

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 160

*Los presupuestos
de la acción
extraordinaria
de protección*

*el control del rol del juez
en el neoconstitucionalismo
garantista*

Diego Mogrovejo



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador


CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Los presupuestos
de la acción extraordinaria de protección
*el control del rol del juez
en el neoconstitucionalismo garantista*

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 160

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12
www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

Diego Mogrovejo

Los presupuestos
de la acción extraordinaria de protección
el control del rol del juez
en el neoconstitucionalismo garantista



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2014

**Los presupuestos
de la acción extraordinaria de protección**
*el control del rol del juez
en el neoconstitucionalismo garantista*
Diego Mogrovejo



Primera edición:
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional
Quito, febrero de 2014

Coordinación editorial:

Quinche Ortiz Crespo

Armado:

Graciela Castañeda

Impresión:

*Taller Gráfico La Huella,
La Isla N27-96 y Cuba, Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:
978-9978-19-628-1

ISBN Corporación Editora Nacional:
978-9978-84-715-2

Derechos de autor:
Inscripción: 043699
Depósito legal: 005094

Título original: *La administración y la aceptación de la acción extraordinaria de protección
en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,
con mención en Derecho Constitucional
Programa de Maestría en Derecho, 2012

Autor: *Diego Mogrovejo Jaramillo* (correo e.: dfmogrovejo@gmail.com)

Tutor: *Agustín Grijalva*

Código bibliográfico del Centro de Información: *T-1012*

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

Índice

Introducción / 11

Capítulo I

El rol garantista del juez / 15

Evolución del rol del juez en las distintas concepciones sobre el modelo de Estado / **15**

Postulados garantistas en el neoconstitucionalismo / **27**

Capítulo II

La acción extraordinaria de protección / 49

Garantía jurisdiccional para el control constitucional de las decisiones judiciales / **49**

Acción que genera un proceso constitucional / **60**

Capítulo III

Presupuestos de la acción extraordinaria de protección / 71

Configuración normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los presupuestos formales / **72**

Configuración normativa, doctrinaria y jurisprudencial de los presupuestos sustanciales / **94**

Conclusiones / 127

Bibliografía / 131

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

A Dios por permitirme proseguir y culminar con éxito este proceso.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, centro de alto nivel, por el conocimiento adquirido en la reflexión académica y en la práctica profesional.

A sus autoridades.

A César Montaña, director del Área de Derecho, y al personal que labora en esta Área por su colaboración en este proyecto.

A la acertada y valiosa tutoría del constitucionalista profesor Agustín Grijalva.

A la precisa y útil revisión de los procesalistas Vanesa Aguirre y Francisco Iturralde.

Introducción

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

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

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

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

En una nueva conquista para subordinar el poder constituido al poder constituyente, cuyo titular soberano es el pueblo, paulatinamente algunos países de Iberoamérica fueron consagrando en sus constituciones o reconociendo en su jurisprudencia constitucional que los órganos judiciales, como cualquier otro órgano de poder público, le deben sujeción a los derechos y disposiciones de la norma suprema, inclusive, cuando dentro del paradigma garantista los jueces se estatuyen en los garantes de las normas y los derechos dentro de un proceso judicial (garantismo).

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

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

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

La Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 (CRE, de aquí en adelante), dentro del paradigma el Estado constitucional de derechos y justicia, instauró a través de la acción extraordinaria de protección un mecanismo para controlar si el juez ha asumido su papel garantista, es decir para constatar si se ha adecuado al marco de los derechos y disposiciones constitucionales en un proceso judicial, tanto más que el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ, en adelante), promulgado el 9 de marzo de 2009, desarrolla los principios propios de la administración de justicia ordinaria y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada el 22 de octubre de 2009 (LOGJCC, en adelante), lo hace con los de la justicia constitucional.

El presente trabajo investigativo, parte entonces desde la evolución del rol del juez en los distintos modelos de Estado y, rescatando las características primordiales o notas caracterizadoras del paradigma vigente (rematerialización de los derechos, paso de la mera legalidad a la estricta legalidad y nuevos métodos de interpretación que configuran una hermenéutica neoconstitucional tridimensional), nos permite formular los postulados garantistas del neoconstitucionalismo (creación jurídica, crítica interna-externa del derecho, protección

objetiva-subjetiva, instrumentalidad garantista, cambio de paradigma judicial), para definir que en el sistema ecuatoriano, la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección, se constituye conceptualmente en un mecanismo de control constitucional de las actuaciones de los jueces (control de los principios de supremacía y sujeción constitucional, estricta legalidad y juridicidad) y, procesalmente se estatuye en una acción que genera un proceso constitucional sujeto a condiciones constitucionales y requisitos legales que configuran presupuestos para su operación.

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

CAPÍTULO I

El rol garantista del juez

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

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

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

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

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

EVOLUCIÓN DEL ROL DEL JUEZ EN LAS DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL MODELO DE ESTADO

El Estado entendido como la organización jurídico-política de la sociedad, históricamente ha experimentado un proceso evolutivo con relación al

derecho (normas del ordenamiento jurídico) y a los derechos (expresiones de la dignidad humana).

Ramiro Ávila Santamaría expone la relación de los distintos modelos de Estado con el derecho y los derechos, marcando la existencia del Estado absoluto (sobre el derecho), del Estado de derecho (Estado legal de derecho y Estado constitucional de derecho) y del Estado de derechos (que enfatiza la parte dogmática sobre la parte orgánica de la Constitución, pues el poder se encuentra sometido a los derechos), de la siguiente manera:

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

En el absolutismo (Estado absoluto)

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

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

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

1. Ramiro Ávila Santamaría, «Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia», en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, No. 3, Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, 2008, p. 28 y 29.
2. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho procesal constitucional: el debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19.

Constitución Política de la Monarquía española promulgada en Cádiz en 1812 (Título V, De los tribunales y la Administración de Justicia en lo Civil y lo Criminal, art. 244 y 287).³

En el legalismo (Estado legal de derecho)

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

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

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

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

Se configuró así una función formalista del papel del juez: la mera aplicación del derecho positivo, es decir aquel objetivado en una norma jurídica, limitándose la labor del juzgador a aplicar la norma jurídica, especialmente la ley, que en esta concepción era considerada la principal fuente jurídica.

En el contexto del llamado *positivismo formalista* únicamente se planteaban límites formales para evitar la arbitrariedad del poder público y, no existían en estricto sentido, mecanismos efectivos de exigibilidad de los derechos, aun cuando ya Georg Jellinek en 1900 delineó el concepto de *jurisdic-*

3. Constitución de Cádiz de 1812, en *Congreso de los Diputados de España*, <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2011.

4. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2001, p. 66 y 67, señala: «las condiciones sustanciales de validez de las leyes [...] en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad».

ción como una «garantía jurídica de derecho público», centrada en cuestiones de derecho objetivo para la atención de intereses.⁵

En el constitucionalismo (Estado constitucional de derecho)

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

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

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

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

En este contexto la estructura estatal (parte orgánica), debía garantizar *per se* a los derechos reconocidos constitucionalmente (parte dogmática), es decir dado que la estructura organizacional del poder se encontraba limitada y

5. Georg Jellinek, «Las garantías del derecho público», en *Teoría general del Estado*, cap. 22, México DF, Compañía Editorial Continental, 1958, p. 641-642.
6. Hans Kelsen, «Definición del derecho, Punto 4, Norma primaria y norma secundaria», en *Teoría pura del derecho*, cap. III, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, p. 60-61.

además sujeta a un control constitucional objetivo-normativo, se deducía que el ámbito subjetivo-humano de los derechos se protegerían sin mayor intervención judicial.

En el neoconstitucionalismo (Estado constitucional de derechos)

La dramática experiencia constitucional de la Segunda Guerra Mundial evidenció que la *jurisdicción constitucional*, en el ámbito objetivo-normativo de las normas, requería profundizarse, con la *justicia constitucional* en el ámbito subjetivo-humano de los derechos (en este punto, si bien para una parte de la doctrina, el modelo kelseniano debe entenderse superado,⁷ se aprecia que dicho modelo respondía a su contexto y por lo tanto no significa que ya no tenga valor, sino que conforme a un nuevo contexto requiere una profundización).

Gracias al énfasis o al impulso que se dio a la protección de los derechos humanos, a criterio de Luigi Ferrajoli, se instauró un *nuevo paradigma*, emergido de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental alemana de 1949;⁸ lo que trascendió según Osvaldo Alfredo Gozaíni al ámbito interamericano con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁹ y, según Miguel Carbonell, configuró la tendencia iberoamericana con énfasis a partir de los años 70 del siglo XX, de que los textos constitucionales no solamente consagren la separación de los poderes públicos, sino que contengan altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionen la actuación estatal, como el caso de la Constitución española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.¹⁰

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

7. Domingo García Belaúnde, «Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional», en Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 5 y 6.
8. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, p. 67.
9. O. A. Gozaíni, *Derecho procesal constitucional...*, p. 37.
10. Miguel Carbonell, «Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales», en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad, No. 6, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, 2008, p. 9 y 10.

Sussana Pozzolo plantea que el *neoconstitucionalismo* (concepción neoconstitucionalista) se distingue del constitucionalismo liberal (concepción descriptiva), porque la función jurisdiccional mecanicista (mera aplicación legal) se transforma para denunciar la incompatibilidad de la ley con los valores y principios constitucionales (concepción preceptiva sustantiva), apreciando que:

El término *neoconstitucionalismo* [...] fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista. Al confrontar la concepción descriptiva con la concepción preceptiva-sustantiva neoconstitucionalista, se delinean de forma más clara, los dos modelos constitucionales: uno propio del liberalismo garantista, donde la Constitución representa un marco abierto dentro del cual, en el respeto de algunos límites, se desarrolla libremente el juego de la fuerza políticas (por ejemplo, la concepción kelseniana); el otro propio del neoconstitucionalismo, donde la Constitución es una dirección vinculante, es ordenamiento de valores estructurados que dominan el desarrollo de la legislación (por ejemplo G. Zabrebelsky) [...] En efecto, los principios de justicia, antes relegados al papel de proclamaciones políticas sin una fuerza real vinculante, en la Constitución neoconstitucionalista encuentran una directa fuerza obligatoria y se convierten en tareas de los poderes públicos: para ser legítima, la acción de los poderes tiene que resultar conforme a los valores y principios expresados por la Constitución [...] En ese contexto, el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que disolver definitivamente. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción.¹¹

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

Y por otra parte, una corriente *iusnaturalista* que pretende solucionar los casos concretos de conflicto entre derecho y derechos mediante principios constitucionales de justicia (en esta corriente puede ubicarse al constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky que propone el *principio de constitucionalidad, la optimización y el derecho dúctil*), acudiéndose en esta tendencia inclusive a valoraciones externas que terminan por vincular el derecho con la

11. Susanna Pozzolo, «Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 209, 215, 216, 225 y 227.

moral (en esta corriente puede ubicarse al jurista alemán Robert Alexy que propugna el *efecto irradiación* y la *ponderación* para sopesar principios contrarios y, al constitucionalista norteamericano Ronald Dworkin, que sostiene la tesis de los *derechos en serio*).

Es decir, no existe una sola línea del neoconstitucionalismo, sino varias perspectivas, las mismas que han sido abordadas por Alfonso García Figueroa, (A. G. F.), mediante una entrevista personal al constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli (L. F.), quien sitúa su tesis del *paradigma constitucional* dentro del iuspositivismo (defendiendo la separación del derecho y la moral) a diferencia de las tesis iusnaturalistas de Robert Alexy y Ronald Dworkin (quienes a su criterio vinculan el derecho y la moral), como consta en la siguiente reseña:

A. G. F.: Tu teoría del derecho se compromete con la tradición positivista y la tradición analítica, pero al mismo tiempo se mantiene atenta a una nueva forma de contemplar el derecho, una nueva visión *in fieri*, a la que tú mismo te refieres como *paradigma del constitucionalismo* [...] ¿Dónde se sitúa tu teoría con la de autores neoconstitucionalistas como Alexy, Dworkin o Nino? L. F.: El paradigma constitucional teorizado por mí no es otro que el paradigma de las actuales democracias constitucionales, estructuralmente diverso del paleoiuspositivismo del Estado legislativo de derecho, mas no por ello menos, sino antes bien aún más, al principio iuspositivista de legalidad [...] de un lado la sujeción a la ley incluso del poder legislativo que en regímenes desprovistos de constituciones rígidas es un poder absoluto, y de otro, la positivización también del *deber ser* del derecho [...] Distinguiría entre los tres autores citados. El iusnaturalismo tendencial verificable en sus tesis tiene explicaciones diversas. En Dworkin se explica en el hecho de que escribe teniendo como principal referente sistemas del *Common Law*, dentro del cual el principio de legalidad es menos exclusivo que en nuestros ordenamientos e inevitablemente es más amplio el papel normativo e innovador de la jurisprudencia. En Nino y sobre todo en Alexy tengo la impresión de que se puede advertir una especie de cognitivismo ético, o cuando menos, la sustancial negación de la separación entre derecho y moral que representa un corolario del positivismo jurídico.¹²

Por esta razón, Alfonso García Figueroa expone que la tendencia iuspositivista conformaría una especie de *neoconstitucionalismo débil* (en el sentido de circunscribirse a plantear soluciones desde el ámbito normativo del derecho) y la tendencia iusnaturalista configuraría una especie de *neoconstitucionalismo fuerte* (en el contexto de propender a la solución justa de conflictos de derechos mediante otras valoraciones del derecho), al señalar:

12. Alfonso García Figueroa, «Entrevista a Luigi Ferrajoli», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Trotta, 2005, p. 519.

El neoconstitucionalista reconoce que no podemos fragmentar el ordenamiento jurídico por la fuerza irradiante de la Constitución, pero aquí los caminos del neoconstitucionalismo se bifurcan. Como hemos podido distinguir un neoconstitucionalismo débil como el de FERRAJOLI [...] que no fragmenta el ordenamiento jurídico constitucional, pero si fragmenta el discurso práctico general y un neoconstitucionalismo fuerte [...] al estilo antipositivista de ALEXY, DWORKIN o NINO.¹³

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

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización [...] En el interior de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación con el mismo método, pero con un objeto parcialmente modificado, del iuspositivismo; otros sostienen, por el contrario, que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología y que, por lo tanto, el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto de iuspositivismo teórico [...] El neoconstitucionalismo ideológico no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y los defiende [...] algunos de sus promotores (pienso, por ejemplo en Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky) entienden que en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos se produce una conexión necesaria entre derecho y moral [...] la particular manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también ella la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho (Guastini) [...] La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si se deriva, en última instancia, de una norma moral.¹⁴

13. Alfonso García Figueroa, «Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, p. 254 y 255.
14. Paolo Comanducci, «Constitución y neoconstitucionalismo», en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, p. 177, 179, 186 y 187.

