP desde los Juzgados o Tribunales a la Corte Constitucional

<i>Caso número</i>	<i>Tribunal o Juzgado</i>	<i>Se presenta aep</i>	<i>Llega a la Corte Constitucional</i>	<i>Tiempo real</i>
1862-10-EP	Corte Provincial Ambato Sala Penal	16.12.10	27.12.10	11 días
1900-11-EP	Corte Nacional Primera Sala Laboral	13.10.11	25.10.11	12 días
1961-11-EP	Corte Nacional Segunda Sala Penal	20.10.11	7.11.11	17 días
1943-11-EP	Corte Nacional Primera Sala Laboral	12.10.11	1.11.11	19 días
1929-11-EP	Juez 20 Civil de Pichincha	5.10.11	28.10.11	23 días
1912-11-EP	Corte Provincial Riobamba Sala Civil	3.10.11	26.10.11	23 días
1639-10-EP	Juez 2º. de Garantías Penales Guayas	28.09.10	11.11.10	43 días
362-10-EP	Corte Provincial de Los Ríos	18.02.10	6.04.10	46 días
1800-11-EP	Corte Provincial de Azuay Segunda Sala Civil	10.08.11	12.10.11	2 meses
1878-11-EP	Corte Provincial de Loja	4.05.11	24.10.11	5 m 20 d
1874-11-EP	Juez 4º. Trabajo del Guayas	20.01.11	24.10.11	9 meses

Elaboración propia, con base de los expedientes de la Corte Constitucional de Transición.

Por último, en caso de ser necesario, la demanda pueda ser completada en el término de tres días, y aún más, en concordancia con el objetivo final de proteger los derechos fundamentales, ordena que en el evento de que no se la haya completado, si del texto aparece “que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitar y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia”. Este término de tres días que se ha otorgado en la LOGJCC es ampliado reglamentariamente al establecer que la Sala de Admisión en la primera providencia puede disponer “que se complete o aclare la demanda o solicitud, en el término de cinco días, bajo prevenciones de rechazo y archivo”.³³⁵

³³⁵ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, artículo 12.

2.5.3. La sustanciación del proceso de la AEP

Es la parte que se cumple desde la Corte Constitucional, referida básicamente a las formalidades del proceso, la que se desarrolla en los siguientes numerales.

2.5.3.1. Los plazos y términos en las actuaciones constitucionales

Respecto de los períodos en los que se deben cumplir las actuaciones en la instancia constitucional, el artículo 8 del “Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional”, (el Reglamento), determina que los plazos y términos señalados por la LOGJCC, se deben contar *en la fase de impulsión judicial* que se inicia “a partir del día siguiente a (sic) que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte”. La apreciación acerca de esta disposición es que desde la determinación de plazos y términos en la LOGJCC se contraría el principio constitucional del artículo 86.2, literal a) que dispone que el procedimiento para ejercer una garantía jurisdiccional sea *sencillo, rápido y eficaz*, a pesar de que la frase consta textualmente en el artículo 8.1. de la Ley. Pero en la norma reglamentaria no solo se contraría el principio, sino que se evidencia la extensión de los términos que provocan falta de atención al ciudadano, formalizando la inobservancia, cuando dice que esos plazos solo empiezan a contarse desde el *día siguiente de que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas*, todo lo que impide que se cumpla con las características básicas del proceso para la garantía jurisdiccional, tanto más que hay la norma de un instrumento internacional que convalida la urgencia para ser atendido ante la violación de derechos fundamentales, el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que dice:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En el Reglamento se explica el procedimiento en la Sala de Admisión, desde que se conforma en el Pleno mediante sorteo, se designa de manera rotativa a tres miembros, juezas o jueces constitucionales que deben intervenir durante un mes, e igualmente sortea a tres miembros alternos de entre los demás jueces constitucionales, para que actúen en el evento de que se excuse o se ausente un miembro principal, en el mismo orden en que fueron sorteados. La Sala debe realizar cinco sesiones ordinarias en el mes; y, de manera extraordinaria, por necesidad de actualización o urgencia del despacho.³³⁶

A la Secretaría General le compete clasificar y numerar las causas ingresadas según la clase acción, las que serán sorteadas entre los jueces de la Sala de Admisión para que elabore una ponencia de admisión que será conocida y resuelta por la misma Sala. En caso de no haber despachado todos los procesos sorteados, cada juez constitucional debe devolver los procesos al finalizar el período de la Sala de Admisión.³³⁷

³³⁶ *Ibid.*, artículo 9.

³³⁷ *Ibid.*, artículo 11.

Las decisiones de la Sala de Admisión pueden admitir, inadmitir, rechazar o disponer que se complete la demanda de garantía en el término de cinco días, bajo prevenciones de rechazo y archivo.

La inadmisión procede cuando no se cumplen los requisitos de manera insubsanable; si es que el incumplimiento de requisitos es subsanable, se debe disponer su corrección, con indicación precisa de los incumplimientos;

El rechazo tiene lugar cuando la Corte se declara incompetente, se han inobservado los términos para la presentación o no se ha completado o corregido la demanda en el término de cinco días.³³⁸

2.5.3.2. *La admisibilidad*

De manera general el procedimiento debe sujetarse a las disposiciones constitucionales, para cumplir el mandato de que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos *serán de directa e inmediata aplicación*[...],³³⁹ disposición con la que además se cumple la calidad *normativa* de la Constitución, porque es una regla contenida en la Norma suprema.

Para atender la atribución de calificar y admitir la procedencia de las acciones constitucionales, con sujeción a los preceptos del ordenamiento vigente, como ya se dijo, la Corte Constitucional cuenta con una Sala de Admisión, integrada por tres juezas o jueces nombrados mensualmente de manera aleatoria, dice la LOGJCC que “La Sala de Admisión deberá realizar un examen exhaustivo de la demanda en las acciones extraordinarias de protección y de cumplimiento, para determinar el estricto apego a los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en esta Ley”.³⁴⁰

³³⁸ *Ibid.*, artículo 12.

³³⁹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.3.

³⁴⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 197.

En lo concreto de la AEP, es indispensable reiterar la invocación de los artículos 94 y 437, ahora para resaltar que guardan coherencia con la vocación normativa de la Constitución, porque en el primer texto (94) se determina de manera directa los elementos que conforman la *procedencia* de la acción:

1. Que las sentencias o autos tengan la calidad de definitivos,
2. Que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución,
3. Que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del tiempo legal.

La segunda norma (437) establece la atribución de la Corte Constitucional para resolver sobre la *admisión del recurso* (sic) para lo que “constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos”, que son precisamente los dos primeros elementos que se han establecido en el artículo 94.

Sobre el tercer aspecto, el agotamiento de los recursos ordinarios, fue revisado en el punto 2.2.1. “El agotamiento de recursos”, precisamente para examinar las instrucciones constitucionales de que la acción extraordinaria de protección es procedente “cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal”,³⁴¹ de donde proviene la necesidad de escudriñar los términos agotamiento y subsidiario, *agotamiento* porque conlleva la certeza de que no hay ninguna otra vía procesal para defender el derecho fundamental y *subsidiario* porque frente a una situación ineludible de ausencia de recursos, se ha constituido en el único medio por el que se puede solicitar la atención jurisdiccional a una lesión al derecho constitucional, teniendo en cuenta que a la justicia ordinaria le corresponde de modo

³⁴¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 94.

primigenio su defensa, pero en la que ya no queda absolutamente ningún recurso que puede ser utilizado.

En este punto el análisis se enfoca a la admisión como fase previa para franquear la procedencia de la acción extraordinaria de protección. La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional amplía el alcance de la Norma Suprema cuando incluye en esta fase del proceso al tribunal de origen de esta acción: “La acción extraordinaria de protección será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva”, pero se advierte que la participación es únicamente para la presentación, porque no es competente para calificar ni decidir, más bien se encuentra la justificación de su intervención cuando dice que es para “notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en el término máximo de cinco días”.³⁴²

La Corte Constitucional de Transición establece en una sentencia, los “Parámetros de la Acción Extraordinaria de Protección”, indicando dos requisitos para su admisión y ampliándolos para establecer su procedencia:

Ante situaciones bastante delicadas y anómalas que pueden y/o podrían proponerse ante la Corte Constitucional por esta acción, buscando la anulación de la decisión judicial, caben precisarse ciertos límites y/o parámetros que debe observar la acción extraordinaria de protección.

Es precisamente, en aquella distinción entre las causas que son susceptibles de acción extraordinaria de protección, en 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:

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.

³⁴² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 62.

En lo que tiene que ver con la procedencia de esta acción, se deben observar los siguientes requerimientos:

3. 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.
4. 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.
5. Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, pueda ser deducida de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente.
6. 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,
7. 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.³⁴³

En la transcripción efectuada se aprecia que los requisitos establecidos, denominados *parámetros* por la Corte Constitucional, se reducen a los requisitos de forma y de fondo. En el primer aspecto, la forma, se incluye lo referido a la firmeza de las decisiones judiciales sometidas a revisión constitucional cuando dice que debe tratarse de *sentencias, autos y resoluciones firmes y ejecutoriadas*; y que en la procedencia de la acción, está individualizada en su ubicación *en la parte resolutive de la sentencia*; adicionalmente, la sentencia incluye otros puntos, conforme las disposiciones legales de los artículos 61 y 62 de la LOGJCC, dice que la violación del

³⁴³ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 007-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 34, 35. Ver José García Falconí, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución Política del Ecuador*, Quito, Ediciones RODIN, 2008, p. 171, 172.

derecho *ya sea por acción u omisión, tenga por destinatario al juez [...] que pueda ser deducida de manera clara y directa.* En segundo lugar, lo atinente al fondo está dado por el contenido constitucionalmente protegido que son los derechos, dice el fallo *el debido proceso y otros derechos reconocidos en la Constitución.*

En cuanto a la acción de remisión del juicio desde la judicatura, sala o tribunal originaria, hasta la Corte Constitucional, la dependencia encargada de la recepción es la oficina de documentación de la Secretaría General o “las Oficinas Regionales de la Corte Constitucional, las que ejercerán actividades de gestión y apoyo administrativo a la Secretaría General [...] remitirán la documentación a la Secretaría General dentro de las veinticuatro horas siguientes a su recepción [...]”.³⁴⁴

2.5.3.2.1. La calificación de admisibilidad

En la AEP la calificación debe ser cumplida por la Corte Constitucional, dentro del término de diez días a través de la sala de admisión, para lo que debe comprobar que la demanda cumple con los ocho requisitos determinados taxativamente por el artículo 62 de la LOGJCC, los que constan analizados en el numeral 2.7.3.2. Se destaca lo referido a la necesidad de argumentar con el debido fundamento sobre la violación del derecho, la relevancia constitucional del conflicto que se impugna y la pretensión; la independencia que debe existir entre la acción y la apreciación de que el juez ha sido injusto; la aep no debe referirse a inobservancias de la ley o a la valoración que la jueza o juez ha hecho de la prueba; la obligación de cumplir los términos para presentar la AEP y la prohibición de deducir acciones contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; finalmente se debe tener en cuenta que la admisión de una acción extraordinaria de protección debe: solucionar una vulneración

³⁴⁴ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, artículo 5.

de derechos, sentar precedentes judiciales, reparar la desobediencia de precedentes originados en la Corte Constitucional; fallar en temas relevantes.

La calificación de admisibilidad también debe tomar en cuenta la observancia de los requisitos establecidos en los artículos 10 y 61 de la misma Ley.

En la práctica el auto de calificación contiene lo siguiente: i) Los fundamentos constitucionales legales y reglamentarios que sustentan la jurisdicción y competencia de los miembros de la Sala de Admisión que avocan conocimiento de la causa y la determinación del legitimado activo; ii) La determinación de la decisión judicial impugnada, sus antecedentes, las violaciones constitucionales que se acusan, los fundamentos jurídicos y las pretensiones de la accionante; iii) Las Consideraciones de la Sala de Admisión; iv) La decisión de admitir, inadmitir, rechazar o disponer que se complete la demanda; v) En el evento de admitir la AEP, disponer que se sortee la causa para la sustanciación en una de las Salas.³⁴⁵

2.5.3.2.2. La admisibilidad no suspende los efectos de la decisión judicial impugnada

Cuando la AEP ha sido admitida, los efectos que genera esa admisión no incluyen el efecto suspensivo del auto o sentencia impugnados en la acción extraordinaria de protección.³⁴⁶ Es decir que la autoridad judicial debe cumplir con la remisión de las respectivas copias certificadas para que se ejecute la sentencia.

Se puede advertir que la disposición en este punto genera una situación procesal ambigua evidente, porque el mandato es que no se puede suspender los efectos de la sentencia que se impugna, por lo tanto se queda en el juzgado o tribunal una sentencia *ejecutable*, cuyo contenido puede ser rechazado o modificado en la instancia constitucional cuando se dicte la sentencia dentro de la AEP.

³⁴⁵ Corte Constitucional de Transición, caso 0804-2011-EP, auto de calificación de 7 de diciembre de 2011.

³⁴⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 62.

El resultado entonces puede llegar a atentar a la seguridad jurídica, que es uno de los peligros que se advirtió cuando se estaba creando la AEP, y que ahora aparece en una nueva faceta, referida a la falta del efecto suspensivo de la sentencia, por disposición legal. La misma Corte Constitucional de Transición manifiesta que la acción extraordinaria de protección se ha establecido para revisar las sentencias y los autos definitivos en los que se haya lesionado derechos fundamentales, por lo que su fin es la consecución de la justicia,

Sin embargo, no se puede negar la tensión existente entre la acción extraordinaria de protección y la seguridad jurídica contemplada en el artículo 82 de la Constitución, seguridad jurídica que halla su fundamento en la cosa juzgada y en la certeza del derecho que encuentra a su vez, asidero en la generalidad y en la abstracción de las normas, que para el profesor Zagrebelsky, ambas responden a la visión liberal que trata de garantizar la estabilidad del orden jurídico.³⁴⁷

La consecuencia que deviene de la falta de efecto suspensivo de la sentencia, confronta con la seguridad jurídica. Así se demuestra en la práctica, que ha dado su resultado material cuando la sentencia 008-12-SEP-CC de 15 de febrero de 2012, declara la vulneración de los derechos constitucionales *al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, al derecho a la legítima defensa y a la seguridad jurídica* y decide Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por PETROECUADOR, pero para esa fecha la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo ya había dispuesto la ejecución de su sentencia mediante el auto de 14 de enero de 2010 en que se manda a pagar USD\$9'528.927,43 a favor de DURAGAS, y que es uno de los dos autos impugnado en la AEP.

³⁴⁷ Corte Constitucional de Transición, Sentencia No. 06-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 605 de 4 de junio de 2009, p. 5, 6.

La controversia es evidente: una sentencia de la justicia ordinaria ejecutada frente a la sentencia de la Corte Constitucional que deja sin efecto el auto de ejecución impugnado, situación en la que el tribunal inferior cumplió con la norma legal que permite la ejecución del derecho de la parte procesal aun cuando se haya interpuesto la AEP.

Sin embargo, en este aspecto no se puede dejar de observar otra posibilidad, que seguramente la mirada integral del legislador abarcó también la disposición de la LOGJCC en que se dispone que la AEP debe ser despachada en el término máximo de 30 días contados desde la recepción del expediente para resolver esta acción,³⁴⁸ con lo que la falta del efecto suspensivo no acarrearía las graves consecuencias que puede alcanzar con un despacho aproximado entre 14 y 20 meses. Se advierte que el problema es que estos términos no fueron concebidos por el legislador, sino que son consecuencia del retardo en los tiempos de la aplicación, con sustento reglamentario, lo que pone en peligro la efectividad de los derechos, como se analiza en el capítulo 3.

Por lo expuesto se hace necesaria la reforma de esta disposición, la que debe contener la previsión de las consecuencias que pueden generarse de la interposición de la acción, a través de la concesión del efecto suspensivo con la respectiva caución para compensar los perjuicios ocasionados por el paso del tiempo, tal como sucede en la Ley de Casación.³⁴⁹

Los dos aspectos: la admisión de la acción sin suspensión de los efectos de la sentencia y el término máximo de 30 días que tiene la Corte Constitucional para resolver la AEP, constan tratadas en el Capítulo 3, como efectos de su ejercicio y aplicación.

³⁴⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 63, 2o. inciso.

³⁴⁹ Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial 299 de 24 de marzo de 2004. Los artículos 10, 11 y 12 tratan de los efectos, la caución y la cancelación de la caución para establecer la suspensión de la ejecución de la sentencia hasta que haya el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional.

2.5.3.2.3. Acumulación de causas por identidad de objeto y acción

La norma reglamentaria ha previsto la acumulación de causas en las que se advierte la identidad de objeto y acción, el objeto es evitar que se divida la continencia de las causas. Para este propósito el Secretario General tiene la obligación de imponer en cada proceso una “certificación sobre la existencia o no de otras causas con identidad de objeto y acción y el estado procesal de las mismas”.³⁵⁰

2.5.3.2.4. La admisibilidad en las sentencias de la Corte Constitucional de Transición

Para concluir este punto se incluye el análisis de la calificación de admisibilidad. El examen realizado demuestra que en algunos casos se pronuncia positivamente, a pesar de que no se verifica que la sentencia acusada tenga la calidad de definitiva, porque no se ha producido el agotamiento de los recursos previstos en la ley ordinaria o que tal falta obedezca a causas ajenas a la voluntad del titular del derecho. Seguidamente se presentan tres casos que dejan dudas respecto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

*Sentencia 009-09-SEP-CC:*³⁵¹

El proceso impugnado es un juicio penal de tránsito. En el párrafo “De la admisibilidad de la causa” se hace relación a la actuación del Secretario General en la que “certifica que no se ha presentado otra (s) demanda (s) con identidad de sujeto, objeto y acción”,³⁵² pero no consta ningún pronunciamiento sobre los requisitos de admisibilidad que contiene el artículo 437 de la Constitución vigente.

La procedencia de la acción extraordinaria es examinada en el Acápite II “Consideraciones y Fundamentos” al referirse al “Ámbito de aplicación de la acción

³⁵⁰ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, artículo 17.

³⁵¹ Sentencia 009-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602 de 1 de junio de 2009, p. 99-105.

³⁵² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 8, numeral 6.

extraordinaria de protección al caso concreto” se expresa que para determinar la procedibilidad de esta acción extraordinaria se debe revisar si encaja en el numeral 1 del artículo 437 de la Constitución. De manera concreta, la resolución expresa que para el criterio del “accionante, la decisión judicial que impugna es un auto firme que no puede ser impugnado mediante ningún tipo de recurso. El juez de la causa, en cambio sostiene que la providencia no estaba firme y que, por ende, es improcedente”.

El razonamiento de los jueces constitucionales sobre la procedencia de la acción extraordinaria incluye una cronología de las providencias expedidas en el juicio de tránsito, (p. 103 del Suplemento del Registro Oficial citado) para referirse a la que fue accionada, del 23 de enero de 2009, sobre la que afirma que es “una de aquellas en la que se amplía una providencia anterior, le es aplicable lo dispuesto en el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil”, afirmación a partir de la cual sigue el análisis con referencia a dos resoluciones de casación expedidas por la Corte Suprema de Justicia de 22 de agosto de 1995 y de 4 de diciembre de 1996 en las que se aplicó la norma invocada (artículo 291 del CPC) para rechazar los recursos interpuestos, concluye afirmando que “al no ser legalmente posible interponer, respecto de tal auto, nuevos recursos verticales por expresa prohibición del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, tal auto de 23 de enero de 2009 quedó ejecutoriado y, en consecuencia, la acción extraordinaria de protección es, objetivamente procedente [...]”. Esta afirmación de la sentencia es una teoría elaborada por la Corte Constitucional, originada en una norma procesal que no fue invocada por el peticionario, sino que como se aprecia, se la cita en la instancia constitucional, (tiene la facultad de hacerlo por el principio *iura novit curia*) para realizar la suposición de que a este auto impugnado le habría sido aplicado el artículo 291 CPC, lo que no sucedió en la realidad, no se aplicó la norma, por lo que es evidente que no se agotó este

procedimiento dentro de la sede judicial, tal como es el mandato constitucional, y por lo tanto, al ser presentada en la Corte Constitucional carecía del mérito procesal indispensable para configurar, desde este aspecto, la procedibilidad de la acción.

Lo expresado es evidente porque el propio solicitante lo manifiesta cuando indica que “la acción extraordinaria debe ser admitida sin aguardar el agotamiento de todos los recursos utilizables ante los jueces y tribunales de la justicia ordinaria” porque dice, va a producirse la “segura conculcación grave de derechos fundamentales”, (p. 99 del SRO citado) afirmaciones que conducen a la presunción de que no se produjo el agotamiento de recursos y acciones y que existe el peligro de que se lesionen derechos constitucionales, pero que en la realidad tales hechos no han ocurrido.

El otro aspecto analizado como un impedimento para establecer la admisibilidad es la clase de providencia impugnada, el accionante la denomina “auto” de 23 de enero de 2009. El Código de Procedimiento Civil establece claramente las diferentes clases de providencias, y en el artículo 271 determina que “Decreto es la providencia que el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia”, descripción a la que se ajusta la providencia impugnada, porque en ella el juez ordena que la audiencia de juzgamiento señalada para el 15 de abril de 2009, debe efectuarse con los testigos y peritos que asistan, sin que por lo tanto sea de la clase de providencia a las que la norma constitucional otorga la facultad de ser revisadas en sede constitucional, cuando dice “sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados”. Así lo manifiesta también la Agente Fiscal del Guayas entre otros aspectos, dentro de la exposición que realiza por disposición de la Corte Constitucional. (p. 102 del SRO citado).

La decisión es calificar la admisión del mencionado “auto”, aceptar la AEP y dejar sin efecto la providencia dictada por el juez décimo octavo de lo penal del Guayas, dentro del proceso penal de tránsito 026-2007.

Sobre esta resolución, cabe indicar que Cueva Carrión expresa su criterio favorable porque considera que se trata de un decreto con fuerza de auto. El razonamiento parte indicando “que no es tan cierto” que para la procedencia de la AEP se necesita que “se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal”, conforme ordena el artículo 94 de la Constitución, dice que “también cabe contra autos intermedios, interlocutorios o resoluciones con fuerza de sentencia” porque en estos no cabe ningún recurso extraordinario, y siendo así, sin que se haya presentado tal recurso extraordinario, “se puede presentar esta acción extraordinaria”, tal como consta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mencionando dos casos, uno de ellos es precisamente el que aquí se ha analizado.³⁵³

Para puntualizar la posición contraria, es necesario hacer referencia a la calidad del decreto, que como se ha argumentado de manera abundante, es una providencia de trámite, conforme señala el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, se ratifica que no cumple las exigencias establecidas en el 272 para ser considerada decreto con fuerza de auto.

Sentencia 010-09-SEP-CC:

Este caso se refiere a las peticiones formuladas por los legitimados activos Juan Falconí Puig y Jorge Guzmán Ortega, para obtener la protección jurisdiccional bajo el argumento de que se ha violado el derecho al debido proceso en dos decisiones judiciales.³⁵⁴

La Corte Constitucional a través de la Sala de Admisión dispuso la acumulación de los casos, declaró la admisibilidad de las demandas constitucionales; y finalmente reunidos en el Pleno decidió aceptar las acciones extraordinarias de protección.

³⁵³ Luis Cueva Carrión, *Acción constitucional extraordinaria de protección*, op. cit., p. 68-71.

³⁵⁴ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 010-09-SEP-CC (Acumulados), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 637 de 20 de julio de 2009.

La Dra. Nina Pacari salva su voto, en el que manifiesta que estos petitorios debieron inadmitirse, describiendo las razones que fundamentan sus asertos para tal posición, básicamente por el incumplimiento de requisitos que no podían subsanarse:³⁵⁵

1. No se cumplieron los requisitos determinados en el artículo 437 de la Constitución porque en los Fundamentos de Hecho, numeral 3.2. se manifiesta: “El Dr. Juan Falconí Puig con el objeto de que no se ejecutorie la providencia de 5 de marzo de 2009, presentó nuevos petitorios; entre ellos, la revocatoria de la providencia y luego la demanda de recusación. Al no encontrarse la providencia ejecutoriada, la acción planteada deviene en improcedente.” O sea, que no cumple el requisito esencial ordenado por el artículo 437 de la Constitución;
2. La falta de demostración de que se haya violado el debido proceso por parte de la ex Corte Suprema de Justicia determina que la pretensión es de obtener una “revisión legal”, o peor aún, convertir a la Corte Constitucional en una “cuarta instancia”, situaciones que no están contempladas constitucional ni legalmente;
3. Las afirmaciones del peticionario de que con el auto de 5 de marzo de 2009 en el que se negaron sus pedidos de aclaración y ampliación del auto de 21 de julio de 2008, se ha agravado su situación jurídica, aún de ser cierta no es suficiente para la procedibilidad de la acción, porque no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 437 para su admisibilidad, “No habiéndose cumplido este requisito, la acción no solo es inadmisibile sino improcedente por ser violatoria de la Constitución; y no puede concebirse que la Corte Constitucional (Órgano de Control Constitucional) sea su primer violador!”

El razonamiento del Voto salvado se refiere además al artículo 2 del Mandato 1, el que dispone que las decisiones de la Asamblea de Plenos Poderes deben ser

³⁵⁵ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 010-09-SEP-CC, citada, p. 8, 9.

estrictamente cumplidas, lo que incluye a la amnistía concedida “incontrovertiblemente a favor del abogado Luis Villacís Guillén, por la evidente persecución política” sin que se incluyan otros nombres; finaliza mencionando el aspecto que fundamentó la decisión de aceptar las acciones, es la *interpretación* que se hace del mandato¹, a título de *lectura* y que se convirtió en la “ratio decidendi”, manifestando que el fallo de mayoría “terminó por alterar, a partir de su interpretación, la voluntad el constituyente”, por lo que la decisión del Voto Salvado es “*Desechar las acciones extraordinarias de protección formuladas por los accionantes [...]*”.

Sentencia 024-09-SEP-CC:

Se trata de la resolución tomada en el proceso constitucional sustanciado a partir de la acción extraordinaria de protección que interpone el representante legal de Acromax Laboratorios Químico Farmacéutico S.A. en contra de los autos de 23 de febrero de 2005 y 10 de marzo de 2005 expedidos por la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha,³⁵⁶ sobre los que la sentencia expresa que “son objeto de control constitucional por parte de esta Corte, por encontrarse ejecutoriados, conforme lo dispuesto por los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, y en consecuencia admitió a trámite la presente acción, ordenando el sorteo correspondiente para la sustanciación respectiva”.

En el examen realizado se aprecia que en el caso, la jueza que emitió el fallo impugnado ha aplicado la normativa legal que le corresponde, esto es la Ley de Propiedad Intelectual,³⁵⁷ que ordena que las “Medidas cautelares” tienen el carácter de *reservadas*, por lo que la notificación a la parte contraria se la debe realizar después de que se hayan ejecutado tales medidas y solo una vez que se ha dado cumplimiento a las

³⁵⁶ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 024-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 47 de 15 de octubre de 2009, p. 15-28.

³⁵⁷ Ley de Propiedad Intelectual, artículos 306, 308 y 315. Determina el procedimiento que debe seguir, denominado “Medidas cautelares”, estableciendo la facultad del juzgador para aceptar o no las medidas cautelares.

disposiciones del juez, se debe proceder a citar al demandado para que se inicie el proceso contencioso con la apertura del término de prueba, con cuyo objeto el artículo 314 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que se hará conforme lo establece el artículo 902 del Código de Procedimiento Civil, que es el que trata de las providencias preventivas. En el caso, la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha expidió efectivamente, el 23 de febrero de 2005, el auto para otorgar las medidas cautelares, las cuales según la norma invocada, caducan en el término de quince días de haberse ejecutado si es que no se propone la demanda en lo principal, y si las medidas son revocadas, o se produce su caducidad o no se demuestra fehacientemente que hubo la vulneración o la amenaza de vulneración de un derecho de propiedad intelectual, el juez debe ordenar la indemnización de daños.

La observación es que *solo después de este acto procesal contenido en el auto de 23 de febrero de 2005*, (como lo determina el artículo 314 de la Ley de Propiedad Intelectual), se iniciaría ordinariamente el juicio contencioso con la intervención del sujeto pasivo de las medidas cautelares, por lo que se comparte el criterio que expone el delegado de la Procuraduría General del Estado cuando dice “el auto de 23 de febrero de 2005 no es definitivo, puede ser revocado de acuerdo con lo prescrito en el inciso tercero del artículo 341 (sic) de la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que la acción extraordinaria es improcedente”. Y más todavía, lo ratifica el Voto Salvado de dos miembros de la Corte Constitucional de transición, pues presenta la argumentación jurídica en la misma línea, indicando que la operadora de justicia ha cumplido con la Ley aplicable al caso concreto, la que en su contenido permite de manera expresa que el caso esté vigente, de manera que no ha terminado su procedimiento en la sede judicial, lo que impedía que pueda ser objeto de una acción extraordinaria de protección:

[...] las actuaciones de la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha se ciñen a lo previsto en la Ley de Propiedad Intelectual del Código de Procedimiento Civil, como norma supletoria; es decir, mal se hace en alegar una supuesta violación a las normas del debido proceso [...] el auto de 223 de febrero de 2005 no es providencia definitiva en los términos de los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, pues el mismo puede ser revocado de acuerdo con lo prescrito en el tercer inciso del artículo 341 (sic) de la tanta veces mencionada Ley de Propiedad Intelectual, situación que determina la improcedencia de la acción y, además no se han agotado los recursos que prevé la ley.- [...] Conclusión El auto de 23 de febrero de 2005 no concluyó proceso alguno; (sic) al contrario, inició uno que hasta la presente fecha se encuentra en trámite [...] (SRO citado p. 30)

Como se puede apreciar, en esta calificación de admisibilidad se ha incumplido con la disposición constitucional de verificación de que la providencia dictada es definitiva y de que hay el agotamiento de los recursos ordinarios, lo que a la vez provoca la situación de que, (sin corresponder) la Corte Constitucional entró a conocer respecto de un juicio que todavía estaba abierto en la sede judicial y sobre toda la actuación procesal dentro de la petición de Medidas cautelares, en lo que se advierte que no se limita a proteger los derechos reconocidos en la Constitución, como es el mandato constitucional, sino que se ha constituido en juez del razonamiento del juez ordinario, aspecto que fue uno de los temores manifestados en la creación de la acción extraordinaria, porque se auto-convierte en la *instancia* que se pronuncia sobre los errores que la jueza ha cometido en la sustanciación del procedimiento, cuando dice: “La Medida Cautelar propuesta por PFIZER y aceptada por la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha, sustentada sobre la base de los artículos [...] restringieron arbitrariamente los derechos adquiridos por Acromax mediante acción de amparo (supra)” (SRO citado p. 26).

Sobre esta causa se debe consignar que lo reprochable es el tiempo transcurrido desde que se han dictado las medidas cautelares sin que se prosiga con el juicio.

En definitiva, se advierte que en la calificación de admisibilidad en estos tres casos, no se han cumplido los requerimientos constitucionales y legales, lo que demanda urgente atención porque en esta fase se inicia el procedimiento que protege a los ciudadanos de la violación de sus derechos en las sentencias judiciales. Lo que preocupa además del aspecto formal de que se han acogido impugnaciones sin sujetarse a la normativa, es que en el criterio colectivo, se siembra la duda en una justicia que se administra de manera discrecional.

2.5.3.3. La audiencia pública

La disposición para cumplir con la audiencia pública, no consta en las normas específicas de la LOGJCC para la acción extraordinaria de protección, únicamente está anunciada en las Normas Comunes,³⁵⁸ cuando expresa que si la demanda sigue sin completar, a pesar de haberle concedido al accionante el término de tres días para este efecto, pero de la exposición se evidencia que hay una vulneración de derechos grave, se la debe tramitar subsanando la omisión en lo que esté al alcance de la jueza o juez, *para que proceda la audiencia.*

Esta diferencia en la Ley Orgánica es superada bajo la consideración de que debe ser apreciada en su integralidad, y como ya se ha expresado, las Normas Comunes son complementarias de las específicas de la AEP; además de que, las actuaciones que se están cumpliendo en los procesos, evidencian que efectivamente, en la sustanciación del proceso tiene lugar la audiencia pública. En la parte que incluye la audiencia, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ha previsto los detalles de forma minuciosa: intervinientes (afectado, accionante, accionado, terceros) orden de las intervenciones, tiempo de las exposiciones, derecho a la réplica, quién hará la última intervención y la facultad de la jueza o juez para realizar las preguntas necesarias, controlar la diligencia

³⁵⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 10.

y evitar pérdidas de tiempo. También dice de manera expresa que la audiencia concluirá solo cuando el juzgador haya formado su criterio para dictar la sentencia verbal en ese mismo momento, pero si considera indispensable que se presenten pruebas, puede suspender la audiencia que será reanudada, a cuyo efecto fijará nuevos día y hora.³⁵⁹

La intervención del accionante en la audiencia, según expone García Falconí, debe cubrir los siguientes aspectos: i) El relato de los hechos de los que se desprenden la lesión de derechos tutelados por la Constitución; ii) La determinación de la sentencia, auto o resolución definitiva que impugna; iii) La descripción detallada del derecho violado; iv) Las normas constitucionales que se han violado, expresando la forma o modo de la violación; v) La demostración del daño inminente, grave e irreparable que la acción u omisión del operador judicial le ha irrogado al haber violado su derecho constitucional; vi) El pedido de que la decisión de la Corte Constitucional acepte la acción extraordinaria de protección, anule la sentencia, auto o resolución acusada por haberse probado la violación del derecho constitucional conforme la demanda de garantía y en consecuencia se le restituya su derecho.³⁶⁰

Como ya se indicó en el punto 2.5.1.1., el accionado comparece a la audiencia pública para informar *exclusivamente los fundamentos de la acción*.

2.5.3.3.1. El desistimiento tácito en la AEP

La LOGJCC establece que la audiencia pública se realizará aún en ausencia del o los accionados, con lo que se cubre la eventualidad de que se pretenda incurrir en una indebida dilatación procesal. Sobre el peticionario establece que este suceso le acarreará las consecuencias de un desistimiento, “La ausencia de la persona accionante o afectada podrá considerarse como desistimiento”.³⁶¹

³⁵⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 14.

³⁶⁰ José García Falconí, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección...*, op. cit., p. 267, 268.

³⁶¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 14, último inciso.

La norma legal ha previsto que puede haber desistimiento expreso que será valorado por los jueces, pero además indica que “Se considerará desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuere indispensable para demostrar el daño. En caso de desistimiento el expediente será archivado”.³⁶²

Antes de la promulgación de la LOGJCC y por la falta de la norma expresa, la Corte Constitucional se había pronunciado respecto de la ausencia de las partes a la audiencia constitucional, acudiendo a la anterior Ley de Control Constitucional que en el artículo 50 respondía a tales eventos así: la inasistencia de la autoridad acusada no impedía que se realice la audiencia ni que el tribunal adopte la resolución; la ausencia del actor se consideraba desistimiento del recurso y le ocasionaba la imposibilidad de que pueda volver a plantearlo, el texto de la posición adoptada por la Corte Constitucional dice:

Lo que, haciéndose extensivo a la acción extraordinaria de protección, determinará que la no comparecencia de la parte demandada no obstará que la audiencia se realice ni que la Corte emita su decisión; sin embargo, la no comparecencia de la parte actora será considerada como desistimiento de la AEP, sin que se pueda volver a plantearla sobre los mismos hechos, pero podría convocarse a una nueva audiencia si la no comparecencia se produjo a consecuencia de un asunto de fuerza mayor o caso fortuito, el cual debe estar debidamente justificado.³⁶³

De lo analizado se puede apreciar que en la anterior norma se preveía la imposibilidad del afectado de volver a plantear la acción, pero también le permitía solicitar una nueva audiencia si justificaba su no comparecencia por fuerza mayor o caso fortuito, aspectos que no han sido cubiertos en la LOGJCC.