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

Comanducci añade a su defensa de la certeza de la creación de los principios constitucionales y su modo peculiar de aplicación, la ponderación *a falta de una moral común aumenta la discrecionalidad de los jueces* [...] Aunque es verdad que en la toma de decisiones en virtud de principios aumenta la discreción, debe apreciarse cuál es la alternativa. En mi opinión, la alternativa es menor discreción judicial, pero decisiones más injustas [...] Aparte de estas consideraciones, a Comanducci parece preocuparle cómo puede fundarse una decisión jurídica en una norma moral [...] No veo por qué ha de ser esta una tesis controvertida, ni patrimonio exclusivo de los neoconstitucionalistas. Creo que es una tesis de filosofía moral, bien fundada si la unidad del razonamiento práctico se mantiene.¹⁵

Siendo así, la crítica que puede plantearse hacia el neoconstitucionalismo (distinguiéndolo entre débil o fuerte, según la carga de convicción antipositivista y, diferenciándolo entre teórico, ideológico y metodológico, según la dosis de vinculación con la moral), debe superarse, rescatando las *características primordiales del modelo neoconstitucional*, esto es: el paso de la mera legalidad a la estricta legalidad (límites y vínculos constitucionales), la rematerialización de los derechos (como eje central de la institucionalidad) y, los nuevos métodos de interpretación (efecto irradiación, optimización, ponderación, proporcionalidad, razonabilidad), *notas caracterizadoras* que permiten denotar la conexión entre *neoconstitucionalismo* y *garantismo*, a fin de que los derechos alcancen efectividad (a través de mecanismos de efectivización como son las garantías).

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

15. José Juan Moreso, «Comanducci sobre neoconstitucionalismo», en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, p. 200, 202 y 204.

de los derechos de las personas, a través de nuevos métodos y herramientas de interpretación o hermenéutica.

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

Los derechos fundamentales, de la misma forma que los demás derechos, consisten en expectativas positivas o negativas, a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir de sus garantías primarias [...] El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales de la legislación positiva [...] De este modo, se produce un cambio de la naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho. Este ya no es solo (mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también relativos a sus contenidos o significados.¹⁶

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

Como se ha dicho, tal vez el rasgo más destacado del constitucionalismo contemporáneo, y también el principal argumento de las concepciones neoconstitucionalistas, sea la rematerialización, esto es la (re)incorporación de contenidos sustantivos [...] La consecuencia es, entonces, que el juicio de validez sobre las normas se ha convertido en un juicio sustantivo que toma como parámetros normas constitucionales que encarnan al propio tiempo normas de moralidad; singularmente, que expresan derechos fundamentales [...] El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.¹⁷

16. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, p. 43, 65-68.

17. Luis Prieto Sanchís, «Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional», en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, p. 280 y 281.

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

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

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

el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución.²⁰

18. M. Carbonell, «El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales», en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 6, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, 2008, p. 11.
19. La Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449 de 20 de octubre de 2008, consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia (art. 1); profundizando el régimen de derechos (art. 11) y garantías (art. 84); determinando que la potestad de administrar justicia emana del pueblo (art. 167); estableciendo que los jueces se someten al principio de juridicidad por encontrarse sujetos a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, y a la ley (art. 172), señalando que los órganos de poder público deben respetar el principio de estricta legalidad, pues únicamente deben ejercer las competencias atribuidas en la Constitución y la ley (art. 226) y primordialmente le deben sujeción a la Constitución Suprema (art. 424 y 426).
20. R. Ávila Santamaría, «Ecuador Estado constitucional de derechos...», p. 23 y 36.

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

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

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

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

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

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

21. Santiago Andrade Ubidia, «La Función Judicial en la vigente Constitución de la República», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, p. 254.
22. Agustín Grijalva, «Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional», en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador...*, p. 283 y 285.

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

POSTULADOS GARANTISTAS EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

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

De la mera aplicación normativa a la creación jurídica

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

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

establecidos en aquella; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas.²³

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

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

Por su parte, Gustavo Zagrebelsky diferencia el Estado legal de derecho del Estado constitucional, a través del *principio de constitucionalidad* como un derecho más alto, integrado de reglas legales supeditadas a principios superiores plurales que procuran la unidad y armonía del ordenamiento jurídico y por lo tanto se encuentran sujetos a una articulación, balance, concordancia práctica, u optimización, con prudencia en su ponderación, para su conciliación recíproca, al exponer:

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

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

23. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, p. 68.

24. Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, trad. de Andrea Grepipi, Madrid, Trotta, 2006, p. 73.

25. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 4a. ed., 2004, p. 49-50 y 125.

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

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

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

En este contexto, dentro del modelo neoconstitucional garantista, las fuentes tradicionales del derecho son replanteadas sobre la base de la interpretación o hermenéutica constitucional, fundamentada en nuevos métodos interpretativos (efecto irradiación, optimización, ponderación, proporcionalidad y razonabilidad) a través de los cuales, el juez experimenta un cambio cualitativo en su labor, pues de la mera aplicación mecánica de la ley se pasa a la interpretación crítica del derecho.

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

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

[...] Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel... Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimiza-

26. *Ibid.*, p. 147-148, y 153.

ción relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación... El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina «ley de la ponderación» y que se puede formular de la siguiente manera: «Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro».

[...] La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio (Pi) y la importancia concreta del principio contrario (Pj).²⁷

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

El Tribunal Constitucional Federal, trata de dar cuenta del «efecto de irradiación» de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto del orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: «De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo un orden valorativo objetivo, que en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices para la legislación, la administración y la justicia». Los conceptos centrales de esta construcción son el de valor y el de objetivo.²⁸

Alexy precisa este planteamiento, mediante la tesis de los márgenes de acción, por la cual todo ordenamiento jurídico cuenta con un orden fundamental relativo a los derechos constitucionales y un ordenamiento marco referente a los temas legales, determinándose que la irradiación de las normas iusfundamentales a todo el ordenamiento jurídico, no implica la superposición entre la constitucionalidad y la legalidad, así:

Una constitucionalización adecuada solo puede construirse por el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción [...] Una constitución es un orden fundamental cualitativo, si resuelve aquellas preguntas fundamentales para la comunidad que pueden y deben estar resueltas en la

27. Robert Alexy, «La fórmula de peso», trad. de Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 6, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, 2008, p. 14, 15 y 30.
28. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 507.

Constitución Este concepto de orden fundamental es compatible con el de orden marco. Una constitución puede resolver asuntos fundamentales, y en ese sentido ser un orden fundamental y, sin embargo, dejar muchas preguntas sin responder y por tanto ser un orden marco.²⁹

En este punto cabe apreciar que el *neoconstitucionalismo*, no se limita a un solo ámbito o dimensión jurídica, en su lugar se despliega en la *tridimensionalidad* normativa-axiológica-fáctica del Derecho, expuesta entre otros por Miguel Reale, que señala:

Como puede apreciarse, la teoría tridimensional del Derecho [...] se distinga de las demás de carácter genérico o específico, por ser concreta y dinámica, es decir por afirmar que: a) Hecho, valor y norma están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica [...] Las diferentes ciencias destinadas a la investigación del derecho, no se distinguen unas de otras por distribuirse entre sí hecho, valor y norma, como si fuesen elementos de algo divisible, sino por el sentido dialéctico de las respectivas investigaciones. Aunque esto no impide que se pueda considerar prevalentemente el momento normativo, o el fáctico, o el axiológico, pero siempre en función de los otros dos (tridimensionalidad funcional del saber jurídico).³⁰

Esta triple dimensión del Derecho que considera como norma, valor y hecho, determina una *hermenéutica neoconstitucional tridimensional*, en la que se efectúa un *abordaje hermenéutico* mediante tres ejercicios:

- a) La *categorización* para determinar la categoría jurídico conceptual a la que pertenece la aporía a través de una relación dual planteada como contradictoria como: principio-regla, vigencia-validez, igualdad-discriminación, sujeta a verificación.
- b) La *configuración* para el encuadramiento del problema en el ámbito de la triple dimensión normativa-axiológica-fáctica del Derecho a la que corresponda.
- c) La *delineación* para trazar el lineamiento del método compatible a la categoría y ámbito encuadrado para solucionar el caso.

29. Robert Alexy, «Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios», Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 53 y 56, en Juan Jacobo Calderón Villegas, *Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción*, Biblioteca digital de la Universidad Icesi, <http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/950/1/Constitucionalizacion_derecho.pdf>. Fecha de consulta: 20 de junio de 2011.

30. Miguel Reale, *Teoría tridimensional del derecho. Una visión integral del derecho, Capítulo III. Posición del tridimensionalismo jurídico concreto*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 72 y 75.

Es así que en el *neoconstitucionalismo*, no existe un solo *criterio hermenéutico*, sino que atendiendo a la *triple dimensión* normativa-axiológica-fáctica del Derecho, cada una de estas dimensiones tiene sus propios métodos interpretativos, así:

- a) El *ámbito normativo* categoriza el asunto como una relación dual *vigencia-validez*, configura la aporía dentro de una *incompatibilidad normativa* de tipo constitucional, y delinea su superación con los métodos de *solución de anomías y antinomias*, conformando así el denominado *iuspositivismo crítico* (concepto expuesto por Luigi Ferrajoli).
- b) La *dimensión axiológica* categoriza el caso como una relación dual *principio-regla*, configura la dificultad como una *inadecuación axiológica* por existir un choque o colisión entre derechos o principios, y delinea su resolución con los métodos de la *optimización* de bienes jurídicos que pueden conciliarse o la *ponderación* para sopesar la afectación e importancia de principios contrarios, conformando así el denominado *iusfundamentalismo* (concepto derivado de la formulación de Robert Alexy complementada por el planteamiento de Ronald Dworkin).
- c) El *enfoque fáctico* categoriza la cuestión como una relación dual *igualdad-discriminación*, configura el problema como una *inconsistencia fáctica* y delinea su solución con los métodos de la *proporcionalidad y razonabilidad*, analizando que la medida jurídica cuente con idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, conformando así la denominada *razón práctica del derecho* (concepto desprendido de la teorización de Gustavo Zagrebelsky).

Este abordaje hermenéutico se apoya además en *nuevas tesis* que permiten delimitar la calidad del problema jurídico como un asunto de mera legalidad o un tema con relevancia constitucional, así:

- a) El *derecho dúctil* que aprecia al ordenamiento jurídico como una integridad que persigue la coexistencia de las normas y los derechos atendiendo al trámite propio de cada procedimiento (expuesta por Zagrebelsky).
- b) El *núcleo esencial* que delimita una esfera central indisponible para la protección de los derechos y una periferia circundante de regulación infraconstitucional a priori sin relevancia constitucional a no ser que trascienda hacia la constitucionalidad (expuesta por la Sentencia del Tribunal Constitucional español No. STC 11/1981 que señala que el núcleo esencial «es aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad; lo que hace que sea reconocible como derecho pertinente a un determinado tipo. Aquella parte del contenido

que es necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».³¹

- c) El *efecto irradiación y los márgenes de acción* que partiendo de la iluminación de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico reconoce un orden fundamental de temas constitucionales y un orden marco de asuntos de mera legalidad (expuesta por Alexy).

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

En tal virtud, siguiendo a Ronald Dworkin, creador de la tesis de los *derechos en serio*, el rol del poder judicial es apreciar la *decisión correcta* en caso de conflicto de derechos, determinando que: «si hace la opción adecuada, y protege el derecho más importante a costa del que lo es menos, entonces no ha desvalorizado la noción de lo que es un derecho; cosa que por el contrario, habría hecho si hubiera dejado de proteger al más importante de los dos».³²

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

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

Cabe enfatizar que en el neoconstitucionalismo el juez aprecia el sistema de fuentes de la siguiente manera: la Constitución, instrumentos internacio-

31. Sentencia del Tribunal Constitucional español No. STC 11/81, del 8 de abril de 1981, citada en Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición No. 012-09-SEP-CC, RO-S 9 de 21 de agosto de 2009.

32. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 288.

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

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

Como afirma Carlos Parodi Remón: «No se trata de obviar o incumplir la ley. Absolutamente. Es imprescindible su conocimiento, su aplicación y su respeto. Pero la honradez y la ética de quien la deba aplicar, sabrá interpretarla de acuerdo al objeto del litigio, a las circunstancias específicas y peculiares del caso sublitis y a su proyección social».³³

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

En este contexto, Alfonso García Figueroa señala que el juzgador debe realizar una *aplicación racional* de las normas (razón práctica), entendidas no como imperativos inderrotables, sino como normas derrotables que viabilicen la rematerialización de los derechos (derrotabilidad), con una estructura flexible capaz de dar solución a los casos no previstos (axiología aspiracional).³⁴

De tal forma que el juzgador no debe apreciar a los preceptos jurídicos como imperativos absolutos (inderrotables), puesto que ello en lugar de asegurar la seguridad jurídica (previsibilidad), podría resquebrajar la estructura del ordenamiento jurídico (que debe ser flexible y en ese sentido derrotable). Por lo tanto el juez no deja de aplicar normas, sino que esa aplicación debe respon-

33. Carlos Parodi Remón, «¿Activismo o garantismo judicial?», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. X, Tutela judicial y derecho procesal*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, 2008, p. 357.

34. A. García Figueroa, «Neoconstitucionalismo, derrotabilidad...», en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional...*, p. 256, 261, 262, 267 y 268.

der al contenido rematerializado de los derechos (axiología), a través de una razón práctica que logre la viabilidad de dicho contenido (aplicación racional).

De ello se colige que cuando el juez con la debida *motivación* denota que existe *normativa clara* para el caso, debe aplicarla, más aún si ello responde a un esfuerzo de conciliación del aparente conflicto, pues el juez es garante de las *normas y los derechos* dentro de un proceso sustanciado acorde al *trámite propio de cada procedimiento* y al principio de *seguridad jurídica* (art. 76, No.1; art. 76, No. 3, parte final; art. 76, No. 7, letra l; art. 82 de la CRE).³⁵

Crítica interna y externa del derecho

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

Antonio Manuel Peña Freire establece la diferencia entre la función del juez en el Estado legal de derecho en el cual aplica la ley de una forma cerrada considerando a todo conflicto como privado, del papel del juez en el Estado Constitucional en el cual se sujeta a la Constitución, garantiza los derechos, corrige las falencias del legislador, marcando una ruptura con la aplicación silogística de la ley que presume a todo conflicto como privado sin considerar su connotación social; por esta razón el juez se erige en el guardián de los derechos constitucionales de las personas, ejerciendo un auténtico poder jurídico y encontrándose en tal sentido sometido a un control social que aprecia si ha alcanzado legitimidad funcional, constitucional y democrática al haber asumido su rol de garante de los derechos y de la tutela judicial efectiva.³⁶

En tal virtud en el garantismo, el juez asume el papel de garante y guardián de los derechos, las normas y la justicia, emprende una interacción con los principios constitucionales para corregir la legalidad vigente, de tal forma que

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

36. Antonio Manuel Peña Freire, «La garantía en el momento judicial del Estado constitucional de derecho», en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cap. 8o., Madrid, Trotta, 1997, p. 233-241.

si el juzgador aplica la ley no lo hace como producto del silogismo legal, sino de un ejercicio hermenéutico crítico.