³⁶² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 14 y 15.

³⁶³ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 003-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602, de 1 de junio de 2009, p. 76.

2.5.3.3.2. La facultad discrecional para señalar la audiencia en la AEP

Por su parte, el Reglamento de sustanciación determina que una vez declarada la admisibilidad de la demanda constitucional por la Comisión de Admisión, debe ser sorteada en sesión del Pleno para determinar la jueza o juez sustanciador, a quien le corresponde cumplir con las diligencias necesarias para el desarrollo procesal, incluida la convocatoria a audiencia. Esta facultad de los jueces sustanciadores de convocar a audiencias también la tiene el Pleno de la Corte, *previo a emitir sus sentencias o dictámenes, para formar su mejor criterio.*³⁶⁴ De manera concreta, las disposiciones reglamentarias establecen para el caso de la AEP que la audiencia es una diligencia que *podrá señalar* la jueza o juez ponente *cuando lo considere necesario*, con lo que se entrega a la discrecionalidad del juez sustanciador la realización de este acto procesal, debiendo ponerse de manifiesto que en este punto el Reglamento contraría la disposición constitucional del artículo 86.3 que es mandatoria, cuando dispone que “Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, [...]”, es decir que la Constitución no ha dejado al arbitrio del juez constitucional la realización de la audiencia, ordena que *convocará* sin dilaciones y sin condiciones. Este análisis es compartido por Cueva Carrión que se pregunta ¿La audiencia pública es o no de obligatorio cumplimiento? y luego del examen concluye indicando “el mencionado artículo 38 del Reglamento carece de validez jurídica y esta carencia de validez jurídica equivale a que esta norma no existe dentro del sistema legal ecuatoriano; en consecuencia, no puede ser aplicado”.³⁶⁵

Otro aspecto que se debe tener en cuenta en la audiencia pública deviene de las “Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional de transición” en virtud de la Disposición Transitoria Segunda de la

³⁶⁴ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, artículos 18, 19 y 22.

³⁶⁵ Luis Cueva Carrión, *Acción constitucional extraordinaria de protección*, op. cit., p. 177, 178.

LOGJCC que declara su “validez jurídica para las causas constitucionales ingresadas hasta antes de la vigencia de esta Ley, sin perjuicio de aplicar los trámites y términos de esta ley en lo que resultaren más favorables a la vigencia y eficacia de los derechos constitucionales”, y en las que sí se contempla (en las Reglas de Procedimiento) la realización de la audiencia, bajo la mención de que así se cumple con el artículo 86.3 de la Constitución del Ecuador.

2.5.3.4. *La prueba en el proceso constitucional*

Tratándose de un proceso constitucional, la función de la prueba, orientada a demostrar la verdad de los hechos, no tiene la trascendencia que alcanza en los juicios ordinarios. Así sucede en la acción de inconstitucionalidad, en que la comprobación generalmente no requiere la demostración de hechos, lo que se requiere es la confrontación de la norma impugnada con la disposición constitucional que colisiona, para determinar o no la existencia de la inconstitucionalidad.

Sin embargo, Hernández Valle al tratar de la prueba en los procesos constitucionales en Colombia, de manera general, manifiesta que sí existe la carga de la prueba para quien interpone una acción de tutela:

[...] cuando se trata de un proceso de *habeas corpus* o de amparo, el actor afirma haber sido lesionado, estar siéndolo, o existe una amenaza cierta e inminente de ser lesionado en sus derechos fundamentales por determinados actos, omisiones o amenazas de una autoridad o de un particular. Tal afirmación debe ser debidamente demostrada por el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, a fin de que el juez pueda otorgarle la tutela solicitada.³⁶⁶

En el Ecuador, la Norma constitucional contiene las Disposiciones comunes para sustanciar las Garantías jurisdiccionales, en las que ha dispuesto que la jueza o juez “en

³⁶⁶ Rubén Hernández Valle, “La prueba en los procesos constitucionales”, en Gabriel Hernández Villarreal, editor académico, *Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 246.

cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas”,³⁶⁷ denotando la intención positiva de que sean evacuadas en los procesos constitucionales. Esta disposición configura lo que advierte Montero Aroca cuando trata de la evolución del proceso, que en el siglo XX da lugar a una fuerte penetración del proceso social en el que el Estado incrementa sus poderes mediante la actividad de los jueces, dejando a un lado al juez tercero e imparcial.³⁶⁸

La LOGJCC desarrolla el tema de las pruebas únicamente en las Normas comunes, no han sido incluidas en las disposiciones atinentes a la acción extraordinaria de protección; pero bien pueden invocarse aquellas, en virtud del principio de integralidad de la ley y de la regla de Interpretación sistemática, porque lo que se busca es la correspondencia y armonía de las normas.

Es que tratándose de esta acción constitucional de naturaleza extraordinaria, lo que se necesita probar es la violación de derechos protegidos por la Constitución en una sentencia, auto o resolución firmes, y el agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios en la sede judicial.

Lo exclusivo de este proceso y es lo que el juez debe determinar, es la existencia de la violación del derecho constitucional, no su titularidad (como en el proceso común), y la forma de restablecerlo y de repararlo, de ser el caso; ya no caben las aportaciones probatorias que corresponden a las instancias ordinarias, contrariamente, las actuaciones de los jueces constitucionales deben tener la calidad de *distintas* de las que corresponden y cumplen los operadores judiciales.

El juez constitucional, a diferencia de lo que ocurre en la justicia común (donde las partes son las que presentan las pruebas e impulsan el proceso por el principio

³⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículo 86.3.

³⁶⁸ Véase el capítulo 1, punto 1.2.2.3, “El garantismo en la actividad judicial”. Juan Montero Aroca, “Libertad y autoritarismo en la prueba”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *Confirmación procesal*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 198.

dispositivo) tiene una participación activa en el proceso para contar con la prueba que estime pertinente, de acuerdo a “los amplios poderes para ordenar todas las pruebas que consideren necesarias para la averiguación real de los hechos objeto del proceso” aunque además de las pruebas que aporta el accionante, tiene el informe del legitimado pasivo y el expediente del caso.³⁶⁹ En lo concreto de la acción extraordinaria de protección, no hay una etapa de prueba, pero como se ha establecido, el juzgador tiene facultades que devienen del artículo 86.3 de la Constitución y del 14 de la LOGJCC para expedir las disposiciones necesarias a fin de obtener los elementos de prueba que le permitan crear la convicción sobre la existencia o no de una violación de derecho constitucional, de manera expresa la norma legal le permite “si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar otra nueva fecha y hora para continuarla”. Para resumir, estas potestades le permiten:

1. Solicitar el informe al legitimado pasivo,
2. Señalar la audiencia pública para escuchar a las partes, donde el accionante o afectado demostrará el daño y los fundamentos de la acción y el legitimado pasivo contestará exclusivamente sobre los fundamentos de la acción,
3. Escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver,
4. Autorizar la intervención de terceros interesados,
5. Hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso,
6. Controlar la actividad de los participantes y evitar dilaciones innecesarias,
7. Finalizar la audiencia cuando haya formado su criterio sobre la violación de derechos, o,
8. Suspender la audiencia si lo cree necesario para la práctica de pruebas, y señalar nuevos día y hora para reanudarla.

³⁶⁹ Rubén Hernández Valle, “La prueba en los procesos constitucionales”, *op. cit.*, p. 250.

En este punto cabe acudir al Derecho Comparado para establecer que la facultad del juez constitucional para actuar pruebas, se repite en otros países, como por ejemplo en el Perú, en donde el Código de Procedimiento Constitucional consiente la prueba mediante una excepción a la regla general de *pruebas sin actuaciones del juez*, cuando sí las permite siempre que no afecte al tiempo de sustanciación de la causa: “Artículo 9.- En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.”

2.5.3.5. *La sentencia*

Al igual que en los demás procesos, la decisión final en el juicio constitucional está naturalmente incluida en esta pieza procesal. El análisis que se realiza es en relación al sistema legalista y al sistema constitucionalista.

La sentencia judicial en el sistema legalista es, como dice Chiovenda “la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, o, lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que le garantiza un bien al demandado”,³⁷⁰ denotando de manera expresa que el elemento fundamental de la sentencia es que, atestigua la *voluntad concreta de la ley* para garantizar o no un bien al actor, o en su defecto, al demandado.

En la misma línea del sistema legalista, Rocco manifiesta que el ejercicio de la función jurisdiccional no crea relaciones jurídicas sino que declara la certeza de las relaciones jurídicas preexistentes, de manera concreta sostiene que si bien la sentencia contiene un silogismo, en ciertos casos es un mandato que constituye un acto de la

³⁷⁰ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, op. cit., p. 97.

inteligencia y de la voluntad del juez, como son los fallos de condena, pero generalmente no es así, porque “el mandato está ya contenido en la norma jurídica que el juez aplica, sin agregar ninguna voluntad propia e independiente, sino tomando solamente como premisa mayor la norma jurídica, como premisa menor el caso concreto, deduciendo de estas dos premisas una norma particular de conducta que ha de seguirse”,³⁷¹ debiendo reconocer que únicamente las operaciones lógico-mentales realizadas por los jueces tienen la eficacia jurídica porque les acompaña la coerción que es propia del poder soberano del Estado, del que han recibido el *poder de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado*.

Por su parte, Piero Calamandrei hace su estudio a partir de la “Jurisdicción de equidad y jurisdicción de derecho”, anticipando que la posición del juez dentro del Estado y consecuentemente su ejercicio jurisdiccional, serán diferentes según se logre la superioridad de uno u otro modelo. Lo importante es que confronta el ejercicio jurisdiccional de la equidad con el de la legalidad. Para el primer caso, se refiere al ordenamiento en que predomina la elaboración de leyes para cada proceso particular, dentro del cual al encontrar el juez que no existe la ley y que no puede contar con los criterios previos del legislador, debe servirse de su “conciencia o, como se dice también, de su sentimiento de equidad natural”, sin que de ninguna manera tal circunstancia pueda conducir a una posición antojadiza sino que se entrega al juez la tarea de buscar para cada caso la decisión individual que mejor se articule a las nociones morales y económicas de esa sociedad, convirtiéndose en el intérprete de la realidad histórica en la que vive, y en creador de derecho. En el segundo caso, en la “jurisdicción de derecho” son los órganos legislativos los que realizan la actividad de elaborar las normas que el juez debe aceptar sin discusión, porque la valoración política de la realidad ya la hizo el

³⁷¹ Ugo Rocco, *Derecho procesal civil*, vol. 1, *op. cit.*, p. 374, 375.

parlamentario y consta en la norma, produciéndose una división del trabajo entre el legislador y el juez, mientras el primero decide el contenido de la ley, el segundo debe limitarse a su aplicación porque los principios ya fueron decididos con anterioridad.³⁷²

El análisis y las aseveraciones de Calamandrei, escritas en la década de los años cuarenta del siglo XX,³⁷³ pueden ser retomadas para compararlas con los dos sistemas: lo que él denomina la *jurisdicción de derecho* similar al *sistema legalista* descrito por Chiovenda y Rocco, es el sistema jurídico político que determina la función jurisdiccional del juez y el modo cómo debe ejercer la jurisdicción apegado a la letra de la ley; en segundo lugar lo que él llamó la *jurisdicción de equidad* constituiría lo que conforma el sistema constitucionalista donde el juez tiene una posición predominante con un ejercicio de la jurisdicción que le permite ser el intérprete de la realidad histórica en la que vive y creador de derecho.

De esta manera se aprecian las diferencias que impone el sistema constitucional para la elaboración de las sentencias: tienen que ver con dos de los principios conductores del sistema: la supremacía de la Constitución y la prioridad de los derechos constitucionales,³⁷⁴ los que ahora no se reducen al simple espacio de la doctrina ni a los estudios de la academia, sino que se los traslada al ejercicio real de la administración de justicia, en donde las normas constitucionales deben ser aplicados de manera directa, evidenciando la decisión de terminar con la anterior dependencia de la ley.

³⁷² Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 13-14.

³⁷³ En esa época Europa vivía una realidad influenciada por dos aspectos trascendentes: 1. El nuevo pensamiento constitucionalista originado en la teoría de Kelsen, que entre los temas que desarrolló, estuvo la búsqueda de una fórmula para solucionar el tema del control de constitucionalidad; 2. La presencia de regímenes nefastos para la humanidad, como el nazismo y el fascismo que produjeron los mayores crímenes y las mayores vulneraciones a los derechos humanos, hechos que fueron la semilla que urgió la creación de modelos constitucionales asentados en la necesidad de privilegiar los derechos humanos y las garantías constitucionales para que nunca vuelvan a ser quebrantados (Austria 1920, España 1931 y 1978, Alemania 1948).

³⁷⁴ La preeminencia de los derechos humanos se trata en el punto 1.1.3 y la Supremacía de la Constitución en el punto 2.2.1 de esta tesis.

Pablo Alarcón Peña destaca que la intención de la Asamblea de Montecristi fue la relativización del estado legislativo y la trascendencia de la jurisdicción constitucional, para llevar al ejercicio del juez la normatividad de la Constitución, lo dice así:

En síntesis, el Estado constitucional impulsa y remarca la importancia del nuevo papel que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional. Así debe terminar por abandonar aquella labor pasiva-mecánica de subsunción positivista y transformarse en el garante de la democracia constitucional y de los contenidos materiales plasmados en los derechos fundamentales. El activismo u omnipotencia judicial, esencia de este paradigma constitucional, se traduce entonces en la pérdida de la autonomía legislativa, y en una nueva forma de concebir al derecho y a las técnicas de interpretación judicial.³⁷⁵

Por su parte, como corresponde en virtud de la supremacía, la norma secundaria vigente en el Ecuador, sigue la línea constitucional para instituir al juez activo, desplazando al principio dispositivo cuando dice que se ha continuar el trámite “sin esperar petición de parte”, por lo que se ha concluir que tanto el juez constitucional como el juez ordinario tienen la calidad de juez activo:

Art. 20.- PRINCIPIO DE CELERIDAD.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y los jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en los que la ley disponga lo contrario.³⁷⁶

³⁷⁵ Pablo Alarcón Peña, “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”, en Claudia Escobar, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional, op. cit.*, p. 564.

³⁷⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 20.

Como se aprecia, y se ha consignado en esta tesis,³⁷⁷ la normativa en el Ecuador permite el activismo judicial, otro tema es que cada juez tiene el deber de utilizar de la mejor forma las atribuciones que le otorgan la Constitución y las leyes.

2.5.3.5.1. Contenido de la sentencia

Respecto a la sentencia en sí misma, la norma legal determina sus diferentes aspectos en dos sitios, el primero en las Disposiciones Comunes, artículo 17 y el segundo en el Capítulo VIII, que trata de manera puntual la acción extraordinaria de protección, artículo 63, en el que se aclara que esta pieza procesal debe contener los elementos que señalan las normas generales, ajustadas a las especificaciones de la AEP.

Es así que el artículo 17 de la LOGJCC incluye 4 aspectos que son considerados los mínimos que debe contener la sentencia: Antecedentes, Fundamentos de hecho, Fundamentos de derecho, y Resolución.

- a) En los Antecedentes se ha de identificar a la persona afectada y a la accionante, si es que son diferentes; y, a la autoridad u órgano que ha sido accionado bajo el argumento de haber violado derechos constitucionales.
- b) Fundamentos de hecho, deben describir los sucesos que se consideran relevantes para la formación de criterio y consiguiente resolución.
- c) Los Fundamentos de derecho, incluye el análisis jurídico en el que se va a respaldar la decisión.
- d) En la Resolución deben constar cuatro puntos: i) La declaración de violación de derechos, si es que hay lugar; ii) La determinación de las normas constitucionales que han sido quebrantadas y el daño que se ha causado; iii) El establecimiento de la reparación integral que se debe efectuar; iv) De declararse

³⁷⁷ Véase punto 1.2.2.3, “El garantismo en la actividad jurisdiccional”. José García Falconí, *Monografía Jurídica. Funciones del juez en el nuevo ordenamiento jurídico del Ecuador*, Riobamba, Indugraf, 2013, p. 28, 29.

con lugar la reparación económica, se indicará que se va a iniciar el juicio verbal sumario, en los casos en que sea procedente.

Así también el artículo 63 se refiere a la necesidad de que la sentencia cumpla con tres aspectos:

- a) Repite las obligaciones que constan en las Normas comunes, respecto de que si hay violación de derechos constitucionales, y así lo declara la sentencia, también debe contemplarse la disposición de que amerita una reparación integral;
- b) La obligación de expedir la sentencia en 30 días contados desde la recepción del proceso;
- c) La advertencia de que debe cumplir con lo establecido en el capítulo de las normas comunes, adecuándolas a las particularidades de esta acción.

Para guardar concordancia con el cambio que trae la Constitución 2008, se debe reformar el texto del Código de Procedimiento Civil vigente hasta esta fecha (agosto 2012), porque data de julio de 2005 en que fue codificado, sus disposiciones corresponden al sistema positivista o legalista, tal como se aprecia en sus preceptos sobre el tema: “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio [...] fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios y en los méritos del proceso” (artículos 269 y 274), mientras que, las disposiciones de la Norma Suprema y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales nos han conducido a la transformación proveniente del sistema constitucionalista.

En cuanto a las consecuencias de la sentencia expedida dentro de una demanda de acción extraordinaria, cuando acepta la existencia de la vulneración de derechos fundamentales, es que dispone la reparación integral, así lo establecen los artículos 17,

18, 19 y 63 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, aspecto que fue examinado en los puntos 2.2.5. y 2.2.5.1. de esta investigación.

2.5.3.5.2. Modulación de los efectos de la sentencia

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incluye en el artículo 5 la facultad para que las juezas y los jueces en el ejercicio de su jurisdicción constitucional puedan regular los efectos de sus providencias en el tiempo, en la materia y en el espacio, a fin de garantizar *la vigencia de los derechos y la supremacía constitucional*.

La disposición forma parte del Título I de la Ley, junto al Objeto y finalidad de la Ley, los Principios de la justicia constitucional, los Métodos y Reglas de interpretación y los Principios procesales, constituyen las Normas Generales de las Garantías y el Control Constitucional.

Esta potestad entregada a los jueces se puede apreciar en la sentencia expedida por la Corte Constitucional dentro de la acción extraordinaria de protección deducida por PETROINDUSTRIAL en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por los jueces de la Corte Provincial de Esmeraldas el 23 de junio de 2009, que otorgó la acción de protección solicitada por varios trabajadores en contra de sus empleadores, con el objeto de garantizar el derecho a la estabilidad consagrado en el Mandato 8. La Corte Constitucional consideró que si bien la sentencia de segundo nivel reconoce el derecho de los trabajadores, no cumple totalmente las disposiciones del Mandato 8, dice:

[...] la sentencia impugnada dictada por la Corte Provincial de Esmeraldas, en su parte considerativa contradice las reglas de interpretación evolutiva y dinámica, sistemática y teleológica frente a las disposiciones del Mandato Constituyente No. 8 y la Constitución [...] sin embargo, como se ha explicado en esta sentencia, el fallo recurrido determina el derecho a la estabilidad de los trabajadores que fueron asumidos por Petroindustrial al

amparo del Mandato No. 8, pero yerra la Corte Provincial de Esmeraldas en el modo de vinculación y precisión del régimen jurídico que regula esta titularidad del derecho a la estabilidad. [...] Este hecho obliga a la Corte Constitucional, de conformidad con la disposición constante en el artículo 5 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a modular la sentencia, con el propósito de garantizar la vigencia de los derechos de los trabajadores, sin que se viole el Mandato ni la norma Constitucional, [...] SENTENCIA 1. Negar la acción extraordinaria de protección planteada por la Empresa de Petróleos del Ecuador, PETROINDUSTRIAL, por no existir vulneración de sus derechos constitucionales. 2. En aplicación directa de lo dispuesto en el art. 229 de la CRE, para la ejecución de la sentencia de 23 de junio de 2009, dictada por la Corte Provincial de Esmeraldas, se deberá observar los siguientes criterios: [...]³⁷⁸

En la transcripción efectuada, se observa el uso de la facultad que otorga el artículo 5 para modular la sentencia. Sin embargo, es necesario incluir el comentario de la investigación acerca del peligro que implica la modulación, porque podría ser el camino para llegar a la discrecionalidad, cuando se faculta a los jueces constitucionales a modificar la temporalidad, el espacio y aún las circunstancias en que surtirán efecto las providencias que expidan.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 436.6 de la CRE, la Corte Constitucional tiene la potestad de expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante. En uso de esta facultad, ha creado otra clase de sentencia, a la que denomina *integradora, aditiva*.

En efecto, en un caso de indemnización por error judicial, la Corte Constitucional de Transición ha decidido, mediante resolución, superar una omisión legislativa a través de una sentencia integradora, aditiva. Se trata de la acción extraordinaria de protección interpuesta por Julia Jaramillo Jiménez en contra de un decreto (sic) con fuerza de sentencia dictado por la Presidenta del Tercer Tribunal de lo Penal de Loja, mediante el que le impide el ejercicio del derecho consagrado en el

³⁷⁸ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 053-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 333 de 2 de diciembre de 2010.

numeral 9 del artículo 11 de la CRE que establece: “Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de la sentencia”.

En el Ecuador, para procesar los daños ocasionados en materia penal se debe utilizar el recurso de revisión ante la Corte Nacional, si es reconocido el error, se declara la revocatoria y ordena la libertad del sentenciado, convirtiéndose la sentencia revocada en la declaratoria de la existencia del daño que servirá de fundamento para reclamar la indemnización y rehabilitación. Pero cuando se va a ejercer el derecho, se encuentra que “en la Ley Orgánica del Ministerio Público no se halla establecido el procedimiento. En otras palabras, existe una omisión legislativa y esta omisión del legislador vulnera los derechos de la accionante”.³⁷⁹

Este es el fundamento para la actuación jurisdiccional de la Corte Constitucional de Transición que ha manifestado:

Partiendo de la premisa de que las sentencias “integradoras” encuentran su fundamento en el carácter normativo de la Constitución, es en donde el juez constitucional, en aras de asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. [...] Las sentencias integradoras también se fundamentan en el principio de efectividad, puesto que los órganos del Estado en general y la Corte Constitucional en particular, debe buscar en sus actuaciones, hacer realidad los principios, los derechos y deberes constitucionales [...] Dicho de otra manera, una sentencia aditiva estima inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho, por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos. [...] El origen de estas sentencias aditivas o integradoras se encuentra en una específica situación que suele enfrentar la Corte Constitucional cuando, al interpretar la ley cuestionada, descubre que el legislador ha regulado esta materia, pero lo ha hecho de manera incompleta. [...] SENTENCIA. 1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada. 2. Ordenar que la Presidenta

³⁷⁹ Corte Constitucional de Transición, Sentencia 007-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009, p. 40.

del Tercer [...] trámite que deberá estar bajo los parámetros del artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador.

En la sentencia que se analiza, la Corte Constitucional de Transición decide suplir el vacío legal existente en la Ley Orgánica del Ministerio Público que no permite reparar la violación del derecho a la libertad, cuando la legítima contradictora ha sido víctima de *error judicial*, demostrado a través de la sentencia revocatoria. Sustenta el fundamento de su decisión en los artículos 11.9 y 426 de la Constitución.

Este es un paso trascendente en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales, porque abre la posibilidad de superar la insuficiencia de la norma que ata a la administración de justicia, haciendo realidad el paso del sistema legal al sistema constitucional de derechos y justicia. Como lo dice la sentencia que se examina, se ha hecho efectiva la integración de la letra constitucional al ordenamiento legal y se ha utilizado la calidad de aditiva que se da a un pronunciamiento judicial cuando en el fallo se supera la falta de norma en que ha incurrido el legislador.

Es de esperar que el paso positivo que se marca con este fallo permita la reparación en el ámbito nacional sin la obligada búsqueda de justicia en los tribunales internacionales.

2.6. LA AEP EN LA JUSTICIA INDÍGENA

Para finalizar el examen del procedimiento de la AEP, se hace necesaria la referencia a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que sobre el tema contiene el marco normativo para el procedimiento dentro de la justicia indígena, sin que esta revisión implique un exhaustivo tratamiento del tema, sino que responde a la necesidad de completar el escenario de la garantía, conforme consta en la normativa vigente.

2.6.1. Las normas constitucionales

Como se ha dejado sentado, la Constitución 2008 permite que la jurisdicción tenga distintas áreas de expresión, las que deben coexistir con observancia de la jerarquía que nace de su propio texto y en el caso de la jurisdicción indígena, establece los lineamientos dentro de los que debe desenvolverse:³⁸⁰

- La jurisdicción será ejercida por *las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades*.
- *Con base de sus tradiciones ancestrales y derecho propio, dentro de su ámbito territorial;*
- *Con garantía de participación y decisión de las mujeres;*
- Los procedimientos que utilicen deben ser *propios para la solución de sus conflictos internos;*
- Los procedimientos no deben ser *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.*
- *Las decisiones de la justicia indígena estarán sujetas al control de constitucionalidad*
- Deben establecerse en la Ley *los mecanismos de coordinación y cooperación entre La jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.*

Sobre estos principios se ha desarrollado la visión indígena para la aplicación de la justicia a los miembros de sus comunidades, dentro de su territorio.

³⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008, artículo 171.

2.6.2. La ley y la AEP en la justicia indígena

En lo concreto de la investigación, el Capítulo IX de la LOGJCC trata de la “Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena” para establecer que si una persona no está de acuerdo con una decisión de la autoridad indígena en el ejercicio de la función jurisdiccional, “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”.³⁸¹

De manera expresa incluye los principios que debe respetar y el procedimiento que debe cumplir la Corte Constitucional en la sustanciación de estas acciones: interculturalidad, pluralismo ideológico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, acción verbal o escrita, calificación inmediata, notificación y señalamiento de audiencia para que asistan las autoridades indígenas, opinión técnica.

Las disposiciones legales que recalcan la facultad de los jueces constitucionales para no permitir que los derechos de las mujeres se lesionen bajo argumentos de la costumbre, el pluralismo o la interculturalidad, guardan coherencia con la norma constitucional que en un ámbito más amplio dispone la *participación y decisión de las mujeres en la justicia indígena*.

2.6.3. Fundamentos de la justicia indígena

El reconocimiento de la jurisdicción indígena se sustenta en la declaración constitucional de que el Estado es también *intercultural y plurinacional*. El enunciado del Estado plurinacional implica la aceptación de la existencia de las diversidades culturales, ante lo que “el Estado está en la obligación de garantizar el derecho a vivir

³⁸¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 65.

como pueblos diferentes, en su propio territorio, con sus particulares visiones, creencias, formas de organización social, política, económica y jurídica”.³⁸²

La plurinacionalidad como principio debe ser a la vez objeto de la interpretación constitucional para desarrollar nuevos métodos que se ajusten a este principio, como es el *método de interculturalidad de los hechos y del derecho*, que va a permitir el replanteamiento de los conceptos sociales, jurídicos, económicos, como por ejemplo *la posesión* que en el derecho civilista (legalista) era un hecho que podía generar derechos; pero en el derecho constitucionalista la posesión ancestral es un derecho de las comunidades indígenas.³⁸³

Para las culturas indígenas, formar parte de una nación no es un acto de voluntad, porque no es una selección que cada persona puede hacer para pertenecer a un pueblo originario o ancestral, es que “quien pertenece a un pueblo indígena, nace, vive y muere con esa identidad asumida desde su conciencia y aceptada por los demás como parte de su caminar histórico-cultural e identitario”³⁸⁴ por lo que resulta indispensable que cada miembro de esa comunidad observe los principios del *equilibrio* y la *armonía*, calificados como fundamentales porque permiten la convivencia derecho-sujeto individual y derecho-sujeto colectivo, cuando se incumplen estos principios, es que se puede incurrir en la violación de los derechos individuales o colectivos.

2.6.4. La versión externa y la visión interna de la justicia indígena

Para la determinación de lo que ha sucedido en la realidad, se debe mencionar que desde la promulgación de la Constitución 2008, se han registrado por las fiscalías

³⁸² Raúl Llasag Fernández, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador...*, op. cit., p. 182.

³⁸³ *Ibid.*, p. 183.

³⁸⁴ Nina Pacari, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en *Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora*, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 31, 32. Es lo que Raúl Llasag (*ibid.*) denomina el principio de *complementariedad*, para explicar que el ser humano es parte de la naturaleza, con la que debe guardar armonía, es la nueva visión que permite explicar el principio fundamental del derecho indígena: *la armonía del ser humano consigo mismo, con la familia, la comunidad y la naturaleza*.

de las 24 provincias, 2.105 casos de justicia indígena, poniendo “en apuros”³⁸⁵ al Gobierno porque las prácticas establecidas para castigar a quienes han cometido infracciones, son para la justicia ordinaria actos de *tortura* mientras que para los miembros de la comunidad son “una forma de limpiar el cuerpo y el espíritu”. Además se anota que los indígenas juzgan igual robos, violaciones o asesinatos que alcoholismo o adulterio e imponen sanciones por las que deben ser castigados con el látigo.

Por su parte, el Fiscal General de la República en funciones a esa fecha, manifestó su criterio negativo “los asesinatos no pueden ser juzgados por la Justicia Indígena. Apresar, castigar y liberar es otra forma de impunidad”.³⁸⁶ Las expresiones en contra se dan por considerar que “Las jurisdicciones especiales y la aplicación de sanciones propias atribuidas a prácticas ancestrales en las comunidades autóctonas no deben, no pueden, contrariar las normas elementales ni las leyes vigentes” y se insiste en que estas acciones “reviven el debate sobre la urgencia de una sola ley aplicable para todos en el Ecuador”,³⁸⁷ aspecto que la investigación encuentra fundamentado porque el texto constitucional es claro para prohibir que el ejercicio jurisdiccional indígena no debe contrariar la Constitución ni los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

También se cuestiona la falta de diferenciación entre la costumbre que genera consecuencias jurídicas de los actos repetidos que son simplemente culturales y que hasta pueden confundirse con los perjuicios sociales, situación que se agrava porque la Ley Orgánica de la Función Judicial en los artículos 343 y 344 dispone que la justicia indígena tiene tres fuentes: las tradiciones ancestrales, la costumbre y su derecho propio, con lo que se permite entonces que los indígenas creen, se den su “derecho

³⁸⁵ “Justicia indígena pone en apuros a Ecuador y Bolivia. AFP-Quito”, noticia del diario *El Universo*, 5 de junio de 2010, p. 4.

³⁸⁶ Sebastián Mantilla Baca, “Justicia indígena”, en *El Comercio*, de 26 de mayo de 2010, p. A10.

³⁸⁷ “Justicias paralelas”, en el editorial de *El Comercio*, 27 de mayo de 2010, p. A10.

propio”, lo que conduce a afirmar que en el Ecuador no solo existe un “pluralismo jurisdiccional” sino que adicionalmente permite un “pluralismo legislador”.³⁸⁸

Frente a estas versiones, desde la orilla opuesta, se han dado innumerables aportaciones sobre la justicia indígena y los fundamentos para su ejercicio, Ilaquiche explica que debe darse en un espacio físico determinado, que las partes del juzgamiento deben ser indígenas y que deben preexistir las reglas, manifiesta que:

[...] los conceptos de jurisdicción y competencia aplicadas al ámbito del Derecho Indígena, resultan ser completamente diferentes, en tanto y en cuanto al interior de este Derecho no podemos hablar de casos de fuero, ni de diversos tipos de jueces, con supremacía de unos sobre otros, sino más bien de diversos niveles [...] La obsolescencia, inoperancia e incapacidad del sistema jurídico oficial, la dificultad para acceder, el aislamiento, la marginación o ignorancia de la ley positiva, gastos onerosos han hecho imprescindible la administración de justicia al interior de los pueblos indígenas, por intermedio de autoridades propias; consiguientemente ha hecho indispensable pensar en mecanismos sencillos, eficaces y flexibles de acuerdo a las circunstancias; y es precisamente la práctica del Derecho Indígena en diferentes aspectos de la vida humana, constituyéndose formas propias de administración de justicia.³⁸⁹

Esta interpretación diferenciada que se hace desde la cosmovisión de los indígenas, abarca la distinción entre sanción y linchamiento, porque para ellos, sus actos sancionatorios cuando implican el tratamiento con ortiga y agua sirve para purificar a la persona y permitir que recupere la armonía con la comunidad, sin que en ningún caso se lleguen a provocar lesiones físicas severas o que

³⁸⁸ Fabián Corral, “En torno al derecho indígena”, en *El Comercio*, de 3 de junio de 2010, p. A11.

³⁸⁹ Raúl Ilaquiche Licta, “Administración de justicia indígena en la ciudad: estudio de un caso”, revista *Yachaikuna*, alojado en www.icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf, consultado el 1 de marzo de 2012.

imposibiliten a los acusados, por lo que, rechazan que se asimile al tipo penal que es el linchamiento.³⁹⁰

Respecto a las autoridades indígenas que administran justicia, se distinguen las que actúan en un primer nivel cuando se trata de rencillas familiares, conyugales, disputas entre parientes por herencias, temas de menores, actúan como autoridad los padres, los hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio, de bautizo, etc. En el segundo nivel se encuentran *los cabildos* en los que están el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y los síndicos de la comunidad, tienen autonomía para conocer los asuntos, para cuya solución interviene un *consejo ampliado de la comunidad* que busca el razonamiento basado en la moral, la ética, las buenas costumbres, la convivencia pacífica.³⁹¹

El procedimiento dentro de la comunidad indígena es sui géneris: i) La persona perjudicada hace conocer a las autoridades que existe un conflicto; ii) Las autoridades cumplen una investigación para conocer los hechos; iii) Se dispone una confrontación directa entre los implicados, sin que intervengan terceros; iv) En los casos que ameritan, se establecen sanciones, de acuerdo a la gravedad de la falta, estas sanciones pueden ser: económicas como multas, indemnizaciones; físicas como baños de agua fría, el uso de látigo o la ortiga; el escarmiento público que es muy fuerte para los miembros de la comunidad porque reciben la sanción moral del castigo en medio de su comunidad; y la pena más fuerte es la expulsión de la comunidad.³⁹²

³⁹⁰ Daniela Flores, equipo jurídico de INREDH, *La justicia indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*, 3 de agosto de 2011, consultado el 1 de marzo de 2012, alojado en http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=422%3A-la-justicia-indigena-y-sus-conflictos-con-el-derecho-ordinario&Itemid=57.

³⁹¹ Raúl Ilaquiche Licta, "Administración de justicia indígena en la ciudad...", *op. cit.*

³⁹² Daniela Flores, equipo jurídico de INREDH, *op. cit.*

2.6.5. La AEP contra las decisiones de la jurisdicción indígena

Es necesario completar la información sobre el tema incluyendo la situación actual que se ha generado de esta actividad jurisdiccional, debido al juzgamiento de personas involucradas en casos que constituyen delitos y que han sido sancionados de acuerdo a sus costumbres y criterios, en procesos diferentes de los establecidos en el ordenamiento del Ecuador.

De acuerdo a los datos constantes en la página web de la Corte Constitucional de transición, existe una sola AEP en contra de la justicia indígena, presentada por las cinco personas que fueron juzgadas y sancionadas bajo la acusación de haber asesinado a Marco Antonio Olivo Pallo, indígena de la comunidad La Cocha. El informativo de la ECUARUNARI relata la audiencia pública realizada dentro de esta acción extraordinaria de protección presentada en contra de la Comunidad “La Cocha” y del Sistema Jurídico Indígena por el indicado juzgamiento y sanción de las cinco personas.³⁹³ En la diligencia, los abogados de la justicia indígena presentaron el proceso impugnado y además demandaron de la Corte Constitucional su pronunciamiento sobre los siguientes puntos:

1. La debida fundamentación de las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales de la Cocha al juzgar el asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrido en la Parroquia de Zumbahua;³⁹⁴
2. El apego de tales actuaciones a los artículos 171 de la Constitución y 343 del Código orgánico de la Función Judicial;

³⁹³ ECUARUNARI, *Doce puntos fueron exigidos por las autoridades de Cotopaxi a la Corte Constitucional*, Boletín informativo de 8 de junio de 2010, consultado el 2 de marzo de 2012, alojado en www.ecuarunari.org/portal/Justicia%20Ind%C3%ADgena%20Cotopaxi.