Marina Gascón Avellán considera que el modelo garantista cuenta con un uso interpretativo, así como con un uso crítico y valorativo, en definitiva el juez interpreta de una forma crítica las normas vigentes a la luz de los principios constitucionales garantistas, para cuestionar desde adentro y desde afuera el positivismo, evidenciando la legalidad vigente contraria a este paradigma.³⁷

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

En esta línea para Luis Prieto Sanchís, el neoconstitucionalismo y el garantismo se retroalimentan y condensan en torno a la protección de los derechos fundamentales, por cuanto el garantismo propugna una crítica comprometida con la efectividad de estos derechos, recalcando que la tarea del juez es realizar la crítica desde adentro detectando lagunas y antinomias existentes y proponiendo las soluciones garantistas que ofrece el sistema y la crítica desde afuera que formule nuevas formas de garantía, por cuanto el modelo garantista propicia un control judicial de todos los actos de poder tomando como parámetro los preceptos constitucionales.³⁸

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

37. Marina Gascón Avellán, «La teoría general del garantismo. Rasgos generales», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Trotta, 2005, p. 32 y 33.

38. L. Prieto Sanchís, «Constitucionalismo y garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar, edit., *Garantismo...*, p. 44, 46 y 52.

Protección objetiva del derecho y protección subjetiva de los derechos

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

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

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

Pablo Pérez Tremps establece que los órganos de justicia constitucional realizan una doble función como garante de la Constitución: una objetiva de defensa e interpretación de la norma fundamental y, otra, subjetiva de defensa de intereses y derechos concretos y específicos, funciones que no se contraponen puesto que no hay defensa de la Constitución (función objetiva) si no hay defensa de derechos (función subjetiva), debiéndose en un caso constitucional conectar los intereses subjetivos en juego y la trascendencia objetiva del asunto, al exponer:

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

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

[...] no hay defensa de la Constitución, si no hay defensa de derechos e intereses [...] los órganos encargados de administrar justicia constitucional deben poder valorar de manera liminar la viabilidad formal y material de una demanda constitucional, partiendo de los tres datos ya indicados: base legal para ello, intereses subjetivos en juego y trascendencia objetiva del asunto.³⁹

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

En este punto cabe distinguir que en Ecuador la *justicia ordinaria* se configura en torno al *sistema procesal dispositivo*, en el cual las partes son las que aportan y determinan los hechos, objeto y tema del proceso (demanda y contestación a la demanda), configurando un *límite procesal* (pretensiones del actor y excepciones del demandado) al cual el juez debe atenerse en el momento de decidir (*congruencia*), ello sin perjuicio de algunas facultades oficiosas del juez en la instrucción del trámite; razón por la cual los jueces, dentro de la justicia ordinaria, proceden generalmente a aplicar la ley para resolver el caso, salvo que dicha aplicación genere una *duda razonable y motivada* sobre su constitucionalidad, situación en la cual procede la consulta de constitucionalidad para que la Corte Constitucional resuelva sobre su apego constitucional (en ejercicio de su calidad de intérprete final de la Constitución).

A diferencia de lo anterior en la *justicia constitucional*, específicamente en las garantías jurisdiccionales, el juez ordinario que actúa en ejercicio de potestad jurisdiccional constitucional, puede declarar de oficio la vulneración

39. Pablo Pérez Tremps, «La admisión en los procesos constitucionales», en Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho procesal constitucional*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, No. 12, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado-Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas-Universidad Carlos III de Madrid / Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2005, p. 90-91 y 103.

de derechos constitucionales, aun cuando no han sido expresamente invocados por los afectados (*principio iura novit curia*), sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia, dada la naturaleza jurídica de la justicia constitucional cuya misión es la defensa y protección de los derechos de las personas que consagrados constitucional e internacionalmente se encuentran dotados de la máxima jerarquía.

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

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

En este sentido, Agustín Grijalva relaciona el rol de la Corte Constitucional de crear jurisprudencia vinculante relativa a las garantías jurisdiccionales, a cargo de los jueces ordinarios (acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acción de acceso a la información pública), con la acción extraordinaria de protección (control constitucional de decisiones judiciales) como mecanismos para la unificación de la interpretación en materia constitucional.⁴⁰

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

Sin embargo, el denominado proceso de *constitucionalización del derecho* (derivado del *principio de sujeción constitucional*, previsto en el art.

40. A. Grijalva, «Interpretación constitucional, jurisdicción...», en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador...*, 2009, p. 285.

426, inc. 1o. de la CRE), por el cual la Constitución debe iluminar al operador jurídico en todos los casos puestos a su conocimiento y resolución (conforme la tesis de Robert Alexy sobre el *efecto irradiación*), requiere ser debidamente entendido (para evitar tergiversaciones), puesto que no implica la superposición de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, es decir que los problemas jurídicos de mera legalidad puedan ser tratados como problemas con relevancia constitucional, pues todo ordenamiento jurídico cuenta con un orden fundamental relativo a los derechos constitucionales y un ordenamiento marco referente a los temas de legalidad (conforme la tesis diseñada por el propio Robert Alexy sobre *los márgenes de acción*).

Siendo así, por una parte los juzgadores en ejercicio de la jurisdicción ordinaria no se encuentran impedidos de aplicar o interpretar la ley, puesto que el asunto se circunscribe a la legalidad, en su lugar incurren en una arbitrariedad si *crean derecho sin sustento* apartándose de *principio dispositivo* y de *congruencia* o suspenden causas para elevar *consultas de constitucionalidad improcedentes* pues solo lo pueden hacer en caso de *duda razonable y motivada* (art. 4, 1o. y 2o. inc. y art. 9, inc. 1 o. del COFJ).

Por otra parte los juzgadores en ejercicio de jurisdicción constitucional se encuentran llamados a conceder garantías jurisdiccionales cuando han constatado la existencia violaciones constitucionales aun cuando no hayan sido invocadas en virtud del *principio iura novit curia* (art. 140, inc. final del COFJ y, art. 4, No. 13 de la LOGJCC), pero no deben *constitucionalizar un asunto ordinario*, es decir deben evitar incurrir en la *desnaturalización de las garantías* de los derechos constitucionales, puesto que las consecuencias o efectos derivados de temas legalidad tienen su vía adecuada en la justicia ordinaria, lo cual se impone para frenar el *abuso* de aquellos accionantes que pretenden convertir temas legales en constitucionales (art. 20 de la LOGJCC).

Instrumentalidad garantista del proceso (tutela judicial y debido proceso)

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

Jesús González Pérez plantea que la protección de los derechos fundamentales de la persona humana corresponde a los tribunales de los distintos órganos jurisdiccionales en función de la persona de la que dimane la lesión y la naturaleza de la relación jurídica a través del *proceso que en cada caso ar-*

bitra el ordenamiento jurídico, proceso que no debe poner como obstáculo un formalismo excesivo, pues los trámites y procedimientos tienen como función ser cauce del acceso a la *tutela jurisdiccional efectiva* y no deben impedir al justiciable la satisfacción de sus justas pretensiones.⁴¹

Para Domingo García Belaunde, el carácter instrumental del derecho procesal con relación al derecho sustantivo, se entiende como *un medio para obtener un fin*, instrumentalidad que se va ampliando y cubriendo vacíos en donde haya instituciones que defender; en cuyo contexto se ubican las garantías constitucionales como mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, lo que impone la necesidad de analizar con óptica procesal los instrumentos de defensa de la Constitución tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica.⁴²

Néstor Pedro Sagüés considera que para la protección de la supremacía orgánica y dogmática de la Constitución, se ha estatuido el derecho procesal constitucional que contempla los dispositivos jurídicos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional, del cual emerge la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales como *medios efectivos* para el efecto.⁴³

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

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

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

41. Jesús González Pérez, «Las violaciones del derecho al debido proceso por las jurisdicciones instituidas para su protección», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho procesal constitucional*, México DF, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2001, p. 1033-1034.
42. Domingo García Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, p. 13, 15, 29 y 32.
43. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 4 y 5.

derecho; existiendo una interconexión entre la jurisdicción, garantías y los procesos constitucionales, para controlar la supremacía de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales que merecen una protección procesal. Este autor aprecia que en la justicia constitucional, la función del juez se modifica por cuanto en los conflictos constitucionales no existe propiamente una lucha entre partes, sino un problema de interpretación sobre la validez de la ley, razón por la cual la sentencia constitucional exige *argumentación y fundamentos* que no se vale de la simple y mecánica aplicación de la ley. En tal virtud estima que los *procesos constitucionales* se constituyen en vías, mecanismos y herramientas para garantizar efectivamente la protección de los derechos que no debe someterse a fórmulas solemnes que impidan la libre e independiente interpretación que la justicia constitucional necesita.⁴⁴

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

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

En esta línea Vanesa Aguirre en consonancia con la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, reliva el carácter instrumental de la *tutela judicial* (ejercitada a través de una acción), la misma que es *independiente* del derecho sustancial (pretensión), ya que tiene por objeto la emisión de una *decisión fundada en derecho* (motivada), razón por la cual si no se acoge las *pretensiones* del accionante (negativa) ello no implica una violación de la tutela judicial efectiva.⁴⁵

44. Osvaldo Alfredo Gozaíni, «El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos», en E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional...*, p. 740, 741, 746, 753, 754 y 755.

45. 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 y justicia? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, en <<http://repositorio>

Cabe enfatizar que siendo distintas la *justicia ordinaria*, en la cual la contienda es de aplicación legal y se somete a mayores formalidades en atención al *principio dispositivo y de congruencia* determinado por las pretensiones del actor y deducciones del demandado (art. 23 del COFJ); y, la *justicia constitucional*, en la que se instaura un proceso de garantía y control constitucional sujeta a menores formalidades pues lo primordial es que el juez *se forme criterio sobre la violación de los derechos* (art. 4, No. 6 y art. 14, inc. 3o., 1a. parte de la LOGJCC); en estas dos vías, que son las apropiadas para conocer y resolver los asuntos de legalidad y de constitucionalidad respectivamente, los juzgadores deben actuar con *motivación*, argumentando y razonando debidamente el por qué no se ha admitido a trámite o aceptado en decisión de mérito un caso, pues lo contrario devendría en una *denegación de justicia* (violación de la tutela judicial) o generaría un *estado de indefensión* (violación del debido proceso en su garantía de la defensa).

Cambio de paradigma judicial

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

Carlos Bernal Pulido expone que existe un verdadero *cambio de paradigma* cuando por el nuevo derecho constitucional las garantías del derecho procesal se vinculan de forma inescindible a la efectividad del derecho sustancial, existiendo una prevalencia del derecho sustancial basado en finalidades superiores de justicia sobre las reglas procesales o de forma, constituyéndose el debido proceso en el instrumento para *garantizar* que el derecho material se realice objetivamente.⁴⁶

Gerardo Pisarello plantea la reconstrucción de las *garantías*, entendidas como *mecanismos o técnicas predisuestas para la protección de los derechos*, con un enfoque multinivel político, jurisdiccional y social, destacando las medidas de acción positiva dirigidas a tutelar los derechos de los sujetos más débiles acompañadas de intervenciones que aseguren deberes a los sujetos más fuertes, así como las *garantías jurisdiccionales*, de tal forma que los

uasb.edu.ec/bitstream/10644/925/1/Art.1-Aguirre-la%20tutela%20judicial.pdf, p. 14 y 17.
Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2011.

46. Carlos Bernal Pulido, «El derecho fundamental al debido proceso», en *El derecho de los derechos*, cap. XI, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 375 y 376.

jueces sean capaces de involucrase y de ser activos frente a las actuaciones o abstenciones legislativas que restrinjan de manera ilegítima el alcance de los derechos, pues las garantías se dirigen tanto al legislador (en la regulación del contenido esencial) cuanto a los tribunales (para su exigibilidad judicial).⁴⁷

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

Víctor Abramovich y Christian Courtis, plantean la *exigibilidad directa* de todos los derechos, para lo cual las acciones judiciales deben dirigirse a obtener la realización de la conducta estatal debida, puesto que los derechos constitucionales implican tres niveles de obligaciones: *respetar, proteger y satisfacer* el derecho en cuestión, debiendo la jurisdicción declarar la omisión estatal como una violación del derecho, que da lugar a la exigencia del mismo con precisión de la conducta del Estado para reparar dicha violación, fundándose una nueva tradición judicial que *tome en serio* la protección jurisdiccional de los derechos, que en definitiva logren garantizar los derechos fundamentales que implican un compromiso de cumplimiento.⁴⁸

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

Perfecto Andrés Ibañez expone que con el garantismo el juez pierde su papel tradicional de mero aplicador de la ley, al asumir su obligación de intérprete crítico *en clave constitucional* de la legalidad aplicable y operador neutral en el momento de enjuiciamiento; enfatizando el papel central de la *motivación* en la lógica del modelo garantista, pues el juez debe mostrar una convicción razonada, fundadamente convencida y convincente como conocedor y decisor imparcial del asunto, logrando *legitimidad constitucional* al superar la simple legalidad por la *estricta jurisdiccionalidad, tomándose en serio el régimen de garantías*.⁴⁹

47. Gerardo Pisarello, «Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel», en *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, cap. 6, Madrid, Trotta, 2007, p. 111, 116, 119, y 122.

48. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 133, 135, 146 y 148.

49. Perfecto Andrés Ibañez, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», en M. Carbonell y P. Salazar, edit., *Garantismo...*, p. 62, 65, 70 y 73.

Humberto Nogueira Alcalá considera que en el contexto del acceso a la jurisdicción las disposiciones procesales deben interpretarse en *clave de derechos humanos* en el sentido más favorable para la protección de los derechos de las personas, para lo cual el juzgador debe ser objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, manifestando con *motivación* su razonamiento judicial pormenorizado y exhaustivo lo que garantiza contra la arbitrariedad o irracionalidad de sus actuaciones. Se construye así un *nuevo paradigma* que ya no es estatocéntrico, sino antropocéntrico, situando a la persona en la posición central y al Estado en una posición instrumental, cuyas normas son válidas en la medida que sean compatibles con la dignidad y los derechos humanos que tienen preminencia sobre la potestad estatal, razón por la cual el derecho procesal constitucional debe contemplar los procedimientos que protejan y garanticen los derechos mediante un acceso a la jurisdicción y a un debido proceso efectivo.⁵⁰

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

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

Para Alfonso García Figueroa, en el *paradigma del neoconstitucionalismo*, los operadores jurídicos deben conectar la integralidad del derecho, la teoría (postulados teóricos) con la dogmática (derecho aplicado), el sistema jurídico (normas) con la moral (axiología), de tal forma que a través de la argumentación (fundamentación o motivación) el paradigma neoconstitucionalista sea una filosofía aplicada (razón práctica).⁵¹

De acuerdo con lo expuesto, el nuevo paradigma judicial en el neoconstitucionalismo engloba el papel de un juez garante comprometido con los derechos (órgano funcional), el rol de una justicia independiente y legitimada por sus decisiones argumentadas y motivadas (estructura sistémica) y, una práctica judicial ética (actuación íntegra de todos los operadores jurídicos), que efecti-

50. Humberto Nogueira Alcalá, «El derecho a la jurisdicción, al debido proceso en el bloque de constitucionalidad de derechos en Chile», en E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional...*, p. 794, 801, 818 y 862.

51. A. García Figueroa, «Neoconstitucionalismo, derrotabilidad...», en M. Carbonell y L. García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional...*, p. 270 y 271.

vice en la realidad concreta los postulados teóricos y axiológicos del neoconstitucionalismo (Estado constitucional de derechos y justicia).

Cabe señalar que la CRE dota a la *potestad jurisdiccional* que emana del pueblo (art. 167), de *independencia judicial interna y externa* que la defiende de los intereses ilegítimos (art. 168, No. 1), a fin de que responda a la *juridicidad, debida diligencia y responsabilidad* (art. 172), así como a la *imparcialidad y proscripción del proselitismo* (art. 174, inc. 3o.), para lo cual dispone que el acceso al cargo judicial se efectúe por *meritocracia* (art. 176).

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

De lo anterior se desprende que la meritocracia concreta en la práctica la independencia e imparcialidad judicial, pues ha confiado a los jueces, que han accedido al cargo por méritos académicos, éticos, humanos y profesionales, la difícil tarea de impartir justicia sobre la base del *mérito procesal* y con la debida *motivación* (art. 130, No. 4 del COFJ y art. 4, No. 9 de la LOGJCC).

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

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

En este contexto Francisco Iturralde señala que la motivación es un requisito de fondo de las sentencias, que debe derivar de la *voluntad y convencimiento* del juez en ejercicio de su *independencia* y, que en virtud de reunir los elementos *lógicos y jurídicos* necesarios, ha *convencido* a las partes; motivación que publicita las *razones* de la decisión judicial y permite a las partes y al resto de la sociedad controlar el accionar de los jueces y evitar la arbitrariedad.⁵²

52. Francisco Iturralde, «Necesidad de requisitos en la sentencia», Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, en <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/700/1/T754-MDP-Iturralde-Necesidad%20de%20requisitos%20en%20la%20sentencia.pdf>>, p. 48-49 y 69. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2011.

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

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

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

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

CAPÍTULO II

La acción extraordinaria de protección

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

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

GARANTÍA JURISDICCIONAL PARA EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES

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

La Convención Interamericana de los Derechos Humanos ratificada por Ecuador mediante Acuerdo Ministerial No. 202, publicado en el Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984, determinó en el art. 25, la obligación estatal de establecer un «recurso ágil y eficaz» para garantizar los derechos de las personas ante violaciones de todo órgano de potestad estatal, sin embargo en el régimen

constitucional ecuatoriano no se consagró dicha garantía para oponerse a decisiones judiciales, puesto que se consideró que con ello se afectaría la *independencia judicial* y la *seguridad jurídica*.

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

Así, el establecimiento de un mecanismo constitucional contra decisiones judiciales se encontraba consagrado normativamente en México en el *amparo casación*, en España por medio del *recurso de amparo contra resoluciones judiciales* y, en Perú, a través del *amparo de excepción*;⁵³ y, jurisprudencialmente en Colombia, con la instauración de la *acción de tutela por vía de hecho* (Sentencias de la Corte Constitucional colombiana C-543 de 1992, T-368 de 1993; T-231 de 1994; T-094 de 1997; SU-047 de 1999),⁵⁴ aunque cabe advertir que dicha consagración no estuvo exenta de conflictos o enfrentamientos entre los máximos órganos de administración de justicia ordinaria y constitucional en el denominado *choque de trenes, discordia o guerra de las cortes*.⁵⁵

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

La Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el RO No. 1 de 11 de agosto de 1998, estableció varios mecanismos de control de la constitucionalidad de la normativa jurídica y de los actos de poder público, a través de la «acción de amparo» (art. 95), sin embargo excluyó como objeto de control constitucional a las resoluciones de los órganos judiciales, pues establecía la improcedencia de la acción de amparo en contra de decisiones judiciales adoptadas en un proceso (art. 95, inc. 2o.) y la prohibición expresa del

53. Carolina Garcés Peralta, «Amparo contra resoluciones judiciales: amparo vs. amparo», en Comisión Andina de Juristas, edit., *Lecturas constitucionales andinas 3*, Lima, CAJ, 1994, p. 211-213.

54. Néstor Raúl Correa Henao, «De los presupuestos de fondo de la tutela», en *Derecho procesal de la acción de tutela*, 2a. parte, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 73 y, Néstor Raúl Correa Henao, «Capítulo especial La tutela contra providencias judiciales», en *Derecho procesal de la acción de tutela*, punto 8, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 155, 159, 162, 163, 164 y 168.

55. Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 181.

Tribunal Constitucional para el control de constitucionalidad de providencias de la Función Judicial (art. 276, último inciso).

Las tres salas del Tribunal Constitucional se pronunciaron en el sentido de la improcedencia de la acción de amparo en contra de las decisiones judiciales así las Resoluciones números: 025-99-RA-IIS de 12 de febrero de 1999;⁵⁶ 072-RA-99-IS de 29 de marzo de 1999;⁵⁷ 098-RA-99-IS de 20 de abril de 1999;⁵⁸ 046-99-RA-IIIS de 20 de agosto de 1999;⁵⁹ y, 135-99-RA-IIIS de 12 de octubre de 1999.⁶⁰

56. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución 025-99-RA-IIS de 12 de febrero de 1999: «De acuerdo con la Carta Política y la ley no son susceptibles de amparo constitucional las decisiones judiciales adoptadas en un debido proceso y en los asuntos que han sido materia de la litis. En cambio puede y debe intervenir, cuando sus actos administrativos [...] violen o puedan violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en instrumento internacional vigente. Este no es el caso en el asunto materia de análisis. El asunto es esencialmente competencia de la Función Judicial [...] En síntesis la Segunda Sala no puede ni debe pronunciarse sobre los asuntos que han sido motivo de la acción de amparo [...] Resuelve. Ratificar lo resuelto por el Tribunal de primera instancia, y consecuentemente negar la acción de amparo constitucional».
57. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución 072-RA-99-IS de 29 de marzo de 1999: «El inciso segundo del art. 95 de la Constitución dispone claramente que no son susceptibles de Acción de Amparo las decisiones adoptadas en un proceso; y, de autos obra que tanto la sentencia de prescripción adquisitiva de dominio como la demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada, cada una de ellas son parte de un proceso judicial propio de la función del Juez como Juzgador dentro del ámbito de su competencia, la Función Judicial, de tal forma, que este tipo de actuaciones judiciales dentro de un proceso jurisdiccional, están excluidas de las Acciones de Amparo Constitucional [...] Resuelve: Declarar la inadmisión de la acción planteada».
58. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución 098-RA-99-IS de 20 de abril de 1999: «El inciso segundo del art. 95 de la Constitución expresamente dispone que: «No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones jurisdiccionales adoptadas en un proceso», y que la Disposición Transitoria Vigésimo sexta de la Carta Suprema, dispone que todos los magistrados y jueces que dependen de la Función Judicial, sometiéndose a sus propias leyes, incluyendo, de manera expresa, a los jueces militares, de policía y de menores, por lo que efectivamente la resolución impugnada, es de aquellas que corresponden a la Función Judicial y adoptada en un proceso, de tal forma que forma parte de las exclusiones determinadas en el antes referido inciso segundo del art. 95 de la Constitución [...] Resuelve: Declarar inadmisibles la acción planteada».
59. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución 046-99-RA-IIIS de 20 de agosto de 1999: «El recurso constitucional propuesto por la actora es improcedente, pues la Constitución en el inciso segundo del art. 95 ordena: «no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso», además no se trata de un acto administrativo que es la declaración de voluntad de autoridad pública que crea, modifica o extingue derechos o situaciones jurídicas, en tanto que es acto judicial se expresa mediante providencias [...] Resuelve: Confirmar la resolución expedida [...] y en consecuencia negar el amparo constitucional solicitado».
60. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución 135-99-RA-IIIS de 12 de octubre de 1999: «El Recurso de Amparo previsto en el art. 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley

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

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

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

En este contexto, el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Resolución No. 184-TP publicada en el Suplemento del RO No. 213 de 28 de noviembre de 2000, declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Control Constitucional relativas a la acción de amparo, al considerarlas incompatibles con la norma constitucional, sin que se haya advertido en esa ocasión en la necesidad de revisar la razonabilidad de la exclusión del control constitucional de resoluciones judiciales; habiéndose una vez realizada esta *conciliación normativa*, declarado a la Ley de Control Constitucional con jerarquía y carácter de ley orgánica, mediante Resolución Legislativa No. 22-058 publicada en el RO No. 280 de 8 de marzo de 2001.

de Control Constitucional tutela derechos [...] quedando expresamente excluidas de este recurso, las decisiones adoptadas en un proceso [...] Consta del expediente que el recurso de amparo presentado...tiene relación con hechos vinculados a la providencia de aprehensión y deprecatorio dentro del juicio seguido en torno a un vehículo constituido en reserva de dominio. Si el demandante considera perjudicado sus intereses en esta causa es ante el juez competente que debe hacer valer sus derechos, por lo cual ha equivocado la vía de reclamo [...] Resuelve: Inadmitir la acción de amparo por improcedente».

Sin embargo, ya la doctrina nacional había empezado a abordar la necesidad de resguardar mediante formalidades procesales la protección de los derechos sustanciales, debiendo en este sentido el órgano judicial velar principalmente por las *garantías básicas* del derecho constitucional al *debido proceso*;⁶¹ así como reconociéndose que la Constitución de 1998 excluía expresamente el control constitucional de decisiones judiciales, se precisó que dicha exclusión no abarcaba a los actos administrativos ilegítimos de la Función Judicial de las que sí procedía el amparo (Resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional R 491-98-RA).⁶²

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

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

Cabe señalar que en este contexto prohibitivo del control constitucional de las resoluciones judiciales, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia precisó que las normas constitucionales son susceptibles de ser violadas al igual que las disposiciones legales y en tan virtud, cabía fundamentarse la interposición del *recurso de casación por violación de normas constitucionales* citándose además la *normativa infraconstitucional* que la desarrolla (fallo de casación dictado el 21 de mayo de 2002).⁶³

61. Alberto Wray Espinosa, «El debido proceso en la Constitución», en *IURIS DICTIO, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco*, vol. I, No. 1, Quito, USFQ, 2000, p. 35-36.

62. Rafael Oyarte, «El amparo ante la jurisprudencia y el derecho positivo», en *Guía de litigio constitucional*, t. II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 2001, p. 150 y 151.

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

En este punto, para la doctrina nacional si bien el control constitucional de las decisiones judiciales se encontraba excluido, ello no implicaba que el juzgador no se encuentre sometido al *principio de juridicidad* englobante del ámbito constitucional y legal en el ejercicio de la potestad pública de administrar justicia.⁶⁴

Por lo señalado, se expuso la necesidad de que el Tribunal Constitucional interprete el verdadero alcance de dicha negativa y se proceda a la admisión del *amparo constitucional por violación del órgano judicial del derecho constitucional al debido proceso* en el cual no se examine a la decisión judicial como instrumento pues se encontraba prohibido, sino el cumplimiento de las garantías constitucionales del proceso;⁶⁵ tanto más cuando se advertía que en la justicia ordinaria ecuatoriana existen *decisiones judiciales no susceptibles de casación* e incluso *decisiones judiciales desprovistas de recurso alguno*.⁶⁶

En este contexto, se sostuvo por una parte que el análisis sobre la posibilidad de consagrar un amparo contra sentencias judiciales debía apreciar determinadas circunstancias y *condiciones* dada la complejidad del tema;⁶⁷ y por otra parte se recalcó que no toda actuación judicial *califica como decisión judicial*, como el caso de devolución de escritos en una judicatura que no comportan una providencia y de los cuales sí se concedió amparo (Resolución del Pleno del Tribunal Constitucional 0367-2003-RA).⁶⁸

En este sentido, y en ocasión del proceso constituyente ecuatoriano en el período 2007-2008, se presentaron dos proyectos de reforma constitucional sobre el tema: el primero respecto de la procedibilidad del *recurso extraordi-*

la Constitución y la ley disponen y de qué manera concreta se ha producido la situación de indefensión en que ha sido colocado».

64. Santiago Andrade Ubidia, «Independencia judicial y Estado de derecho», en Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, edit., *Temas de derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, 2003, p. 284, 294, 297 y 298.
65. Jorge Zavala Egas, «Recurso de amparo constitucional contra violación por órgano judicial del derecho del debido proceso: una competencia olvidada del TC», en Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional-Colegio de Jurisprudencia-Universidad San Francisco, edit., *Temas de derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, 2003, p. 360-361.
66. Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005, p. 99 y 100.
67. Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, No. 5, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado-Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas-Universidad Carlos III de Madrid / Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos-Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 85.
68. Rafael Oyarte, *La acción de amparo constitucional: jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006, p. 141.

nario de amparo por violación de las garantías del debido proceso en contra de sentencias firmes de la justicia ordinaria de las cuales no quepa ningún recurso judicial (art. 114 del proyecto de Constitución propuesta por el Consejo Nacional de Educación Superior de octubre de 2007); y, el segundo, sobre la competencia de una nueva Corte Constitucional para conocer y resolver *acciones de amparo en contra de decisiones judiciales* definitivas de la justicia ordinaria cuando violen el debido proceso u otros derechos fundamentales (art. innumerado sobre las competencias de la Corte Constitucional constante en la Resolución No. 0001-08-AD de 8 de enero de 2008 del Pleno del Tribunal Constitucional).

El 25 de julio de 2008 la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el nuevo texto constitucional, el mismo que fue sometido a referéndum aprobatorio el 28 de septiembre de 2008, siendo aprobado por la mayoría de votantes, de tal forma que la vigente Constitución de la República del Ecuador se promulgó en el RO No. 449 de 20 de octubre de 2008.

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

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

Es así que la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por ciudadanos de forma individual o colectiva ante la Corte Constitucional, contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, siempre que se encuentren firmes o ejecutoriadas por agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional, y se demuestre la violación por acción u omisión del debido proceso u otro derecho reconocido en la Constitución (art. 94 y 437).

Esta garantía jurisdiccional se instaura entonces para la protección de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido vulnerados por un órgano jurisdiccional, como un mecanismo de *control constitucional de las decisiones judiciales*, cuya interposición según la doctrina especializada no debe considerarse como una dificultad para la justicia ordinaria, sino como un *mecanismo que contribuye a su correcto funcionamiento* a fin de que la Corte Constitucional determine el *contenido esencial* de los derechos constitucionales.⁶⁹

En este contexto se promulgó el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) publicado en el suplemento del RO No. 544 de 9 de marzo de 2009 estatuido para hacer efectivo los derechos de los justiciables y vivificar *los principios constitucionales de la Función Judicial* que tienen entre ellos una profunda imbricación a fin de establecer una *nueva justicia profundamente humana* que gire en torno a *la supremacía constitucional*,⁷⁰ la misma que implica considerar que los derechos, garantías, principios, obligaciones y valores consagrados en la Constitución y en los *instrumentos internacionales de derechos humanos* que cuentan con *igual jerarquía constitucional* integran un núcleo incuestionable.⁷¹

Así como se expidió la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), publicada en el segundo suplemento del

69. Agustín Grijalva, «Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neo-constitucionalismo y Sociedad, No. 2, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, 2008, p. 271 y 272.
70. Santiago Andrade Ubidia, «Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008», en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan, edit., *La transformación de la justicia*, Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 7 Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, abril de 2009, p. 5, 8 y 9.
71. César Montaña Galarza, «Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008», en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador...*, p. 353 y 379.