³⁹⁴ Corte Constitucional, caso No. 731-10-EP.

3. Si las sanciones a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, según han aseverado autoridades del Estado;
4. Si existe delito de secuestro o plagio en las actuaciones de las autoridades indígenas que ejercieron jurisdicción y competencia indígenas;
5. Sobre la obligatoriedad de los miembros de las comunidades indígenas de someterse a la jurisdicción indígena;
6. Si es que una vez prevenida la competencia por las autoridades indígenas podía ser interferida por la justicia ordinaria, debiendo además indicar cuáles son los mecanismos de coordinación y cooperación que debe existir entre las autoridades de la jurisdicción indígena y de la jurisdicción ordinaria, conforme manda el artículo 171 de la Constitución;
7. Si es procedente o no que los jóvenes involucrados en esta infracción que ya fueron juzgados por la justicia indígena estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento en la justicia ordinaria;
8. Que se determine si existen excesos en la justicia indígena y cuáles son los mínimos jurídicos que se deben cumplir;
9. Así también solicitan determinar si los jueces de la Corte Nacional de Justicia tienen la facultad de interpretar y limitar el derecho de la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso, conforme las disposiciones constitucionales;
10. Se pide la adopción de las medidas cautelares:
 - a) Suspensión inmediata de todos los procesos judiciales iniciados en contra de los dirigentes de “La Cocha”;
 - b) La inmediata libertad de los cinco jóvenes indígenas que ya fueron juzgados, conforme el artículo 76,7 literal L de la Constitución;

- c) Se ordene la suspensión de la función interpretativa desde la Corte Nacional de Justicia.

Esta demanda constitucional hasta la fecha de consulta, 24 de agosto de 2012, no ha sido resuelta, se encuentra para análisis del Pleno, bajo la custodia de la Secretaría General.

Se concluye este capítulo, que servirá como un insumo para revisar, analizar, concluir y recomendar los puntos de cierre. El otro elemento de análisis proviene de los datos resultantes del examen de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional de Transición: los derechos que se reconocieron y los que dejaron de reconocerse, así como de las estadísticas en la atención a las AEP: cuántas ingresaron, cuántas se rechazaron, se inadmitieron, están en trámite y en cuántas se llegó a las sentencias, que es en donde se puede valorar si la AEP sirvió para que la ciudadanía alcance la efectividad de sus derechos, más que para la eficacia de la norma constitucional.

CAPÍTULO 3: EL EJERCICIO Y LA APLICACIÓN DE LA AEP

El tercer capítulo y final de la investigación, se va a enfocar al análisis de los resultados que se han obtenido en el ejercicio real de la acción extraordinaria de protección y a exponer lo más destacado o controvertido de ellos. Para este efecto se propone el tratamiento de cuatro puntos: i) Eficacia de la norma y efectividad de los derechos; ii) Datos estadísticos y características sobre las AEP ingresadas y su estado procesal en la Corte Constitucional; iii) Otros comentarios que provienen de los aspectos relevantes de las AEP, examinados en los dos capítulos anteriores.

Se finaliza el trabajo con las Conclusiones sobre toda la investigación.

3.1. LA EFICACIA DE LA NORMA Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

Para examinar la eficacia del derecho, aparece indispensable la referencia a Kelsen, quien dice: “El derecho es eficaz cuando se hace uso de la facultad o del permiso otorgados por el derecho, y de esta manera se aplica el derecho, o cuando se observa la prohibición establecida por el derecho y de esta manera se obedece o se acata el derecho”. (sic)³⁹⁵

El análisis de la eficacia que realiza el jurista-filósofo va unido a la validez de la norma, calidades entre las que hay una relación directa, pero que de ninguna manera implica que tengan el mismo significado: “Eficacia es condición de la validez de una norma jurídica, a saber, en el sentido de que una norma jurídica pierde su validez si deja de ser eficaz o si pierde su eficacia”, es decir que la norma es válida cuando nace a la luz del formalismo que debe cumplir, pero es la eficacia la que permite que una norma

³⁹⁵ Hans Kelsen, “Validez y eficacia del derecho”, en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 71. Para explicar la razón de la denominación de su obra, *La teoría pura del derecho*, Kelsen indicó que debe servir para contestar ¿qué es y cómo es el Derecho?, de modo independiente a los criterios o ideologías, porque es ciencia jurídica, no es Política del Derecho. Es pura porque pretende deslindarse de todo lo que no es *en rigor* Derecho, es pura porque se retiran todos los elementos extraños al Derecho, porque el peligro es desnaturalizarlo cuando se toman prestados los conocimientos de otras disciplinas. Así es que se proclamó su obra exenta de ideales políticos. V. Luis Legaz, “Prólogo del traductor”, en Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, México, Colofón, 1996, 4a. ed., p. 1.

continúe siendo válida, lo que se puede apreciar cuando un tribunal aplica una ley nueva, que aún no puede ser calificada de eficaz, pero que es válida.³⁹⁶

Esta dualidad *validez-eficacia* planteada por Kelsen, es analizada por Calvo Soler, quien puntualiza que la primera (la validez) se refiere a la existencia de la norma mientras que la eficacia se relaciona a su *mantenimiento*, o sea a su permanencia en el mundo jurídico. Luego continúa el análisis de la teoría kelseniana asociándolo al “deber ser” y al “ser”, entendiéndolos como dos ámbitos que convergen en dos puntos: i) la existencia de la norma que cumple una forma específica en el “deber ser”, pero al momento de concretarse en un acto deviene en el “ser”; y, ii) la existencia específica de la norma si bien pende de su validez, para continuar esa existencia necesita obligatoriamente de que sea eficaz, o sea que el ser de la norma depende de la eficacia, bajo pena de salir del sistema si deviene en ineficaz. En definitiva, concluye que la eficacia se define por el acatamiento de la norma por la generalidad de las personas.³⁹⁷

Da Silva también se refiere a la teoría de Kelsen enfocándola desde dos prismas: el uno es la sociología jurídica, desde donde se somete *la vigencia a la eficacia*, porque se considera que *es vigente la norma que se ha incluido en la conducta de las personas*; y el otro es el normativismo que diferencia claramente los dos conceptos, para lo que también se vale del “deber ser” y del “ser”, así es que asevera “la vigencia pertenece al deber ser y no al ser, eficacia es el acto en que la norma es efectivamente aplicada y seguida, decir que una norma es vigente (o sea que vale) es diferente de decir que es realmente respetada y aplicada.” Para mayor exactitud, vale explicar que al expedirse

³⁹⁶ Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del derecho*, op. cit., p. 73.

³⁹⁷ Raúl Calvo Soler, *La ineficacia de las normas jurídicas en la Teoría pura del Derecho*, p. 173, 174, alojado en www.cervantesvirtual.com/.../la-ineficacia-de-las-normas-juridicas-en-la-teora-pura-del-derecho-0/, consultado el 29 de abril de 2012.

una norma entra en vigor antes de calificarse eficaz, o sea *antes de ser aceptada y aplicada*.³⁹⁸

Otro aporte se presenta desde el enfoque de la eficacia de la Constitución, realizada por Flores, quien considera que existe una relación directa eficacia-normatividad, entendiendo que la Carta Suprema tiene la calidad de “norma jurídica, que debe ser aplicada por los poderes públicos encargados de la aplicación del Derecho, notoriamente por los Tribunales”, aspecto que constituye una garantía en contra de la legislación negativa, pues en virtud de la normatividad, los mandatos constitucionales no requieren de la intermediación de la ley para ser aplicados, lo que soluciona la falta de actuación del Legislativo. Esta calidad normativa de la Constitución permite dos aspectos importantes en relación a la eficacia cuando los jueces deban interpretar una norma del ordenamiento jurídico, para lo que, a) Deben optar por el sentido que más se acerque a los principios y valores constitucionales “es decir, más cercana a la garantía y protección de los derechos fundamentales”; y, b) Deben cumplir el principio de la aplicabilidad directa de los derechos, que es “una garantía que refuerza de forma decisiva el sistema de protección de los derechos humanos”.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que si bien el Derecho tiene la calidad primordial de instrumento que busca el orden y la transformación sociales, además de su existencia, en materia de protección de los derechos fundamentales se requiere la educación social, la voluntad política de los poderes públicos, la preparación de los operadores de justicia, la interiorización de los profesionales del derecho, como dice Flores, hace falta una *cultura constitucional*. Es decir, que “bajando a la realidad” la

³⁹⁸ Afonso Da Silva, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, p. 50, alojado en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1000/5.pdf, consultado el 29 de abril de 2012.

eficacia de la Constitución está vinculada a la voluntad constitucional de los operadores jurídicos, los abogados, la decisión política del poder.³⁹⁹

En definitiva, siendo el interés de la investigación sentar el concepto de la eficacia de la norma, con cuyo fin se ha servido del paralelismo con la vigencia que fue establecido desde la teoría kelseniana, se determinan los siguientes puntos:

- La eficacia no debe confundirse con la vigencia;
- La vigencia es la puesta en marcha de la norma por haberse expedido formalmente;
- La eficacia tiene que ver con el “ser” de la norma;
- La eficacia puede ser apreciada con posterioridad a la vigencia;
- La eficacia está determinada por la aceptación y acatamiento por la generalidad de las personas.

Se puede decir: La eficacia de la norma vigente es el resultado del sometimiento de la colectividad que la ha incluido en su conducta, o sea que la ha aceptado.

En segundo lugar, dentro de este punto la referencia es a *la efectividad de los derechos*, la que puede ser entendida desde dos dimensiones: una institucional y una concreta. La primera es la presencia de todos los mecanismos institucionales y procesales para garantizar los derechos, mientras que la efectividad concreta es la aplicación directa y específica de las garantías fundamentales y de los mecanismos procesales a la realidad de cada proceso. Esta aseveración de Taruffo permite que la investigación se remita al análisis incluido en el capítulo 1 sobre las clases de garantías, observando que esta afirmación se refiere a las que se han denominado garantías

³⁹⁹ Fernando Flores, “La Constitución y los instrumentos internacionales como normas de eficacia directa”, en Corporación Latinoamericana de Derechos, CLD, *Memoria de Eventos de Derecho Constitucional 2000*, Quito, Abya-Yala, 2000, p. 129, 131, 135. Los asertos contenidos en el artículo se refieren a la Constitución de España de 1978, país de origen del autor, advirtiéndose que tales principios se repiten en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, como son la calidad normativa y la aplicabilidad directa.

institucionales y jurisdiccionales, que las primeras se asumen en las garantías normativas, porque son las que permiten su creación. El interés de la investigación en este capítulo se centra en la concepción de la *efectividad concreta* que es la aplicación individualizada de la garantía en cada caso particular.

Taruffo también manifiesta que la existencia de la efectividad descansa en tres aspectos básicos, los que perduran a pesar de las posibles divergencias que pueden existir en los detalles, se trata del *núcleo esencial* de los principios que debe sustentar la administración de justicia; estos aspectos básicos son: i) El juzgador que debe ser independiente e imparcial; ii) Las partes, a quienes se les debe asegurar el acceso a la justicia, el debido proceso y la defensa; iii) El procedimiento que debe ser rápido, simple, accesible y eficiente. Cuando se quebrantan estos principios o los mecanismos de ejecución de las garantías, el resultado es que no funcionan o funcionan de manera inadecuada y lo que se obtiene es la garantía frustrada, porque su existencia se ha quedado solo en la letra de la norma, no ha traspasado el umbral de la simple retórica, porque no ha podido ser ejercida en la práctica, esto es que la garantía no ha alcanzado la efectividad.⁴⁰⁰

Aplicando este concepto de efectividad (de la justicia) a los derechos, se puede afirmar que si los aspectos esenciales de los principios (jueces, partes y procedimiento) no funcionan o funcionan defectuosamente, se produce la frustración del derecho, porque no ha alcanzado la realidad material y solo se ha reducido a la existencia en el texto constitucional, se ha producido *de facto* su inexistencia, es lo que se denomina en el decir común *la letra muerta*.

Por otra parte, como segundo elemento cabe recuperar para este punto lo mencionado en esta investigación respecto a la efectividad al tratar de “Las críticas

⁴⁰⁰ Michele Taruffo, *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, traducción del italiano de Jesús Ibarra Cárdenas, alojado en www.jurídicas.unam.mx, p. 85-86, consultado el 23 de abril de 2012.

reconducidas en beneficio de la institución”, punto 1.3.5., cuando se trasladan positivamente los cuestionamientos que se hicieron a la creación de la AEP, de modo concreto la afirmación de que se vulnera la cosa juzgada, incluyendo como contrapartida el criterio de Carrasco Durán, que ya no se puede concebir a esta institución de manera aislada, *sino que debe coexistir con una nueva pieza constitucional: la necesidad de otorgar efectividad al derecho a la tutela judicial efectiva, a la proscripción de indefensión y a un proceso con todas las garantías constitucionales, volviéndose indispensable encontrar el equilibrio entre esos dos extremos, ese es el desafío para encontrar los mecanismos contra el quebrantamiento de los derechos*. Esta aseveración cobra mayor relevancia ahora, porque la manera de contrarrestar las dudas sobre la bondad de la AEP fue precisamente la invocación de la efectividad de los derechos en equilibrada coexistencia con la cosa juzgada, debido a la trascendencia de los derechos que tutela, los *derechos a protección*.⁴⁰¹

Una tercera visión de la efectividad se obtiene en relación a los derechos sociales, a partir del concepto de ciudadanía social, la que ha sido fuertemente sacudida por la globalización, realidad que ha obligado a la renovación de los movimientos sociales que son al mismo tiempo una nueva forma de participación política y una necesaria estrategia para enfrentarla. En tal escenario deben operar los derechos sociales, pero se encuentra que estos tienen el peligro de anularse, debido a que se ha producido lo que Martínez de Pisón denomina *la devaluación jurídica de los derechos sociales*⁴⁰² porque no han alcanzado la misma posición ni dentro de la filosofía de los

⁴⁰¹ Robert Alexy, *Teoría general de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 1a. reimp., p. 435. En la versión castellana se nombra a los derechos utilizando la preposición *a*: *derechos a protección, derechos a prestaciones, derechos a organización y procedimiento, etc.*

⁴⁰² José Martínez de Pisón y Andrés García Inza, coords., *Derechos Fundamentales, movimientos sociales y participación: aportaciones al debate sobre la ciudadanía*, Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2003, p. 16. Derechos sociales son los que establecen *obligaciones positivas*, o sea que a partir de estos derechos, los titulares tienen el poder de exigir, su origen marca

derechos humanos ni en el marco constitucional y básicamente porque no hay medios para desarrollarlos ni voluntad política para su efectividad. Un punto importante en lo concreto de la efectividad de los derechos se encuentra en la aseveración de que su ineffectividad deviene de la “interrelación existente entre las dificultades conceptuales y teóricas y los problemas prácticos en la realización efectiva de estos derechos”. Es que la realidad demuestra que los acuerdos son escasos cuando se trata de los derechos sociales que son los que hacen que el Estado se responsabilice de la situación material de sus ciudadanos, es decir que estos alcancen la efectividad material.⁴⁰³

Finalmente, se incluye la referencia de que hay preocupación sobre el tema *efectividad de los derechos* a nivel internacional, lo que ha provocado la conformación del Centro de Efectividad de los Derechos Humanos, como uno de los doce grupos del proyecto *HURI AGE* (El tiempo de los derechos), encargado de analizar el mayor o menor nivel de respeto de los derechos humanos en los diferentes países mediante la implementación de un sistema de investigación basado en indicadores propios y para servir de foro en el debate sobre la efectividad de los derechos humanos, abriendo la posibilidad de que intervengan los investigadores especialistas en el tema, aclarando que:

No se trata de analizar la eficacia jurídica de los derechos sino de profundizar en el conocimiento del tipo de condiciones sociales que hacen posible que los derechos humanos alcancen su pleno cumplimiento. Son, por tanto, investigaciones que se encuadran en el ámbito de la sociología jurídica. Fundamentalmente se trata de reunir y analizar información cuantitativa y estadística.⁴⁰⁴

la diferencia entre el Estado social intervencionista, redistribuidor, activo, en contraposición con el Estado liberal abstencionista, pasivo y neutro.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 152.

⁴⁰⁴ Información sobre los entes creados al amparo del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, alojada en <http://www.tiempodelosderechos.es/laboratorios.html>, donde indica que la página web del Centro es www.ciedh.es, consultado el 28 de abril de 2012.

La transcripción muestra que el objeto de medición son las condiciones del entorno social en cada país para determinar si es que permiten o no permiten que los derechos sean realmente disfrutados y ejercidos por las personas, es decir se analiza la información cuantitativa para establecer la *efectividad de los derechos*, lo que se verifica con mayor claridad, cuando establece la diferencia con la eficacia, pues así lo dice en el inicio, que no se trata de estudiar la *eficacia jurídica de los derechos*.

Para concluir el tema de la efectividad de los derechos, se acude al Derecho Comparado para obtener la referencia desde la letra de seis textos constitucionales:

Ecuador.⁴⁰⁵

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación [...]

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

[...]

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 [...]

Bolivia.⁴⁰⁶

Artículo 127.-

I. El Defensor del Pueblo vela por la vigencia y el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas en relación a la actividad administrativa de todo el sector público. Asimismo, vela por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos;

II. El Defensor del Pueblo no recibe instrucciones de los poderes públicos. El Presupuesto del Poder Legislativo contemplará una partida para el funcionamiento de esta institución.

⁴⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁰⁶ http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12050544240140495321435/p0000001.htm#I_5, consultado el 30 de abril de 2012.

Colombia:⁴⁰⁷

Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; [...]

Perú:⁴⁰⁸

Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y [...]

Venezuela:⁴⁰⁹

Artículo 3.- El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

España:⁴¹⁰

Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. [...]

La revisión de este punto, permite establecer varias consecuencias sobre la efectividad de los derechos y las garantías:

- 1) Uno de los argumentos en contra de la creación de la AEP fue que atentaba contra la cosa juzgada, aspecto que fue contrarrestado por la evidente necesidad de alcanzar la efectividad de los derechos. Es decir que la creación de la garantía

⁴⁰⁷ <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>, consultado el 30 de abril de 2012.

⁴⁰⁸ <http://www2.congreso.gob.pe>, consultado el 30 de abril de 2012.

⁴⁰⁹ <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>, consultado el 30 de abril de 2012.

⁴¹⁰ Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, artículo 9, Madrid, La Ley, 2009.

se justifica a partir de que los derechos violados en un proceso judicial sean restablecidos y alcancen la efectividad.

- 2) Para alcanzar la efectividad de los derechos, en el Ecuador se han instituido, entre otros, las garantías normativas y jurisdiccionales. Lo que interesa ahora es el estudio de la dimensión concreta que se da en los casos de manera individualizada.
- 3) La efectividad de la garantía requiere que se cumplan los tres aspectos básicos que son el *núcleo esencial* de los principios: que el juez sea independiente e imparcial, que las partes estén garantizadas de manera real en sus derechos de protección y que el procedimiento sea *sencillo, rápido y eficaz*.⁴¹¹
- 4) Respecto de los derechos sociales, existen otros componentes adicionales que dificultan su efectividad, porque dependen de la voluntad política, provocándose lo que se ha denominado como su *devaluación jurídica* frente a los derechos civiles y políticos.
- 5) La aplicación cierta de los derechos, o sea la efectividad, debe ser la meta de cada Estado, para cumplir con las declaraciones incluidas en sus respectivas Constituciones: *el efectivo goce, la directa aplicación de derechos* (Ecuador), *la vigencia y el cumplimiento de los derechos* (Bolivia), *la efectividad de los principios, derechos y deberes* (Colombia), *la garantía de los principios, derechos y deberes*, (Venezuela), *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud* (España), haciéndose indispensable diferenciar entre eficacia y efectividad. La ausencia de efectividad dejaría a la Constitución como *letra muerta*.

⁴¹¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 86.2.a).

- 6) A nivel internacional, a través del proyecto HURI AGE también se analizará la efectividad de los derechos mediante indicadores que permitirán establecer si las condiciones del entorno social en cada país favorecen el respeto de los derechos humanos, tema que dará cuenta de la necesidad de prolongar la atención hasta verificar la efectividad, a partir de la aseveración de que no basta la simple inclusión en el ordenamiento sino que es necesario determinar que se cumple el ejercicio-aplicación.

3.2. LOS DATOS SOBRE LAS AEP PRESENTADAS Y TRAMITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE TRANSICIÓN

El análisis que se realiza es a las AEP deducidas ante la Corte Constitucional de Transición en el período del 20 de octubre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2011.

De acuerdo a los datos entregados desde la Secretaría General de la Corte, han ingresado 5.251 acciones. La primera idea que fluye del número mencionado es que se ha producido y se produce la presentación de las AEP, que los profesionales del derecho y la ciudadanía en general conocen su existencia y ejercen la acción jurisdiccional establecida en las normas constitucionales, lo que puede conducir a la afirmación de que se acepta la acción y que por lo tanto, se ha otorgado *eficacia* a la institución.

Lo que se va a determinar en el siguiente punto son los indicadores numéricos de estas acciones en cuanto al estado en el que se encuentran en la sede constitucional y cuáles son las consecuencias que aparecen de esos datos, si las acciones presentadas han recibido atención, cuántas han alcanzado a ser admitidas y si la atención es positiva o negativa para sus reclamos, lo que va a incidir en la *calificación* de que la aplicación de la AEP en estas condiciones ha cumplido con su función de proteger los derechos, o dicho de otro modo, si su existencia ha contribuido a la *efectividad* de los derechos

constitucionales que han sido lesionados dentro de un pronunciamiento judicial y reclamados por la vía de la acción extraordinaria de protección.

3.2.1. Análisis cuantitativo de las AEP

El siguiente Cuadro, elaborado con base de los datos proporcionados por la Secretaría General de la Corte Constitucional de Transición, demuestra el estado de las AEP, de acuerdo al criterio institucional, así como aquellas en que se llegó a expedir sentencia. Los indicadores son los que manejan las dependencias de la Corte: admitidas, inadmitidas, rechazadas, para completar o remitidas al juez de origen, sentenciadas y desistimientos.

Tabla 3: AEP ingresadas en el período octubre 2008 al 31 de octubre de 2011

<i>Estado de las AEP</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>Total</i>
Admitidas	15	227	342	413	997
Inadmitidas	48	742	1.322	1.511	3.623
Rechazadas	0	1	185	131	317
Para completar o devueltas al Juez	1	0	0	133	134
Sentencias	0	38	76	50	164
Desistimientos	0	3	8	5	16
Total	64	1.011	1.933	2.243	5.251

Fuente de los datos: Cuadro “Acción Extraordinaria de Protección. Normativa Constitución 2008. Período: 20 de octubre 2008 a 30 de abril de 2012”, entregado el 18 de mayo de 2012 (Secretaría General de la Corte Constitucional de Transición).

Gráfico 1: AEP ingresadas en el 2008

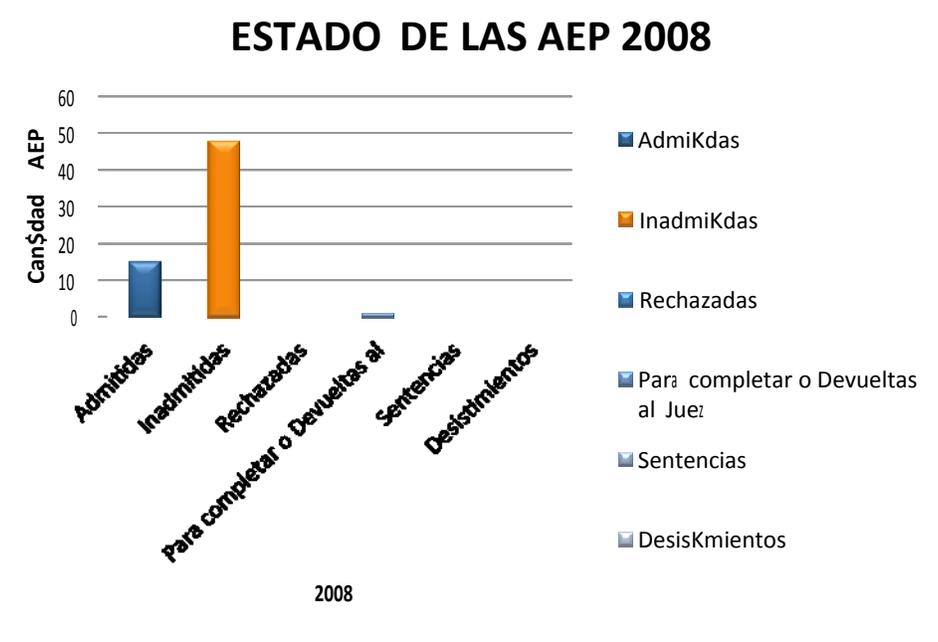


Gráfico 2: AEP ingresadas en el 2009

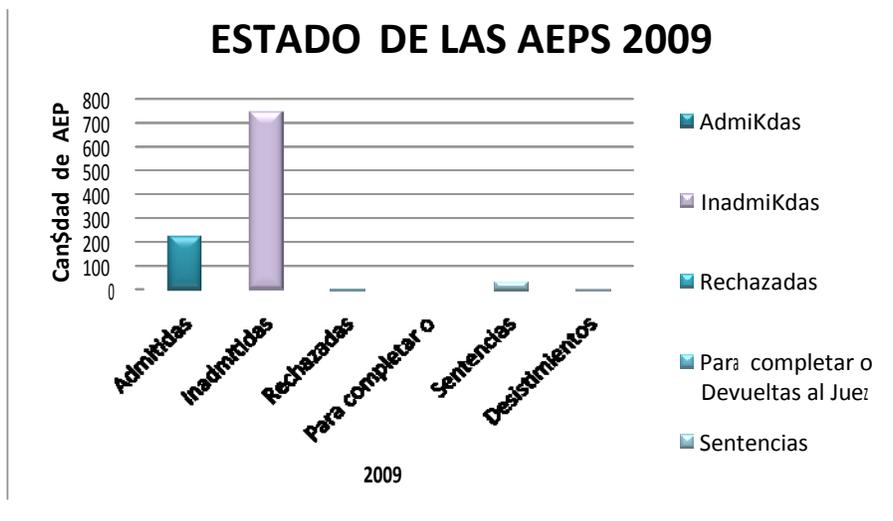


Gráfico 3: AEP ingresadas en el 2010

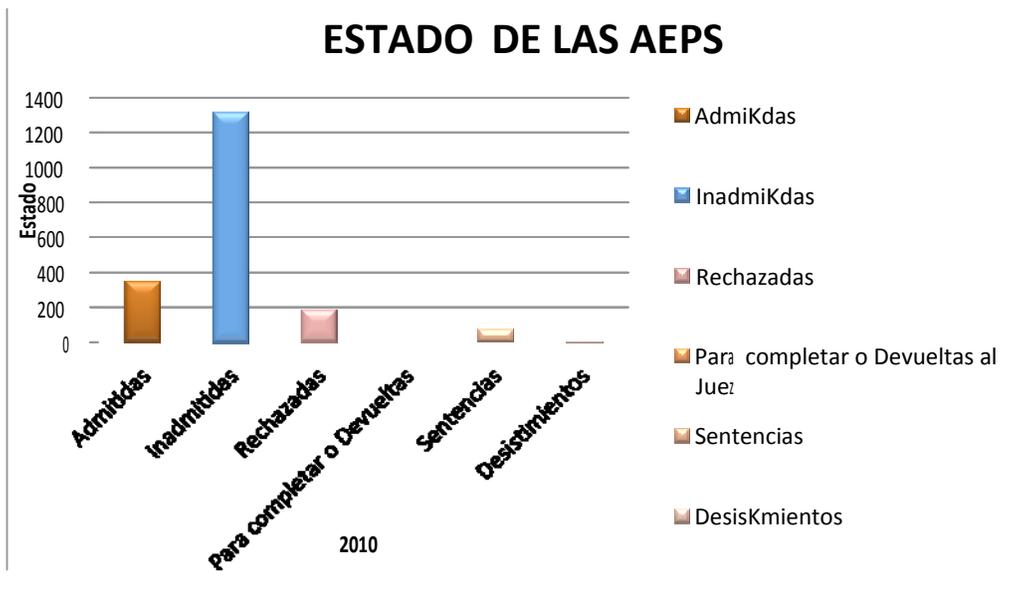


Gráfico 4: AEP ingresadas en el 2011

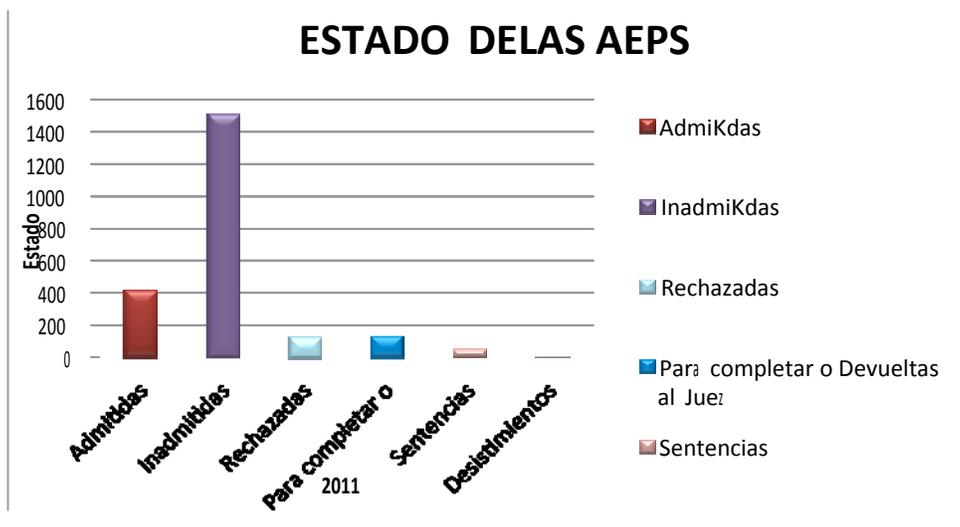
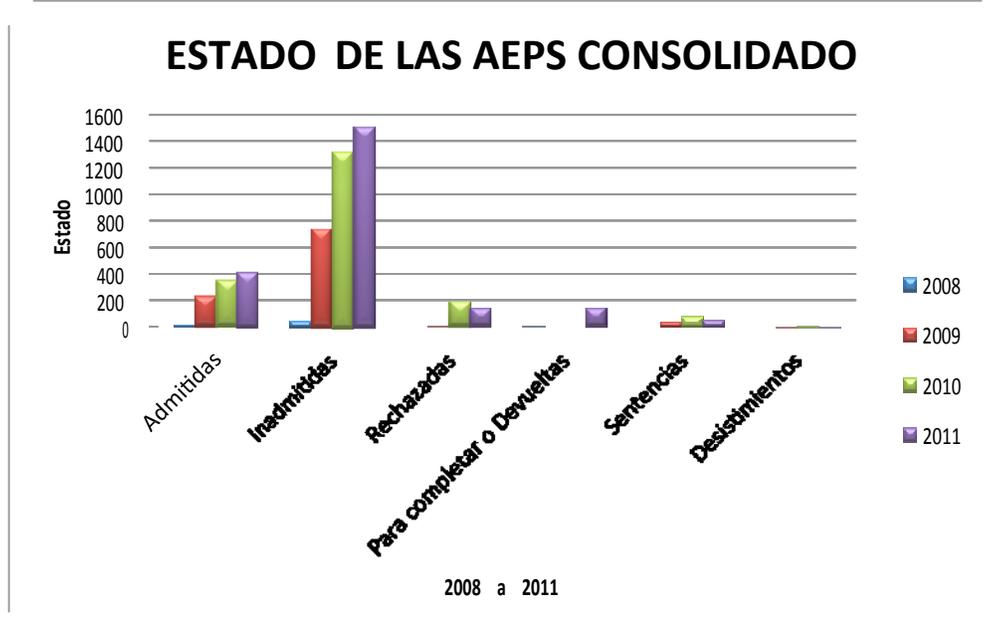


Gráfico 5: AEP ingresadas Consolidado



Es necesario dejar constancia de que los datos que aparecen en este cuadro en el ítem “Sentencias” difieren del número que se obtiene en la investigación directa desde los Registros Oficiales. La explicación podría originarse en que internamente se debe trabajar desde las sentencias elaboradas, tomando en cuenta la secuencia numérica, documentos que desde la posibilidad del conocimiento externo no son accesibles, porque la ciudadanía, incluida esta u otra investigación, únicamente conoce lo que consta publicado en el órgano de difusión oficial, aspecto que genera la consecuencia de que dentro de la investigación los números de sentencias al 31 de diciembre de 2011 son:

Tabla 4: Sentencias expedidas

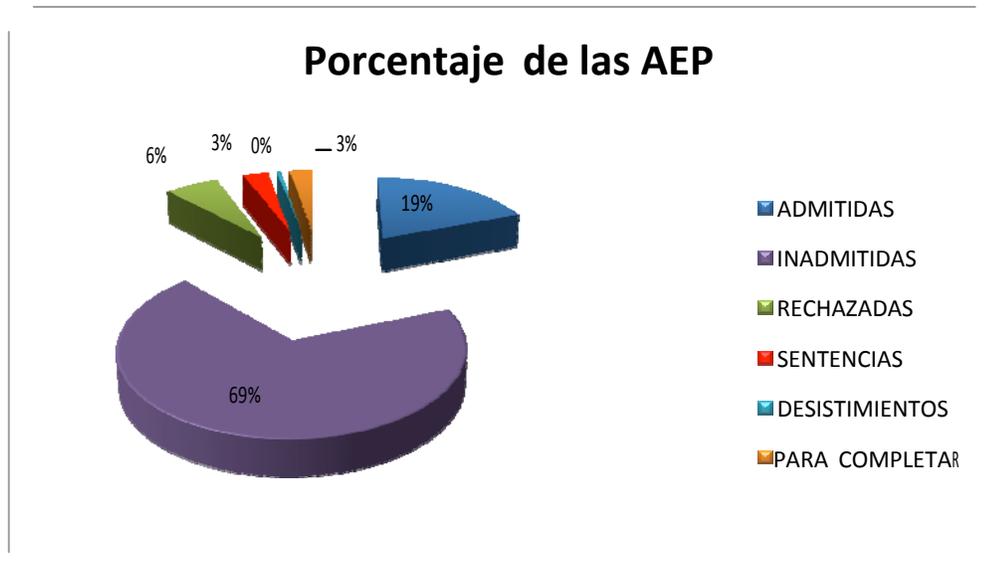
Sentencias	2008	2009	2010	2011	Total
Sentencias en la Investigación	0	33	56	56	145
Sentencias según la Corte Constitucional	0	38	76	50	164

Elaboración propia basada en la publicación de las AEP en los Registros Oficiales.

Por lo expuesto, en el análisis se toma en cuenta para el rubro “sentencias” los números obtenidos de la revisión directa de los Registros Oficiales, por lo que en las sumatorias se debe tomar en cuenta la diferencia de 21 AEP. Con esta comparación, se procede a calcular los porcentajes que corresponden a cada estamento de las acciones extraordinarias de protección:

- Admitidas: de 5.251, se han admitido 997, que es el 18,98%
- Inadmitidas: de 5.251, han sido inadmitidas 3.623 que representa el 69%.
- Rechazadas: de 5.251 han sido rechazadas 317 que implica el 6,03 %.
- Para completar: de 5.251 deben completarse o se han remitido al juez: 134, que significa el 2,55 %.
- Sentencias, de 5.251 han sido resueltas 145 que es el 2,76%. (Como se ha indicado, hay una diferencia de 21 sentencias que no han sido publicadas y corresponden a un 0.399%)
- Desistimientos: de 5.251 han desistido en 16 casos que representa el 0,30%.

Gráfico 6: Los porcentajes de las AEP



Se aprecia que el número de sentencias es de 145/5251, esto es el 2,76% de las causas ingresadas, cifra que cuestionaría la existencia de *un procedimiento sencillo, rápido y eficaz* en las demandas constitucionales presentadas, y que conduce a las conclusiones que se exponen respecto de la presencia/ausencia de la efectividad de los derechos por esta vía procesal.

El fundamento para este cuestionamiento se remite al análisis de “Los plazos y términos en las actuaciones constitucionales” que consta tratado en el capítulo II, en el que se indica que hay incumplimiento de las normas de la Constitución y la Ley en la parte en que disponen que las garantías jurisdiccionales deben tramitarse en un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, enunciado que se concreta en el artículo 63 de la LOGJCC que señala “La Corte Constitucional tendrá el término máximo de 30 días contados desde la recepción del proceso para resolver la acción”, mientras que el “Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional”, lo que no se ajusta a las disposiciones jerárquicamente superiores y *evidencia una extensión de los términos que provocan falta de atención al ciudadano, formalizando la inobservancia, cuando dice que esos plazos solo empiezan a contarse desde el día siguiente de que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas, todo lo que impide que se cumpla con las características básicas del proceso para la garantía jurisdiccional.*

Así también se observa que los mayores porcentajes alcanzados en las AEP corresponden a las causas inadmitidas, a las que se sumarían las rechazadas para precisar el número de causas que no alcanzan a ser conocidas por los jueces constitucionales, son 3.940 que significan el 75,03%, cifra que preocupa y que debe merecer una especial atención para tratar de encontrar los remedios que eviten la descalificación. Aquí se enfocan dos aspectos que pueden contribuir a un mejor

cumplimiento del proceso calificador de la admisión dentro de la acción extraordinaria de protección: la mejor preparación de los actores externos y una mayor difusión de las actuaciones de los magistrados a través de la publicación.

Se considera que para disminuir el número de causas inadmitidas y rechazadas se debe mejorar estos dos aspectos, porque los profesionales que preparan las demandas constitucionales deben contar con el fundamento y la argumentación que los sustente. Si tienen el conocimiento específico de lo constitucional y la preparación procesal en la materia, tendrán certeza de que van a alcanzar la calificación de admisibilidad, tanto más si se conocen las causas de rechazo e inadmisión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, evitarán incurrir en ellas.

3.2.1.1. Consecuencias que se extraen de los datos estadísticos

La primera consecuencia de estos resultados es la necesidad de actualización y capacitación de jueces y abogados.

Se hace indispensable que desde las diferentes instituciones se cumpla con un amplio proceso de preparación académica que va desde el énfasis de las materias constitucionales para incluirlas de manera obligatoria en el pénsum de estudios de tercer nivel, se complemente con profundos programas de capacitación y actualización en la Función Judicial, la Corte Constitucional, los Colegios de abogados y se promueva la especialización a través de los cursos de cuarto nivel.

Esta necesidad de difundir la institución, es común en todos los países que incluyen nuevas garantías jurisdiccionales para sus ciudadanos, porque al tratarse de temas nuevos, demandan un ejercicio exigente, y es precisamente la falta de divulgación lo que dificulta la aplicación, Javier Henao Hidrón expresa así el requerimiento en Colombia:

Por su importancia, índole y cobertura, la tutela es exigente en materia de pedagogía. Su enseñanza y difusión, debió adelantarse desde el primer momento, no solo entre los ciudadanos sino también entre los jueces, que con ella empezaban a actuar en un campo diferente y específico, hasta entonces extraño a su actividad cotidiana: el de la jurisdicción constitucional. [...] y por un exceso de demandas, en su mayoría improcedentes –origen de la expresión “tutelitis” a la que el mismo pueblo le otorgó con ironía carta de naturaleza–.⁴¹²

Un ejemplo de acción nacional para enfrentar la falta de propagación del conocimiento, y aligerar los resultados de esta carencia, se dio en el Perú en el tiempo de promulgación del Código de Procedimiento Constitucional, donde se dispuso una *vacatio legis*, desde el 31 de mayo de 2004 en que se publicó en el periódico oficial “El Peruano” hasta el 1 de diciembre del mismo año, a fin de que en este período se propicie el conocimiento y entendimiento de los operadores sobre el nuevo cuerpo adjetivo: jueces, abogados y otros interesados, todos los que debían conocer y valorar al documento como el mayor instrumento de tutela de los derechos fundamentales.⁴¹³

En el Ecuador, el artículo 202 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone la creación de un “Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional” al que se le encarga “fomentar la investigación jurídica en áreas de teoría del derecho, derecho constitucional ecuatoriano, derecho constitucional comparado, derechos humanos e historia del derecho constitucional ecuatoriano,[...]” función que debe contribuir de manera directa a solucionar la necesidad de difusión de las investigaciones sobre las materias constitucionales, lo que ha sido cumplido en el año 2010 en que se ha creado el CEDEC del que dependen seis áreas: Divulgación institucional, Capacitación, Investigación, Publicaciones, Formación y la Biblioteca, contando además con una consultoría para el ejercicio de las tareas correspondientes a

⁴¹² Javier Henao Hidrón, *Derecho Procesal Constitucional: protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, TEMIS, 2003, p. 21.

⁴¹³ Samuel Abad Yupangui y otros, *Código Procesal Constitucional: comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima, Palestra, 2004, p. 13.

la Divulgación constitucional y que es la responsable de la implementación de la metodología utilizada.⁴¹⁴

En España se ha tratado con detenimiento sobre las acciones de tutela en contra de decisiones judiciales que son inadmitidas o rechazadas, y se ha concluido que la preparación específica de quienes ejercen el patrocinio en esta materia, debe ser uno de los principales aspectos que debe contemplarse al plantear una Reforma al recurso de amparo, pues consideran que deben: “arbitrarse con carácter general mecanismos de especialización en el amparo constitucional: formar verdaderos “Abogados de amparo” [...] En todo caso, dista de ser conveniente la ausencia de reglas que impidan que Abogados sin suficiente experiencia puedan ejercer ante los más altos tribunales como aquí ocurre”.⁴¹⁵

Desde la investigación se considera como un acierto la posibilidad anotada, bien de limitar el ejercicio profesional en la sede constitucional únicamente a quienes detentan título de especialización, o bien de establecer reglas para evitarlo ante la carencia de la especialidad, porque constituye un modo adicional de asegurar la debida utilización de la AEP. En este aspecto se haría necesario que la Defensoría Pública tenga abogados especializados en la materia constitucional a fin de proveer sus servicios a las personas que no puedan pagar los honorarios a los profesionales del área.

El segundo cuestionamiento es a la falta de difusión de las resoluciones, es decir se deja constancia de la necesidad que tienen los profesionales, jueces o abogados en el ejercicio profesional y los ciudadanos, de que se sistematicen y se publiquen las resoluciones en las que inadmiten o rechazan las AEP.

⁴¹⁴ Corte Constitucional de Transición, *Memoria de la Justicia Constitucional 2008-2011*, Quito, publicado por la Corte Constitucional de Transición, 2011, p. 114.

⁴¹⁵ Javier García Roca, “La cifra del amparo constitucional”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 278.

Como se ha visto, el número de acciones extraordinaria rechazadas e inadmitidas es el más alto, el que debe ser considerado en relación con la imposibilidad general de analizar las causas por las que la Corte Constitucional de Transición expide sus decisiones en sentido negativo, pues lamentablemente tales fallos no son publicados. Como se puede deducir de este aspecto, hay una limitación para el conocimiento de las razones y criterios, porque la única manera de conocer estas razones es mediante la revisión del expediente físico, acción que puede ser ejecutada únicamente por los profesionales, pero en la que tampoco se encuentra la colaboración de los encargados de la custodia, todo lo que contraría el principio de publicidad que es el que fundamenta la transparencia de las actuaciones de los funcionarios públicos, y es una obligación conforme dispone la ley de la materia. Se deja constancia de que hasta el 4 de septiembre de 2012, no se encuentran en la página web de la Corte Constitucional los autos de inadmisión o de rechazo, conforme se ha constatado y verificado desde la propia institución con el Secretario General y una funcionaria de la Relatoría, de quienes se aclara han tenido en lo personal un trato gentil. Por lo tanto, se aprecia que la institución incumple con las disposiciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en el aspecto puntual del objeto de esta tesis, la publicación *del texto íntegro de todas las sentencias ejecutoriadas*, en las que deben incluirse las de las AEP. El mandato legal es:

Art. 7.- Difusión de la Información Pública.-

Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley se la considera de naturaleza obligatoria:

a) Estructura orgánica funcional, base legal que la rige, regulaciones y procedimientos internos aplicables a la entidad; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos;

[...] d) Los servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones;

[...] m) Mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía, tales como metas e informes de gestión e indicadores de desempeño;

[...] p) La Función Judicial y el Tribunal Constitucional, adicionalmente, publicarán el texto íntegro de las sentencias ejecutoriadas, producidas en todas sus jurisdicciones;

[...].⁴¹⁶

No obstante lo aseverado, para cumplir con la necesidad de conocer las razones de inadmisión o admisión, se revisan por muestreo aleatorio las razones para estas decisiones en ocho pronunciamientos de AEP: siete en que inadmiten y uno que rechaza la acción, los que se obtuvieron de copias proporcionadas por otro funcionario de la misma Secretaría General. El análisis de las causas son:

Tabla 5: Muestreo de autos de inadmisión o rechazo de AEP

<i>Causa No.</i>	<i>Fecha auto</i>	<i>Juez ponente</i>	<i>Razones/Fundamentos</i>	<i>Decisión</i>
0640-11	9.06.11	Dr. Pazmiño Diego (Alternativo)	Presentar la AEP fuera del término de 20 días establecido en el art. 60 LOGJCC	RECHAZA Sentencia causa ejecutoria
1567-11	29.02.12	Dr. Herrera	Invoca arts. 10, 86.1, 94, 437 de la Constitución. Por no cumplir los requisitos de los num. 1, 2 y 3 del art. 62 de la LOGJCC. En aplicación del art. 12 del Reglamento	INADMITE Sentencia causa ejecutoria
0517-12	24.04.12	Dr. Zárate	Invoca arts. 10, 86.1, 94, 437 de la Constitución. Por argumentar lo equivocado de la sentencia impugnada que contraviene art. 62.3 LOGJCC. En aplicación del art. 12 del Reglamento	INADMITE Sentencia causa ejecutoria
0509-12	22.05.12	Dr. Zárate	Invoca arts. 10, 86.1, 94, 437 de la Constitución. El accionante pretende que la Sala vuelva a pronunciarse sobre el fallo impugnado que es asunto de legalidad. Incumple art. 62 num. 3 y 4 de la LOGJCC. En aplicación del art. 12 Reglamento	INADMITE Sentencia causa ejecutoria
0394-12	30.05.12	Dr. Zárate	Invoca arts. 10, 86.1, 94, 437 de la	INADMITE

⁴¹⁶ Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

			Constitución. El accionante pretende someter a debate constitucional, aspectos que han sido analizados dentro de la acción de protección. Incumple num.1, 2, 3 y 5 del art. 62 de la LOGJCC.	
1091-11	30.05.12	Dr. Zárate	Invoca arts. 10, 86.1, 94, 437 de la Constitución. El accionante pretende someter a debate constitucional, aspectos que han sido analizados dentro de la acción de protección. Incumple num.1, 2, 3 y 5 del art. 62 de la LOGJCC.	INADMITE
1720-11	9.12.12	Dra. Pacari	Invoca arts. 94 y 437 de la Constitución. Se colige que la pretensión es el análisis de aspectos de fondo que fueron analizados por los jueces ordinarios, lo que es contrario a la naturaleza de la AEP. Incumple num. 1, 2, 3, 4 y 8 del art. 62 LOGJCC.	INADMITE Sentencia causa ejecutoria
0432-12	7.06.12	Dr. Zárate	Invoca arts. 10, 86.1, 94 y 437 de la Constitución. Se pretende someter a debate constitucional aspectos analizados en el juicio de excepciones. Incumple num. 1,2,3 y 5 del art. 62 de la LOGJCC.	INADMITE

Fuente: Archivo de la Corte Constitucional.

Las causas para la inadmisión son recurrentes en dos aspectos: i) El incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 62 de la LOGJCC y ii) La pretensión del accionante de someter al análisis de los jueces constitucionales lo que ya ha sido analizado en el proceso del juicio ordinario, lo que es contrario a la naturaleza de la AEP.

El rechazo tiene lugar por cuanto la causa se ha presentado fuera del término establecido en el artículo 60 de la LOGJCC. En el punto 2.7.3.1. se explicó en qué casos se inadmite y en qué casos se rechazan las AEP, de acuerdo al artículo 12 del Reglamento de sustanciación de procesos en la Corte Constitucional.

Este tema también es causa de preocupación en otras latitudes, por ejemplo en España, en donde Viver i Pi-Sunyer, refiere que hay quienes sostienen que el Tribunal Constitucional estaría utilizando un “*certoriarum* encubierto con un notable grado de discrecionalidad y oscurantismo, (para aceptar) únicamente aquellos recursos sobre los que libremente estima que conviene dictar sentencia” y propone como solución que se debería dar *carta de naturaleza legal* a las calificaciones de admisibilidad,

transparentando los criterios que utiliza, difundiendo los para hacerlos accesibles al público. Pero aclara que no comparte totalmente estas afirmaciones, porque su posición personal es que el Tribunal Constitucional hace un juicio preliminar sobre las acciones ingresadas con base de los fundamentos que generalmente se utilizan en las sentencias, si aprecia que se ajustan a ellos, admite, caso contrario lo rechaza, dice que “Por eso, desde esta perspectiva, se ha podido afirmar que un recurso de amparo desestimado es un recurso de amparo mal admitido”.⁴¹⁷

En el caso concreto del estudio, se aprecia que hay la necesidad de profundizar en el análisis de los criterios utilizados por la Corte Constitucional de Transición para decidir la *admisibilidad* de las acciones que ingresan, resulta de alta trascendencia verificar la calidad de la motivación que tiene y que expone cada juez ponente, teniendo en cuenta además el método que utiliza para definir el criterio, porque lamentablemente lo que se encuentra es una continua repetición del mismo formato. El porcentaje de acciones inadmitidas y rechazadas, 75,03% pone de manifiesto que hay una carencia de dominio procesal de la institución desde los proponentes, la que debe ser enfrentada, por lo que se insiste en la opinión de que se deben publicar las resoluciones que inadmiten o que rechazan las AEP, como una saludable medida de transparencia para exponer los criterios utilizados, generar el conocimiento que fundamente la preparación de las demandas constitucionales y prevenir la seguridad jurídica con parámetros públicos, anteriores y claros.

Lo que se ha manifestado tiene trascendencia porque significa el ingreso de la demanda al real ejercicio del procedimiento, o la imposibilidad de hacerlo. Este aspecto formal es examinado en el capítulo anterior, a través de tres casos en los que la decisión de admitir a trámite a una AEP deja dudas, en cada uno de los cuales se analiza la

⁴¹⁷ Carles Viver i Pi Sunyer, “Diagnóstico para una reforma”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, op. cit., p. 38.

ausencia de fundamento para admitirla al trámite, bien porque se basa en un suceso que a lo mejor podría llegar a suceder (Sentencia 009-09-SEP-CC) o bien porque se trata de una providencia que no estaba ejecutoriada al momento de la impugnación (Sentencia 010-09-SEP-CC), o porque el auto objeto de la AEP aún no era definitivo por expresas disposiciones legales (Sentencia 024-09-SEP-CC). De manera que, junto a estos dos aspectos importantes: preparación y difusión coexiste la necesidad de asegurar el razonamiento de la admisibilidad.

Los autos de inadmisibilidad que se refieren en este acápite fueron tomados al azar, son las que fueron facilitadas por la dependencia de la Corte Constitucional.

3.2.2. Las sentencias expedidas aceptan o niegan los derechos reclamados

Una vez determinado el número de sentencias expedidas dentro de las acciones extraordinarias de protección, 145/5251, y habiéndose señalado que implica el 2,79%, se considera conveniente diferenciar los fallos para profundizar acerca de la efectividad de los derechos reclamados. Con este propósito se ha procedido a verificar si estas resoluciones aceptan o niegan las demandas para el reconocimiento del daño producido, su retroacción y reparación, como consta en el “Cuadro de los derechos aceptados o negados a través de las AEP”, que se adjunta como Anexo No. 2, cuyo resumen numérico es:

Tabla 6: Las sentencias de AEP que aceptan o niegan derechos

<i>AÑO</i>	<i>Aceptan derechos</i>	<i>Niegan derechos</i>	<i>Total</i>
2009	12	21	33
2010	27	29	56
2011	38	18	56
	77	68	145

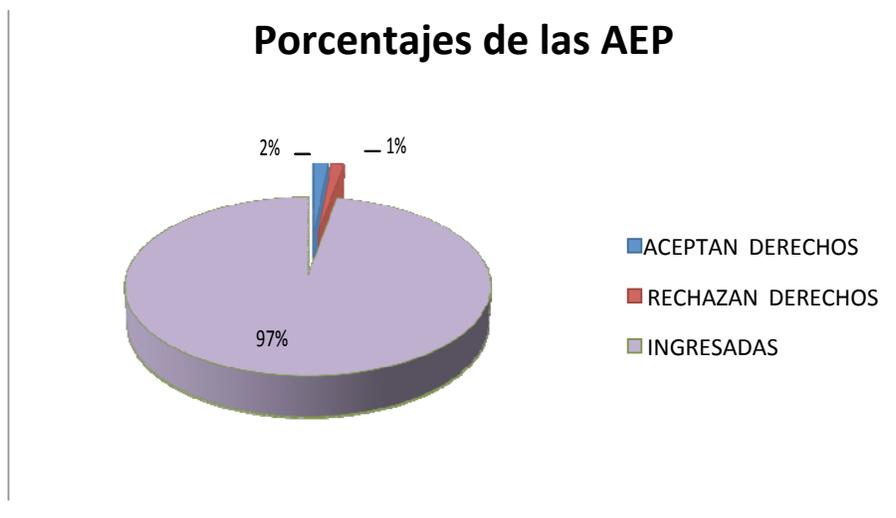
Elaboración propia basada en la publicación de las AEP en los Registros Oficiales.

Estos datos permiten apreciar que de las 5.251 AEP ingresadas, se han expedido 145 sentencias, de las cuales 77 aceptan los reclamos presentados, lo que corresponde

globalmente el 1,48%, porque en el 2009 las 12 aceptaciones representan el 0,22%, aumenta a 27 en el año 2009, que es el 0,51% y en el 2010 se ha incrementado a 38 que es el 0,72%.

Las sentencias que desechan, niegan o rechazan las peticiones, son 68 de las 145 expedidas y publicadas en el Registro Oficial. En los datos globales, de las 5251 estas 68 sentencias representan el 1,29%, cifra que se aprecia, se ha ido modificando en el tiempo: en el 2009, fueron 21 que es el 0,39%; en el 2010 se contabilizaron 29 (aumenta) que es el 0,55% y en el 2011 aparecen 18 que es el 0,34% (baja).

Gráfico 7: Porcentajes de las AEP que aceptan o que niegan derechos, y sin sentencia



En definitiva se estima que, dentro de los índices alcanzados, hay una cierta tendencia para mejorar el índice de aceptación de resarcimiento de derechos violados a través de las AEP desde la Corte Constitucional, pero que al ser de un alcance final del 1,5% de las acciones presentadas, se establece que no se ha producido la efectividad de los derechos constitucionales demandados a través de la acción extraordinaria de protección. Cuando la Constitución 2008 creó la AEP, las expectativas por sus resultados fueron muy altas, porque se consideraba que la revisión de las sentencias en

las que se vulneren derechos reconocidos en la Constitución tendría como consecuencia su reposición y consecuente reparación, (en su mayoría) pero los datos de lo que sucede en la práctica dejan un saldo desalentador, pues como se aprecia, es el 1,5% de las acciones presentadas las que han culminado en una sentencia (del total de 2,77% que ha alcanzado sentencia).

Por lo tanto, se deja sentado que esta leve tendencia al incremento queda diluida cuando se la aprecia en el universo de las acciones extraordinarias presentadas y las que han merecido un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Transición, de acuerdo a los datos mencionados en el numeral 3.2.1.

Como se ha expuesto, estos datos constituyen el indicio que conduce al razonamiento de que no se ha alcanzado la efectividad para los derechos de los ciudadanos a través de la AEP como garantía jurisdiccional contra las violaciones de derechos en procesos judiciales.

3.2.3. El tiempo en el que se han expedido las sentencias

En líneas anteriores se han revisado varias transcripciones de las normas constitucionales que tienen los países sobre la *efectividad de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales*, y se ha observado que otro aspecto que determina la efectividad de los derechos es el principio de que el procedimiento debe ser *sencillo, rápido y eficaz*, tanto más que en el caso ecuatoriano está ordenado por el artículo constitucional 86.2.a) y también se incluye en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento de obligatoria observancia por lo dispuesto en la Constitución, artículo 424.

Para verificar el cumplimiento del principio del *procedimiento rápido*, se ha procedido a revisar el aspecto temporal en las sentencias, tomando como referente el dato de ingreso que consta en cada sentencia publicada, hasta la fecha de la publicación,

pero se aclara que el dato no consta en todas las sentencias, habiéndose establecido parámetros de tiempo de la siguiente manera:

Tabla 7: Tiempo en el que se despachan las AEP

<i>Tiempo de atención para las AEP</i>	<i>2009 (de 33 sentencias, 25 con datos)</i>	<i>2010 (de 56 sentencias, 39 con datos)</i>	<i>2011 (de 56 sentencias, 55 con datos)</i>	<i>TOTAL</i>
Menos de 6 meses	13	4	1	18
7 a 12 meses	12	12	9	33
13 a 18 meses	0	20	16	36
19 a 24 meses	0	3	8	11
25 a 30 meses	0	0	18	18
Más de 31 meses	0	0	3	3

Fuente: Elaboración propia basada en la publicación de las AEP en los Registros Oficiales.

De los datos consignados se percibe que en el año 2009 se han atendido las AEP en el menor tiempo relativo: 13 en menos de 6 meses y 12 en períodos de 7 a 12 meses, justamente porque el inicio de la institución fue a partir del 20 de octubre de 2008, (en que no se expidió ninguna sentencia) y se empezó a despachar en abril de 2009, se ve que el tiempo transcurrido hasta el despacho era menor; mientras que con el paso del tiempo se consolida una relación directa a mayor período de vigencia, mayor tiempo para el despacho, es así que en el 2010 se incrementa el período de atención, produciéndose el mayor número “20” entre 13 y 18 meses; y se corrobora aún más la relación porque en el 2011 el mayor número de casos sentenciados “18” ha ocurrido en períodos entre 25 a 30 meses.

Por otra parte, desde el punto de vista de la apreciación del derecho de acceso a la justicia, cabe la referencia a las aseveraciones de Rodríguez que asimila el derecho a la calidad del servicio como un valor institucional, en donde cada persona que busca justicia debe *sentir* que su problema es importante para el juzgador, que se lo analiza y se despacha en tiempos aceptables:

la calidad del servicio como valor institucional supone que el sistema judicial debe tener como uno de los parámetros la satisfacción del usuario para medir y evaluar su labor. No basta con que las resoluciones y sentencias pronunciadas por los tribunales sean de calidad y conforme a derecho, sino que también es una expectativa socialmente válida que los procedimientos judiciales incorporen la misión de dar un trato digno a los usuarios, en particular respecto de la percepción de que su problema es importante y ha sido resuelto adecuadamente en tiempos razonables. De esta manera se garantiza el derecho de acceso gratuito a la justicia y tutela judicial efectiva y expedita de los derechos de los ecuatorianos y las ecuatorianas.⁴¹⁸

3.2.3.1. El tratamiento reglamentario del término para resolver las AEP

Sobre el aspecto temporal, en Capítulo 2 al tratar de los plazos y términos en las actuaciones constitucionales, se manifestó que el artículo 8 del “Reglamento de Sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional” es ilegal e inconstitucional porque no guarda concordancia con el mandato del artículo 86.2.a) de la Carta Fundamental de que la AEP debe tener un procedimiento *rápido, sencillo y eficaz*, ni con la disposición del artículo 63 de la LOGJCC que impone que esta acción debe resolverse en 30 días; porque en *contrario sensum*, el texto reglamentario rompe con la característica de fallar ágilmente porque otorga a la instancia constitucional la tranquilidad de que el término señalado empezará a transcurrir para cada una de las fases del proceso cuando dice “a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte”, con lo que se ha creado un escenario procesal reglamentario que es distinto del dispuesto por el constituyente y por el legislador.

⁴¹⁸ Paulo Rodríguez Molina, “Mensaje”, en *Proyecto de Código Procesal Unificado en Materias No Penales*, Quito, Consejo de la Judicatura del Ecuador/Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2012, p. 3.

En todo caso, lo que se desprende de la práctica de la Corte Constitucional de Transición en cuanto a las AEP es que en el 2011 el mayor número de causas han tenido un período de despacho (entre el ingreso y la sentencia) de 25 a 30 meses, excesivamente extendido del que se asume de la disposición constitucional que dice que el procedimiento será *sencillo, rápido y eficaz*, y del que se contempla de manera expresa en el artículo 63 de la LOGJCC “La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción”.

3.2.4. Análisis de los derechos reclamados/protegidos mediante las AEP

Para determinar cuáles son los derechos constitucionales demandados ante la Corte Constitucional, se los ha analizado tomando como base las 145 sentencias expedidas hasta el 31 de diciembre de 2011, dato del que a la vez se han desglosado los que corresponden a cada clase de derechos, para volver al total de las dos grandes clases: los aceptados y los denegados, pero con base de la clase de derecho que se acepta o se niega.

Este dato a la vez será confrontado con el total de las AEP que se han interpuesto, pues es el que permite verificar si ha existido o no *la efectividad de los derechos constitucionales a través de la AEP*.

El detalle de los derechos que se solicitan, los que se reconocen y los que se niegan constan en el Cuadro “Resumen de los derechos violados/reclamados en las AEP” que se adjunta como Anexo No. 2, e incluye un breve resumen de cada sentencia. Para una mejor visibilización se los divide en los mismos grupos que señala la Constitución: *del buen vivir; de las personas y grupos de atención prioritaria; de comunidades, pueblos y nacionalidades; de participación; de libertad; de la naturaleza*

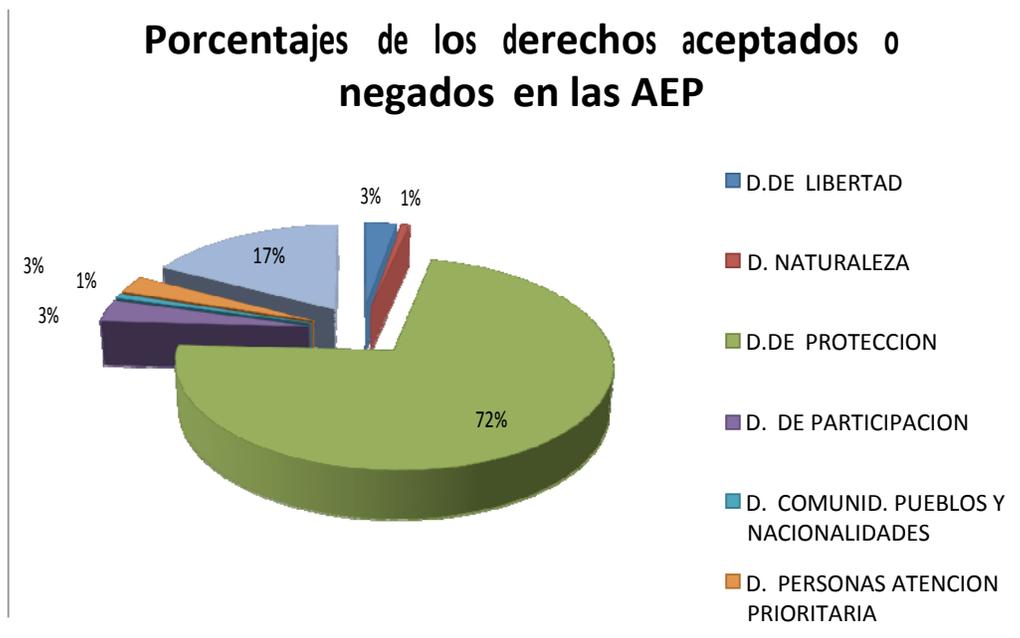
y de protección; sobre los que se incluye en esta parte un *cuadro resumen* para permitir la apreciación del análisis:

Tabla 8: Resumen de los derechos aceptados o negados en las AEP

<i>Derechos</i>	<i>Solicitados</i>	<i>Aceptados</i>	<i>Negados</i>
Del buen vivir	25	17	8
De las personas y grupos de atención prioritaria	4	2	2
De comunidades, pueblos y nacionalidades	1	0	1
De participación	5	1	4
De libertad	4	4	0
De la naturaleza	1	1	0
De protección	105	53	52
TOTAL	145	78	67

Fuente: elaboración propia a partir de las sentencias publicadas en los Registros Oficiales.

Gráfico 8: Porcentajes de los derechos aceptados o negados en las AEP



Como se aprecia, dentro de las demandas constitucionales que han recibido sentencia, los derechos que aparecen mayoritariamente son los derechos de protección,

son 105 del total de 145 que copan la mayor porción, 72,41%. En segundo lugar están los derechos del buen vivir con 25 reclamos que representan el 17,24%, sumando entre los dos grupos el 89,65% y dejando en consecuencia el 10% para las otras cinco clases de derechos.

3.2.4.1. *El predominio del derecho al debido proceso*

Los derechos que se visibilizan de manera mayoritaria en los reclamos de las AEP son los de protección, lo que se debe *prima facie* a que los otros derechos se confunden, se invisibilizan y se opacan frente al debido proceso que es el derecho que más se menciona y termina imponiéndose para el análisis. Pues aunque en la demanda se plantee el reclamo de otros derechos por ej. al buen nombre, a la propiedad, al trabajo, casi de manera general se los enuncia de manera conjunta con el derecho al debido proceso, que al provenir del juicio y por lo tanto del juzgador, capta la mayor demanda ante la instancia constitucional.

La doctrina española ha enfocado este tema a través de varios criterios, Albertí Rovira analiza al amparo general como un medio procesal que determina una protección a la que califica de *limitada, subjetiva, subsidiaria y común de los derechos y libertades constitucionales*.⁴¹⁹ Una expresión de esta limitación se produce justamente en lo concreto del amparo contra decisiones judiciales, cuando las regulaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC, establecen el carácter subsidiario que le corresponde respecto de la protección judicial ordinaria, es decir que por esta vía únicamente pueden ser impugnadas actuaciones u omisiones judiciales.

Sin embargo, expresa que las actuaciones del Tribunal Constitucional han sobrepasado esta limitación, cuando ha incluido en los derechos amparables a otros por su conexión indisoluble con los primeros tutelables; igualmente ha tomado en cuenta a

⁴¹⁹ Enoch Albertí Rovira, “El recurso de amparo constitucional, una revisión pendiente”, en Pablo Pérez Trepms, coord., *La reforma del recurso de amparo, op. cit.*, p. 120.

los derechos económicos y sociales por su vinculación con los derechos amparables, en especial con la igualdad; y ha interpretado generosamente la tutela judicial efectiva propiciando la salvaguarda de los derechos lesionados en los procesos judiciales. Esta función extendida del Tribunal Constitucional también incluye las vulneraciones ocasionadas por particulares cuando no son reparadas por los jueces, bajo el criterio de que al no otorgarle protección, el mismo juez ha vulnerado el derecho.⁴²⁰

Por otra parte, Encarnación Carmona trata de una *nueva tipología de recursos de amparo constitucional* proponiendo la distinción de las violaciones, si se trata de derechos procesales o de derechos sustantivos; para el primer caso afirma que se debe aplicar la mayor rigurosidad en la calificación de admisión, se debe tener en cuenta que en estos el origen siempre es un acto de la Función Judicial, y que a veces se mezclan tales derechos procesales con los derechos sustantivos, volviéndose imposible discriminarlos para sustanciar recursos de amparo independientes.

El argumento que sostiene es que el amparo contra resoluciones judiciales se fundamenta en el artículo 44 de la LOTC, que permite el reclamo si la lesión del derecho se produjo en *un acto u omisión de un órgano judicial*, es decir, dentro del proceso y no por un acto anterior de un particular. Igualmente advierte que algunos autores consideran que “solo las garantías procesales recogidas en el art. 24 de la Constitución podían ser conculcadas directamente por una actuación judicial y, por ello, sólo estas podrían fundamentar un recurso de amparo contra decisiones judiciales”, pero admite que en la realidad, tanto el criterio del TC como la doctrina han establecido que los jueces pueden violar los “derechos fundamentales tanto en su actividad *in procedendo* como en su actividad *in iudicando*.”⁴²¹

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 124, 125.

⁴²¹ Encarnación Carmona Cuenca, “El recurso de amparo constitucional y la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva. Apuntes para una reforma”, en Pablo Pérez Tremps, *ibid.*, p. 225, 226, 227.

Esta investigación encuentra acertada la posición expuesta por Carmona a partir de la veracidad de su argumento: el amparo contra decisiones judiciales se fundamenta en que la violación del derecho se ha producido en una actuación u omisión judicial y *no en una actuación anterior de un particular*. A su favor operan las disposiciones constitucionales y legales: del artículo 24 de la Constitución española que establece las garantías procesales y del artículo 44 de la LOTC que determina su origen *en un acto u omisión de un órgano judicial*.

La posición se afianza aún más cuando la autora propone distinguir:

A) los recursos de amparo que se presenten contra vulneraciones de derechos fundamentales (procesales o sustantivos) producidas directamente por una resolución judicial y B) los recursos de amparo que se presenten contra vulneraciones de derechos fundamentales (esta vez sustantivos) producidos por actuaciones extraprocesales, bien de un ente público no perteneciente al Poder Judicial, bien de un particular, aunque sus actos sean confirmados posteriormente por una resolución judicial dictada en agotamiento de la vía previa al amparo constitucional. Podría entonces restringirse el acceso al amparo de los recursos pertenecientes al primer tipo.⁴²²

Lo analizado permite reflexionar sobre la necesidad de limitar la responsabilidad del juez en la vulneración de los derechos: debe atribuírsele la que le corresponde en cuanto a sus actos (procesal), lo que ha actuado, aceptado, decidido y sentenciado. La pregunta sería ¿Cómo se debe distinguir esa responsabilidad en la violación de un derecho (sustantivo) efectuada por otro funcionario o por un particular?

Estos planteamientos y los datos estadísticos incorporados, provocan serias dudas sobre el acierto de que la tutela de la acción extraordinaria de protección incluya a todos los derechos protegidos por la Constitución. Si de lo que se trata es de alcanzar su mejor aplicación, se debe descomplejizar su ámbito, dado que el objetivo superior es

⁴²² *Ibid.*, p. 229.

permitir la eficacia de la institución y la efectividad de los derechos para los ciudadanos, dentro de las sentencias expedidas por los órganos judiciales, lo que corresponde es permitir que mediante esta acción se atiendan los derechos de protección: acceso gratuito a la justicia, al debido proceso y a la defensa, es decir los derechos que provienen de los operadores de justicia en su actividad *in procedendo*.

Sin embargo de compartir la necesidad de una renovación conceptual de la AEP en los derechos que tutela, se debe dejar constancia de dos aspectos, i) El análisis para una propuesta de reforma de la AEP que diferencie los derechos reclamados, debe basarse en un vasto conocimiento jurídico constitucional y alta sensibilidad social; ii) La vocación garantista debe permanecer para asegurar por otros medios la atención material a los otros derechos como son los sociales y económicos, (del buen vivir, de las personas y grupos de atención prioritaria, de comunidades, pueblos y nacionalidades); los derechos civiles y políticos (de participación y de libertad); y los nuevos derechos de la naturaleza. En todo caso, es necesario aclarar que lo prioritario es contribuir a la apertura del debate en procura de encausar la mejor orientación y aplicabilidad de la garantía, para alcanzar el objetivo de proteger a los derechos.