RO No. 52 de 22 de octubre de 2009, que según la doctrina especializada establece una *regulación estricta de la admisibilidad* de la acción extraordinaria de protección *para evitar su abuso* al pretenderla deformar como una *nueva instancia* de la justicia ordinaria,⁷² tal como fue la preocupación de la doctrina autorizada que expuso la inquietud de que esta acción no llegue a convertirse en una *cuarta instancia* para lo cual resultaba necesario imponer determinados *límites* en la ley pertinente.⁷³

Control del principio de supremacía y sujeción constitucional

La Constitución ecuatoriana de 2008 establece un nuevo diseño constitucional adhiriéndose, como advertimos en el capítulo I de este trabajo, al *neo-constitucionalismo garantista*.

La Constitución en el art. 1, inc. 1o. y 2o. establece que Ecuador es un *Estado constitucional de derechos y justicia* en el cual la base de la autoridad radica en la soberanía del pueblo que es ejercida a través de los *órganos de poder público*.

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

72. Agustín Grijalva, «La acción extraordinaria de protección», en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 13, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, 2010, p. 667.

73. Hernán Salgado, «La nueva Corte Constitucional del Ecuador», en Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal americano y europeo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 541 y 542.

es respetar y hacer respetar los derechos constitucionales debiendo reparar su violación (*responsabilidad estatal*).

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

Esta *limitación formal* encuentra un *vínculo sustancial* en el cumplimiento efectivo de los derechos constitucionales que se encuentran consagrados con la máxima jerarquía normativa; así la Constitución en el art. 424 primer inciso dispone que la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre el resto del ordenamiento jurídico, debiendo el resto de normas guardarle conformidad so pena de carecer de eficacia jurídica (*supremacía constitucional*); en el art. 425 en el primer inciso establece a la Constitución en la cúspide de la escala jerárquica normativa por sobre el resto de normativa (*máxima jerarquía*) y en el segundo inciso establece todo órgano de poder público debe resolver los conflictos normativos con la aplicación de la norma jerárquica superior (*principio jerárquico*); en el art. 426 en el primer inciso dispone que toda persona, autoridad e institución se encuentra sujeta a la Constitución (*sujeción constitucional*) y en el segundo y tercer incisos dispone que todo órgano de poder público debe aplicar directamente las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos (*bloque de constitucionalidad*) que son de inmediato cumplimiento no pudiéndose alegar falta de ley para su desconocimiento (*aplicabilidad directa*).

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

Control del principio de estricta legalidad y del principio de juridicidad

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

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

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

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

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

Siendo así, la Constitución ha consagrado en el art. 94 a la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los órganos judiciales (Título III, Garantías Constitucionales, cap. 3o, Garantías Jurisdiccionales); y, en los art. 429 y 437, dispone que corresponde su interposición ante la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y justicia constitucional (Título IX, Supremacía de la Constitución, cap. 2o, Corte Constitucional).

Ello en concordancia con el COFJ que en el art. 1, establece que la potestad jurisdiccional emana del pueblo y, en art. 5, dispone que los órganos

jurisdiccionales aplicarán las normas constitucionales y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos (juridicidad).

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

ACCIÓN QUE GENERA UN PROCESO CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) publicada en el RO No. 449 de 20 de octubre de 2008, establece a la *acción extraordinaria de protección* como una *garantía jurisdiccional*, siendo así acorde al art. 86, No. 3, inc. 1o, un *accionante* la ejerce para instaurar un *proceso* para *constatar* la violación de derechos constitucionales, que conforme el art. 94 se dirige *en contra* de decisiones judiciales a la que se le imputa dicha violación constitucional, para lo cual según el art. 437, la Corte Constitucional debe *constatar* que dicho *recurso* se presente de una decisión judicial firme y ejecutoriada y que el accionante *demuestre* la indicada violación constitucional (razón por la que es una garantía que se ejerce como una acción y se presenta a manera de un recurso, generándose un proceso constitucional autónomo sujeto a admisión, sustanciación y sentencia).

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

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) publicada en el Segundo Suplemento del RO No. 52 de 22 de octubre de 2009, regula actualmente a la acción extraordinaria de protección, señalando: su objeto (art. 58); la legitimación activa (art. 59); el término para accionar (art. 60); los requisitos de la demanda (art. 61, num. 1-6); la admisión para verificar los seis elementos comunes a toda interposición de esta acción de los cuales se desprende la legitimación pasiva, procedibilidad

y procedencia o relevancia constitucional (art. 61, num. 1-6, ya que los num. 7 y 8 responden a situaciones específicas de la justicia electoral y corrección por desnaturalización de la garantía); el trámite de admisibilidad en la Sala de Admisión, la sustanciación con el Juez Sustanciador sorteado que remitirá como Juez Ponente el proyecto (art. 62, incisos finales) para la resolución del Pleno de la Corte Constitucional en sentencia (art. 63); y las sanciones en caso de interposición indebida (art. 64).

El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC) publicado en el Suplemento del RO No. 127 de 10 de febrero de 2010, con una última reforma publicada en el Suplemento del RO No. 587 de 30 de noviembre de 2011, señala que: el contenido de la demanda deberá reunir los requisitos de ley (art. 34); la acción presentada ante la judicatura a la que se le imputa la violación constitucional únicamente puede ser admitida a trámite por la Corte Constitucional (art. 35) a través de la Sala de Admisión, para que luego de ser admitida y del sorteo de rigor pase a la sustanciación por el Juez Sustanciador (art. 35), el mismo que para el estudio del expediente constante en original o documentación certificada remitido por la judicatura de origen (art. 36), avocará conocimiento disponiendo que la judicatura a la que se le imputa la violación constitucional remita un informe (art. 37) y señalará cuando lo estime pertinente la realización de una audiencia, luego de las cual Juez Ponente preparará el proyecto respectivo (art. 38) para el conocimiento y resolución del Pleno de la Corte Constitucional que dictará sentencia (art. 39).

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

En la investigación efectuada por la Comisión Andina de Juristas sobre el control constitucional de decisiones judiciales, se previno sobre la necesidad de evitar la proliferación de amparos contra sentencias, debiéndose establecer la regulación legal y jurisprudencial que impidan convertir el amparo en una última instancia.⁷⁴

En este sentido, en el sistema español la doctrina constitucional ha planteado la necesidad de establecer la *admisión en procesos constitucionales* para establecer la *vialidad formal y material* incluso mediante *inadmisión liminar* es decir en primera providencia.⁷⁵ En el sistema colombiano conforme la jurisprudencia constitucional se planteó el establecimiento de *presupuestos forma-*

74. C. Garcés Peralta, *op. cit.*, p. 213.

75. P. Pérez Tremps, *La admisión en los procesos...*, p. 103.

leyes y materiales para determinar si el vicio de la providencia judicial es grave y evidente para la procedibilidad de la *acción de tutela por vía de hecho*.⁷⁶ En el sistema ecuatoriano se delimitó que la *acción extraordinaria de protección* no debe ser incondicionada, sino *reglada y excepcional* sujeta a una *estricta regulación legal y jurisprudencial* como el caso español y colombiano.⁷⁷

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

Es así que en la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, desde el 20 de octubre de 2008 al 31 de diciembre de 2010, han ingresado en total 2.917 casos de acción extraordinaria de protección,⁷⁸ cada caso es numerado de la siguiente forma 0001-08-EP, etcétera.

De los 2.917 casos ingresados:

- 64 ingresaron en el período del 20 de octubre al 31 de diciembre de 2008.
- 975 ingresaron en el período del 5 de enero al 31 de diciembre de 2009.
- 1878 ingresaron en el período del 4 de enero al 31 de diciembre de 2010 (denotando un incremento de interposiciones).

De los 2.917 casos ingresados:

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

De las 811 causas en trámite:

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

De los 2.106 procesos concluidos:

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

76. N. R. Correa Henao, *op. cit.*, p. 73 y 155.

77. A. Grijalva, *Perspectivas y desafíos de la...*, p. 272.

78. En *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/186.42.101.7/casos/estadísticas2/resultados1.php>>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.

Tratándose de las providencias de inadmisión liminar o de plano que alcanzan 1.831 casos, se puede establecer algunos criterios jurisprudenciales aplicados por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición, tales como: que la acción involucra cuestiones de *legalidad* (auto de 25 de marzo de 2010 en el caso 0001-10-EP);⁷⁹ que la garantía atañe una cuestión que carece de *relevancia constitucional* (auto de 30 de marzo de 2010 en el caso 0047-10-EP);⁸⁰ que el accionante pretende volver a discutir un *asunto de la justicia ordinaria* (auto de 7 de abril de 2010 en el caso 0975-09-EP);⁸¹ que la impugnación se limita únicamente a *lo injusto o equivocado* de la resolución judicial (auto de 13 de abril de 2010 en el caso 0198-10-EP);⁸² que el accionante *no argumenta* el derecho constitucional violado (auto de 2 de junio de 2010 en

79. Caso 0001-10-EP, Auto de admisibilidad de 25 de marzo de 2010 a las 18h06, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/35dea42f-9a82-4a0a-83b7-35ebf2530deb/0001-10-EP-sa.pdf>>. «El art. 62 ibídem, prevé los requisitos para la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección establece. En la especie el numeral primero manifiesta que «exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso»; el numeral segundo de la norma invocada dispone «que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión»; el numeral tercero determina «que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado sentencia»; el numeral cuarto expresa «que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley» [...] De la revisión de la demanda se desprende que la accionante solicita que mediante sentencia de la Corte Constitucional se deje sin efecto la sentencia recurrida fundamentando la misma en consideraciones de orden legal [...] lo que evidencia que la accionante pretende que esta Corte conozca sobre asuntos de legalidad». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.
80. Caso 0047-10-EP Auto de admisibilidad de 30 de marzo de 2010 a las 09h56, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a30552ef-a952-4d1d-b64b-aa8dcf9f558e/0047-10-EP-sa.pdf>>: «Dentro de su solicitud el accionante no demuestra mediante una adecuada argumentación el derecho violado, ni justifica argumentadamente, la relevancia del problema jurídico y de la pretensión». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.
81. Caso 0975-09-EP Auto de admisibilidad de 7 de abril de 2010 a las 10h45, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/685b1c8f-326c-4529-b1fb-f7eb2ddcfef1/0975-09-EP-sa.pdf>>: «Del texto de la demanda se evidencia que los accionantes intentan utilizar esta vía constitucional que es excepcional para volver a discutir un asunto que fue conocido y resuelto en la justicia ordinaria». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.
82. Caso 0198-10-EP Auto de admisibilidad de 13 de abril de 2010 a las 15h11, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3716bff0-c0d3-441e-b01d-59e2fa91e70a/0198-10-EP-sa.pdf>>: «no existe un argumento claro sobre los derechos vulnerados y su relación directa e inmediata con la resolución emitida por la autoridad judicial. El principal fundamento del accionante se limita a consideración de lo injusto y equivocado de la resolución judicial». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.

el caso 0618-10-EP);⁸³ que la acción se interpone confundiéndola con otra *instantánea* (auto de 7 de junio de 2010 en el caso 0138-10-EP);⁸⁴ y que la garantía se ha interpuesto de fuera del término legal es decir de forma *extemporánea* (auto de 7 de junio de 2010 en el caso 0101-10-EP).⁸⁵

Respecto de los casos en los que la Corte Constitucional para el período de transición, ha admitido a trámite la acción extraordinaria de protección, se evidencia que la Sala de Admisión señala que *cumple con los requisitos* y que dicha *admisión no implica un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones* (auto de 7 de junio de 2010 en el caso 0005-10-EP).⁸⁶

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

Luego de esta aproximación general, se pueden advertir tres situaciones puntuales sobre esta garantía jurisdiccional: 1. Las acciones extraordinarias

83. Caso 0618-10-EP Auto de admisibilidad de 2 de junio de 2010 a las 12h19, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9bff378f-ee72-420d-b55e-233b02673761/0618-10-EP-sa.pdf>> «Dentro de su solicitud el accionante no demuestra mediando una adecuada argumentación el derecho violado [...] Se verifica que no existe la presencia de los presupuestos establecidos en el artículo 62 numerales 1, 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la procedencia de la presente acción. En tal virtud, la pretensión jurídica no se ajusta a los requisitos de la acción extraordinaria de protección». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.
84. Caso 0138-10-EP Auto de admisibilidad de 7 de junio de 2010 a las 16h20, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/611cc0ef-1f33-4a03-9d3d-0859e1cc9c35/0138-10-EP-sa.pdf>>: «Del análisis de la demanda y la revisión del proceso, la Sala concluye sin mayor esfuerzo que los comparecientes confunden el objeto de la acción extraordinaria de protección, al pretender que esta Corte actúe como otra instancia dentro de la acción de protección cuyas sentencias les fueron desfavorables, lo cual es ajeno a la naturaleza de la presente acción». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.
85. Caso 0101-10-EP Auto de admisibilidad de 7 de junio de 2010 a las 16h45, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ceacf4-ba60-4bc3-beb3-263fb59d93b1/0101-10-EP-sa.pdf>>: «La hoy demandante concurre ante esta Corte Constitucional y presenta su demanda de acción extraordinaria de protección...fuera del término previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.
86. Caso 0005-10-EP Auto de admisibilidad de 7 de junio de 2010 a las 16h09, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8fea5b7b-548f-417c-891b-c9abda9e7275/0005-10-EP-sa.pdf>>: «El art. 62 ibídem, prevé los requisitos para la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección. Esta Sala considera que en aplicación de las normas referidas en los considerandos anteriores, la presente demanda de acción extraordinaria de protección reúne los requisitos de procedibilidad establecidos en la Constitución de la República, así como los requisitos formales exigidos para la presentación de la demanda previstos en el art. 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo expuesto y sin que esto implique un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones, se ADMITE a trámite». Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.

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

Al respecto en la jurisprudencia comparada la operación del control constitucional de decisiones judiciales es efectivamente extraordinaria y excepcional, así como lo señala Pablo Pérez Tremps al exponer que en el Tribunal Constitucional español:

La inmensa mayoría de los recursos de amparo resultan inadmitidos a trámite (en torno al 95% de los interpuestos). Ello se debe a que el art. 50 LOTC permite decretar la inadmisión de demanda no solo por existencia de vicios procesales, falta de legitimación, falta de agotamiento de la vía judicial previa, o falta de invocación del derecho en dicha vía judicial, etc. [...] También cabe inadmitir por razones de fondo, tales como que el Tribunal Constitucional ya hubiere desestimado asuntos similares o que la demanda carezca de contenido constitucional».