3.3. OTROS COMENTARIOS SOBRE LAS AEP

Se incluyen otros aspectos examinados que contribuirán al establecimiento de las conclusiones.

3.3.1. El desarrollo técnico jurídico de las garantías

Para establecer el escenario y la creación de la acción extraordinaria de protección, la investigación analizó la evolución de las garantías, desde que en el inicio se las confundía con los derechos, utilizando indistintamente una u otra denominación, hasta que se alcanza a establecer sus diferencias para distinguirlos con meridiana precisión, y una vez distinguidos, reconocer que de entre las garantías, la que protege a

los derechos, se llama generalmente amparo, dirigida a tutelarlos de cualquier exceso o violación de las autoridades públicas.

Después de este examen, la necesidad de la investigación se orientó a establecer el contexto político-jurídico interno que permitió la creación de la garantía en el Ecuador, el que se basó en el examen de las veinte constituciones expedidas. Se revisó además la crisis institucional, el cambio de modelo constitucional y las razones que adujeron de los constituyentes. En los debates constituyentes se evidencia que se impuso la mayoría conformada por quienes acogieron las quejas de los ciudadanos que acudieron hasta la sede de la Asamblea, para denunciar que la Función Judicial actuaba y resolvía en varios casos por la injerencia política o por la influencia del poder económico, lo que volvía necesario que la protección a los derechos vulnerados por los fallos de la justicia ordinaria se debía dar desde otra instancia diferente, encontrando que la vía más adecuada es la Corte Constitucional a través de la *garantía jurisdiccional extraordinaria*, con la que se permite que la justicia constitucional revise las sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado los derechos reconocidos en la Constitución, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma norma suprema y que debían desarrollarse posteriormente en la ley correspondiente.

La *ratio legis* de la creación estaba clara: la acción extraordinaria de protección debe servir para salvaguardar a los ciudadanos que acuden a ella de las posibles violaciones de derechos dentro de un proceso ordinario. Dicho de otro modo, la justificación de crear y plantear estas acciones jurisdiccionales fue para que los accionantes alcancen la efectividad de sus derechos, cuando han sido vulnerados en un juicio en la instancia de conocimiento, lo que hasta entonces había permanecido desatendido.

Con este remedio procesal se protegieron todos los derechos reconocidos en la Constitución, lo que aparecía como un exceso en comparación a otros países donde se distinguen cuáles derechos son los que se van a proteger, que generalmente corresponden a los derechos del debido proceso, de acceso a la justicia, de defensa y que en la Constitución 2008 están en el capítulo Octavo del Título II “Derechos” y se denominan *Derechos de protección*.

De este modo se estableció la evolución de las garantías y la creación de la acción extraordinaria de protección en el Ecuador. En este capítulo se informa sobre las estadísticas de la atención a la ciudadanía a través de ella y se exponen los comentarios correspondientes, a partir de los conceptos de la eficacia y la efectividad.

Los diferentes temas revisados en este punto también constituyen elementos que conducen a las conclusiones con que se cierra este trabajo.

3.3.2. Las características del amparo en los instrumentos internacionales

El avance en la teoría de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales tiene el origen en la necesidad de enfrentar al poder estatal (manifestado a través de sus diversos órganos) que se desborda en contra del ciudadano. Antes de las conflagraciones mundiales se lo concebía únicamente como asunto interno de cada país, pero la realidad vivida en Alemania, Italia, España demostró que la preservación de los derechos humanos es tema de interés mundial.

La normativa en el Ecuador recoge los principios que constan en los instrumentos internacionales para las garantías:

- a) Proteger de los actos judiciales que violen los derechos constitucionales;
- b) Ser sencillo, breve y efectivo;
- c) Ser ejercido ante los jueces y tribunales competentes que tienen la obligatoriedad de actuar con independencia;

- d) El acto violatorio objeto de la AEP, debe provenir de un acto de juez o tribunal ordinario;
- e) Proteger los derechos que constan en la Constitución, o los instrumentos internacionales;
- f) Reparar el derecho violado.

Siendo estas características parte del diseño de la garantía, se advierte que se ha cumplido dotándole de la eficacia.

3.3.3. La AEP permite a la Corte Constitucional cumplir con sus atribuciones: ejercer el control constitucional, interpretar la Norma y administrar justicia

El diseño constitucional del 2008 crea a la AEP para colocarla como el *engranaje polifuncional* que permite a la Corte ejercer las nuevas atribuciones que devienen de su calidad de máxima autoridad en materia constitucional, antes ejercidas por otros entes pertenecientes a las otras funciones del Estado.

El control constitucional que se ejecutaba de manera abstracta, a través de las declaraciones de inconstitucionalidad de una norma para expulsarla del ordenamiento, ahora procede en cada sentencia que debe revisar, en virtud de la AEP, para determinar si se ha sujetado a la Constitución, es el control concreto de constitucionalidad para los casos particulares. Adicionalmente, este control concreto también le es atribuido a la Corte en la norma constitucional del artículo 428 que dispone la obligación del juez ordinario de remitir en consulta el expediente, cuando “considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales”.

Así también le corresponde la posición de máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, incluidos los casos de resolución de las AEP, en los que debe desempeñar la función interpretativa, siendo evidente que esta coadyuva en el cumplimiento de la atribución.

En lo concreto de la administración de justicia, la AEP le permite intervenir desde una posición privilegiada porque se convierte en el último en decidir en cuanto a derechos humanos; e igualmente en la relación con los diferentes operadores, prevalecen sus criterios a través de la *jurisprudencia vinculante*, como dispone el artículo constitucional 436.6 y que es analizado en el siguiente acápite.

La aseveración realizada y compartida por la investigación de que es saludable la publicidad de todas las actuaciones de la Corte Constitucional, incluye también a otros aspectos que devienen de su calidad de *máxima instancia de interpretación constitucional, de los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano*, porque sus decisiones son vinculantes, pero que si no son objeto de la debida publicidad y difusión, no alcanzan a ser conocidas ni por el foro de abogados ni menos por los ciudadanos y no puede esperarse que sirvan de fundamento para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales.

3.3.4. La jurisprudencia vinculante para los jueces ordinarios se origina en las garantías jurisdiccionales

El texto constitucional en su artículo 436.6 atribuye a la Corte Constitucional la facultad de *constituir jurisprudencia vinculante* en y con cada una de las sentencias que expida en las acciones constitucionales de las garantías jurisdiccionales. Sobre el tema se anotan dos puntos relevantes: la importancia de la jurisprudencia para conformar la ciencia de los derechos fundamentales y la realidad de la jurisprudencia en el Ecuador.

La primera aseveración proviene del estudio de Alexy sobre los derechos fundamentales, cuando destaca la necesidad de contar con la decantación de los dogmas constitucionales, la que se hace posible a través de la jurisprudencia, porque si el estudio del tema descansa únicamente en la letra de la Norma, habrían tantas posiciones y criterios que los debates serían interminables. Se refiere de modo concreto al Tribunal

Constitucional Federal alemán, cuyos pronunciamientos expedidos durante los treinta años de praxis jurisprudencial, han ido precisando el alcance dentro de las posibilidades que permite el texto, hasta que se ha logrado la delimitación de la ciencia de los derechos fundamentales, tal como se encuentra en la actualidad.⁴²³

La segunda información sobre la jurisprudencia es del caso ecuatoriano a partir de la Constitución 2008, en la que se establece que cada sentencia en una garantía jurisdiccional, constituye jurisprudencia vinculante.

El análisis es de Montaña, quien hace una referencia que lamentablemente no es positiva, porque advierte sobre “la dificultad que entraña convertir los fallos de los jueces constitucionales en fuente directa de derecho” debido a siete razones básicas: i) El texto de las sentencias no alcanza a resumir los hechos de manera adecuada, aspecto trascendente en un modelo de derecho jurisprudencial como el que se ha diseñado en Montecristi. ii) No se ha logrado igualdad y claridad en los criterios que requiere el precedente horizontal para ser manejado en la propia Corte. iii) Inexistencia de un lenguaje técnico jurídico para cada una de las acciones. iv) Ausencia de un enfoque doctrinario propio que revele la orientación del pensamiento desarrollado en los pronunciamientos de la Corte. v) Se advierte un abuso de citas doctrinarias extranjeras que hasta resultan ajenas al tema de la sentencia. vi) No hay la fuerza necesaria en la argumentación ni el hilo conductor que vincule las diferentes reflexiones incluidas para sustentarla, y no aparece un esfuerzo para establecer los argumentos que condujeron a determinada decisión. vii) Hay dificultades aún en el registro de sentencias, lo que dificulta su ubicación para el estudio y análisis.⁴²⁴

⁴²³ Robert Alexy, “Introducción”, en *Teoría general de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 23.

⁴²⁴ Juan Montaña Pinto, “Presentación”, en Angélica Porras Velasco y Johanna Romero Larco, *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Período octubre 2008-diciembre 2012*, tomo 1, Quito, Rispergraf, 2011, p. 37, 38.

Esta investigación concuerda con las dos posiciones, porque en un modelo constitucional bien diseñado y mejor aplicado, como el alemán, el resultado que se obtiene a través de la jurisprudencia de la máxima instancia constitucional, es una fuente de derecho que sobrepasa el texto constitucional, el que puede ser objeto de numerosas interpretaciones, por lo que, les pone límite y sirve de guía.

Respecto del caso ecuatoriano, las dificultades anotadas por Montaña para la jurisprudencia en general, han sido percibidas para el análisis de la práctica de la AEP, y se han hecho visibles en las inconsistencias de los pronunciamientos, en las inconformidades con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias y en los contenidos fuera de sus atribuciones.

Igualmente se ha percibido la carencia de información para el estudio, de lo que se ha dejado constancia en diferentes puntos de la tesis, desde la falta de datos en la fuente informática institucional hasta la ausencia de información en las diversas dependencias, pasando por la demora para obtener un cuadro del estado actualizado de las acciones, en la Secretaría General.

Así también se ha puesto de manifiesto la falta de publicidad de los criterios del Órgano constitucional, para mejorar el ejercicio profesional en los procesos constitucionales.

Lo que queda desde las instancias profesional y ciudadana, es mantener la investigación sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para verificar su estado, desarrollo y alcances, contribuyendo a través de observaciones, aportes y peticiones, en procura de ir creando el fundamento necesario para alcanzar el objetivo superior de la unificación de la jurisprudencia.

3.3.5. La actividad extensiva de la Corte Constitucional de Transición

En este punto se trata de un aspecto en el que la Corte Constitucional ha rebasado los límites establecidos por la Constitución y por sus propios fallos.

Así sucede con el tema de que las AEP solo pueden versar sobre una decisión proveniente de la justicia ordinaria, tal como disponen los artículos 94 y 437 de la Constitución y como lo han indicado las sentencias de la Corte Constitucional. Así también disponen de manera expresa las disposiciones sobre la calidad de los pronunciamientos del Tribunal Contencioso Electoral.

Para ejemplificar, se enuncian los siguientes temas que son trascendentes:

- a. La aceptación de la AEP planteada en contra del pronunciamiento de una autoridad administrativa no judicial como es el Inspector del Trabajo, admitida a trámite y resuelta aceptando el reclamo presentado por la Prefecta Provincial de Esmeraldas.⁴²⁵
- b. La aceptación de 4 AEP deducidas en contra de las sentencias dictadas por el Tribunal Contencioso Electoral, contrariando la disposición constitucional del artículo 221 que establece que *sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento*, y a pesar de la invocación de la Presidenta del Organismo electoral en cada una de las cuatro contestaciones a las demandas.⁴²⁶
- c. Doctrina sobre el error judicial fundamentándolo en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad; y la expedición de una *sentencia aditiva o integradora*, cuyo origen “se encuentra en una específica situación que suele

⁴²⁵ Corte Constitucional de Transición, sentencia 023-09-SEP-CC, publicada en el SRO 43, de 8 de octubre de 2009.

⁴²⁶ Corte Constitucional de Transición, sentencia 001-09-SEP-CC publicada en el SRO 571, de 16 de abril de 2009; sentencia 002-09-SEP-CC publicada en el SRO 590, de 14 de mayo de 2009; sentencia 005-09-SEP-CC, publicada en el SRO 602, de 1 de junio de 2009; sentencia 008-09-SEP-CC, publicada en el SRO 602, de 1 de junio de 2009.

enfrentar la Corte Constitucional cuando, al interpretar la ley cuestionada, descubre que el legislador ha regulado una materia, pero lo ha hecho de manera incompleta” como remedio para la falencia y/o vacío de una norma.⁴²⁷

- d. Frente a la existencia de defectos en los actos de los operadores de justicia que no lesionan derechos y que no se adecuan a las exigencias procesales de la AEP, la Corte Constitucional ha establecido las “actuaciones judiciales antijurídicas que configuran vías de hecho de los jueces, susceptibles de impugnación mediante esta acción”, denominándolas defecto orgánico, defecto procedimental, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación y violación directa de la Constitución.⁴²⁸

3.4. LAS INCONSISTENCIAS EN EL MARCO NORMATIVO INTERNO

Los siguientes son los principales puntos que generan inconsistencias entre la Constitución, la Ley y el Reglamento de sustanciación, entre sí y de estos con la realidad:

3.4.1. Sobre la reparación integral

El autor colombiano Néstor Raúl Correa Henao manifiesta que las disposiciones sobre la sentencia de protección son para declarar la existencia o inexistencia de una violación de derecho fundamental, para provocar la nulidad a partir de la actuación judicial que se ha calificado como lesiva, recalca que ese y no otro es el mandato de las

⁴²⁷ Corte Constitucional de Transición, sentencia 07-09-SEP-CC, publicada en el SRO 602, de 1 de junio de 2009, p. 31-43, la cita en la p. 42.

⁴²⁸ Corte Constitucional de Transición, sentencia 027-09-SEP-CC, publicada en el SRO 58, de 30 de octubre de 2009, p. 14-58, la cita en la p. 18. A través de este pronunciamiento del año 2009, la Corte Constitucional de Transición determina siete defectos que configuran las vías de hecho, sin hacer la referencia de que el sistema de las *vías de hecho*, apareció en Colombia, generada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que según Quinche está concebida en cuatro fases: la primera de los años 1992 a 1994 llamada de *asentamiento*; la segunda que es en la que aparece la *teoría de los defectos* (sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico); la tercera en la que aparece la *teoría del test* para la vía de hecho (1999), y la cuarta en la que hay una reconfiguración dogmática de la teoría de los defectos, es cuando aparece la teoría de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, iniciada en el 2003. Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 48.

normas constitucionales pertinentes: “Además es clara su inconveniencia, pues no es bueno contaminar el procedimiento de amparo de un derecho con complejas e inoportunas disquisiciones patrimoniales”.⁴²⁹

Mucho más específico es el autor Ricardo Hoyos al referirse a las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, a las que critica cuando dice que “no se precisa cuál es el daño emergente causado, no se especifica por qué el peticionario requiere dinero para hacer efectivo el derecho, condena el pago del daño que no es emergente sino moral y no precisa índices para realizar indexaciones”.⁴³⁰

En el Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al tratar de la sentencia en el artículo 63 dice que si declara la violación (de derechos constitucionales) “ordenará la reparación integral al afectado [...] 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”.

De manera que las disposiciones del Título II de la Ley, las Normas comunes, devienen en obligatorias para el juez constitucional que sentencie una acción extraordinaria de protección, de manera puntual lo que manda el artículo 18 que versa sobre la reparación integral por el daño material e inmaterial. Se trata de una detallada enumeración de las acciones y pagos que deben ser cumplidos por el vulnerador del derecho y que tiene que quedar expresamente resuelto en “la sentencia o acuerdo reparatorio”. De manera puntual se refiere a la reparación económica que ha de solucionarse en la misma audiencia o en otra que debe efectuarse en el término máximo de ocho días.

⁴²⁹ Néstor Raúl Correa Henao, *Derecho Procesal de la acción de tutela*, Bogotá, JAVEGRAF, 2005, p. 288.

⁴³⁰ Ricardo Hoyos, “Acción de tutela e indemnización de perjuicios”, en revista *Responsabilidad civil y del Estado*, No. 1, Medellín, Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 1995, citado por Néstor Correa Henao en *Derecho Procesal de la acción de tutela*, *op. cit.*, p. 288.

Las sentencias expedidas después de la promulgación de la LOGJCC de manera general expresan su decisión para aceptar o desechar la AEP, en el primer caso disponen que el proceso se retrotraiga al estado anterior de la vulneración y que se devuelva el expediente a la instancia respectiva donde debe reiniciarse el procedimiento, aclarando que la sustanciación debe corresponder a otro juez u otro tribunal del que ya conoció originalmente el expediente.

En la sentencia 003-09-SEP-CC (que desecha la acción extraordinaria interpuesta para que se le reconozcan al accionante las remuneraciones por todo el tiempo en que estuvo fuera de su lugar de trabajo), al referirse a esas pretensiones, manifiesta en la decisión que los derechos constitucionales no han sido violados porque la sentencia cuestionada sí le reconoce la estabilidad y le restituye a su puesto de trabajo, sin que tampoco se haya lesionado el debido proceso. Respecto a las indemnizaciones laborales, no las reconoce porque no están en el núcleo duro de derechos sino que están alrededor de ellos, incluyendo una importante distinción entre derechos, dice:

Entre estos derechos que giran en torno al núcleo esencial están todas las pretensiones del accionante, las mismas que obedecen más bien a una naturaleza eminentemente patrimonial, ante lo cual no se evidencia una vulneración de los derechos fundamentales como aduce el accionante [...] por cuanto de lo analizado se desprende que los jueces de la Sala de lo Contenciosos Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en su resolución de fecha 22 de noviembre de 2004, a las 08h30, se han apegado a los preceptos constitucionales [...] Desechar la acción extraordinaria de protección planteada.⁴³¹

La investigación presenta las siguientes puntualizaciones sobre el mandato legal referido a la *Reparación integral*, en el Ecuador:

⁴³¹ Sentencia 03-09-SEP-CC de 14 de mayo de 2009, publicada en el SRO 602, de 1 de junio de 2009.

- a. El artículo 18 de la LOGJCC guarda concordancia con la Constitución, pues el artículo 86.3 dispone que “en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararlos, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial”.
- b. De manera que, si lo considera procedente, el juez constitucional tiene la facultad para disponer la reparación integral.
- c. La modalidad que contempla la Ley para esta reparación es que sea el propio juez constitucional el que proceda a determinar el daño material y el daño inmaterial, aspecto que desde la investigación se mira como inconveniente. Lo que sí debe incluir la sentencia son observaciones precisas que permitan al juez que incurrió en la violación del derecho fundamental, volver a rehacer el proceso o a dictar la sentencia ajustada al criterio de la Corte Constitucional, además de los parámetros en que debe sustentarse el resarcimiento, expresados de manera concreta, para que sean seguidos por el juez ordinario. Lo importante es satisfacer la necesidad del ciudadano de obtener una respuesta de la justicia que sea realmente efectiva y eficiente, sin que le interese cómo se dividen o se ejercen las funciones a lo interno de los órganos jurisdiccionales.
- d. Por otra parte, el artículo 19 de la LOGJCC dice que en el trámite de la reparación económica “se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, aspecto que también deviene en inoportuno y desacertado porque vuelve aún más larga esta cadena de acciones judiciales que son las que no permiten la efectividad y eficacia de la justicia, cuando lo que se requiere es un trámite ágil que concluya de modo definitivo la defensa de los derechos fundamentales para

que el proceso constitucional cumpla con los atributos que menciona el artículo 86 de la Constitución vigente *sencillo rápido y eficaz*.

- e. Lo adecuado para cumplir con estos principios de las garantías es que la nueva decisión del juez de origen no disponga de otros recursos, sino que debe ajustarse a los lineamientos de la Corte Constitucional, para cuyo control se deberá desarrollar un efectivo sistema que asegure la sujeción del operador de justicia, bajo pena de destitución en caso de incumplimiento.

3.4.2. Sobre la contradicción normativa en la ejecución de la sentencia o la reparación

A partir de la disposición legal de que en la acción extraordinaria de protección se pueden aplicar las disposiciones contenidas en el capítulo de las Normas Comunes, es necesaria la referencia a la contradicción presentada en el contenido de los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En la primera norma invocada, cuando se refiere al cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio proveniente de la Corte Constitucional, indica que debe emplear todos los medios adecuados, manifestando en el segundo inciso que “podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia”, y que hasta “de ser necesario podrá modificar las medidas”.

En contradicción con lo expresado, la segunda disposición trata de las “violaciones procesales” e incluye las reglas para que se sancione a la jueza o juez que incumpla la sentencia o acuerdo reparatorio, constando en último lugar “5. No se podrán dictar actos ulteriores que afecten el fallo, bajo las mismas prevenciones”.

De la lectura aparece que las dos reglas legales se contradicen, la una establece una supuesta facultad de la jueza o juez para dictar providencias que modifiquen el fallo

expedido en la instancia constitucional, mientras la segunda la prohíbe de modo expreso, por lo que se hace necesaria una revisión y la consiguiente reforma.

El criterio de la investigación es que la jueza o juez de ejecución no puede dictar providencias que modifiquen el pronunciamiento de la Corte Constitucional.

3.4.3. Sobre las disposiciones que permiten la discrecionalidad para los jueces constitucionales

Una de las características del modelo constitucional adoptado desde el 2008 es el decrecimiento de las formalidades para privilegiar la defensa de los derechos sustanciales, en esta virtud se incluyeron disposiciones constitucionales que las relegan de manera expresa “c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción”. (artículo 86).

El peligro de esta disminución de formalidades es que puede llegar a producir la discrecionalidad de los jueces, porque deben aceptar la presentación de las acciones jurisdiccionales y su respectiva sustanciación: con formalidades a los litigantes que quieran o puedan cumplir e igualmente con una mediana o ninguna observancia de aquellas a los demás. ¿En qué deriva entonces esta liberación de requisitos formales? En el apareamiento de la discrecionalidad, que puede quedarse ahí o puede pasar a la inobservancia del principio de igualdad para atender a unos ciudadanos o para relegar a otros.

De acuerdo a lo que sucede en la práctica, resulta difícil, cuando no imposible que en el ejercicio de la judicatura se pueda prescindir del patrocinio de los abogados, porque las acciones, intervenciones, peticiones o diligencias realizadas por todos los ciudadanos de acuerdo a su mejor saber y entender, provocarían una especie de torre de babel jurídica, por lo que el citado mandato constitucional ha de constituir en el tiempo,

una regla de imposible cumplimiento. Lo que sucede en la realidad es parte de esta conclusión: en el ejercicio de las garantías jurisdiccionales se demuestra que desde la vigencia de la Constitución 2008 en lo que respecta a las acciones constitucionales en general y de manera concreta las extraordinarias de protección, ninguna ha sido interpuesta sin el patrocinio de un abogado e igualmente, todos los actos procesales continúan siendo ejecutados con la asistencia de un profesional del derecho.

Se incluye en este punto las disposiciones de la Ley Orgánica como por ejemplo la Modulación de sentencias, expuesta como la facultad de los jueces constitucionales para que sus providencias sean expedidas teniendo en cuenta, a su criterio, el efecto que tendrá según el tiempo, la materia y el espacio; dice la norma que el objetivo es garantizar la supremacía constitucional y la vigencia de los derechos fundamentales. La declaración legal concuerda con los principios constitucionales, pero se deja lugar para la discrecionalidad.

Lo mismo sucede con la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica, (que contradice lo establecido en el artículo 22, conforme ha quedado analizado) que le otorga al juez de origen la facultad para dictar providencias que reformen las sentencias de la Corte Constitucional, constituyendo no solo una fuente de discrecionalidad sino una contradicción a las reglas del procedimiento.

3.4.4. Sobre el legitimado activo

Como ha quedado expuesto en el Capítulo 2, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional extiende la facultad de interponer la acción extraordinaria a otras personas que no son aquellas que han intervenido en el proceso original, cuando dice en el artículo 59 que lo pueden hacer las que han sido o “hayan debido ser parte en un proceso”. La observación se basa en que esta acción o recurso se instituye para ser propuesta en contra de una sentencia o de un auto definitivos dictados

por un juez o tribunal, cuyo contenido afecta únicamente a las personas que fueron parte del proceso.⁴³²

Lo que merece revisarse es que la razón de creación de la acción extraordinaria fue la defensa de los derechos constitucionales vulnerados por el juez o tribunal ordinarios dentro del proceso, y siendo el principio procesal que el pronunciamiento del juez no afecta a quienes no formaron parte del proceso, no debería incluirse la participación de otras personas; esto sin dejar de admitir que en algún caso aislado pueda ser que el fallo judicial les alcance, pero la norma legal tiene que ajustarse a lo que expresa la Constitución vigente, y tiene que expedirse con alcance general, no se puede legislar para que se resuelvan casos aislados.

Así se establecieron las razones de los asambleístas constituyentes en el 2008 para crear la acción extraordinaria de protección, se expresó de manera concreta que el objetivo es para tutelar los derechos fundamentales de los litigantes que han sido lesionados dentro del proceso por el juez o tribunal que expidió la sentencia, a quienes se les permite accionar la justicia constitucional para esa defensa. Esta posición, que es diametralmente opuesta a la que se generó en el sistema de la Constitución codificada en el año 1998, fue acogida para incluir a los jueces en el control de los actos de las autoridades públicas, los que hasta entonces eran objeto de excepción de acuerdo al artículo 95 de ese texto, siempre tomando en cuenta que si la impugnación es a los jueces que expidieron la sentencia, esta pieza procesal no debería referirse sino solo y exclusivamente a quienes fueron parte procesal .

En concordancia con lo que expresa en esta parte el artículo 59 de la Ley, la siguiente disposición establece el “Término para accionar”, en 20 días desde que se produjo la notificación de la decisión judicial cuestionada, pero abre la posibilidad “para

⁴³² El Código de Procedimiento Civil dispone en el artículo 286: “Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley”.

quienes debieron serlo”, indicando que “el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia”, con lo que se permitirá que la tramitación pierda la posibilidad de ser una acción ágil que cumpla con el objetivo de garantizar derechos fundamentales.

En estricto sentido, este aditamento al precepto originario de los artículos 94 y 437 de la Constitución deviene en inconstitucional, cuya inclusión puede responder a la mejor intencionalidad pero que para formar parte del ordenamiento debe desenvolverse dentro del marco que le permite la misma Norma Suprema, bajo pena de incumplir con el principio de la supremacía constitucional.

3.4.5. La AEP no produce efecto suspensivo en la sentencia que revisa

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone en el artículo 62 que *la admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción*. De manera preventiva en el capítulo 2 se enunció este tema, pues se advierte que el texto legal podría llegar a vulnerar la seguridad jurídica, o podría permitir que ocurra una situación caótica si es que no se suspende la ejecución de una sentencia ejecutoriada cuando es admitida a trámite en la Corte Constitucional como objeto de una AEP.

En efecto, la mencionada situación ha ocurrido con la sentencia que ha expedido la Corte Constitucional de Transición, pronunciada aceptando la AEP en contra de los autos de 4 de marzo de 2008 y 14 de enero de 2010, expedidos por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo del Distrito Quito, sobre los que resuelve *Dejar sin efecto... a partir de la calificación de la demanda presentada... Disponer que otra Sala del Tribunal Contencioso Administrativo dé el trámite que en derecho corresponda.*⁴³³

⁴³³ Corte Constitucional de Transición, sentencia 08-12-SEP-CC de 15 de febrero de 2012.

Lo que se presenta en la realidad es un caos jurídico porque el mencionado Tribunal dispuso el 14 de enero de 2010 que habiéndose ejecutoriado el auto de 4 de marzo de 2008, el Ministerio de Energía y Minas pague a través de Petrocomercial USD\$ 9'528.927,43, *en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de casación de 8 de marzo de 2005.*

Es decir que si la interposición de una AEP no produce efecto suspensivo, como dice la disposición legal del artículo 62 de la LOGJCC, el respectivo juez o tribunal, debe cumplir con la obligación de ejecutar la sentencia ejecutoriada, pero el peligro de una contradicción judicial es evidente: si no se suspende la ejecución, esta puede ser contraria a la decisión de la instancia constitucional. En el caso que se reseña, eso es lo que ha sucedido: una sentencia ejecutoriada y ejecutada en la justicia ordinaria ha sido dejada sin efecto en la instancia constitucional.

Para esta investigación, se vuelve evidente la necesidad de modificar la norma en la parte que no establece el efecto suspensivo para una sentencia que va a ser revisada. La posibilidad de prevenir esta clase de efectos es permitir la posibilidad de crear el efecto suspensivo, determinando que debe ser con la correspondiente fianza, como sucede en la Ley de Casación.

CONCLUSIONES

El objetivo superior de proteger los derechos humanos, fundamentales y constitucionales a través de las garantías jurisdiccionales y la preocupación académica de verificar los diversos aspectos de su aplicación, son los justificativos para ejecutar esta tarea, que se espera tenga la posibilidad de despertar debates y nuevos estudios, a partir de la certeza de que la investigación se caracteriza por ser una tarea inacabada.

LA METODOLOGÍA UTILIZADA

El desarrollo de la investigación se inició con una matriz de problematización que planteó la pregunta central, la cual ha sido respondida en los resultados del análisis jurídico-estadístico: *¿En qué medida la forma en que la AEP es incorporada en la Constitución y aplicada por la Corte Constitucional permite que cumpla su función de proteger derechos fundamentales violados en sentencias o autos definitivos?*

El estudio partió de una dimensión histórico-doctrinaria, para examinar la evolución que han tenido sobre todo los derechos humanos y los mecanismos que los protegen, a los que se denominan garantías; la necesidad de su creación y las diversas modalidades en que han sido incorporados en cada país.

La trascendencia de los derechos y garantías, ya diferenciadas por la evolución técnico-jurídica, les permite formar parte del texto supremo, ubicando a la AEP en el ámbito procesal constitucional, por su calidad de institución que cumple la función de mecanismo procedimental de defensa de los derechos constitucionales.

Se analizó la garantía con prolijidad: partiendo desde su naturaleza jurídica; los elementos que hacen su contexto constitucional y los que le conforman internamente; la calidad procesal de la institución; la demanda, las partes y las fases que contempla su desarrollo.

EL ESTUDIO TEÓRICO COMO BASE DEL ANÁLISIS EMPÍRICO

El examen de los diferentes puntos que contempla el capítulo 2 otorga los fundamentos teóricos que sirvieron como premisas del análisis de lo que sucede en la realidad del ejercicio-aplicación de las AEP. Las observaciones realizadas a varias sentencias precisamente devienen del cotejamiento con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado; así como de la doctrina en la materia constitucional.

Para verificar la atención que la Corte Constitucional de Transición ha dado a las acciones extraordinarias de protección presentadas por los ciudadanos, se realizó el trabajo a través de la revisión de los Registros Oficiales, que son la única fuente de conocimiento desde el exterior y es lo que permite la presentación de estadísticas y porcentajes.⁴³⁴

Como se ha indicado, uno de los índices más preocupantes es el de las AEP rechazadas e inadmitidas, porque permite establecer que se presentan sin la debida preparación teórica, aspecto que implica además el desconocimiento del criterio del juez constitucional. Uno de los aspectos que se evidencia con estos números es la necesidad de que se permita una forma de publicación de las resoluciones que inadmiten o rechazan las AEP presentadas a fin de que se conozcan desde el exterior las razones para tales decisiones, por la incidencia que tiene el conocimiento y análisis de las causas, para que disminuyan estos índices.

Por otra parte, es necesario anotar que la información de la página web de la Corte Constitucional es incompleta y desactualizada. Se ha podido obtener la información sobre el número global de acciones ingresadas en la Secretaría General de la Corte Constitucional a través de un oficio entregado el 18 de mayo de 2012. (Anexo).

⁴³⁴ El acceso a los Registros Oficiales es directo, mediante la adquisición de tales documentos, pero la verificación se realizó a través del acceso permitido en las oficinas del Registro Oficial.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS

La protección de los derechos humanos y libertades constitucionales es indispensable para toda la humanidad, ellos permiten asegurar la democracia, porque se constituyen en el límite al poder, el que obligatoriamente debe sujetarse a la Constitución. No es en vano que el ser humano ha luchado de manera permanente para alcanzarlos y disfrutarlos, primero como las libertades que les eran negadas porque no cumplían determinados requisitos y más tarde como los derechos que les eran escamoteados por el poder mediante abuso o violación. Es precisamente para otorgar a los ciudadanos el ejercicio de la protección que le ofrece el Estado, que se crean las garantías, son los escudos procesales que protegen los derechos, uno de esos escudos es la AEP

Respecto de los derechos fundamentales, Bayón expresa que se constituyen en *terreno minado* para el poder político porque son espacios en los cuales no tienen incidencia las decisiones de mayoría porque allí donde está un derecho fundamental se conforma una zona infranqueable. (Ver 1.1.3.)

La investigación destaca que en lo concreto de las garantías, al ser creadas por el texto constitucional, (al igual que los derechos) tienen *dimensión constitucional*, lo que teóricamente les coloca fuera de la voluntad política del poder. Pero más bien lo que sucede es que en el momento de la concepción y alumbramiento son parte de esa voluntad política que se expresa en los diferentes estamentos, tal como sucedió en la Asamblea de Montecristi, en donde la nueva orientación constitucionalista permitió el mayor desarrollo cualitativo y cuantitativo de los derechos y la concreción y creación de las garantías jurisdiccionales entre las que está la AEP.

Otra cosa es determinar si en el ejercicio-aplicación de los derechos y las garantías se ha cumplido con las expectativas originadas en la Constitución 2008, que es precisamente la pretensión de este trabajo, respecto a la AEP.

LA CONSTITUCIÓN 2008 CREA LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

El escenario en el que se creó la AEP, es el Ecuador 2008, cuando el paradigma era la reinstitucionalización del Estado, la que se evidencia en un nuevo modelo constitucional que incluye la creación de esta garantía, que si bien tuvo posiciones contrarias, era necesaria para alcanzar la tutela de los derechos constitucionales que podrían ser lesionados dentro de los procesos judiciales, a partir del principio de que no hay autoridad pública exenta de cumplir la Constitución, lo que incluye a los jueces.

La observación que se ha presentado (Ver 3.2.4.1.) es a la base de los derechos protegidos, excesivamente ampliada para incluir a todos los que constan en la Constitución. Se considera que debe revisarse cuáles derechos deben ser objeto de reclamo a través de esta acción, para optimizar la oportunidad procesal de reparar las lesiones de derechos que puedan ocurrir dentro de un juicio ordinario y para discriminar a los derechos constitucionales relacionados al aspecto patrimonial porque tienen su propia vía judicial para el reclamo y la reparación.

El criterio se orienta a resaltar que las acusaciones contra los jueces son, en su mayoría, provenientes de su actividad *in procedendo*, esto es los derechos de protección: acceso gratuito a la justicia, al debido proceso y a la defensa, como aparece de los datos estadísticos, que demuestran que en el mayor porcentaje de AEP presentadas se acusa a los jueces de violar estos derechos (72,41%).

LA AEP Y LA DEMOCRACIA EN EL NUEVO MODELO CONSTITUCIONAL

Según el análisis de Escobar, en el mundo actual, las relaciones del poder para conformar la democracia, se conciben a partir del límite que establecen los derechos fundamentales y del sustento que implica la participación ciudadana. La evolución forma parte de la necesidad de *romper* el poder que pretende imponerse de manera absoluta, para encontrar alternativas, son “las dinámicas en las relaciones de poder, y por consiguiente, las dinámicas que ocurren en los procesos de creación y aplicación del Derecho”, allí encuentra la explicación de la diversidad de procesos transformadores que se dan en el mundo.⁴³⁵

En concordancia con esta premisa, es que en el Ecuador se elaboró un nuevo diseño constitucional, que proclama al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia* para resaltar la sujeción a la norma suprema y la trascendencia que en su organización tienen los derechos y la justicia. En la organización estatal contempla cinco funciones, pues añade a la tres tradicionales, la de “Transparencia y Control Social” y la “Electoral” con las que destaca la participación de la ciudadanía como el elemento-motor de la democracia.

En el sector justicia transformó los conceptos, la estructura, la organización y en lo concreto de los derechos constitucionales, convirtió a la Corte Constitucional en el órgano jurisdiccional de último pronunciamiento, en lo que contribuye grandemente el nuevo engranaje que permite la articulación con la justicia ordinaria, la *acción extraordinaria de protección*.

⁴³⁵ Claudia Escobar García, “Presentación, Capítulo Tercero, la Acción Extraordinaria de Protección”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2010, p. 651.

LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD EN TORNO A LA AEP

De acuerdo con el acápite anterior, se puntualiza la innovación de los conceptos de supremacía, justicia, jurisdicción, interpretación y garantismo, según las disposiciones de la Constitución 2008.

El nuevo modelo determina que las resoluciones judiciales que atañen a derechos reconocidos en la Constitución, pueden ser revisadas por la Corte Constitucional y que el mecanismo procesal que permite que se ejecute la mencionada intervención constitucional es la *acción extraordinaria de protección*, según los artículos 94 y 437 de la Constitución.

Así mismo, para determinar las facultades que le corresponden a la instancia, el artículo 429 de la norma suprema dice “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”; al resolver las AEP, administra justicia constitucional, ejecuta el control al verificar la supremacía del texto en cada proceso e interpreta en los casos que considera necesario.

Las sentencias que expide la Corte Constitucional respecto de AEP constituyen jurisprudencia vinculante, de acuerdo al artículo 436.6 de la Constitución, con lo que además se cumple la finalidad de alcanzar la unificación jurisprudencial.

Finalmente, el ejercicio de la jurisdicción dentro de las AEP comporta la transformación de mero *legislador negativo* en juez del caso concreto, se traslada el ejercicio del control abstracto al control concreto, pero mantiene el efecto *erga omnes* de sus pronunciamientos en virtud de la jurisprudencia vinculante.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA AEP

Se ha establecido que la acción extraordinaria de protección *es una garantía jurisdiccional instituida para la protección de los derechos de las personas, que en principio procede contra actos de autoridad; de naturaleza constitucional que se dirige*

hacia el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales competentes, contra el mismo Estado en el órgano definido que ha violado el o los derechos constitucionales, con la finalidad última de alcanzar la restauración del derecho, lo que constituye la efectividad. (Ver punto 2.1.3).

El órgano estatal contra el que se dirige la acción es el juez o tribunal que lesionó los derechos reconocidos en la Constitución, porque de acuerdo al primer resguardo de los derechos constitucionales, este debe tener lugar en la justicia ordinaria, pero en su defecto, debe responder ante otra instancia, cumpliéndose así la *doble dimensión* mencionada por Carrillo: la *función subjetiva*, establecida tanto por la Constitución como por la ley secundaria y la calidad de *constitucional* que permite el desarrollo del proceso en la Corte Constitucional.

La calidad de *extraordinaria* deviene de sus características procesales (porque la violación de derechos ha ocurrido dentro de un proceso judicial) y de los requisitos que debe cumplir, son los que le permiten diferenciarla de la acción de protección general u ordinaria.

En la tesis se han examinado, diferenciándolos, tanto los aspectos sustantivos como los adjetivos o procedimentales; en los primeros están la subsidiariedad, el agotamiento de recursos, el efecto reparador, la calidad de acción o recurso; en los caracteres adjetivos se ha incluido las partes procesales, la demanda de garantía, la admisibilidad, los términos, la audiencia pública, la prueba y la sentencia, en cuyo desarrollo de ha seguido la pauta que proviene de la propia LOGJCC.

Se considera acertado el análisis de Ferrer Mac-Gregor que define al amparo como el *derecho de acción de amparo*, porque permite enlazar esta denominación con la que surge de la evolución del *derecho de defensa* ante la violación de un derecho, inicialmente ejercido como la autodefensa personal que evoluciona y se transforma y

que ante la renuncia voluntaria del ciudadano frente al Estado, se despoja de la acción física para acoger la *acción jurídica*, de manera que el antiguo *derecho individual de defensa* se convierte en el actual *derecho subjetivo a la acción frente al Estado*, para demandar reparación, el que en el caso concreto de la acción extraordinaria de protección nace cuando un derecho constitucional ha sido violado, aún antes de iniciar el proceso, pero que adquiere eficacia procesal en la pretensión, expresada a través de la demanda que es el medio formal dentro del proceso constitucional.

Inconsistencias en la normativa que rige la sustanciación de la AEP

Las observaciones principalmente se refieren a las contradicciones e inconsistencias que se presentan entre la letra de la Constitución y lo dispuesto en las normas legales o reglamentarias, conforme se expresa en el punto 3.4. las conclusiones sobre esos temas son:

- " **La reparación integral**, según la LOGJCC, en los casos en que se ha reconocido la violación de derechos constitucionales, la Corte Constitucional debe ordenar la reparación integral, por el daño material e inmaterial. En el artículo 18 de esta Ley se establece qué comprende el daño material y el daño inmaterial, enumera las acciones y pagos que debe cumplir quien ha lesionado el derecho, lo que tiene que resolverse de modo expreso en “la sentencia o acuerdo reparatorio”; también se refiere a la reparación económica que debe solucionarse en la misma audiencia o en otra que debe efectuarse en el término máximo de ocho días. Conforme se analiza en el punto 3.4.2., la investigación considera inconveniente que el juez constitucional cumpla estas actuaciones, la sentencia debe incluir observaciones concretas que constituyan los lineamientos para que el juzgado de origen determine la reparación integral.

- **Recursos en la ejecución de la reparación**, el artículo 19 de la LOGJCC dice que en el trámite de la reparación económica “se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, lo que alarga aún más la cadena de acciones judiciales que contribuyen a impedir la efectividad de los derechos y el cumplimiento del artículo 86 de la Constitución que establece que el proceso en las garantías jurisdiccionales debe ser *sencillo rápido y eficaz*.
- **Contradicción entre los artículos 21 y 22 de la LOGJCC**, la primera disposición establece que la jueza o juez que ejecute la sentencia *podrá modificar las medidas*, mientras que en artículo 22.5 dispone de modo expreso la prohibición para *dictar actos ulteriores que afecten el fallo*, lo que vuelve necesaria la revisión y la consiguiente reforma, disposiciones que también se aplicarían conforme el criterio del juez de primer nivel en las sentencias dentro de las AEP que expida la Corte Constitucional en la fase de ejecución. Para esta investigación, de acuerdo a las normas procesales, la jueza o juez de ejecución no puede dictar providencias que modifiquen el pronunciamiento de la Corte Constitucional.
- **La disminución de solemnidades en la AEP**, nace en la norma constitucional del artículo 86.2.c) que admite la presentación de una demanda constitucional de garantía sin formalidades, lo que se considera un potencial peligro que podría conducir a la discrecionalidad de los jueces, porque deben aceptar la presentación de las acciones jurisdiccionales y permitir la sustanciación con formalidades a los litigantes que quieran o puedan cumplir e igualmente con una mediana o ninguna observancia de aquellas a los demás. ¿En qué derivaría entonces esta liberación de requisitos formales? En el apareamiento de la

discrecionalidad, que puede quedarse ahí o puede pasar a la inobservancia del principio de igualdad para atender a unos ciudadanos o para relegar a otros. En este aspecto lo que sí ha sucedido es que no se ha presentado ni una AEP sin firma de un abogado patrocinador.

- **El legitimado activo**, tiene la facultad de presentar la AEP cuando sus derechos constitucionales han sido lesionados en un proceso judicial, dentro del término de 20 días desde que conoció la sentencia. Pero de acuerdo a la disposición del artículo 59 de la LOGJCC, se amplía la facultad para el ejercicio de la AEP a las personas que *hayan debido ser parte en un proceso*, y por lo tanto el término establecido para la presentación de la acción también se amplía para estas personas pues se cuenta *desde que tuvieron conocimiento de la providencia*. De esta manera se contrariarían los principios procesales que determinan que la sentencia surte efectos respecto de quienes han sido parte de un proceso y además se dilata el trámite, pues se crea una vía adicional para que pierda la agilidad procesal que le corresponde para cumplir con el artículo 86.1. de la Constitución.
- **El término para despachar la AEP**, se ha determinado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en 30 días, con lo que se aspira a cumplir el enunciado constitucional de que el procedimiento para atender las garantías jurisdiccionales debe ser *rápido, sencillo y eficaz*. Pero de manera infundada, el “Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional”, contradice tanto la Constitución como la Ley cuando multiplica el término señalado para permitir que se cumpla en cada una de las dependencias en las que debe sustanciarse el proceso, indica que ese término (30 días) debe empezar a contarse desde el día siguiente al que se encuentre listo en

cada una de las *Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o al despacho del Pleno.*

LA EFICACIA DE LA NORMA Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

La AEP ha alcanzado la *eficacia* porque ha sido aceptada por las autoridades, el foro judicial y la ciudadanía, la evidencia es que sí se la ha utilizado. Hay que reconocer que desde el punto de defensa de los derechos humanos y las libertades constitucionales, la creación y existencia de la AEP están debidamente justificadas. Lo que está en tela de duda es su ejercicio material, debido a que la protección de los derechos violados en decisiones judiciales, ha alcanzado un escaso índice de efectividad. Esta aseveración se basa en la convicción de que los derechos se instituyen para todos los seres humanos, por el hecho de ser tales y deben ser otorgados, disfrutados y ejercidos, con igualdad de oportunidades, aspecto que aparece negado ante la evidencia de que el resarcimiento de derechos que se ha alcanzado por medio de la AEP, es extremadamente bajo, como se aprecia seguidamente.

EVIDENCIAS DE LOS DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA AEP

La *efectividad concreta* es la aplicación individualizada de la garantía a cada caso particular. Tratándose de la AEP, la efectividad trasciende del simple ejercicio, porque la razón de presentar esta acción es precisamente la búsqueda de que se hagan efectivos los derechos que se califican como *violados por acción u omisión* dentro de una sentencia o auto definitivo. La AEP se creó para que el ciudadano tenga la oportunidad de resarcir sus derechos constitucionales, los que se han lesionado dentro del pronunciamiento del juez, y que hasta antes de la creación de la AEP no podían ser objeto del amparo, tal como lo disponía la Constitución de 1998 en el artículo 95. Sobre la base de los datos estadísticos consignados, las conclusiones son:

- **Respecto del número de causas inadmitidas y rechazadas.** En la aplicación de las normas constitucionales, la acción extraordinaria de protección no ha alcanzado a constituirse en la causa de efectividad de los derechos constitucionales, pues solo en el 2,76% de las acciones se han expedido sentencias frente al 75,03% de inadmitidas o rechazadas. Más bien debe concluirse que urge la adopción de los mecanismos que coadyuven a la efectividad de la institución, como sucede en otros países: i) Mayor difusión de la institución; ii) Especialización de los profesionales que ejercen ante los altos tribunales; iii) Capacitación y actualización de los jueces, abogados y ciudadanos; y, iv) Publicidad de todos los fallos constitucionales.
- **Respecto de las sentencias que aceptan o niegan los derechos.** Las sentencias expedidas son el 2,79% del universo de sentencias 145/5251. De este porcentaje, las que aceptan derechos son 77 que representa el 1,5% y las que desechan son 68 que es el 1,29%. De manera que el dato estadístico es un indicio para negar la efectividad de los derechos mediante la AEP. El porcentaje mencionado conduce a la conclusión de que la garantía no ha cumplido el objetivo para el que fue creada porque se basa en los datos duros que son los números, de cada 100 AEP presentadas, solo en 1 y medio se han restituido los derechos violados por los pronunciamientos judiciales.
- **Respecto del tiempo en el que se expiden las sentencias en las AEP.** La Norma fundamental y los Instrumentos Internacionales disponen que el procedimiento para sustanciar las garantías jurisdiccionales debe ser *sencillo, rápido y eficaz*, la LOGJCC dispone que la AEP debe ser sentenciada en *el término máximo de treinta días* desde su recepción. Los datos indican que en el año 2011 el mayor número de acciones (18) han sido sentenciadas en un período

entre 25 a 30 meses, lo que contradice con las características de agilidad que le imponen al amparo las normas nacionales e internacionales. Los datos además muestran que en el mismo período, en 1 caso se ha sentenciado la AEP en menos de 6 meses.

- **Respecto de los derechos que han sido aceptados o negados en las AEP.** Los derechos que han sido reclamados de manera mayoritaria en las sentencias expedidas son: i) los de protección: 105/145 que representan el 72,41% y los del buen vivir, 25/145 que son el 17,24%, dando entre los dos grupos un total de 130/145 que implica el 89,65%. Por lo tanto, la suma de los otros derechos reclamados alcanza a 15/145 que es el 10,35%. Estos datos conducen a la conclusión de que los derechos que reclaman los ciudadanos en el Ecuador por considerarlos violados en procesos judiciales, son: el acceso a la justicia, el debido proceso y la defensa, de los cuales se destaca nítidamente como el más reclamado el derecho al debido proceso. Se conoce la escasa posibilidad de una reforma constitucional, pero de existir, debe incluir la limitación de la base de derechos protegidos para limitarla a los derechos de protección.

LA AEP APLICADA CON LAS CARACTERÍSTICAS ANALIZADAS, CUMPLE CON SU FUNCIÓN DE PROTEGER LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR?

Por lo expuesto, se debe concluir que la protección de los derechos a través de la AEP está siendo seriamente afectada por la realidad procesal que se ha cumplido en la instancia constitucional. La garantía jurisdiccional para tutelar los derechos violados en los procesos judiciales fue creada con elementos diferentes de los que ha sido aplicada y ejercida. Es en esta distorsión norma-aplicación-ejercicio en donde se encuentran otras

características que no corresponden al diseño original y que no le permiten cumplir con la función de protección.

Es así que se debe puntualizar esas distorsiones para la normativa, para la instancia de aplicación y para el ejercicio procesal.

La normativa no cumple el principio de la supremacía constitucional porque la ley secundaria y aún el Reglamento contradicen las disposiciones de la Constitución de la República, como se ha anotado en la calificación de la admisibilidad, en el tiempo de despacho. También se hace constar que se encuentran contradicciones dentro de la misma LOGJCC sobre la ejecución de la sentencia, o que permiten la discrecionalidad de los juzgadores, o sobre el legitimado activo; y un aspecto que debe ser rápidamente atendido por las consecuencias que puede generar en contra de la seguridad jurídica es la disposición expresa de que la presentación de una AEP no produce efecto suspensivo en la sentencia ejecutoriada que impugna.

La aplicación de la AEP con las características que se han analizado en esta tesis, no alcanza para proteger los derechos constitucionales. Así aparece de los datos referentes al manejo que se ha dado desde la instancia constitucional de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias tanto para calificar la admisibilidad como para extender la competencia de la instancia constitucional, incluyendo el tiempo de despacho, la falta de publicación de las sentencias que rechazan o inadmiten las AEP, el incumplimiento de la obligación legal de fomentar la investigación en materia constitucional.

Tampoco desde el ejercicio de la garantía se han cumplido las expectativas producidas por su creación, porque los índices de procesos rechazados e inadmitidos muestran la falta de conocimiento, preparación y solvencia profesional de la demanda

de garantía. No se puede dejar de mencionar que desde el ejercicio procesal, sí se ha utilizado la AEP como una instancia más.

La aseveración se fundamenta en los datos que se refieren a las causas rechazadas e inadmitidas, al número de sentencias expedidas, a la efectividad de los derechos, al tiempo de despacho. Por tanto, no se han alcanzado los objetivos de implementar el derecho-garantía de que habla Ayala Corao⁴³⁶ ni de hacer efectivo el derecho de tener una acción para que otro juez revise el cumplimiento de la Constitución en los procesos, como dice Grijalva.⁴³⁷

La conclusión final ratifica la aspiración de que las instancias profesionales y académicas procuren el diálogo/consulta que genere el debate/polémica con los estamentos de decisión, para alcanzar el objetivo de rescatar la aplicación-ejercicio de la AEP con las características con las que fue creada: para proteger los derechos violados por una decisión judicial, solamente ahí se podría decir que se ha cerrado el sistema, cuando cumpla el objetivo para el que fue creada: la tutela de los derechos constitucionales para el ciudadano con efectividad, solo entonces la acción extraordinaria de protección alcanzará a ser una realidad conforme el concepto de la Constitución 2008.

⁴³⁶ Carlos M. Ayala Corao, “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Colombia, Panamericana, 1998, p. 585, 586.

⁴³⁷ Agustín Grijalva, “La Acción Extraordinaria de Protección”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 658, 659.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupangui, Samuel, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaúnde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia, *Código Procesal Constitucional: comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima, Palestra, 2004.
- 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, comp., *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Abya-Yala, 2010.
- Álava Ormaza, Milton, *Cuarenta años de constitucionalismo*, Quito, Voluntad, 2000.
- Alcalá-Zamora, Niceto, *Estudios de teoría e historia del proceso*, vol. 3, México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2001.
- Alexy, Robert, *Teoría general de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 1a. reimp.
- “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Alsina, Hugo, *Derecho procesal civil parte procedimental*, vol. 3, México, Corporación de Editores, Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2001.
- *Fundamentos de derecho procesal*, vol. 4, México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2001.
- Alvarado Velloso, Adolfo, “Los sistemas procesales”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli, dirs., *El debido proceso*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *Confirmación procesal*, Buenos Aires, Ediar, 2007.

- Andrade Ubidia, Santiago, *La Casación civil en el Ecuador*, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2005.
- Aponte, Alejandro David, “La tutela contra sentencias: el Juez como garante de los derechos humanos fundamentales”, en *Revista de Derecho Público* 3, Cali, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes/Cal Publicidad, 1993.
- Aragón Reyes, Manuel, “25 años de justicia constitucional en España”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, México, Porrúa, 2004.
- Ávila Ortiz, Raúl, “Estado constitucional y división de poderes: una referencia a la Constitución ecuatoriana de 2008”, en revista *Ágora Política*, No. 2, *Diseño Democrático*, Quito, Ágora Democrática, 2010.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Retos de una nueva institucionalidad estatal”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- “Las garantías constitucionales: restricción o fortalecimiento”, en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Diálogo y debates sobre derechos humanos*, Quito, Abya-Yala, 2009.
- *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Rispergraf, 2011.
- Ayala Corao, Carlos M., “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Colombia, Panamericana, 1998.
- Ayala Mora, Enrique, y Rafael Quintero, *Asamblea Constituyente: retos y oportunidades*, Quito, Ediciones La Tierra, 2007.
- Baquerizo Minuche, Jorge, *El amicus curiae: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas*, Universidad Católica de

- Guayaquil, consultado el 22 de enero de 2012.
www.revistajuridicaonline.com/image/stories/revistas/2005/21/21Elamicuspdf.
- Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Benavides, Gina, “Avances en la construcción del Estado constitucional de derechos y justicia. Balance 2008”, en *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Abya-Yala, 2009.
- Botero Marino, Catalina, y Juan Fernando Jaramillo, *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*, alojado en www.Dejusticia.org, consultado el 11 de septiembre de 2009.
- Brennan, Lord Daniel, magistrado británico, integrante de la Cámara de los Lores del Parlamento del Reino Unido, en entrevista publicada en *El Universo*, 18 de septiembre de 2005, p. 5D.
- Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, LEYER, 2006.
(Obra original *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Padova, Italia, CEDAM, 1942).
- Calvo Soler, Raúl, *La ineficacia de las normas jurídicas en la Teoría pura del Derecho*, alojado en www.cervantesvirtual.com/, consultado el 29 de abril de 2012.
- Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- Carbonell, Miguel, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- “Prólogo”, en Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Rispergraf, 2011.

- Carbonell, Miguel, y Pedro Salazar, “Presentación”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- Carmona Cuenca, Encarnación, “El recurso de amparo constitucional y la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva. Apuntes para una reforma”, en Pablo Pérez Tremps, *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Carpizzo, Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009.
- Carrasco Durán, Manuel, “La defensa de los derechos fundamentales procesales ante la jurisdicción ordinaria: la Ley Orgánica 19/2003 de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en Pablo Lucas Murillo y Encarna Carmona, coords., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, Cuenca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- Carrillo, Marc, “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2001)”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Casamiglia, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”, en Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. 3, México Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S.A. de C.V., 2002.
- Comisión de Juristas CONESUP, *Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador*, Quito, publicado por la cooperación internacional, 2007.
- Correa Henao, Néstor Raúl, *Derecho Procesal de la acción de tutela*, Bogotá, JAVEGRAF, 2005.

- Corte Constitucional de Transición, *Memoria de la Justicia Constitucional 2008-2011*, Quito, publicado por la Corte Constitucional de Transición, 2011.
- Couture, Eduardo J., *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, vol. 2, México, Corporación de Editores Diseño y Fotomecánica, S. A. de C.V., 2002.
- Cueva Carrión, Luis, *Acción constitucional extraordinaria de protección*, Quito, Empresdane Gráficas Cía. Ltda., 2011.
- Da Silva, Alfonso, Aplicabilidad de las normas constitucionales, p. 50, alojado en www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1000/5.pdf, consultado el 29 de abril de 2012.
- De Cabo, Antonio, y Gerardo Pisarello, “Prólogo”, en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- ECUARUNARI, “Doce puntos fueron exigidos por las autoridades de Cotopaxi a la Corte Constitucional”, Boletín Informativo de 8 de junio de 2010, www.ecuarunari.org/portal/Justicia%20Ind%C3%ADgena%20Cotopaxi, consultado el 2 de marzo de 2012.
- Echeverría, Julio, *El desafío constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2006.
- Eguiguren Praeli, Francisco José, “La opción por un amparo estricto y residual”, en Claudia Escobar García, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2010.
- Escobar García, Claudia, “El impacto de la justicia constitucional en las democracias contemporáneas”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2010.
- Escudero, Jhoel, “Transformación y resistencia al cambio del Derecho constitucional, el caso ecuatoriano”, en R. Gargarella, C. Storini y otros, *Perspectivas constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*,
www.google/EsguerraPortocarrero, consultado el 2 de julio de 2010.
- Espejo, Eugenio, “Defensa de los curas de Riobamba”, citado en *El Nuevo Luciano de Quito*, Clásicos Ariel 56, Guayaquil, Cromograf, s/a.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
——— “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell, ed.,
Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2003.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*,
México, Porrúa, 2000.
——— “El amparo iberoamericano”, en Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor, coords., *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Prólogo”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa, 2000.
- Fix-Zamudio, Héctor, y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999.
- Flores, Daniela, Equipo Jurídico de INREDH, *La justicia indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*, 3 de agosto de 2011, alojado en
http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=422%3A-la-justicia-indigena-y-sus-conflictos-con-el-derecho-ordinario&Itemid=57,
consultado el 1 de marzo de 2012.
- Flores, Fernando, “La Constitución y los instrumentos internacionales como normas de eficacia directa”, en Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CLD,
Memoria de eventos de Derecho Constitucional 2000, Quito, Abya-Yala, 2000.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*,
Madrid, Civitas, 1991.

- García Falconí, José, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución Política del Ecuador*, Quito, Ediciones RODIN, 2008.
- *Monografía Jurídica. Funciones del juez en el nuevo ordenamiento jurídico del Ecuador*, Riobamba, Indugraf, 2013.
- García Roca, Javier, “La cifra del amparo constitucional”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo”, en Carbonell y Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- Glasió, Guillermo, “Estudio preliminar”, en Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Berlín, 1931)*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Goldschmidt, James, “Presentación”, en *Principios generales del proceso*, vol. 1, México, Fotomecánica Romero, 2001.
- Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en Carbonell y Salazar, eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- Grijalva Agustín, “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.

- “La Acción Extraordinaria de Protección”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2010.
- “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador”, en Dunia Martínez Molina, ed., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Rispergraf, 2011.
- Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trota, 2006.
Título original *Die Zukunft der Verfassung*.
- Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3a. ed., p. 712, citado por Santiago Andrade Ubidia, *La Casación civil en el Ecuador*, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2005.
- Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.
- “El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal Alemana”, traducido del alemán por Joaquín Brage Camazano, en *El Derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006.
- Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 332, citado por Jorge Carpizzo, en *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009.
- Henoa Hidrón, Javier, *Derecho Procesal Constitucional: protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, TEMIS, 2003.
- Hernández Valle, Rubén, “La prueba en los procesos constitucionales”, en Gabriel Hernández Villarreal, editor académico, *Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.
- Hoyos, Ricardo, “Acción de tutela e indemnización de perjuicios”, en revista *Responsabilidad civil y del Estado*, No. 1, Medellín, Instituto Antioqueño de

- Responsabilidad Civil y del Estado, 1995, citado por Néstor Correa Henao en *Derecho Procesal de la acción de tutela*, Bogotá, JAVEGRAF, 2005.
- Ibáñez, Andrés Perfecto, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en Carbonell y Salazar eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- Ibarra, Hernán, *Visión histórico-política de la Constitución del 2008*, Quito, Albazul Offset, 2010.
- Illaquiche Licta, Raúl, “Administración de justicia indígena en la ciudad: estudio de un caso”, en *Revista Yachaikuna*, consultado el 1 de marzo de 2012, alojado en www.icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf.
- Illáñez F., *La acción procesal*, La Paz, Art Apoyo Gráfico, 2010, alojado en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/03/accpro.html>. Consultado el 15 de junio de 2013.
- Jiménez, Eduardo Pablo, “Derechos Humanos, Bioética y Medio Ambiente”, en Germán J. Bidart Campos y Guido Risso, coords., *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Berlín, 1931)*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Legaz, Luis, “Prólogo del traductor”, en Hans Kelsen, *La Teoría Pura del derecho*, México, Colofón, 1996, 4a. ed.
- Llasag Fernández, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.

- López Freire, Ernesto, “La evolución del control constitucional en el Ecuador”, en *Derecho constitucional para fortalecer la democracia*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1999.
- López Hidalgo, Sebastián, “La acción extraordinaria de protección”, en R. Gargarella, C. Storini y otros, *Perspectivas constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- López, Julián, Alfredo Bateman, Juliana Vengoechea y Juanita López, *La garantía de los derechos sociales*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2009.
- Maldonado, Carlos Eduardo, *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad*, Bogotá, Temis, 2000.
- Manili, Pablo Luis, “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”, en Pablo Luis Manili, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 2005.
- Marcial González, Robert, “Sistemas de enjuiciamiento republicano”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *Confirmación procesal*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- Martínez Molina, Dunia, “A manera de introducción: la Corte Constitucional una consecuencia lógica de la evolución del control constitucional en Ecuador”, en D. Martínez Molina, ed., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Rispergraf, 2011.
- Montaña Pinto, Juan, “La interpretación constitucional: variaciones de un tema inconcluso”, en Claudia Escobar García, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2010.

- “Presentación”, en Angélica Porras Velasco y Johanna Romero Larco, *Guía de Jurisprudencia Constitucional ecuatoriana período octubre 2008-diciembre 2012*, tomo 1, Quito, Rispergraf, 2011.
- Montero Aroca, Juan, “Libertad y autoritarismo en la prueba”, en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, dirs., *Confirmación procesal*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- Morales Viteri, Juan Pablo, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, V&M Gráficas, 2008.
- Moscoso Álvarez, Raúl, *Apología del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Quito, Unidad de Presentación Gráfica, 1993.
- Oficina de Información Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Semblanza del sistema jurídico de EE. UU.*, Manila, RPC, 2004.
- Pásara, Luis, “El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia”, en *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, V&M Gráficas, 2008.
- Pazmiño, Patricio, “Presentación”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Quito, Comunicación Social Relaciones Públicas, 2007.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1999.
- Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- Pérez, Efraín, *Esquema de la Acción Extraordinaria de Protección en las sentencias de la Corte Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

- Pérez Luño, Antonio Enrique, y otros, *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2004, 3a. ed.
- Pérez Tremps, Pablo, “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “La admisión en los procesos constitucionales”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador/Universidad Carlos III de Madrid/Comisión Europea/Corporación Editora Nacional, 2005.
- *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 237, citado por Catalina Botero Marino y Juan Jaramillo, www.Dejusticia.org, consultado el 14 de septiembre de 2009.
- Pérez Tremps, Pablo, y Miguel Revenga Sánchez, “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España”, en Emilio Pajares Montolío, *La protección judicial de los derechos fundamentales en Brasil, Colombia y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Picatoste Bobillo, Julio, “Disposiciones generales sobre los recursos”, en Julio Picatoste Bobillo, coord., *Los recursos y otros medios de impugnación en la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Bosch, 2009.
- Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

- Quiroga León, Aníbal, “El Derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung/Mastergraf, 2006.
- Ribadeneira, Amelia, *Una Corte de Justicia con la participación de la ciudadanía*, Quito, Imprenta Don Bosco, 2006.
- Rivadeneira, Ramiro, “Interpretación constitucional”, en *Temas Constitucionales. Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 7, Quito, Relaciones Públicas del TC, II trimestre 2006.
- Rocco, Ugo, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
- Rodríguez Molina, Paulo, “Mensaje”, en *Proyecto de Código Procesal Unificado en Materias No Penales*, Quito, Consejo de la Judicatura del Ecuador/Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2012.
- Rovira, Enoch Albertí, “El recurso de amparo constitucional: una revisión pendiente”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional”, en Víctor Bazán, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996.
- Salgado Pesantes, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Impresores Myl, 2004, 3a. ed.
- *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional Ecuatoriana 5, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador/Universidad Carlos III de Madrid/Comisión Europea/Corporación Editora Nacional, 2004.

- Serra, Rosario, *La guerra de las Cortes*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Sieyés, Enmanuel J., *El Tercer Estado y otros escritos de 1789*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- Storini, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Andrade, Grijalva y Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Taruffo, Michele, *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, traducción del italiano de Jesús Ibarra Cárdenas, alojado en www.juridicas.unam.mx, consultado el 23.04.12.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, *Proyecto: “Sistema de Administración de Justicia Constitucional”*, Quito, Publicación del Tribunal Constitucional, Relaciones Públicas, 2008.
- Trujillo, Julio César, “La reorganización de la Corte Suprema de Justicia o la degradación del Estado de Derecho”, en *Foro: revista de derecho*, No. 4, Quito, Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2005.
- “Sociedad civil, Estado y participación”, en Andrade, Grijalva y Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009.
- entrevista concedida a la investigadora, el 7 de abril de 2010.
- Tur Ausina, Rosario, *Garantía de derechos y Jurisdicción Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Vela, Miguel Ángel, *Edición crítica de la Constitución Política de la República del Ecuador 1978/1997*, Quito, Oficina de Servicios Gráficos, 1997.

Vellani, Mario, *Naturaleza de la cosa juzgada*, vol. 2, México, Corporación de Editores, 2002.

Viver i Pi-Sunyer, Carles, “Diagnóstico para una reforma”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Viver i Pi-Sunyer, Carles, y Héctor López Bonfill, “Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, en *Jurisdicción constitucional y judicial en el Recurso de Amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, traducción de Jorge Malem Será, Barcelona, Ariel, 2001, 6a. ed.

Zavala Egas, Jorge, “La unidad jurisdiccional”, en la revista *Iuris Dictio* de la Universidad San Francisco de Quito, año I, No. 1, Quito, A/H Editorial, 2000.

INTERNET Y OTROS MEDIOS <http://web.presidencia.gov.co>, consultado el

30.04.12. <http://www.corteidh.or.cr/>, consultado el 14 de junio de 2013.

<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>, consultado el 30.04.12.

<http://www2.congreso.gob.pe>, consultado el 30.04.12.

www.constitucionesdelmundo.com/Argentina, consultado el 3 de agosto de 2011.

www.luventicus.org/articulo/02A036/hobbes, consultado el 23.01.11.

www.monografias.com/trabajos71/iusnaturalismo-positiv <http://ismo.shtm#eljusnatua>,
consultado el 24 de agosto de 2011.

LEGISLACIÓN

Código Civil, Ecuador.

Código de Procedimiento Civil.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Constitución de Perú, 1991.

Constitución del Ecuador de 1812, constante en Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, tomo IV, apéndice volumen I.

Constitución del Ecuador de 1830, texto constante en Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, tomo IV, apéndice volumen I.

Constitución del Ecuador, codificada en 1998.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009.

Corte Suprema de Justicia, Resolución que dirime si la casación es un recurso o una acción, se publicó en el Registro Oficial No. 243 de 26 de enero de 1998.

Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial 299 de 24 de marzo de 2004.

Ley de Propiedad Intelectual.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ecuador.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley Orgánica del Poder Judicial de España, alojada en www.noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.tp.html, consultado el 5 de diciembre de 2011.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 127 de 10 de febrero de 2010.

Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial 466 de 13 de noviembre de 2008.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969).

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador).

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-543 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-024 de 1996, citada por Néstor Raúl Correa Henao, en *Derecho Procesal de la acción de tutela*, Bogotá, JAVEGRAF, 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-237-98, alojada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-237-98.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón, citado por Manuel Fernando Quinche Ramírez, en *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-567 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, citado por Manuel Fernando Quinche Ramírez, en

Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Caso 731-10-EP, de la justicia indígena, sin sentencia.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 001-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 571 de 16 de abril de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 002-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 590 de 14 de mayo de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 0023-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 8 de octubre de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 005-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 006-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 605 de 4 de junio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 006-11-SEP-CC, publicada en el SRO 572 de 10 de noviembre de 2011.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 007-09-SEP-CC, publicada en el SRO 602 de 1 de junio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 008-09-SEP-CC, publicada en el SRO 602 de 1.06.09.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 010-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 637 de 20 de julio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 011-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 637 de 20 de julio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 013-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 638 de 21 de julio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 014-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 648 de 4 de agosto de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 015-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 651 de 7 de agosto de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 017-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 651 de 7 de agosto de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 024-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 47 de 15 de octubre de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 027-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 de 30 de octubre de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 03-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 030-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 038-11-SEP-CC, publicada en el SRO 595 de 13 de diciembre de 2011.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 053-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 333 de 2 de diciembre de 2010.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 09-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

Corte Constitucional de Transición del Ecuador, Sentencia 29-09-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional de Transición, Caso 0804-2011-EP, auto de calificación de 7 de diciembre de 2011.

Corte Constitucional de Transición, Casos Nos. 0362-10-EP; 1639-10-EP; 1862-10-EP; 1800-11-EP; 1874-11-EP; 1878-11-EP; 1900-11-EP; 1961-11-EP; 1912-11-EP; 1929-11-EP; 1943-11-EP; que corresponden a autos de rechazo o inadmisión, por lo tanto no llegan a ser sentencias.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia expedida el 14 de marzo de 2011, caso Barrios Altos vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia expedida el 7 de septiembre de 2004, caso Tibi vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias expedidas el 6 de mayo de 2008 y 3 de marzo de 2011, caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.

Tribunal Constitucional de España, *Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009. Recurso de amparo abogado 7329-2008. Promovido por doña Dolores Vallejo Marchal frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y de un Juzgado de Instrucción de Fuenlabrada, publicada en el Boletín Oficial. Suplemento No. 181, de 28 de julio de 2009. Sec. TC pág. 51.*

DOCUMENTACIÓN

Asamblea Constituyente 2008, Acta 076 de 4 de julio de 2008.

Asamblea Constituyente 2008, Acta 084 de 13 de julio de 2008.

Asamblea Constituyente 2008, Acta 086 de 15 de julio de 2008.

Corte Constitucional de Transición, *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC de los casos acumulados 003-08-IC / 0004-08-IC / 0006-08-IC / 0008-08-IC*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 26 de 28 de mayo de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Resolución s/n de 8 de septiembre de 2008.