Pérez Tremps además aporta en el anexo «Resoluciones dictadas que ponen fin a asuntos» como dato que, en el año 2005, se emitieron en relación a los casos de amparo ingresados un 5,44% de sentencias.⁸⁷

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

Cabe señalar que en el sistema español la aceptación de este mecanismo se debe mayoritariamente por casos de violación del *debido proceso* y a *la tutela judicial* debido a que son derechos de índole constitucional que tiene

87. Pablo Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima, Palestra, 2006, p. 136 y 173.

mayor relación con un proceso judicial, que han sido recogidos en una misma disposición, el art. 24 de la Constitución española CE;⁸⁸ norma que ha sido objeto de múltiples análisis, entre ellos: el expuesto por Joan Picó i Junoy quien por una parte expone que puesto que «el art. 24 CE es, con mucha distancia respecto de los demás, el precepto más invocado por los recurrentes [...] es necesario examinar detenidamente la doctrina jurisprudencial de su máximo intérprete, esto es, del Tribunal Constitucional»⁸⁹ y por otra parte refiere que «La Constitución Española (CE), en su art. 24, recoge toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, como el punto de referencia de todo el ordenamiento procesal»⁹⁰; y el presentado por José de la Mata Amaya y Fernando Pastor López que analizan la jurisprudencia respecto de la tutela judicial y garantías constitucionales del proceso puesto que «los problemas relativos al artículo 24.1 CE [...] han venido ocupando en buena medida la atención del Tribunal, en especial en la resolución de recursos de amparo».⁹¹

En el sistema ecuatoriano ocurre algo similar, ya que de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional para el período de transición, se deduce que estos *derechos de protección* son los más invocados. Así, accediendo al sistema de consulta de casos, búsqueda avanzada, dentro de las acciones extraordinarias de protección concluidas, constan 22 referentes al debido proceso, 17 relacionadas a la tutela judicial, a diferencia por ejemplo de las cuatro relativas a los derechos de participación.⁹²

Siendo entonces el debido proceso y la tutela judicial los derechos más invocados por los accionantes en la acción extraordinaria de protección y,

88. Art. 24 de la Constitución española de 1978, citado por Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1997, p. 20, señala: «Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

89. J. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales...*, p. 32 y 39.

90. J. Picó i Junoy, «El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español», en E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional...*, p. 527.

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

92. En *Corte Constitucional del Ecuador*, http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=2. Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.

los que han merecido mayor análisis por parte de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, en el capítulo III del presente trabajo de investigación, se analizarán 27 sentencias cuyo contenido relativo a estos derechos de protección, permite la estructuración de los presupuestos formales y sustanciales (véase al final del capítulo III, un cuadro que analiza sintéticamente los elementos de las sentencias).

Acción y presupuestos (condiciones constitucionales y requisitos legales)

En Ecuador la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección genera un proceso constitucional sujeto a condiciones constitucionales (art. 94 y 437 de la CRE) y requisitos legales (art. 58; 59; 60; 61, num. 1-6, y, 62, num. 1-6 de la LOGJCC), las mismas que disponen lo siguiente:

CRE, RO 449 de 20 de octubre de 2008:

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.

El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

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

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

LOGJCC, RO-2S 52 de 22 de octubre de 2009:

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

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

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

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

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

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

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

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;
4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;
6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley.

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

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

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

[...] el recurso debe reflejarse en una estricta regulación legal y jurisprudencial de su admisibilidad. Esta debe incluir como de hecho en parte incluye la nueva Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional entre otros re-

quisitos: términos perentorios para su interposición, incidencia directa del auto o resolución judicial cuestionada sobre el sentido de la sentencia, alegación oportuna de la violación constitucional en el curso del proceso, e imputabilidad directa de la violación constitucional a la actuación u omisión del juez u órgano judicial. Tales condiciones han sido establecidas en otras legislaciones y han mejorado ostensiblemente el funcionamiento de la institución.⁹³

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

La Corte Constitucional ha determinado que la acción extraordinaria de protección se sujeta a *condiciones constitucionales* y *requisitos legales* que configuran *presupuestos formales* y *sustanciales*, en los autos de la Sala de Admisión emitidos el 18 de enero de 2011, en los casos 1566-10-EP y 1657-10-EP,⁹⁴ y, en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012, señaló:

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

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

La legitimación activa de la acción extraordinaria de protección la tiene la persona titular del derecho constitucional vulnerado, individual o colectiva, que ha o haya debido ser parte en un proceso (artículo 94 inciso segundo parte final y artículo 437 inciso primero de la Constitución, artículos 59 y 61 numeral 1 de la LOGJCC) [...].

La legitimación pasiva de la acción extraordinaria de protección recae en el órgano judicial –juez, judicatura, sala, tribunal– que por acción u omisión incurre en una violación constitucional en el juzgamiento (artículo 94 inciso primero y artículo 437 numeral 2 de la Constitución, artículo 61 numeral 4 de la LOGJCC) [...].

La oportunidad se determina en el sentido de que la violación constitucional ocurrida en el juzgamiento debe ser oportunamente alegada, contándose con el término de 20 días para la interposición de la acción extraordinaria de protección que decurre para el caso del que ha actuado como parte desde la no-

93. A. Grijalva Jiménez, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 662 y 663.

94. Caso 1566-10-EP Auto de admisibilidad de 18 de enero de 2011 a las 09h40, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3218489e-8da4-4e93-a319-804cd9ff7062/1566-10-EP-sa.pdf>>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2011. Caso 1657-10-EP Auto de admisibilidad de 18 de enero de 2011 a las 09h42, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c46fd0ee-c28c-431c-85b7-110a38999a90/1657-10-EP-sa.pdf>>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.

tificación de la decisión judicial a la que se le imputa la violación constitucional y para quien debió haber sido parte desde que tuvo conocimiento de la providencia (artículo 437 numeral 2 de la Constitución, artículos 60, 61 numeral 6, y 62 numeral 6 de la LOGJCC).

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

La materia u objeto de la acción extraordinaria de protección consiste en la violación constitucional por acción u omisión del órgano judicial del derecho constitucional al debido proceso u otro derecho constitucional ocurrida durante un proceso judicial (artículo 94 inciso primero y artículo 437 numeral de la Constitución, artículos 58 y 61 numerales 5 y 6 de la LOGJCC).

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

La procedibilidad se encuentra establecida en el sentido de que la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia firmes o ejecutoriados, por agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, o se demuestre que sean ineficaces o inadecuados (artículo 94 incisos primero y segundo y artículo 437 inciso primero y número 1 de la Constitución, artículo 61 No. 3 de la LOGJCC).⁹⁵

95. Sentencia No. 066-12-SEP-CC, RO-S 714 de 31 de mayo de 2012.

CAPÍTULO III

Presupuestos de la acción extraordinaria de protección

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

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

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

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

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

En la configuración legal de este derecho, el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la jurisdicción (STC 112/1997 de 3 de junio y otras). No obstante, ni el legislador puede poner obstáculos a este derecho que no respeten su contenido esencial, ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones a su alcance, ya que *solo por Ley* puede regularse (STC 174/1995 de 23 de noviembre y otras).⁹⁶

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

CONFIGURACIÓN NORMATIVA, DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES

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

Legitimación activa

(toda persona que ha sido parte de un proceso o haya debido serlo)

La CRE promulgada el 20 de octubre de 2008, en el art. 10, 1er. inciso, determina que las personas son titulares de los derechos, en el art. 86, No. 1, dispone que las personas pueden proponer garantías jurisdiccionales y, en el art.

96. J. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales...*, p. 42 y 43.

94, 2o. inciso, parte final y art. 437, 1er inciso, 1a. parte, tratándose de la acción extraordinaria de protección identifica a las personas y ciudadanos como legitimados activos para presentar esta acción.

La Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009; Sentencia No. 011-09-SEP-CC de 7 de julio de 2009 y, Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 6 de agosto de 2009, estableció dentro de los parámetros de la acción extraordinaria de protección que la misma tiene un triple carácter jurídico: *derecho*, *garantía* y *acción*, estatuida en el nuevo régimen constitucional para proteger los derechos constitucionales *de todas las personas*, apreciando que:

Con el surgimiento del neoconstitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes [...] la Acción Extraordinaria de Protección establecida en el Art. 94 de la Norma Suprema, edifica una múltiple garantía de protección a favor de la víctima de violación de derechos constitucionales o del debido proceso [...] 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 [...] Es por ende una acción constitucional para proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos constitucionales que han sido violados o afectados por la acción u omisión en un fallo judicial (sentencia o auto definitivo) dictado por un juez.⁹⁷

En la Sentencia No. 024-09-SEP-CC de 29 de septiembre de 2009, se profundizó que la legitimación activa de la acción extraordinaria de protección comprende a *todas las personas* naturales o jurídicas, públicas o privadas, como *sujetos de procesos judiciales*, es decir *partes procesales*, estimando que:

El principio de acceso a la justicia, identificado en el artículo 86.1 de la Constitución de la República, es claro: «cualquier *persona*, grupos de *personas*, comunidad, pueblo nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución [...] ¿Por qué la Acción Extraordinaria de Protección es una acción prevista para el ejercicio de todas las personas? Porque busca revisar los autos y sentencias que son parte de un proceso judicial. El derecho al debido proceso contiene en sí el derecho a la igualdad en el proceso [...] De esta forma se considera que se debe tomar en cuenta lo siguiente: *i*) que las personas en general tienen pleno derecho de acceder a la Acción Extraordinaria de Protección, siempre y cuando se cumplan los parámetros establecidos en el artículo 437.1 de la Constitución de la Republica; *ii*) Las personas jurídicas de derecho públi-

97. Sentencia No.007-09-SEP-CC, RO-S 602 de 1 de junio de 2009; Sentencia No.011-09-SEP-CC, RO-S 637 de 20 de julio de 2009; y, Sentencia No. 019-09-SEP-CC, RO No. 18 de 3 de septiembre de 2009.

co y privado son también sujetas de procesos judiciales, para quienes también les son aplicables los principios de igualdad en el proceso y acceso efectivo a la justicia.⁹⁸

La LOGJCC promulgada el 22 de octubre de 2009, en el art. 9, 1er. inciso, lit. a) e inciso final, determina que la legitimación activa de las garantías jurisdiccionales le corresponde a cualquier persona conforme la propia regla específica para la acción extraordinaria de protección, indicando en el art. 59 y en el art. 61 No.1, que la calidad de accionante de esta acción le corresponde a la persona que ha sido parte procesal o debió serlo.

Agustín Grijalva sobre el art. 59 y art. 61 No. 1 de la LOGJCC sostiene que dichas disposiciones enfatizan que la persona para accionar esta garantía debe haber tenido efectivamente legitimidad como parte en un proceso (parte procesal) o debió haberla tenido (excluido).⁹⁹

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

Estas premisas, sin embargo, no solo pueden ser aplicadas en relación a quien participa de un proceso judicial, ya como demandante, ya como demandado, pues puede suceder que alguna persona, debiendo ser parte del mismo, ha dejado de participar en el proceso por diversas causas, como cuando no se notifica con la demanda al demandado o cuando se sigue un proceso en que se definen derechos de terceras personas sin su conocimiento, casos en los que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso [...] es necesario señalar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha solucionado definitivamente el asunto, al facultar, en el artículo 59, la presentación de la acción a quienes hayan sido o debido ser parte de un proceso.¹⁰⁰

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

Cierto que sobre el tema existe un debate latente en la actualidad, con posiciones opuestas. Para unos, los derechos fundamentales que consagra la

98. Sentencia No. 024-09-SEP-CC, RO-S 47 de 15 de octubre de 2009.

99. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 667.

100. Sentencia No. 016-10-SEP-CC, RO-S 202 de 28 de mayo de 2010.

Constitución son únicamente para las personas naturales; otros agregan que también cabe la inclusión de las jurídicas, entre estas, las fundaciones y corporaciones; y, un tercer sector que reconoce también como sujetos de garantías a las instituciones públicas, muchas de las cuales son reconocidas por ley como entes con personalidad jurídica [...] De acuerdo a las ideas expuestas antes, no cabe discusión en cuanto a que las personas jurídicas y las instituciones públicas pueden ser sujetos o titulares de derechos; pero al igual que tienen esa garantía, no puede de manera alguna privárseles del derecho a ser titulares del ejercicio de la acción para hacerlos valer, esto es, que desde el punto de vista de la relación procesal, no puede ser únicamente sujeto pasivo, sino que también es posible que se presente como sujeto activo; tal afirmación tiene de su lado, además, un principio intrínseco a toda vinculación procesal, la igualdad de las partes en el procedimiento.¹⁰¹

En la Sentencia No. 068-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010, se expuso que a las personas jurídicas, incluso las del Estado, no les corresponde todos los derechos constitucionales pero si los atinentes a su naturaleza, estimando que:

Sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas: En torno a esta apreciación realizada por la parte recurrida, esta Corte reitera que pese a que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, sí lo son de aquellos que les correspondan, según su naturaleza social y siempre en atención a la definición constitucional de los derechos de los que se trate, condición de la cual el Estado en sí no es ajeno.¹⁰²

En la Sentencia No. 070-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010, se reiteró que la legitimación activa de esta acción corresponde a cualquier persona que ha sido o debió ser parte procesal conforme el art. 59 de la LOGJCC, señalando que:

Los artículos 58 y 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen que la acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han sido o hayan debido ser parte de de un proceso.¹⁰³

101. Sentencia No. 055-10-SEP-CC, Primer Voto Concurrente, RO-S 359 de 10 de enero de 2011.

102. Sentencia No. 068-10-SEP-CC, RO-S 372 de 27 de enero de 2011.

103. Sentencia No. 070-10-SEP-CC, RO-S 359 de 10 de enero de 2011.

La Corte Constitucional en los autos de la Sala de Admisión emitidos el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP y, en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012, configuró el presupuesto de la legitimación activa del siguiente modo: «*La legitimación activa de la acción extraordinaria de protección la tiene la persona titular del derecho constitucional vulnerado, individual o colectiva, que ha o haya debido ser parte en un proceso (artículo 94 inciso segundo parte final y artículo 437 inciso primero de la Constitución, art. 59 y 61, num. 1 de la LOGJCC)*».¹⁰⁴

Análisis

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

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

- a) Estructuralmente los *derechos constitucionales* se consagran a favor de personas naturales (titulares de derechos humanos), de personas jurídicas (sujetos de derechos fundamentales aunque no de derechos humanos), e inclusive del entorno natural (derechos de la naturaleza que interesa a todo el colectivo).
- b) Sustancialmente los *derechos humanos* son expresiones de la dignidad humana y por lo tanto corresponden a las personas naturales (seres humanos), en tanto que los *derechos fundamentales* abarcarían la protección para otras entidades como las personas jurídicas (fundaciones, corporaciones, compañías, empresas, instituciones, sociedades) y para el colectivo que habita el entorno natural (interesado en los derechos de la naturaleza), sin embargo todos estos derechos reciben el tratamiento de *derechos constitucionales* (siendo entonces sus titulares personas naturales, personas jurídicas de forma individual o colectiva).
- c) Procesalmente los *derechos constitucionales* se protegen mediante *garantías jurisdiccionales* que pueden ser accionadas por los titulares de los derechos constitucionales (personas naturales y jurídicas).

En tal virtud todas las personas, naturales, jurídicas, privadas, públicas, nacionales o extranjeras, podrían dentro de un proceso verse afectadas por una violación de índole constitucional. Siendo así por *igualdad procesal* y sin

104. Sentencia No. 066-12-SEP-CC, RO-S 714 de 31 de mayo de 2012.

distinción alguna, toda persona que ha sido o haya debido ser parte procesal, se encuentra legitimada para interponer la acción extraordinaria de protección.

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

La Corte Constitucional colombiana en la Sentencia No. T-463 de 1992, citada por Carlos Bernal Pulido, ha señalado categóricamente que los *derechos fundamentales de carácter procesal* como el *debido proceso* corresponde a todas las personas naturales, jurídicas, privadas, públicas, nacionales o extranjeras, así este fallo indica:

El principio general que condiciona el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas jurídicas a la naturaleza del derecho objeto de la vulneración o amenaza tiene clara expresión en los derechos fundamentales procesales, anclado en el principio del Estado de derecho. El carácter «procesal» de ciertos derechos fundamentales –derecho de defensa, derecho al debido proceso, derecho de contradicción, derecho a la doble instancia, y el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.)– se predica de determinados derechos que pueden ser invocados por todo tipo de personas, naturales o jurídicas, sean ellas privadas, públicas o extranjeras. (Asimismo), mientras que el ejercicio de los derechos fundamentales sustanciales o materiales depende de la naturaleza de derecho en cuestión, los derechos procesales fundamentales contienen principios objetivos de procedimiento de carácter universal, aplicables a los procesos judiciales y administrativos, y a los cuales puede apelarse indistintamente por parte de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.¹⁰⁵

El Tribunal Constitucional español, como señala Joan Picó i Junoy, en múltiple jurisprudencia contenida en las sentencias STC 111/1992; 241/1992; 100/1993; 34/1994; 91/1995; 129/1995; 123/1996 y 211/1996, ha precisado que la titularidad de los derechos procesales «corresponde tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento jurídico reconoce capacidad para ser parte en un proceso», debiéndose conforme la sentencia STC 55/1997 «interpretar con amplitud» las fórmulas que las leyes procesales utilizan en orden de atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales».¹⁰⁶

105. Sentencia No. T-463 de 1992, citada por C. Bernal Pulido, *El derecho de los derechos...*, p. 349.

106. Sentencias números STC 111/1992; 241/1992; 100/1993; 34/1994; 91/1995; 129/1995; 123/1996; 211/1996 y 55/1997 citadas por J. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales...*, p. 44 y 45.

En esta línea Pablo Pérez Tremps expone:

tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden interponer recurso de amparo, habiéndose reconocido esa legitimación, incluso a personas jurídico-públicas [...] previsión general establecida en la CE con la precisión procesal de haber sido parte, en su caso, en el correspondiente proceso judicial previo al amparo[...] exigible solo a quien razonablemente pudo se parte en ese previo recurso y no a quien, por ejemplo, desconoció su existencia (STC 158/2002).¹⁰⁷

Cabe señalar que la *legitimación activa* confiere la calidad de *accionante*, pero no la calidad de *afectado*, pues esta se encuentra sujeta a la debida verificación, conforme el art. 86, num. 3, inciso 1o. de la CRE y art. 9, inciso 2o. de la LOGJCC, de lo cual se podría establecer una legitimación *ad procesum* y una legitimación *ad causum*, las mismas que responden a la teoría general del proceso y han sido analizadas por la doctrina y jurisprudencia de casación ecuatoriana, de la siguiente manera:

La Sala a continuación, distingue la ilegitimidad de personería (falta de legitimatio ad procesum) con la falta de legítimo contradictor (falta de legitimatio ad causam), de la siguiente manera: «Es preciso distinguir lo que es ilegitimidad de personería de lo que es falta de legítimo contradictor o falta de legitimación en la causa (legitimatio ad causum) que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial» (Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia No. 405-99 de 13 de julio de 1999, RO 273 de 9 de septiembre de 1999 y otras).¹⁰⁸

En la acción extraordinaria de protección la *legitimación ad procesum* respondería a un elemento eminentemente formal para determinar si el interponente es o debió haber sido parte procesal y la presenta por sí o por representante acreditado (en esta línea la calidad de accionante se configuraría *a priori* con la interposición); pero la *legitimación ad causam* involucraría un factor sustancial para definir si el interponente cuenta con el interés sustancial sobre el derecho constitucional del que alega es titular y ha sido violado por el órgano judicial (en este sentido la calidad de afectado se configuraría *a posteriori* con la constatación, pues la persona podría no ser titular del derecho); situación en la cual conforme señala Pérez Tremps cabe analizar «en qué medi-

107. P. Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales...*, p.133 y 134.

108. S. Andrade Ubidia, *La casación civil...*, p. 123-126.

da las personas jurídicas son o no titulares de ciertos derechos fundamentales, lo que acaba incidiendo en su legitimación para recabar la tutela judicial y constitucional». ¹⁰⁹

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

En este sentido Carlos Bernal Pulido ha expuesto en consonancia con la jurisprudencia constitucional colombiana (Sentencia T-463 de 1992), que la titularidad del derecho al *debido proceso* como *derecho fundamental procesal* corresponde a todas las personas, inclusive las jurídicas de carácter público estatal que en atención de su propia naturaleza deben intervenir como cualquier otra en la adopción de decisiones jurídicas, al señalar:

La titularidad del derecho fundamental al debido proceso ha sido un aspecto objeto de un interesante desarrollo jurisprudencial. Lo primero que debe mencionarse es que la Corte Constitucional, en la sentencia T-463 de 1992 manifestó que el derecho fundamental al debido proceso no se atribuye de manera exclusiva a las personas naturales, sino que también se predica de las personas jurídicas, de naturaleza privada, pública o extranjera [...] En este sentido puede decirse que el derecho fundamental al debido proceso, que sin lugar a dudas se atribuye a las personas naturales, es uno de los derechos fundamentales autónomos de las personas jurídicas. Bien, es sabido que, según la jurisprudencia constitucional, este tipo de personas tienen dos tipos de derechos fundamentales. Por una parte, son titulares de derechos fundamentales derivados, que les son otorgados porque su protección implica una protección indirecta pero efectiva de los derechos de aquellos individuos que conforman la persona jurídica. Por otra parte, sin embargo, las personas jurídicas están dotadas de derechos fundamentales autónomos, cuya justificación no estriba en la protección de ningún derecho fundamental atribuible a una persona natural, sino en la protección de las características y elementos de la propia persona jurídica [...] Si ello es así, también las instituciones estatales deben poder gozar el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto, como se expuso páginas atrás, este derecho protege la intervención de todos los interlocutores, públicos y privados, extranjeros y nacionales, en la deliberación pública, en el discurso en el que se toman decisiones políticas, jurídicas, y a las atinentes al mercado y a todos los asuntos sociales.¹¹⁰

109. P. Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales...*, p. 134.

110. C. Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 349 y 350.

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

Configuración

En definitiva según la normativa, jurisprudencia y doctrina analizada, cuentan con *legitimación activa* para interponer una acción extraordinaria de protección *todas las personas*, naturales, jurídicas, públicas, privadas, nacionales o extranjeras, que en *la calidad de parte procesal*, acrediten que efectivamente *han intervenido* en un proceso *o que han sido excluidos* indebidamente del mismo.

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

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

Legitimación pasiva (órgano judicial que viola el derecho constitucional)

La CRE, promulgada el 20 de octubre de 2008, en el art. 94, 1er. inciso y en el art. 437, 1er. inciso No. 2, orienta sobre la legitimación pasiva de la acción extraordinaria de protección cuando se refiere a que se dirige contra decisiones judiciales adoptadas en un juzgamiento.

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

En la actualidad, las decisiones judiciales pueden ser objeto de impugnación cuando exista violación, por acción u omisión, de derechos reconocidos constitucionalmente[...] la acción extraordinaria de protección puede ser presentada contra sentencias, autos definitivos –deberá entenderse, consecuente-

mente, que se refiere a los autos que por poner fin a un proceso, tiene carácter de sentencia— y resoluciones con fuerza de sentencia, estas últimas, de ninguna manera pueden referirse a resoluciones, aunque sean definitivas y de última instancia en sede administrativa [...] No existe duda de que la naturaleza de esta acción es el control constitucional de las decisiones que se adopten en el ejercicio de la administración de justicia antes prohibida [...] En definitiva, al sistema de protección de derechos se ha añadido la acción extraordinaria de protección, cuyo objeto, única y exclusivamente, constituyen las decisiones judiciales cuando estas vulneren derechos.¹¹¹

En la Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 6 de agosto de 2009, se estableció que esta acción se opone solo contra decisiones de los órganos de la Función Judicial que han intervenido y resuelto una cuestión justiciable en un juicio, estimando que:

la acción extraordinaria de protección procede cuando haya intervenido un órgano judicial; cuando dicha intervención haya tenido lugar en el juicio; cuando en el juicio se haya resuelto una cuestión justiciable mediante sentencia o auto definitivo [...] La acción extraordinaria de protección solo puede alegarse contra sentencias o autos expedidos por órganos de la Función Judicial que pongan fin al proceso.¹¹²

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

si bien el accionante ejerció inicialmente su legítimo derecho a la defensa en diferentes etapas procesales, es colocado en un estado de incertidumbre cuando el recurso de casación, presentado por el ahora accionante, recibe una respuesta negativa con una argumentación de poca consistencia y sustentada en razonamientos de poco peso jurídico y constitucional [...] La aceptación de la presente acción extraordinaria de protección no es de ningún modo arbitraria, pues por el contrario, se sustenta sobre la base del error de derecho y la injusticia del resultado. El error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la injusticia del resultado se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto con un sustento pre jurídico e ilusorio.¹¹³

111. Sentencia No. 013-09-SEP-CC, RO-S 638 de 21 de julio de 2009.

112. Sentencia No. 019-09-SEP-CC, RO 18 de 3 de septiembre de 2009.

113. Sentencia No. 020-09-SEP-CC, RO-S 35 de 28 de septiembre de 2009.

En la Sentencia No. 023-09-SEP-CC de 24 de septiembre de 2009 y en la Sentencia No. 026-09-SEP-CC de 1 de octubre de 2009, se consideró que esta garantía instauro el control constitucional de las decisiones de los operadores judiciales que se encuentran sujetos y vinculados a la supremacía constitucional, apreciando que:

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, siendo, por tanto, indispensable que ejerza ese control [...] sin distingo de quien lo aplique perseguirá igual fin, que es el de garantizar la supremacía de la Constitución Política y, por tanto, las decisiones judiciales adoptadas no pueden escapar a dicho control y se sujetarán también a lo dictado por la Carta Suprema [...] De esta forma, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, en los cuales se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución, mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los mandatos del Ordenamiento Supremo. Lo contrario sería que no existiese una acción o recurso al cual recurrir para impugnar las acciones u omisiones de los operadores judiciales que violan derechos constitucionales, resultando que aquellos funcionarios supremos no se encuentran vinculados o bajo el control de la Constitución.¹¹⁴

La LOGJCC promulgada el 22 de octubre de 2009 en el art. 61, No. 4 y, art. 62, inciso 1o., sobre la legitimación pasiva de esta acción refiere a la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión judicial.

Agustín Grijalva al comentar el art. 61, No. 4 de la LOGJCC, expone que esta garantía únicamente opera contra las decisiones de autoridad judicial, es decir que implícitamente no se puede interponer contra decisiones de autoridades no judiciales.¹¹⁵

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

Las funciones conferidas por la Constitución de la República a la Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación de la Constitución y garante de su supremacía, le facultan para examinar si las actuaciones de toda autoridad pública, incluidos los jueces, mantienen armonía con los mandatos

114. Sentencia No. 023-09-SEP-CC, RO-S 43 de 8 de octubre de 2009 y Sentencia No. 026-09-SEP-CC, RO 54 de 26 de octubre de 2009.

115. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 668.

constitucionales, concretamente, mediante la acción extraordinaria de protección, observar si la actuación de los jueces, garantiza los derechos de las personas que intervienen en un juicio, en especial los del debido proceso.¹¹⁶

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

La Acción Extraordinaria de Protección en Ecuador, consagrada en los artículos 94 y 437 de la Constitución, es una garantía constitucional que propende recoger el principio fundamental de la Carta Política aprobada en el 2008, de que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, y que tiene como su deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales[...] Asimismo, cabe precisar que el Estado es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso, según el artículo 11, numeral 9, siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, que consagra los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y hará efectivas las garantías del debido proceso, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, tal como lo determina el artículo 169 *ibidem*.¹¹⁷

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

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

116. Sentencia No. 001-10-SEP-CC, RO-S 117 de 27 de enero de 2010.

117. Sentencia No. 014-10-SEP-CC, RO-S 192 de 13 de mayo de 2010 y Sentencia No. 015-10-SEP-CC, RO-S 196 de 19 de mayo de 2010.

uso del principio de la supremacía constitucional [...] no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluidas las sentencias. Es en razón de este imperio que el legislador impuso que todo acto de autoridad pública, incluidos los que ejercen jurisdicción en la Función Judicial, estén bajo control de un órgano supremo en materia constitucional, para que sea este el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales.¹¹⁸

En la Sentencia No. 069-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010, se consideró que esta acción opera tanto en procesos judiciales ordinarios cuanto en procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales, confirmando que una sentencia de una acción de protección era susceptible de acción extraordinaria de protección por no estar prohibido constitucionalmente, al estimar que:

El artículo 94 de la Constitución de la República respecto a la acción extraordinaria de protección [...] es complementado con lo prescrito en el artículo 437 de la norma suprema [...] De la transcripción de la norma constitucional se establece que, efectivamente, esta acción extraordinaria de protección opera en contra de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados, sin distinción del proceso en el que se han dictado, sea este ordinario o fruto de una acción jurisdiccional (acción de protección).¹¹⁹

La Corte Constitucional en los autos de la Sala de Admisión emitidos el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP y, en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012, configuró el presupuesto de legitimación pasiva de la siguiente forma: «*La legitimación pasiva de la acción extraordinaria de protección recae en el órgano judicial –juez, judicatura, sala, tribunal– que por acción u omisión incurre en una violación constitucional en el juzgamiento (artículo 94 inciso primero y artículo 437 numeral 2 de la Constitución, art. 61, num. 4 de la LOGJCC)*».¹²⁰

Análisis

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

118. Sentencia No. 028-10-SEP-CC, RO-S 290 de 30 de septiembre de 2010 y Sentencia No. 055-10-SEP-CC, RO-S 359 de 10 de enero de 2011.

119. Sentencia No. 069-10-SEP-CC, RO-S 372 de 27 de enero de 2011.

120. Sentencia No. 066-12-SEP-CC, RO-S 714 de 31 de mayo de 2012.

En cuanto a la órganos jurisdiccionales de la justicia ordinaria la CRE en el art. 167 consagra la *potestad jurisdiccional* como la *potestad de administrar justicia* que se ejerce por los *órganos de la Función Judicial* y otros órganos establecidos constitucionalmente; determinando en el art. 169, primera parte, que, para la *realización de la justicia* se establece al *sistema procesal*; disponiendo en el art. 172, inciso 2o., a las juezas y jueces como *operadores de justicia* en los procesos de de administración de justicia; estableciendo en el art. 177, primera parte, que, la Función Judicial se integra de *órganos jurisdiccionales*, órganos autónomos y órganos auxiliares; y, señalando en el art. 178, inciso 1o., *como órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia* a la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales de Justicia, los Tribunales y Juzgados.