Cuadro “Acción Extraordinaria de Protección. Normativa Constitución 2008. Período: 20 de octubre 2008 a 30 de abril de 2012”, entregado el 18 de mayo de 2012 (Secretaría General de la Corte Constitucional de Transición).

Oficio de 12 de julio de 2008 suscrito por la asambleísta Catalina Ayala.

Tribunal Constitucional, Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

PRENSA

“Justicia indígena pone en apuros a Ecuador y Bolivia. AFP-Quito”, *El Universo*, 5 de junio de 2010.

“Justicia indígena”, Sebastián Mantilla Baca, *El Comercio*, 26 de mayo de 2010.

“Justicias paralelas”, editorial, *El Comercio*, 27 de mayo de 2010, p. A10.

“Palacio da luces sobre lo que quiere de la Asamblea”, *El Comercio*, 31 de octubre de 2006.

ENTREVISTAS

Andrade Ubidia, Santiago, entrevistas concedidas a la investigadora el 13 de julio de 2009 y 5 de agosto de 2009.

Grijalva, Agustín, entrevista concedida a la investigadora el 6 de julio de 2009.

Trujillo, Julio César, entrevista concedida a la investigadora el 7 de abril de 2010.

**ANEXO 1: RESUMEN DE LOS REGISTROS OFICIALES
QUE PUBLICAN SENTENCIAS SOBRE LAS AEP, AÑOS 2009, 2010, 2011**

2009 <i>(12 aceptan, 12 niegan)</i>			
RO	FECHA	SENTENCIAS ACEPTAN	SENTENCIAS NIEGAN
571	16-04-09		01-09-SEP-CC DESECHA
590	14-05-09		02-09-SEP-CC NIEGA
602	1-06-09	07-09-SEP-CC 09-09-SEP-CC	03-09-SEP-CC DESECHA 04-09-SEP-CC DESECHA 05-09-SEP-CC DESECHA 08-09-SEP-CC DESECHA
605	4-06-09		06-06-SEP-CC DESECHA
637	20-07-09	010-09-SEP-CC 011-09-SEP-CC	
638	21-07-09		013-09-SEP-CC DESECHA
648	4-08-09		014-09-SEP-CC DESECHA
651	7-08-09		015-09-SEP-CC DESECHA 016-09-SEP-CC DESECHA POR NO CUMPLIR REQ. 017-09-SEP-CC DESECHA 018-09-SEP-CC DESECHA POR IMPROCEDENTE
9	21-08-09	012-SEP-09 ACEPTA IEISS	
25	14-09-09		021-09-SEP-CC DESECHAR
35	28-09-09	020-09-SEP-CC	
43	8-10-09	023-09-SEP-CC PREFECTA ESMERALDAS	
47	15-10-09	024-09-SEP-CC PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS	
50	20-10-09		022-09-SEP-CC DESECHA 025-09-SEP-CC DESECHA
54	26-10-09	026-09-SEP-CC	028-09-SEP-CC NEGAR 027-09-SEP-CC NEGAR IMPROCEDENTE
97	29-12-09	032-09-SEP-CC	
		034-09-SEP-CC	029-09-SEP-CC DESECHAR 030-09-SEP-CC NEGAR 033-09-SEP-CC DESECHAR
98	30-12-09	031-09-SEP-CC	
2010 <i>(27 aceptan, 29 niegan)</i>			
S. 119	27-01-10	01-10-SEP-CC 03-10-SEP-CC	035-09-SEP-CC NEGAR 036-09-SEP-CC DESECHAR
S. 119	29-01-10		038-09-SEP-CC DESECHAR
S. 121	2-02-10	037-09-SEP-CC 02-10-SEP-CC	
S. 159	26-03-10	04-10-SEP-CC 05-10-SEP-CC 06-10-SEP-CC	
S. 168	9-04-10		07-10SEP-CC NIEGA 08-10-SEP-CC DESECHA
S. 177	22-04-10	010-10-SEP-CC	
S. 183	30-04-10		09-10-SEP-CC DESECHAR 11-10-SEP-CC NEGAR
S. 192	13-05-10	014-10-SEP-CC	
			012-10-SEP-CC DESECHAR
S. 196	19-05-10	015-10-SEP-CC MIN FIN	013-10-SEP-CC RECHAZAR
S. 202	28-05-10	016-10-SEP-CC	023-10-SEP-CC NEGAR

		PETROECUADOR 022-10-SEP-CC	
S. 228	5-07-10	017-10-SEP-CC TAME 020-10-SEP-CC	021-10-SEP-CC NEGAR
S.232	9-07-10	024-10-SEP-CC 027-10-SEP-CC	025-10-SEP-CC DESECHAR
S. 238	19-07-10		029-10-SEP-CC DECLARA SIN LUGAR
S. 250	4-08-10	030-10-SEP-CC 031-10-SEP-CC	032-10-SEP-CC NEGAR
S. 258	17-08-10	033-10-SEP-CC	
S. 285	23-09-10	034-10-SEP-CC	
S. 286	24-09-10	038-10-SEP-CC	036-10-SEP-CC NEGAR 037-10-SEP-CC NEGAR 039-10-SEP-CC NEGAR
S. 290	30-09-10	028-10-SEP-CC	
			026-10-SEP-CC NEGAR
S. 294	6-10-10	035-10-SEP-CC 041-10-SEP-CC	042-10-SEP-CC NIEGA
S. 299	13-10-10		040-10-SEP-CC NIEGA
S. 331	30-11-10	044-10-SEP-CC 045-10-SEP-CC	047-10-SEP-CC NEGAR 048-10-SEP-CC NEGAR 049-10-SEP-CC NEGAR 050-10-SEP-CC NEGAR
S. 333	2-12-10	052-10-SEP-CC	053-10-SEP-CC MODULA
S. 343	17-12-10		046-10-SEP-CC NEGAR 058-10-SEP-CCNEGAR 059-10-SEP-CC DECLARAR SIN LUGAR
S. 348	24-12-10		019-10-SEP-CC NEGAR
2011 <i>(38 aceptan, 18 niegan)</i>			
S. 359	10-01-11	055-10-SEP-CC ACEPTA 070-10-SEP-CC	018-10-SEP-CC
S. 364	17-01-11	062-10-SEP-CC 063-10-SEP-CC 064-10-SEP-CC 065-10-SEP-CC 066-10-SEP-CC 067-10-SEP-CC	
S. 367	20-01-11	072-10-SEP-CC DECLARAR VULNERADOS	
S. 370	25-01-11	073-10-SEP-CC ACEPTA	074-10-SEP-CC NEGAR 075-10-SEP-CC NEGAR
S. 372	27-01-11	068-10-SEP-CC 069-10-SEP-CC	
S. 399	9-03-11		077-10-SEP-CC
S. 441	5-05-11	076-11-SEP-CC ACEPTAR	
S. 482	1-07-11		02-11-SEP-CC DESECHAR 03-11-SEP-CC RECHAZAR
S. 485	6-07-11	037-09-SEP-CC ACEPTAR	
S. 536	16-09-11	015-11-SEP-CC ACEPTAR	
S. 537	19-09-11		014-11-SEP-CC NEGAR
S. 553	11-10-11	016-11-SEP-CC ACEPTAR M. AMBIENTE	
S. 555	13-10-11	011-11-SEP-CC DECLARAR VULNERADOS.	
S. 572	10-11-11	05-11-SEP-CC ACEPTAR 07-11-SEP-CC	06-11-SEP-CC NEGAR 08-11-SEP-CC RECHAZAR

		9-11-SEP-CC 10-11-SEP-CC 17-11-SEP-CC 18-11-SEP-CC 19-11-SEP-CC 21-11-SEP-CC 22-11-SEP-CC 24-11-SEP-CC 25-11-SEP-CC	12-11-SEP-CC NEGAR 28-11-SEP-CC DESECHAR 31-11-SEP-CC NEGAR 32-11-SEP-CC NEGAR
S. 595	13-12-11	038-11-SEP-CC	
S. 597	15-12-11	029-11-SEP-CC 034-11-SEP-CC 035-11-SEP-CC 037-11-SEP-CC 040-11-SEP-CC	42-11-SEP-CC
2S.601	21-12-11	036-11-SEP-CC 041-11-SEP-CC 045-11-SEP-CC	043-11-SEP-CC 044-11-SEP-CC
S. 606	21-12-12	048-11-SEP-CC	047-11-SEP-CC
S. 608	30-12-11	072-10-SEP-CC	049-11-SEP-CC

ANEXO 2: RESUMEN DE LOS DERECHOS ACEPTADOS O NEGADOS EN LAS AEP

DERECHOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS/RECLAMADOS	PRONUNCIAMIENTO EN LA SENTENCIA	ACEPTADOS
DERECHOS DEL BUEN VIVIR		
-DERECHO AL TRABAJO Y A LA REMUNERACIÓN, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA ESTABILIDAD COMO SERVIDOR PÚBLICO DE CARRERA – Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	DESECHAR LA AEP presentada por Marcelo Rodríguez, ORDENAR EL ARCHIVO –(003-09-SEP-CC; SRO 602 DE 1.06.09)	
-DERECHOS DE PROPIEDAD (prohibición de confiscación, art. 323), AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE SUJECCIÓN A LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL - Juez Ponente Dr. Patricio Herrera	NEGAR LA AEP presentada por el Dr. Diego Becerra, representante de CELECTRO – (021-10-SEP-CC; SRO 228 de 5.07.10)	
DERECHOS A LA LIBERTAD, AL TRABAJO, A VIVIR CON DIGNIDAD Y EL DERECHO AL BUEN NOMBRE - Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	NEGAR LA AEP planteada por Rafael Romo Estrada. (037-10-SEP-CC; Caso 512-09-EP; SRO 286 de 24.09.10)	
DERECHOS A LA DEFENSA, AL DEBIDO PROCESO, A QUE LA SENTENCIA SEA MOTIVADA - Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.	ACEPTAR LA AEP interpuesta por el ciudadano Hugo Balladares y PROTEGIENDO SU DERECHO A LA EDUCACIÓN, DISPONER SU REINCORPORACIÓN A LA ESCUELA SUPERIOR MILITAR “ELOY ALFARO”. (038-10-SEP-CC; Caso 0367-09-EP; SRO 286 de 24.09.10)	<u>1</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL TRABAJO – Dra. Nina Pacari.	NEGAR LA AEP presentada por Alfredo García, POR IMPROCEDENTE (039-10-SEP-CC; Caso 368-09; SRO 286 de 24.09.10)	
DERECHOS A LA PROPIEDAD Y A LA VIVIENDA DIGNA. Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	NEGAR LA AEP planteada por Gladys Hualpa y otras y REVOCAR LA MEDIDA CAUTELAR (026-10-SEP-CC; Caso 0343-09-EP; SRO 290 de 30.09.10)	
PRINCIPIOS DE INTANGIBILIDAD, IRRENUNCIABILIDAD, PRO OPERARIO Y LOS DERECHOS: A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, CONSTANTES EN LA CONSTITUCIÓN 1998 - Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	ACEPTAR LA AEP interpuesta por Julio Guijarro, DECLARAR LA EXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DISPONER QUE LA PRIMERA SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA Y RESUELVA EL RECUSO DE CASACIÓN (041-10-SEP-CC; Caso 0305-09-EP; SRO 294 de 6.10.10)	<u>2</u>
PRINCIPIOS DE INTANGIBILIDAD, IRRENUNCIABILIDAD Y PRO OPERARIO CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN 1998; DERECHO A LA DEFENSA Y A QUE LAS RESOLUCIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SEAN MOTIVADOS, CONFORME A LA CONSTITUCIÓN 2008 – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	DECLARAR CON LUGAR LA AEP planteada por el señor Leandro Ordóñez, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA RECURRIDA (SIC) Y DISPONER QUE OTRA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONOZCA Y RESUELVA LOS RECURSOS DE CASACIÓN (044-10-SEP-CC; Caso 037-10-EP; SRO 331 de 30.11.10)	<u>3</u>
DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1998: AL	NEGAR LA AEP presentada por Antonio Lazo Chambi, CONFIRMAR EL AUTO DE NULIDAD	

TRABAJO, A LA IRRENUNCIABILIDAD E INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES; A LA GARANTÍA DEL ESTADO PARA GOZAR LOS DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN RECONOCIDOS LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, A LA DIRECTA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS, A LA IGUALDAD, A DIRIGIR QUEJAS Y PETICIONES, AL DEBIDO PROCESO, A LA PROPIEDAD – Jueza Ponente: Dra. Nina Pacari.	IMPUGNADO, ORDENAR EL ARCHIVO. (058-10-SEP-CC; Caso 0187-09-EP; 2º. SRO 343 de 17.12.10)	
DERECHO A BUSCAR, RECIBIR, PRODUCIR, INTERCAMBIAR INFORMACIÓN; AL DEBIDO PROCESO PARA QUE LA AUTORIDAD GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y DERECHOS; A LA SEGURIDAD JURÍDICA; DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES (ART. 213) – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	ACEPTAR LA AEP planteada por el Ing. Fabián Jaramillo, Superintendente de Telecomunicaciones, DECLARAR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA, PREVIO SORTEO, OTRA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL SUSTANCIE EL PROCESO Voto Concurrente de los Doctores Alfonso Luz y Manuel Viteri // Voto Concurrente de la Dra. Nina Pacari (0213-10-SEP-CC; Caso 213-10-EP; SRO 359 de 10.01.11)	<u>4</u>
-DERECHOS: AL TRABAJO (Constitución de 1998); A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA (Constitución 2008) – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	DECLARAR CON LUGAR LA AEP interpuesta por el Sr. José Alberto Maldonado; DISPONER QUE OTRA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA Y RESUELVA LOS RECURSOS DE CASACIÓN (062-10-SEP-CC; Caso 0947-EP-EP; SRO 364 de 17.01.11)	<u>5</u>
-DERECHOS: AL TRABAJO (Constitución de 1998) ; A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA (Constitución 2008) – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz	DECLARAR CON LUGAR LA AEP presentada por el Sr. Jorge Caamaño; DISPONER QUE OTRA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA Y RESUELVA LOS RECURSOS DE CASACIÓN (063-10-SEP-CC; Caso 0948-EP-EP; SRO 364 de 17.01.11)	<u>6</u>
-DERECHOS: AL TRABAJO (Constitución de 1998) ; A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA (Constitución 2008) – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz	DECLARAR CON LUGAR LA AEP presentada por el Sr. José David Marín; DISPONER QUE OTRA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA Y RESUELVA LOS RECURSOS DE CASACIÓN (065-10-SEP-CC; Caso 0949-EP-EP; SRO 364 de 17.01.11)	<u>7</u>
-DERECHOS: AL TRABAJO (Constitución de 1998) ; A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA (Constitución 2008) – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz	DECLARAR CON LUGAR LA AEP presentada por el Sr. Francisco Matailo; DISPONER QUE OTRA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA Y RESUELVA LOS RECURSOS DE CASACIÓN (066-10-SEP-CC; Caso 0944-EP-EP; SRO 364 de 17.01.11)	<u>8</u>
-DERECHOS: AL TRABAJO (Constitución de 1998) ; A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA (Constitución 2008) – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz	DECLARAR CON LUGAR LA AEP presentada por el Sr. Miguel Ángel Garzón; DISPONER QUE OTRA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA Y RESUELVA LOS RECURSOS DE CASACIÓN (067-10-SEP-CC; Caso 0945-EP-EP; SRO 364 de 17.01.11)	<u>9</u>
DERECHOS: A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y QUE NADIE PUEDE SER OBLIGADO A REALIZAR UN TRABAJO GRATUITO O FORZOSO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, A LA	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP presentada por el Dr. José Fco. Vacas, Viceministro del Trabajo; DEJAR SIN EFECTO LAS SENTENCIA IMPUGNADAS (072-10-SEP-	<u>10</u>

IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL; DECLARACIONES DE QUE LA REMUNERACIÓN DEBE SER JUSTA, QUE EL ESTADO DEBE FIJARLA Y REVISARLA – Juez Ponente Dr. Hernando Morales	CC; Caso 0164-10-EP; SRO 367 de 20.01.11)	
DERECHOS A LA SEGURIDAD JURÍDICA, AL TRABAJO; PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS, PRO SER HUMANO; NORMAS CONTENIDAS EN LOS CONVENIOS 87 Y 98 DE LA OIT – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP deducida por el ab. Walter Haro, procurador judicial de Simón Villegas, DEJAR SIN EFECTO EL AUTO DE NULIDAD IMPUGNADO, DISPONE QUE OTRA SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS, PREVIO SORTEO, SUSTANCIE LA CAUSA (010-11-EP-CC; Caso 0373-10-EP; SRO 572 de 10.11.11)	<u>11</u>
DERECHOS: AL TRABAJO, A LA IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS DEL DERECHO AL TRABAJO – Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP interpuesta por el Ing. Reinaldo Fuentes, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA; DISPONER QUE LA CAUSA SE RETROTRAIGA HASTA LA PRESENTACIÓN DE LA CASACIÓN, QUE DEBE SER SUSTANCIADA POR OTRA SALA DELA CORTE NACIONAL (018-11-SEP-CC; Caso 635-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	<u>12</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; DECLARACIÓN DE QUE EL ESTADO RECONOCE Y GARANTIZA EL DERECHO DE PROPIEDAD – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS, ACEPTAR LA AEP presentada por Inés López, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA CUESTIONADA, DEJAR SIN EFECTO LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (029-11-SEP-CC; Caso 551-10-EP; SRO 597 de 15.12.11)	<u>13</u>
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A RECURRIR DE FALLOS O RESOLUCIONES, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP deducida por el Sr. Lorenzo Lema, DEJAR SIN EFECTO EL AUTO IMPUGNADO, QUE OTROS JUECES DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOS RÍOS RESUELVAN SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN (034-11-SEP-CC; Caso 0934-10-EP; SRO 597 de 15.12.11).	<u>14</u>
DERECHOS: A DIRIGIR QUEJAS Y PETICIONES A LAS AUTORIDADES, A LA DEFENSA, AL DEBIDO PROCESO, A RECURRIR DE LAS RESOLUCIONES DEL PODER PÚBLICO – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN, ACEPTAR LA AEP planteada por José Ignacio Dávila, DISPONER QUE LOS JUECES SE PRONUNCIEN SOBRE LA PETICIÓN DE AMPLIACIÓN (035-11-SEP-CC; Caso 895-09-EP; SRO 597 de 15.12.11)	<u>15</u>
DERECHOS: A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA; DECLARACIONES SOBRE LAS RESPONSABILIDADES Y LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR QUE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y LA TRAMITACIÓN VIOLAN DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR PARCIALMENTE LA AEP interpuesta por el Sr. Gustavo de la Torre, DEJAR SIN EFECTO TODO LO ACTUADO, DISPONER QUE LA CAUSA SE RETROTRAIGA AL MOMENTO DE LA VULNERACIÓN POR LO QUE OTRO JUEZ DEBE SUSTANCIARLO (037-11-SEP-CC; Caso 0349-09-EP; SRO 597 de 15.12.11)	<u>16</u>
DERECHO AL DEBIDO PROCESO; PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	SE DECLARAN VULNERADOS LOS DERECHOS RECLAMADOS, ACEPTAR LA AEP planteada por el Ing. Com. Javier Yáñez, Gerente Regional del Banco Ecuatoriano de la Vivienda de	<u>17</u>

	Guayaquil, DEJAR SIN EFECTO JURÍDICO LA SENTENCIA IMPUGNADA, DECLARAR QUE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN ES IMPROCEDENTE – VS DE LOS DRS. Nina Pacari, Hernando Morales y Alfonso Luz “Desechar la aep”. (040-11-SEP-CC; Caso 1824-10-EP; SRO 597 de 15.12.11).	
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA (solicitud de medidas cautelares para suspender las sentencias impugnadas) – Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	DECLARAR QUE NO SE HAN VIOLADO DERECHOS CONSTITUCIONALES, DESECHAR LA AEP presentada por María Dolores Eljuri, (042-11-SEP-CC; Caso 032-09-EP; SRO 597 de 15.12.11)	
DERECHOS: A LA TUTELA JUDICIAL, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA; PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS – Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	DECLARAR QUE NO HA EXISTIDO VULNERACIÓN DE DERECHOS, NEGAR LA AEP interpuesta por el Sr. Pablo Rendón (047-11-SEP-CC; Caso 0769-09-EP; SRO 606 de 28.12.11)	
DERECHOS DE LOS GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA		
DERECHOS: A QUE EL ESTADO, LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA PROMUEVAN DE FORMA PRIORITARIA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y A QUE DEBAN DISFRUTAR DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS SERES HUMANOS, ADEMÁS DE LOS ESPECÍFICOS DE SU EDAD, AL ACCESO A LA JUSTICIA, A LA DEFENSA, AL DEBIDO PROCESO; PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	DECLARAR VIOLADOS LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP propuesta por la Sra. María Fátima Carrillo, DEJAR SIN EFECTO LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS, EL RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PADRE Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA SERÁN DETERMINADOS POR LA JUEZA DE INSTANCIA – VOTO CONCURRENTER DR. ALFONSO LUZ (021-11-SEP-CC; Caso 0317-09-EP; SO 572 de 10.11.11)	<u>1</u>
-DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS, DEL SISTEMA PROCESAL, DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, DEL ORDEN JERÁRQUICO DE APLICACIÓN DE LAS LEYES Y DE SUJECIÓN A LA CONSTITUCIÓN – Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	DECLARAR QUE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES NO HAN SIDO VULNERADOS, NEGAR LA AEP deducida por el Dr. Alfredo Miranda apoderado y procurador judicial de Vincent Flick (031-11-SEP-CC; Caso 1590-10-EP; SRO 572 de 10.11.11)	
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; DISPOSICIONES SOBRE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES – Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	DECLARAR QUE NO HA EXISTIDO VULNERACIÓN DE DERECHOS, NEGAR LA AEP planteada por el Sr. Luis Alvarado, Secretario Ejecutivo del Consejo de Desarrollo del Pueblo Montubio de la Costa Ecuatoriana y Zonas Subtropicales de la Región Litoral –CODEPMOC– (049-11-SEP-CC; Caso 1234-10EP; SRO 608 de 20.12.11)	
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, AL RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD – Juez Ponente Dr. Patricio	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP deducida por la Sra. Mónica Chávez, DEJAR SIN EFECTO LA PROVIDENCIA IMPUGNADA, DISPONER QUE LA CORTE PROVINCIAL DE	<u>2</u>

Herrera.	NAPO RESUELVA SOBRE EL FONDO DEL RECURSO PLANTEADO (072-10-SEP-CC; Caso 0162-09-EP; SRO 608 de 30.12.11)	
DERECHOS DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES		
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A SER JUZGADO POR EL JUEZ COMPETENTE - Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	DESECHAR LA AEP planteada por el Sr. Segundo Soto Eras, Presidente de la Comuna "JAMANCO" (002-11-SEP-CC; Caso 032-09-EP)	
DERECHOS DE PARTICIPACIÓN		
-DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA – Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis	DESECHAR LA AEP presentada por el sujeto político MAPO (001-09-SEP-CC; SRO 571 DE 16.04.09)	
- DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, DE ELECCIÓN, RESPETO AL SISTEMA PROCESAL, PRINCIPIOS DE ALTERNABILIDAD Y PARIDAD DE GENERO – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera	NEGAR LA AEP presentada por la Directora del PRIAN (002-09-SEP-CC; SRO 590 DE 14.05.09)	
-DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate	DESECHAR LA AEP presentada por la Directora del PRIAN, ORDENAR EL ARCHIVO - (005-09-SEP-CC; SRO 602 DE 1.06.09)	
-PRINCIPIO DE IGUALDAD, DERECHOS DE LIBERTAD, SEGURIDAD JURÍDICA, PARTICIPACIÓN POLÍTICA, DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.	DESECHAR LA AEP presentada por Byron Pacheco candidato a asambleísta por la provincia de Cañar, ORDENAR EL ARCHIVO – (008-09-SEP-CC; SRO 602 DE 1.06.09)	
DERECHO AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A LA MOTIVACIÓN EN LA RESOLUCIÓN – Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP deducida por el Sr. José García ex Presidente de la Junta Parroquial de Río Verde, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DECLARAR QUE QUEDA EN FIRME LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA (048-11-SEP-CC; Caso 1252-10-EP; SRO 606 de 28.12.11).	1
DERECHOS DE LIBERTAD.		
-DERECHOS: A LA PROPIEDAD, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	ACEPTAR LA AEP interpuesta por la Sra. Luz Marlene Orellana; DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA Y RETROTRAERLO AL MOMENTO ANTERIOR DE LA CITACIÓN (073-10-SEP-CC; Caso 0506-09-EP; SRO 370 de 25.01.11)	1
DERECHOS: A LA PROPIEDAD EN TODAS SUS FORMAS, AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS, DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DEL SISTEMA PROCESAL Y DE LA SUJECIÓN A LA CONSTITUCIÓN; DECLARACIONES DE QUE EL ESTADO RECONOCE Y GARANTIZA EL DERECHO A LA PROPIEDAD, QUE SE PROHÍBE TODA FORMA DE CONFISCACIÓN, SOBRE EL SECTOR	SE DECLARA LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, SE ACEPTA LA AEP planteada por el Sr. Manuel González Paqui, SE DEJA SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA, SE DISPONE QUE SE REALICE EL PLANO DE UBICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD, PREVIO EL SORTEO DE LEY, OTROS JUEZ CONOZCA Y SUSTANCIE LA CAUSA (011-11-SEP-CC; Caso 40-09-EP; SRO 555 de 13.10.11)	2

PÚBLICO – Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.		
DERECHOS: A LA IDENTIDAD PERSONAL, AL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA; PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR VULNERADO EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL, ACEPTAR LA AEP interpuesta por la Sra. América Vera, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA, NOTIFICAR AL JUEZ, AL REGISTRO CIVIL PARA QUE DEJEN SIN EFECTO LAS MARGINACIONES (05-11-SEP-CC; Caso 0642-09-EP; SRO 572 de 10.11.11).	<u>3</u>
-DERECHOS: A LA IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN, AL HONOR Y AL BUEN NOMBRE; AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Diego Pazmiño.	DECLARAR VULNERADO EL DERECHO A LA IGUALDAD FORMAL POR NO HABERSE APLICADO A TODOS LOS PROCESADOS LA AMNISTÍA CONCEDIDA POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, ACEPTAR LA AEP presentada por el Ing. Carlos Hidalgo Terán – VS Dra. Ruth Seni (025-11-EP-CC; Caso 0625-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	<u>4</u>
DERECHOS DE LA NATURALEZA		
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PRECAUCIÓN PARA EVITAR LA EXTINCIÓN DE CICLOS NATURALES; DECLARACIÓN SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL GOBIERNO DE GALÁPAGOS Y LA REGULACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LOS ECOSISTEMAS FRÁGILES – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	ACEPTAR LA AEP presentada por la ab. Marcela Aguiñaga, Ministra de Ambiente, porque la sentencia impugnada viola los derechos al acceso a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa y a la seguridad jurídica; DEJAR SIN EFECTO la destitución del tecnólogo ambiental Jorge Torres; DISPONER QUE EL PROCESO SEA SUSTANCIADO EN OTRA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS (016-11-SEP-CC; Caso 639-10-EP; SRO 553 de 11.10.11)	<u>1</u>
DERECHOS DE PROTECCIÓN		
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A QUE LA SENTENCIA SEA MOTIVADA – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	DESECHAR LA AEP presentada por Almacenes ELJURI, ORDENAR EL ARCHIVO – (004-09-SEP-CC; SRO 602 DE 1.06.09)	
-DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Dr. Eduardo Carmigniani, DEJAR SIN EFECTO LA PROVIDENCIA DICTADA POR EL JUEZ DECIMO OCTAVO DE LO PENAL DE GUAYAS. (009-09-SEP-CC; SRO 602 DE 1.06.09)	<u>1</u>
-PRINCIPIO DE IGUALDAD, DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	DESECHAR LA AEP presentada por el Ministro de Minas y Petróleos, ORDENAR EL ARCHIVO. (006-09-SEP-CC; SRO 605 DE 4.06.09)	
-DERECHO A LA IGUALDAD FORMAL, DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.	ACEPTAR LAS ACCIONES EXTRAORDINARIAS DE PROTECCIÓN, presentadas por el Ab. Jorge Guzmán y Dr. Juan Falconí EN VIRTUD DE EXISTIR VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD FORMAL. (010-09-SEP-C; SRO 637 DE 20.07.09) (VS. Dra. Nina Pacari)	<u>2</u>
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO, LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA DEFENSA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y A LA GARANTÍA PARA SER JUZGADO POR JUECES INDEPENDIENTES, IMPARCIALES Y COMPETENTES – Juez Ponente Dr. Edgar	ACEPTAR LA AEP presentada por la Corporación Financiera Nacional y UNYSIS S.A., POR ENCONTRARSE VULNERADOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DISPONER QUE EL PROCESO RETORNE A SUSTANCIARSE A PARTIR DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA. (011-09-	<u>3</u>

Zárate.	SEP-CC; SRO 637 DE 20.07.09)VS. Dra. Nina Pacari.	
-DERECHO A LA DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	DESECHAR LA AEP que interpone la Cía. EJECUTRANS, POR NO SUJETARSE A LA NORMATIVA EXISTENTE E INCUMPLIR LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD; (013-09-SEP-CC; SRO 638 DE 21.07.2009)	
-DERECHO A LA DEFENSA (Artículo 76 literales a, c, h, k, l) DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Jueza Ponente Dra. Nina Pacari	DESECHAR LA AEP presentada por el Dr. Víctor Castillo Villalonga; (014-09-SEP-CC; SRO 648 DE 4.08.09) VS Dr. Alfonso Luz Yunez.	
DERECHOS DE LIBERTAD, AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, AL TRABAJO, Y LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, JERARQUÍA NORMATIVA, INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, CONTROL NORMATIVO POR LOS JUECES, Y DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	DESECHAR LA AEP presentada por la Sra. Fabiola Jaramillo (015-09-SEP-CC; SRO 651 de 7.08.09)	
-DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DESECHAR LA AEP presentada por la Sra. Alba Sánchez POR NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD. (016-09-SEP-CC; SRO 651 DE 07.08.09)	
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Alfonso Yunez.	DESECHAR LA AEP presentada por el Sr. Vicente Carrera –NO HA AGOTADO LOS RECURSOS EN LA JUSTICIA ORDINARIA. (017-09-SEP-CC; SRO 651 DE 07.08.09)	
-DERECHO A PARTICIPAR DEL ESPACIO PÚBLICO, A LA EDUCACIÓN, AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR IMPROCEDENTE LA AEP presentada por Juan Carlos Criollo y Norma Pinto. ESTARÁN A LO DECIDIDO EN LA SENTENCIA IMPUGNADA. (018-09-SEP-CC; SRO 651 DE 07.08.09)	
-DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA DEFENSA, AL DEBIDO PROCESO – Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	ACEPTAR LA AEP deducida por Fernando Guijarro, Director General del IESS; DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO; DEJAR SIN EFECTO LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y EL REMATE DEL BIEN INMUEBLE. (012-09-SEP-CC; Caso 048-08-EP; SRO 9 de 21.08.09)	4
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO, A LA PROPIEDAD. Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	DESECHAR LA AEP presentada por los accionantes Francisco Caluqui y María Díaz. (021-09-SEP-CC; Caso 0177-09-EP; SRO 25 de 14.09.09)	
-DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Procurador General del Estado; Declarar violados los derechos constitucionales reclamados; Ordenar que el proceso se retrotraiga al momento en que se violaron los derechos. (020-09-SEP-CC ; SRO 35 DE 28.09.09)	5
-DERECHO AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Diego Pazmiño.	ACEPTAR LA AEP interpuesta por las representantes del H. Consejo provincial de Esmeraldas, POR EXISTIR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA. DEJAR PARCIALMENTE SIN EFECTO LA SENTENCIA	6

	EXPEDIDA (023-09-SEP-CC; SRO 43 DE 8.10.09)	
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.	ACEPTAR LA AEP presentada por laboratorios ACROMAX, Y DEJAR SIN EFECTO LOS TRES AUTOS IMPUGNADOS. (024-09-SEP-CC; SRO 47 DE 15.10.09) VS Doctores Ruth Seni y Alfonso Yunez.	7
-DERECHO A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, A LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz Yunez	DESECHAR LA AEP interpuesta por Bertha Andrade, ORDENAR EL ARCHIVO (022-09-SEP-CC; RO 50 DE 20.10.09)	
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño	DESECHAR LA AEP presentada por Mario Joselito Estrada, Benito Ramiro Gómez y Manuel Tanicuchi. (025-09-SEP-CC; SRO 50 DE 20.10.09)	
DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA GARANTÍA PARA QUE AL RESOLVER LA IMPUGNACIÓN NO SE EMPEORE LA SITUACIÓN DEL QUE RECORRE – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	ACEPTAR LA AEP planteada por el Sr. Rubén Andino, DECLARAR SIN EFECTO LAS SENTENCIAS IMPUGNADAS, DISPONER SU INMEDIATA LIBERTAD - VS Doctores Roberto Bhrunis, Hernando Morales y Nina Pacari “ <i>negar la aep planteada</i> ” (026-09-SEP-CC; Caso 0126-09-EP; SRO 54 de 26.10.09);	8
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, IMPARCIAL Y EXPEDITA, A LA DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	NEGAR LA AEP interpuesta por Paco Moncayo Gallegos y doctor Carlos Jaramillo, ex alcalde y representante legal y ex procurador y representante judicial del Distrito Metropolitano de Quito, MANIFESTAR QUE NO CORRESPONDE A ESTA CORTE MANIFESTARSE SOBRE LA DIMENSIÓN DEL INMUEBLE Y LA CUANTIFICACIÓN DEL JUSTO PRECIO, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN JURÍDICA (028-09-SEP-CC; Caso 041-08-EP; SRO 54 de 26.10.09).	
DERECHO AL DEBIDO PROCESO PORQUE LA SENTENCIA NO ES MOTIVADA, Y DERECHO A LA DEFENSA POR NO ACEPTAR LAS PRUEBAS PRESENTADAS – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR IMPROCEDENTE LA AEP presentada por el Municipio de Quito, REVOCAR LA SUSPENSIÓN DE LA SENTENCIA (027-09-SEP-CC; Caso 011-08-EP; SRO 58 de 30.10.09).	
DERECHO A DIRIGIR QUEJAS Y PETICIONES Y A QUE NADIE PUEDE SER OBLIGADO A HACER ALGO PROHIBIDO O A DEJAR DE HACER ALNO NO PROHIBIDO POR LA LEY – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DESECHAR LA AEP propuesta por el Sr. Víctor León (029-09-SEP-CC; Caso 057-09-EP; SRO 97 de 29.12.09)	
DERECHO AL DEBIDO PROCESO, A QUE TODAS AUTORIDAD GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y DERECHOS, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.	NEGAR LA AEP planteada por el Dr. Oswaldo Ramón Moncayo, Procurador de la Superintendencia de Telecomunicaciones (030-09-SEP-CC; Caso 100-09-EP; SRO 97 de 29.12.09)	
DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, en concordancia con el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y DERECHO AL DEBIDO PROCESO, en concordancia con el artículo 25 ibídem – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	ACEPTAR LA AEP interpuesta por el Dr. Antonio Pazmiño Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado e Ing. Walter Valarezo, Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda, DEJAR SIN EFECTO EL AUTO IMPUGNADO (032-09-SEP-CC; Caso 0415-09-EP- SRO 97 de 29.12.09)	9
DERECHOS AL HONOR Y AL BUEN NOMBRE, A QUE NINGUNA PERSONA PUEDE SER OBLIGADA A HACER ALGO PROHIBIDO O A DEJAR DE	DESECHAR LA AEP presentada por el procurador judicial de Marcos Malo, representante legal de AUTORUSIA, (033-09-SEP-CC; Caso 123-09-EP; SRO 97 de 29.12.09)	

HACER ALGO NO PROHIBIDO POR LA LEY, AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.		
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	ACEPTAR LA AEP planteada por el Dr. Armando Serrano Puig, DEJAR SIN EFECTOS LAS DECISIONES JUDICIALES IMPUGNADAS; ORDENAR QUE EL PROCESO EJECUTIVO SE RETROTRAIGA AL MOMENTO DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS (034-09-SEP-CC; Caso 422-09-EP- SRO 97 de 29.12.09)	
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y A LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO Y LA COMPETENCIA DEL JUZGADOR PARA LA SUSTANCIACIÓN DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES – Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	ACEPTAR LA AEP propuesta por el Dr. Gustavo Vega, Presidente del CONESUP, DISPONER QUE EL CONSEJO DE LA JUDICATURA ADOpte LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS ENCAMINADAS A EXAMINAR LA CONDUCTA DEL JUEZ (031-09-SEP-CC; Caso 0485-09-EP; SRO 98 de 30.12.09)	<u>10</u>
DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera	NEGAR LA AEP PROPUESTA POR EL Sr. Héctor Canino Marty (035-09-CC; Caso 307-09-EP; SRO 117 de 27.01.10)	
DERECHO AL DEBIDO PROCESO, LA GARANTÍA DE LA IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA Y DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR EL FALLO – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DESECHAR LA AEP presentada por la Sra. Mary Salazar Rivadeneira, SE ESTARÁ A LO DISPUESTO EN LA SENTENCIA DEMANDADA (036-SEP-CC; Caso 0219-09EP; SRO 117 de 27.01.10)	
DERECHOS CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1998: AL DEBIDO PROCESO QUE INCLUYE EL DERECHO A LA DEFENSA, A SER INFORMADO, A QUE LAS SENTENCIAS DEBAN SER MOTIVADAS, A QUE LAS PRUEBAS SE ACTÚEN CON SUJECCIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY – Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Ab. Luis Villacís Maldonado; DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA; (001-10-SEP-CC; Caso 0315-09-EP; SRO 117 de 27.01.10)	<u>11</u>
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA, A LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE LA OBLIGACIÓN DE LOS SERVIDORES Y SERVIDORAS DE APLICAR LA NORMA Y LA INTERPRETACIÓN QUE MEJOR GARANTICEN SU EFECTIVA VIGENCIA -Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	ACEPTAR LA AEP planteada por el Dr. Washington Pesántez, DISPONER QUE EL MINISTERIO PÚBLICO RELIQUIDE LAS REMUNERACIONES DEL LEGITIMADO PASIVO (003-10-SEP-CC; Caso 0290-09-EP; SRO 117 de 27.01.10)	<u>12</u>
DERECHOS DE LIBERTAD: AL HONOR Y AL BUEN NOMBRE; DERECHO AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	DESECHAR LA AEP interpuesta por Félix , Christian y Henry Sierra, POR NO HABER AGOTADO LOS RECURSOS EN LA JUSTICIA ORDINARIA (038-09-SEP-CC; 2°.SRO 119 de 29.01.10)	
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	ACEPTAR LA AEP presentada por la Compañía COTECNA INSPECTION S.A. ORDENAR QUE EL JUEZ DE INSTANCIA SOMETA SU ACCIONAR A LOS TÉRMINOS EXPUESTOS EN LOS CONSIDERANDOS (037-09-SEP-CC; RO 121 de 2.02.10) VS de la Dra. Ruth Seni.	<u>13</u>
-DERECHO DE LIBERTAD, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente	ACEPTAR LA AEP presentada por Bueno & Castro, consecuentemente se deja sin efecto el fallo de casación dictado por la Segunda Sala. QUE LA	<u>14</u>

Dr. Edgar Zárate.	PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SUSTANCIE NUEVAMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN. (002-10-SEP-CC; RO 121 de 2.02.10)	
-DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO - Juez Ponente Dr. Hernando Morales	Declarar la violación a los derechos de la tutela judicial efectiva y debido proceso y, en consecuencia ACEPTAR LA AEP planteada por Freddy Marín Romero. (004-10-SEP-CC; SRO 159 de 26.03.10)	15
-DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA TUTELA EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA PROPIEDAD, A QUE LOS BIENES NO SEAN CONFISCADOS Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	ACEPTAR PARCIALMENTE LA AEP presentada por Vicente Habze Auad; DISPONER QUE LOS PERITOS PROCEDAN A FIJAR UN NUEVO Y DEFINITIVO "PRECIO JUSTO".- VS de la Dra. Nina Pacari. (05-10-SEP-CC; SRO 159 de 26.03.10)	
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO QUE IMPLICA SER JUZGADO POR EL JUEZ COMPETENTE – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR LA AEP planteada por Faisal Misle POR HABERSE DEMOSTRADO LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA. DISPONER QUE EL PROCESO SE RETROTRAIGA A LA FASE PROCESAL DE CONCLUSIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PARA QUE EL JUEZ SE PRONUNCIE SOBRE LA PERTINENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEL JUEZ. (06-10-SEP-CC; SRO 159 de 26.03.10)	16
-DERECHOS DE LIBERTAD, DE ACCESO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, DE LA PROPIEDAD LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS DE CONDICIONES QUE FAVOREZCAN A LA FAMILIA, DE GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS, A UNA CULTURA DE PAZ, AL DERECHO AL HÁBITAT Y VIVIENDA DIGNA – VIOLACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES – Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	NEGAR LA AEP planteada por Katya Carvajal. (07-10-SEP-CC; SRO 168 de 9.04.10)	
-DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DESECHAR LA AEP planteada por el Dr. René Boderó. (08-10-SEP-CC; SRO 168 de 9.04.10).- V CONCURRENTENTE Dra. Nina Pacari.	
-DERECHOS AL ACCESO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, DE DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Luis Jaramillo.	CONCEDER LA AEP presentada por la Dra. María Fondevila Beltrame. (10-10-SEP-CC; SRO 177 de 22.04.10) VS Dr. Fabián Sancho.	17
-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A QUE LAS RESOLUCIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SEAN MOTIVADAS - Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DESECHAR LA AEP presentada por la abogada Silvia Buendía. (09-10-SEP-CC; SRO 183 de 30.04.10)	
-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.	NEGAR LA AEP deducida por el Ec. Fernando Guijarro, Director del IESS (011-10-SEP-CC; SRO 183 de 30.04.10)	
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA PARA NO SER PRIVADO DE ELLA Y PARA QUE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS MOTIVEN	Desear la AEP propuesta por Walter Criollo, Luis López y Nelson Bone Y DISPONER QUE QUEDA EN FIRME EL AUTO DEL TRIBUNAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE respecto del	

SUS RESOLUCIONES, AL TRABAJO EN LA IRRENUNCIABILIDAD, INTANGIBILIDAD; LOS PRINCIPIOS: DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS, DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, además los artículos 16 y 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos – Juez Ponente Dra. Nina Pacari.	conflicto colectivo del Consejo Provincial del Guayas (012-SEP-CC; Caso 0226-09-EP; SRO 192 de 13.05.10)	
DERECHOS AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR LA AEP interpuesta por el Sr. Javier Espinosa Terán, Gerente de la Compañía AUTECH S.A., DECLARAR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, ORDENAR QUE EL PROCESO SE RETROTRAIGA PARA QUE EL REPRESENTANTE RINDA SU CONFESIÓN JUDICIAL Y SE SUSTANCIE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA QUE LE DECLARÓ CONFESO (014-10-SEP-CC; Caso 0371-09-EP; SRO 192 de 13.05.10)	<u>18</u>
DERECHOS: A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL – Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.	RECHAZAR LA AEP presentada por el Sr. Fausto Aguiar (013-10-SEP-CC; Caso 0212-09-EP; SRO 196 de 19.05.10)	
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA MOTIVACIÓN EN LAS RESOLUCIONES, A RECURRIR DE LOS FALLOS QUE VERSEN SOBRE SUS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR LA AEP deducida por la Sra. Gliset Plaza, Subsecretaria Jurídica del Ministerio de Finanzas, DECLARAR VIOLADOS LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ORDENAR QUE EL PROCESO SE RETROTRAIGA AL MOMENTO QUE SE EJECUTORIÓ EL AUTO SOBRE LA AMPLIACIÓN Y ACLARACIÓN (015-10-SEP-CC; Caso 0135-09-EP; SRO 196 de 19.05.10)	<u>19</u>
-DERECHOS DE LIBERTAD, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; Y EL PRINCIPIO DE QUE EL ESTADO DEBE REPARAR POR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	ACEPTAR LAS AEPs presentadas por PETROECUADOR y OCP (016-10-SEP-CC; SRO 202 de 28.05.10).	<u>20</u>
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN, A LA PROPIEDAD; PRINCIPIO DE QUE EL ESTADO DEBE RESPONDER POR LA INADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR PARCIALMENTE LA AEP planteada por el Sr. Andrés Baquerizo, representante legal del Banco del Pacífico. (022-10-SEP-CC; SRO 202 de 28.05.10)	<u>21</u>
-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD Y A NO SER DISCRIMINADO; PRINCIPIOS DE QUE EL ESTADO DEBE GARANTIZAR UNA ADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL - Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	NEGAR LA AEP interpuesta por AKIRA INTERNACIONAL S.A. representada por el Dr. Roberto Rovayo. (023-10-SEP-CC; SRO 202 de 28.05.10)	
-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA - Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Presidente Ejecutivo de TAME (017-10-SEP-CC; SRO 228 de 5.07.10)- vs Doctores Alfonso Luz, Nina Pacari, Hernando Morales y Manuel Viteri.	<u>22</u>

-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR LA AEP planteada por el Sr. José Fabara, representante de la Cía. Vial Fabara & Asociados, Cía. Ltda. (020-10-SEP-CC; SRO 228 de 5.07.10)	<u>23</u>
-DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL DEBIDO PROCESO – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Sr. Marco Morales Mora; DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL DEBIDO PROCESO (024-10-SEP-CC; Caso 0182-09-EP; SRO 232 de 9.07.10)	<u>24</u>
-DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Dr. Wilson Fernando Altamirano, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DISPONER QUE UNA DE LAS SALAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA TRAMITE EL PROCESO (027-10-SEP-CC; Caso 0579-09-EP; SRO 232 de 9.07.10).	<u>25</u>
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	DECLARAR SIN LUGAR LA AEP iniciada por José Sánchez Morales (029-10-SEP-CC; Caso 0150-09-EP; SRO 238 de 19.07.10)	
-DERECHOS DE LIBERTAD, A LA IGUALDAD, A OPINAR Y EXPRESAR EL PENSAMIENTO, A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL DE LA COMUNIDAD; AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A QUE LAS RESOLUCIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SEAN MOTIVADOS Y A RECURRIR DE LOS FALLOS QUE DECIDAN SOBRE SUS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	ACEPTAR LA AEP propuesta por el Dr. Fernando Rosero González, DECLARAR SIN VALOR JURÍDICO LOS FALLOS IMPUGNADOS POR HABER VULNERADO LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LOS ARTÍCULOS 11.4, 76.7.1 Y 82 DE LA CONSTITUCIÓN 2008. (030-10-SEP-CC; Caso 700-09-EP; SRO 250 de 4.08.10)	<u>26</u>
-DERECHOS A LA DEFENSA, A SER ESCUCHADO EN EL MOMENTO OPORTUNO, A QUE LA RESOLUCIÓN DE UNA IMPUGNACIÓN NO EMPEORE SU SITUACIÓN PROCESAL - Juez Ponente Dr. Fabián Sancho.	ACEPTAR LA AEP planteada por Rosario, Segundo Raúl y segundo Tomás Llanga Llanga, DECLARAR SIN EFECTO LA SENTENCIA RECURRIDA POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO. (031-10-SEP-CC; Caso 273-09-EP; SRO 250 de 4.08.10)	<u>27</u>
-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A QUE TODA AUTORIDAD GARANTICE LOS DERECHOS, A LA DEFENSA, A QUE LAS AUTORIDADES E INSTITUCIONES SE SUJETEN A SU COMPETENCIA, A LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL - Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	NEGAR LA AEP presentada por la abogada Gliset Plaza, Subsecretaria del Ministerio de Finanzas. (032-10-SEP-CC; Caso 273-09-EP; SRO 250 de 4.08.10)	
-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, DE DEFENSA, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DE PROPIEDAD – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	ACEPTAR LA AEP propuesta por Ariosto Andrade, Representante legal del Banco Comercial de Manabí, DEJAR SIN EFECTO LAS SENTENCIAS IMPUGNADAS, ORDENAR QUE EL PROCESO SE RETROTRAIGA AL MOMENTO PROCESAL ANTERIOR A LAS VIOLACIONES DE DERECHOS. (033-10-SEP-CC; Caso 167-10-EP; SRO 258 de 17.08.10).	<u>28</u>
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A QUE TODA AUTORIDAD GARANTICE LOS DERECHOS, A LA DEFENSA, A NO SER JUZGADO MÁS DE UNA VEZ POR LA MISMA CAUSA, A QUE LOS ORGANISMO DEL SECTOR JUSTICIA CUMPLAN LOS PRINCIPIOS, EN ESPECIAL LA INDEPENDENCIA - Juez	ACEPTAR LA AEP presentada por el doctor Sergio Espinosa, DEJAR SIN EFECTO EL AUTO DEFINITIVO Y EJECUTORIADO IMPUGNADO, DISPONER QUE EL PROCESO SE RESORTEE ENTRE LAS OTRAS SALAS DE LO PENAL DEL GUAYAS. (034-10-sep-cc; Caso 225-09-EP; SRO 285 de 23.09.10)	<u>29</u>

Ponente Dr. Manuel Viteri.		
DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA, A PRESENTAR EN FORMA VERBAL O ESCRITA LOS ARGUMENTOS QUE CREE LE ASISTEN, A QUE LAS RESOLUCIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SEAN MOTIVADAS, Y A RECURRIR DEL FALLO – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	NEGAR LA AEP planteada por Carlos Duque. (036-10-SEP-CC; Caso 286-09-EP; SRO 286 de 24.09.10)	
DERECHOS A UNA VIDA DIGNA, A ASOCIARSE, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; Y A LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz	ACEPTAR LA AEP interpuesta por el abogado Jorge Itúrburu, DEJAR SIN EFECTO EL AUTO IMPUGNADO, DISPONER QUE PREVIO EL SORTEO, OTRA SALA CONOZCA EL EXPEDIENTE Y RESUELVA LA APELACIÓN. (028-10-SEP-CC; Caso 0173-10-EP; SRO 290 de 30.09.10).	30
DERECHOS: A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA. - Juez Ponente: Dr. Edgar Zárate.	ACEPTAR LA AEP planteada por el señor Pedro Durini, DEJAR SIN EFECTO LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS, ORDENAR QUE EL PROCESO LABORAL SE RETROTRAIGA AL MOMENTO DE LA CITACIÓN DE LA DEMANDA (035-10-SEP-CC; Caso 261-09-EP; SRO 294 de 6.10.10). VS doctores: Roberto Bhrunis, Hernando Morales, Nina Pacari y Manuel Viteri <i>desechar la aep</i>	31
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A QUE TODAS LAS AUTORIDADES GARANTICEN LOS DERECHOS DE LAS PARTES; Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	NEGAR LA AEP deducida por Sergio Viteri (042-10-SEP-CC; Caso 698-09-EP; SRO 294 de 6.10.10)	
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA LEGÍTIMA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	NEGAR LA AEP presentada por el señor Darwin Freire (040-10-SEP-CC; Caso 0323-10-EP; SRO 299 de 13.10.10)	
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A QUE LAS RESOLUCIONES SEAN MOTIVADAS; FACULTAD DE SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	ACEPTAR LA AEP interpuesta por el Ing. José Vicente Mieles, Representante de la Empresa de Agua Potable de Portoviejo, DECLARAR VIOLADOS LOS DERECHOS INVOCADOS, ORDENAR QUE EL PROCESO SE RETROTRAIGA AL MOMENTO DE CALIFICAR LA CASACIÓN, DEJAR SIN EFECTO LAS ACTUACIONES POSTERIORES AL AUTO IMPUGNADO VS DRA. NINA PACARI “Negar la AEP interpuesta por el accionante.” - (045-10-SEP-CC; Caso 731-09-EP; SRO 331 de 30.11.10).	32
DERECHOS AL ACCESO A LA JUSTICIA Y A QUE LAS AUTORIDADES GARANTICEN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS, AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	NEGAR LA AEP planteada por el almirante Tomás Leroux Murillo, Gerente de la Autoridad Portuaria de Guayaquil (047-10-SEP-CC; Caso 0672-09-EP; SRO 331 de 30.11.10)	
DERECHOS: AL ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, A QUE LA AUTORIDAD GARANTICE LOS DERECHOS, A LA DEFENSA; Y LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS (artículo 11 de la Constitución)	NEGAR LA AEP deducida por el Ing. Diego Bonifaz, (048-10-SEP-CC; Caso 0667-10-EP; SRO 331 de 30.11.10)	
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A	NEGAR LA AEP presentada por los señores	

QUE LAS AUTORIDADES GARANTICEN LOS DERECHOS, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA.; DISPOSICIONES DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN - Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.	miembros policiales Jorge Ramírez y otros. (049-10-SEP-CC; Caso 050-10-EP; SRO 331 de 30.11.10)	
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A LA MOTIVACIÓN QUE DEBE TENER TODA RESOLUCIÓN DE ORDEN PÚBLICO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL PROCESAL DISPOSITIVO - Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	NEGAR LA AEP interpuesta por el Ing. Simón Rosero. (050-10-SEP-CC; Caso 0193-09-EP; SRO 331 de 30.11.10)	
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A QUE LAS AUTORIDADES GARANTICEN LOS DERECHOS, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; A LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN - Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	ACEPTAR LA AEP deducida por el Ing. Jorge Barriga, representante del Banco Nacional de Fomento, DEJAR SIN EFECTO LAS SENTENCIAS Y LOS AUTOS CUESTIONADOS Y TODO LO ACTUADO CON POSTERIORIDAD Y QUE OTRA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL No. 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE QUITO DISPONGA LA APERTURA DE LA ETAPA PROBATORIA Y CONTINÚE EL TRAMITE LEGAL PERTINENTE (052-10-SEP-CC; Caso 0935-09-EP; SRO 333 de 2.12.10)	33
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A SER JUZGADO POR PERSONAS QUE EJERZAN LEGALMENTE JURISDICCIÓN, DE LA AUTORIDAD PÚBLICA A DICTAR POLÍTICAS PÚBLICAS, A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN, AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	NEGAR LA AEP planteada por Edmundo Lertora, Vicepresidente de Petroindustrial. MODULAR LA SENTENCIA CUESTIONADA PARA SU EJECUCIÓN, PARA CUYO FIN SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS (053-10-SEP-CC; Caso 0778-09-EP; SRO 333 de 2.12.10)	
DERECHO A LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS Y AL ENUNCIADO CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN - Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	NEGAR LA AEP propuesta por Luis Arias, Juan Chunata, Gabriel García, Alberto Ramón, DEJAR A SALVO EL DERECHO DE LOS ACCIONANTES para que propongan las acciones que consideren procedentes. (046-10-SEP-CC; Caso 0848-09-EP; 2º SRO 343 de 17.12.10).	
DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LAS DISPOSICIONES SOBRE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES - Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	DECLARAR SIN LUGAR LA AEP presentada por Simón Remache y ORDENAR EL ARCHIVO DE LA CAUSA. (059-10-SEP-CC; Caso 0379-09-EP; 2º. SRO 343 de 17.12.10)	
DERECHO DE DEFENSA, PORQUE LOS JUECES DEBEN TENER COMPETENCIA Y RESOLVER CON LA RESPECTIVA MOTIVACIÓN - Juez Ponente Dr. Edgar Zárate	NEGAR LA AEP presentada por el Sr. Ramón Espinel Febres Cordero, representante de NAVIPAC (019-10-SEP-CC; Caso SRO 348 de 24.12.10)	
DERECHOS DE LA PERSONA ADULTA MAYOR A UNA VIVIENDA QUE ASEGURE UNA VIDA DIGNA, DE PROPIEDAD, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA - Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño	DESECHAR LA AEP presentada por la señora Rosa Moreta (025-10-SEP-CC; Caso 0321-09-EP; SRO 232 de 9.07.10)	
-DERECHO A UNA ADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL	ACEPTAR LA AEP presentada por Julia Jaramillo Jiménez - ORDENAR QUE LA PRESIDENTA	34

PRINCIPIO DE QUE EL ESTADO DEBE REPARAR LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS POR "ERROR JUDICIAL" – DERECHO A LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre derechos humanos; Declaración Universal de los derechos humanos; Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre – Jueza Ponente Dra. Nina Pacari	DEL TERCER TRIBUNAL PENAL DE LOJA REVOQUE EL AUTO IMPUGNADO, BAJO LAS DISPOSICIONES DEL ART. 426 DE LA CONSTITUCIÓN. (007-09-SEP-CC; SRO 602 DE 1.06.09)	
-DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO PARA QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA O JUDICIAL GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y DERECHOS, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; DECLARACIÓN SOBRE LOS DEBERES DEL ESTADO Y LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO – Jueza Ponente Dra. Ruth Seni	ACEPTAR LA AEP propuesta por el Dr. César Mejía, Contralor General (E), REMITIR EL EXPEDIENTE A LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA A FINDE QUE CONVOQUE A LOS CONJUECES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Aclaración solicitada por la CGE (07-10-SEP-CC; Caso 0652-10-EP; SRO 359 de 10.01.11).	<u>35</u>
-DERECHOS: AL ACCESO A LA JUSTICIA, AL DEBIDO PROCESO, A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y DERECHOS POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA O JUDICIAL, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA; AL PRINCIPIO DE TIPIFICACIÓN; A LA DEFENSA, A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR CON LUGAR LA AEP deducida por el Sr. Jorge Navarrete Prieto; DISPONER QUE OTRA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA Y RESUELVA LOS RECURSOS DE CASACIÓN; (064-10-SEP-CC; Caso 0894-09-EP; SRO 364 de 17.01.11).	<u>36</u>
-DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA – Juez Ponente: Dr. Edgar Zárate. -DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.	NEGAR LA AEP planteada por el Sr. Walberto Guerrero (074-10-SEP-CC; Caso 148-09-EP; SRO 370 de 25.01.11) NEGAR LA AEP interpuesta por el Ing. Germánico Pinto, ex Ministro de Minas y Petróleos (075-10-SEP-CC; Caso 0679-09-EP; SRO 370 de 25.01.11)	
-DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA PARA QUE LAS RESOLUCIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SEAN MOTIVADAS, Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Dr. Carlos Pólit, Contralor General del Estado; DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA; DISPONER QUE LA CAUSA SEA SUSTANCIADA POR OTRA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA (068-10-SEP-CC; Caso 734-09-EP; SRO 372 de 27.01.11)	<u>37</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA DEFENSA PARA QUE LAS RESOLUCIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SEAN MOTIVADAS – Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	ACEPTAR LA AEP presentada por el Dr. Carlos Pólit, Contralor General del Estado; DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA; DISPONER QUE LA CAUSA SEA SUSTANCIADA POR OTRA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA (069-10-SEP-CC; Caso 005-10-EP; SRO 372 de 27.01.11)	<u>38</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA.	NEGAR LA AEP deducida por la Sra. Cecilia Zurita Toledo (077-10-SEP-CC; Caso 079-10-EP; SRO 399 de 9.03.11).	
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, AL TRABAJO, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente	SE EVIDENCIA LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, SE ACEPTA LA AEP presentada por el Lcdo. Luis Pacheco, SE	<u>39</u>

Dr. Roberto Bhrunis.	DEJA SIN EFECTO LA PROVIDENCIA IMPUGNADA, DISPONER LA RESTITUCIÓN DEL ACCIONANTE A SU CARGO DE RECTOR, NOTIFICAR A LA UNIVERSIDAD LUIS VARGAS TORRES, OFICIAR AL CONSEJO DE LA JUDICATURA (076-10-SEP-CC; Caso 1114-10-EP; SRO 441 de 5.05.11)	
-DERECHO A LA DEFENSA PARA NO SER PRIVADO DE ELLA, CONTAR CON EL TIEMPO Y LOS MEDIOS, SER ESCUCHADO, SER ASISTIDO POR UN ABOGADO (A) Y NO SER JUZGADO MÁS DE UNA VEZ POR LA MISMA CAUSA – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	RECHAZAR LA AEP presentada por la Sra. Mary Jaya (003-11-SEP-CC; Caso 0899-09-EP; SRO 482 de 1.07.11).	
DERECHO AL DEBIDO PROCESO PARA QUE LAS PRUEBAS ACTUADAS CON VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NO TENGAN VALIDEZ – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	ACEPTAR LA AEP planteada por el ab. Carlos Andrade Flores, procurador judicial de COTECNA INSPECTION S.A., ORDENAR QUE EL JUEZ SE SOMETA AL TRATAMIENTO PROCESAL CIVIL SEGÚN LOS CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA (037-09-SEP-CC; Caso 24-08-EP; SRO 485 de 6.07.11)	<u>40</u>
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA DEFENSA Y A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS RECLAMADOS; ACEPTAR LA AEP presentada por Roberto Delgado; DISPONER QUE LA CAUSA SE RETROTRAIGA AL MOMENTO ANTERIOR DE DICTAR LA SENTENCIA Y QUE UNA NUEVA SALA DE LA CORTE NACIONAL CONOZCA EL RECURSO DE CASACIÓN (015-11-SEP-CC; Caso 0418-11-EP; SRO 536 de 16.09.11)	<u>41</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL; DECLARACIONES SOBRE EL SECTOR PÚBLICO Y SOBRE LOS TIPOS DE PROPIEDAD – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	NEGAR LA AEP interpuesta por el Dr. Alberto Alcívar, apoderado de Seguros Equinoccial VS de la Dra. Nina Pacari (014-11-SEP-CC; Caso 0311-10-EP; SRO 19.09.11)	
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	NEGAR LA AEP planteada por la Sra. Ma. Dolores Eljuri, (06-11-SEP-CC; Caso 0351-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A RECURRIR DE UNA SENTENCIA; PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Manuel Viteri.	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP presentada por la Sra. Reina Campoverde, DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA, DISPONER QUE PREVIO SORTEO, SUSTANCIA EL PROCESO UN JUEZ DE INQUILINATO DE GUAYAQUIL (07-11-SEP-CC; Caso 0372-09-EP; SRO 572 de 10.11.11.)	<u>42</u>
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA; DISPOSICIONES SOBRE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JUEZ O JUEZ Y SOBRE EL PROCEDIMIENTO – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	RECHAZAR LA AEP interpuesta por los Srs. Bernardo Mendoza y Socorro Franco (008-11-SEP-CC; Caso 0686-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	
DERECHOS: A LA DEFENSA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA; PRINCIPIOS	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS RECLAMADOS, ACEPTAR LA AEP	<u>43</u>

DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Alfonso Luz.	deducida por la Sra. Telma del Castillo, DECLARA SIN EFICACIA JURÍDICA LO ACTUADO A PARTIR DE LA REPOSICIÓN, DISPONER QUE OTRO JUEZ CIVIL DE GUAYAQUIL, PREVIO SORTEO, SUSTANCIE LA CAUSA (009-11-SEP-CC; Caso 0715-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	
DERECHOS: A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.	DECLARAR QUE NO SE HA ESTABLECIDO VIOLACIÓN DE DERECHOS, NEGAR LA AEP planteada por el Sr. Antonio Marraco, representante legal de PALACARA S. A., LAS PARTES ESTARÁN A LA SENTENCIA IMPUGNADA (012-011-SEP-CC; Caso 0177-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Roberto Bhrunis.	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, ACEPTAR LA AEP presentada por el Sr. Juan Carlos Baidal, representante de la Cía. Industrial Inversionista Dolores S. A., DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA Y LA RECTIFICACIÓN DE LA NÓMINA DE ACCIONISTAS, DEJAR SIN EFECTO LO ACTUADO DESDE FS 11 (017-11-SEP-CC; Caso 0567-10-EP; SRO 572 de 10.11.11)	<u>44</u>
-DERECHOS: A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, A SER JUZGADO POR EL JUZGADOR COMPETENTE – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS, ACEPTAR LA AEP deducida por el Sr. Fernando Guerrero, Director General de Aviación Civil, DEJAR SIN EFECTO EL AUTO Y LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS, DISPONER QUE EL TRIBUNAL INFORME EL CUMPLIMIENTO DE ESTA SENTENCIA (019-11-SEP-CC; Caso 0629-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	<u>45</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA; Y ARTÍCULOS 25 Y 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS – Juez Ponente Dr. Edgar Zárate.	SE DECLARAN VIOLADOS LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, SE ACEPTA LA AEP planteada por el Sr. Jimmy Salazar, Director General (E) del Registro Civil, SE DEJA SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA Y SEDEJA EN FIRME LA SENTENCIA EXPEDIDA POR EL JUEZ QUINTO DE TRABAJO DE PICHINCHA (022-011-SEP-CC; Caso 0551-09-EP; SRO 572 de 10.11.11)	<u>46</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DEBIDO PROCESO Y SEGURIDAD JURÍDICA –Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	SE DECLARA LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y AL DEBIDO PROCESO, SE ACEPTA LA AEP interpuesta por el Sr. Antonio Pincay, SE DEJA SIN EFECTO LA SENTENCIA IMPUGNADA Y TODO LO ACTUADO A PARTIR DEL AUTO DE INICIO DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL, LA QUE DEBERÁ VOLVER A SUSTANCIARSE POR FISCALES QUE NO HAYAN INTERVENIDO (024-11-SEP-CC; Caso 0516-10-EP; SRO 572 de 10.11.11)	<u>47</u>
-DERECHOS: A LA DEFENSA, A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, A RECURRIR UN FALLO O RESOLUCIÓN; PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL – Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	DECLARAR QUE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES NO HAN SIDO VULNERADOS, DESECHAR LA AEP planteada por el Sr. Carlos Pérez de Anda Alvear, Gerente General de Textiles Río Blanco S. A. (028-11-SEP-CC; Caso 0431-EP; SRO 572 de 10.11.11).	<u>48</u>
DERECHOS: AL DEBIDO PROCESO, A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA –	DECLARAR QUE NO EXISTE VULNERACIÓN DE DERECHOS; NEGAR LA AEP presentada por	

Jueza Ponente Dra. Nina Pacari.	Carlos Sagasti, gerente general y representante legal de EMASEO (032-11-SEP-CC; Caso 0858-09-EP; SRO 572 de 10.11.11).	
DERECHOS: A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA, A RECURRIR; PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS, ACEPTAR LA AEP planteada por el ab. Julio Roca de Castro, procurador judicial delegado especial del gerente general y representante de la Corporación Nacional de Electricidad S. A. CNEL, DEJAR SIN EFECTO AL AUTO IMPUGNADO (038-11-SEP-CC; Caso 732-09-EP; SRO 595 de 13.12.11)	<u>49</u>
DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA (CONSTITUCIONES DE 1998 Y 2008) – Juez Ponente Dr. Hernando Morales.	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS; ACEPTAR LA AEP deducida por Ana Jaramillo; DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA CUESTIONADA; DISPONER QUE LA CAUSA SE RETROTRAIGA AL MOMENTO DE CITAR SENTENCIA PARA QUE EL JUEZ SE PRONUNCIE SOBRE LA PRESCRIPCIÓN (036-11-SEP-CC; Caso 0658-09-EP; 2º. SRO 601 de 21.12.11)	<u>50</u>
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA – Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	DECLARAR VULNERADOS LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RECLAMADOS; ACEPTAR PARCIALMENTE LA AEP presentada por Nelly Cisterna; DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA CUESTIONADA; DISPONER QUE OTRA SALA DE LA CORTE NACIONAL POR SORTEO, RESUELVA EL RECURSO DE HECHO (041-11-SEP-CC; Caso 0270-09-EP; 2º. SRO 601 de 21.12.11)	<u>51</u>
DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA – Juez Ponente Dr. Patricio Herrera.	NEGAR LA AEP deducida por Verónica Ludeña (043-11-SEP-CC; Caso 646-09-EP; 2º. SRO 601 de 21.12.11).	
DERECHOS AL ACCESO A LA JUSTICIA, A LA TUTELA EFECTIVA; AL DEBIDO PROCESO; A LA DEFENSA LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS; LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL; PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL – Jueza Ponente Dra. Ruth Seni.	NEGAR LA AEP planteada por Ricardo Berra, Gerente de TECPECUADOR (044-11-SEP-CC; Caso 0773-09-EP; 2º. SRO 601 de 21.12.11).	
DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA MOTIVACIÓN EN LA SENTENCIA, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, A LA IGUALDAD; A LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS – Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.	DECLARAR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS, ACEPTAR LA AEP deducida por el Sr. Jorge Riofrío, representante de la empresa Shoes&Shoes Cía. Ltda.; DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA CUESTIONADA Y DEJAR EN FIRME LA SENTENCIA DEL INFERIOR. (045-011-SEP-CC; Caso 0385-11-EP; 2º. SRO 601 DE 21.12.11)	<u>52</u>

**TABLA A: LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS**

1. Carta Internacional de Derechos Humanos.
Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 de diciembre de 1989.
1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Pacto de San José).
Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)
2. Instrumentos Universales de los Derechos Humanos.
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965.
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979.
Convención contra la tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984.
Convención sobre los derechos del Niño, 25 de noviembre de 1989.
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 18 de diciembre de 1990.
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de discriminación contra la mujer, de 6 de octubre de 1999.
Protocolo Facultativo de la Convención de los derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, de 12 de febrero de 2002.
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 18 de enero de 2002.
Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Elaboración propia. Datos tomados de *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia.*

TABLA B: SOBRE EL CRITERIO “DENOMINACIÓN DE LA GARANTÍA”

Argentina	Acción de amparo
Bolivia	Acción de amparo constitucional
Brasil	Mandato de seguridad atípico contra resoluciones judiciales
Colombia.	Acción de tutela // Revisión de la acción de tutela sentenciada por un juez o tribunal.
Costa Rica	Recurso de Amparo
Chile	Recurso de Protección
Ecuador	Acción de amparo // Acción extraordinaria de protección
México	Amparo contra actos de tribunales judiciales.
Paraguay	Amparo
Perú	Acción de amparo
Uruguay	Acción de amparo
Venezuela	Amparo
Alemania	Verfassungberchaverde (Recursos constitucionales)
España	Tutela de las libertades y derechos // Recurso de amparo constitucional.
Italia	Protección jurisdiccional

Elaboración propia.

TABLA C: LAS PRINCIPALES DISPOSICIONES SOBRE LA AEP

	Constitución	LOGJCC
El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz.	Art. 86.2.a)	
Procede contra sentencias o autos definitivos que violen derechos reconocidos en la Constitución, se presenta a la Corte Constitucional, cuando se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios.	Art. 94	Art. 58
Para la admisión se debe demostrar que son decisiones firmes o ejecutoriadas y que se han violado el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.	Art. 437	Art. 61
El objeto de la AEP es la protección de los derechos constitucionales y debido proceso.		Art. 58
La demanda de AEP debe contener la identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.		Art. 61.5
La Sala de Admisión de la Corte Constitucional debe verificar 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.		Art. 62.1
La violación de los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por parte de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales.		Art. 65
El Debido proceso contempla la observancia de las normas, usos, costumbres y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad.		Art. 66.4
En caso de constatarse la vulneración de derechos, el juez 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.	Art. 86.3.	Art. 18.

Elaboración propia.

ABREVIATURAS

AEP	Acción Extraordinaria de Protección
CRE	Constitución de la República del Ecuador
CC	Corte Constitucional
CCT	Corte Constitucional de Transición
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEDEC	Centro de Estudios Constitucionales
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
CONESUP	Consejo Nacional de Educación Superior
DPC	Derecho Procesal Constitucional
RO	Registro Oficial
SRO	Suplemento del Registro Oficial
SEP	Sentencia Extraordinaria de Protección
VS	Voto Salvado