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

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

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

Cabe referir que en el caso particular de los *Tribunales de Conciliación y Arbitraje* que constitucionalmente conocen y resuelven *conflictos colectivos de trabajo* (art. 326, No. 12) sus decisiones son jurisdiccionales y por lo tanto susceptibles de acción de extraordinaria de protección, inclusive en la fase de ejecución conforme se señaló en la Sentencia No. 023-09-SEP-CC de 24 de septiembre de 2009, que indica:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. En el presente caso, sobre el auto de fecha 15 de abril del 2009 a las 16h20, expedido por el [...] Inspector Provincial del Trabajo [...] dentro del trámite de ejecución de sen-

tencia suscitado dentro del conflicto colectivo entre el Comité Especial de los Trabajadores en contra de su empleador.¹²¹

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

con mayor rigor científico el concepto de jurisdicción -enfrentándolo con el de legislación y administración- ha sido desarrollado por muchos autores considerando sumariamente sus elementos integrantes a saber: Notio que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone desde luego la de citar a la parte; Vocatio para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines, etc.; Iudicium que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa; y finalmente Imperium que es la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales.¹²²

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

Por tanto, las resoluciones que no reúnen los elementos de esta triple dimensión orgánica-teleológica-pragmática de la potestad jurisdiccional, no son susceptibles de acción extraordinaria de protección (establecida como mecanismo de control constitucional de las decisiones judiciales), como es el caso de las resoluciones de la autoridad pública emitidas en procedimientos administrativos que según el art. 173 de la Constitución en concordancia con el art. 31 del COFJ constituyen actos administrativos y no decisiones jurisdiccionales, y son impugnables judicialmente (principio de impugnabilidad de actuaciones administrativas). Ejemplo de ello lo tenemos en la Sentencia No. 013-09-SEP-CC de 14 de julio de 2019, la misma que negó la acción extraordinaria de protección por interponerse de un acto administrativo y no constituirse en una decisión jurisdiccional, señalando que:

121. Sentencia No. 023-09-SEP-CC, RO-S 43 de 8 de octubre de 2009.

122. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill, Buenos Aires, 1978, p. 538.

Esta Corte debe precisar que pese a la inicial admisión de la demanda, la comprobación de que concurren los requisitos procesales puede abordarse o reconsiderarse en la sentencia de oficio o a instancia de parte, a fin de garantizar el cumplimiento de los mandatos constitucionales y actuar de conformidad con los presupuestos procedimentales, así como garantizar seguridad jurídica a todas las personas usuarias del sistema de justicia constitucional, de manera que si se admitió a trámite una demanda, la comprobación de la falta de los presupuestos de procedibilidad puede dar lugar a un pronunciamiento de inadmisión, como en efecto decidirá esta Corte por encontrar que la resolución emitida por el Ministro de Transporte y Obras Públicas, impugnado en esta acción, no constituye auto o sentencia definitiva emitidas en un procedimiento judicial.¹²³

Ahora bien existen *otros órganos establecidos constitucionalmente que también administran justicia*, así tenemos: la justicia indígena (art. 171), los juzgados de paz (art. 189) y los medios alternativos de solución de conflictos de arbitraje y mediación (art. 190). En concordancia el COFJ determina que las autoridades indígenas, los juzgados de paz y los árbitros ejercerán la potestad jurisdiccional de conformidad con la ley (art. 7).

La justicia indígena se halla consagrada en la Constitución en el art. 171, al disponer que las autoridades de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas ejercen funciones jurisdiccionales (órgano) para resolver conflictos internos (asunto) con base en su derecho propio (sistema jurídico), que sus decisiones se sujetan al control de constitucionalidad (es decir a la acción extraordinaria de protección) y que la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación con la justicia ordinaria (remisión constitucional a la ley para el diálogo de interlegalidades).

Como se evidencia, se consagra expresamente el control constitucional de las decisiones de la justicia indígena y por ello se ha previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a la *acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena* que se regula por sus *propios principios y reglas* (cap. IX, Título II, Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales, art. 65 y 66). En esto punto para Agustín Grijalva el control constitucional de las decisiones de la justicia indígena deriva de una expresa previsión constitucional;¹²⁴ sin embargo, todavía la Corte Constitucional no ha emitido una sentencia sobre estas decisiones. Y finalmente la jurisprudencia ha aceptado una acción extraordinaria de protección de decisiones jurisdiccionales de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje competentes para resolver conflictos colectivos de trabajo.

123. Sentencia No. 013-09-SEP-CC, RO-S 638 de 21 de julio de 2009.

124. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 668.

Los juzgados de paz se encuentran establecidos el art. 189 de la Constitución que señala que las juezas y jueces de paz (órgano) resuelven conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones (asunto) utilizando mecanismos de conciliación diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad (método a aplicarse), mediante resoluciones que deben respetar la Constitución de acuerdo con la ley (remisión constitucional a la ley) es decir no consagra expresamente el control constitucional de sus resoluciones (de tal modo que estarían circunscritos a priori al control de legalidad). Juan Carlos Andrade Dávila al comentar las disposiciones de la justicia de paz contenidas en el COFJ señala que cabría apelar de las resoluciones de las juezas y jueces de paz, en virtud del *principio del doble conforme* para lo cual los jueces de derecho que actúan en la ley deben comprender la naturaleza de los jueces de paz que actúan en equidad, de tal forma que reformen sus resoluciones solo cuando irrespeten derechos o exista manifiesta inequidad.¹²⁵

Los *medios alternativos de solución de conflictos* de arbitraje y mediación se encuentran contemplados en el art. 190 de la Constitución que los configura como procedimientos (medio alternativo) en las materias que por su naturaleza se pueda transigir (asunto) que se aplicarán con sujeción a la ley (remisión constitucional a la ley que determinaría *prima facie* su control de legalidad). A. Grijalva sostiene que tratándose de las resoluciones del arbitraje debe diferenciarse si se trata en equidad (composición amigable) o en derecho (solución jurídica), siendo del criterio que procede la acción extraordinaria de protección solo en el arbitraje en derecho en los que se aplicado la ley.¹²⁶ En este punto cabe señalar que la Corte Constitucional en Sentencia No. 006-10-SEP-CC de 24 de febrero de 2010, luego de agotado un proceso ordinario sobre las connotaciones de un convenio arbitral, aceptó la garantía retro trayendo el proceso al momento de la violación constitucional, resolviendo:

Disponer que el proceso se retrotraiga a la fase procesal de conclusión de la Audiencia de Conciliación y contestación de la demanda, a efecto de que en aplicación del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el juez de primera instancia, designado previo sorteo, resuelva como cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de la sentencia de fondo, sobre la pertinencia de la excepción de incompetencia del juez.¹²⁷

125. Juan Carlos Andrade Dávila, «Justicia de paz», en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan, edit., *La transformación de la justicia*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 7, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, 2009, p. 477.

126. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 668.

127. Sentencia No. 006-10-SEP-CC, RO-S 159 de 26 de marzo de 2010.

Se denota entonces previsión constitucional expresa para el control de constitucionalidad de las decisiones de la justicia ordinaria y de la justicia indígena (vía acción extraordinaria de protección), mas no para las resoluciones de los juzgados de paz (basadas en acuerdos amistosos y en equidad), y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (laudos arbitrales emitidos por árbitros y actas de mediación suscritas por las personas bajo una intermediación amigable), que además se sujetan a lo dispuesto por sus leyes respectivas (remisión constitucional a la ley que evidenciaría que el asunto se circunscribe al control de legalidad), razón por la cual se discute si en estos casos cabría o no la acción extraordinaria de protección (más aun cuando la jurisprudencia constitucional establece como legitimados pasivos solo a los juzgadores de la Función Judicial).

Configuración

En definitiva de la normativa, jurisprudencia y doctrina analizada la *legitimación pasiva* de la acción extraordinaria de protección como un mecanismo de *control constitucional de las decisiones judiciales* recae en el *órgano jurisdiccional* al que se le imputa una violación constitucional en el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* cuando *juzga y hace ejecutar lo juzgado*, es decir se dirige en contra de la Jueza o Juez de la Función Judicial que ejerce su judicatura en un Juzgado, Tribunal o Sala de Corte Provincial o Corte Nacional de Justicia y que como un *operador de justicia* es susceptible de incurrir en un *error* dentro de un *proceso judicial ordinario* (civil, penal, laboral, etcétera).

Cabe precisar que la acción extraordinaria de protección controla un *error de derecho* que produce una *injusticia en el resultado* por el alejamiento personal del juzgador del régimen constitucional (por el cual se deja sin efecto su decisión judicial), de tal forma que debe diferenciarse del denominado *error judicial* que cuenta con la vía ordinaria para hacer efectiva la responsabilidad por daños ocasionados por el órgano judicial (indemnización económica tramitada en la jurisdicción contencioso administrativa en contra del Estado que cuenta con el derecho de repetición en contra del responsable según los art. 15 inciso final, 32 inciso final, 33 inciso primero y 167 número 9 del COFJ en concordancia con el art. 19 de la LOGJCC). Por lo tanto la acción extraordinaria de protección no es la vía para demandar el *error judicial* en el cual opera la *responsabilidad estatal* basada en títulos jurídicos de imputación como la falla del servicio y el desequilibrio de las cargas públicas¹²⁸, sino que es una garantía

128. Diego F. Mogrovejo Jaramillo, «La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008», en *Foro No. 12*, Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009, en *Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador*, <<http://reposito>

para declarar que el juez ha incurrido en un *error de derecho* y reparar la *injusticia en el resultado* a efectos de *dejar sin efecto* la decisión judicial violatoria.

Esta legitimación pasiva se hace extensiva a las juezas y jueces ordinarios que conocen y resuelven los *procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales* (acción de protección, hábeas data, hábeas corpus, acceso a la información pública); a las autoridades que emiten decisiones de la *justicia indígena* cuyo control constitucional expresamente previsto se sujeta a sus propios principios y reglas; así como a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje cuyas decisiones son jurisdiccionales y de las cuales se ha aceptado la acción vía jurisprudencia.

No existe legitimación pasiva de las *autoridades públicas no judiciales* que emiten resoluciones que estrictamente no son decisiones jurisdiccionales al no contener los elementos de la triple dimensión orgánica-teleológica-pragmática de una decisión judicial; discutiéndose la legitimación pasiva de los *juzgados de paz, árbitros y mediadores* pues si bien sus actuaciones se enmarcan dentro de la administración de justicia *su jurisdicción remitida a la ley* no ha previsto expresamente el control constitucional de sus resoluciones, de lo cual devendría que una vez agotado su control de legalidad cabría la acción extraordinaria de protección de la decisión judicial definitiva sobre el tema.

En todo caso, resultaría conveniente que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional se defina si cabe o no el control constitucional directo, vía acción extraordinaria de protección de las resoluciones emitidas por los juzgados de paz (que normativamente forman parte de la estructura judicial pero cuya implementación no se ha consolidado), así como de los árbitros y mediadores (que no forman parte del organigrama judicial, sino de los centros instituidos en entidades públicas y privadas habilitadas para el efecto).

Cabe señalar que en la Sentencia No. 169-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012 se ha señalado expresamente que la acción extraordinaria de protección en contra de los laudos arbitrales, procede cuando previamente en la vía ordinaria se ha emitido la decisión judicial sobre la acción de nulidad de laudo arbitral, con lo cual parece haberse dilucidado que en este caso y en los otros indicados que comparten esta connotación, el control constitucional se habilita cuando se ha agotado el control de legalidad, así:

La acción de nulidad está prevista en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, como un remedio a vicios de orden procesal en el conocimiento de la causa por parte del Tribunal Arbitral, así como vicios de extra petita en la decisión [...] como toda solicitud de nulidad procesal el efecto de la interpo-

sición de la acción es la retracción de los efectos de las actuaciones viciadas hasta el momento que se produjo, así una sentencia que acepte la demanda de nulidad afecta directamente la existencia jurídica del laudo que se impugna, por tanto la acción de nulidad puede considerarse como un recurso[...] y por lo tanto debe ser agotada previo a la interposición de una acción extraordinaria de protección.¹²⁹

Oportunidad (20 días término desde la notificación a la parte o desde cuando se enteró quien debió ser parte)

La CRE, promulgada el 20 de octubre de 2008, en el art. 437, No. 2, orienta que la acción extraordinaria de protección se presenta a modo de *recurso* que interpone *un recurrente* (lo cual no significa restarle su carácter de acción que genera un proceso autónomo de índole constitucional, pero tampoco se desconoce que se interpone *a manera de un recurso* dentro de un término legal).

La LOGJCC, promulgada el 22 de octubre de 2009, en los art. 60; 61, No. 6; y, 62, No. 6, establece que la parte a la que se le notificó la decisión judicial o la persona que se ha enterado de la misma debiendo ser parte procesal, deben interponer o presentar esta acción en un término máximo de 20 días.

Como se advierte de la normativa constitucional y legal la acción extraordinaria de protección, siendo conceptualmente el *mecanismo* para que la Corte Constitucional ejerza el *control de constitucionalidad* de las decisiones judiciales ejecutoriadas a través de un *proceso constitucional autónomo* (integrado por admisión, sustanciación y sentencia), se interpone *a modo de un recurso*, el mismo que debe ser presentado por el *recurrente* dentro de un término (20 días desde la notificación o desde el conocimiento respectivo).

Al respecto A. Grijalva al comentar los art. 60, art. 61, No. 6; y, 62, No. 6 de la LOGJCC, expone que la alegación de la violación constitucional en el proceso debe ser inmediatamente posterior a la decisión judicial impugnada, siendo razonable la previsión de un término de 20 días de interposición de la acción extraordinaria de protección, para evitar que las decisiones judiciales puedan impugnarse en cualquier momento como una dilatoria procesal en perjuicio de la cosa juzgada y seguridad jurídica.¹³⁰

De tal forma que la oportunidad de la acción extraordinaria de protección se estatuye para *conciliar* tanto la posibilidad del *control constitucional* a las decisiones de los órganos jurisdiccionales y cuanto la *seguridad jurídica* de las decisiones judiciales que ya estando ejecutoriadas pasan a causar estado

129. Sentencia No. 169-12-SEP-CC R.O-S-756 de 30 de julio de 2012.

130. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 669 y 671.

con autoridad de *cosa juzgada*, al no haber sido impugnadas mediante *acción extraordinaria de protección*, dentro de un *plazo razonable*, que decurre como un término máximo de 20 días hábiles.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición en el caso No. 0101-10-EP, emitió el auto de 7 de junio de 2010, estableciendo la extemporaneidad de la acción extraordinaria de protección presentada fuera del término previsto en el art. 60 de la LOGJCC, apreciando que:

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone en su art. 60 que, el término máximo para la interposición de la acción extraordinaria será de veinte días. De la lectura de la demanda y revisión procesal se tiene lo siguiente: 1.-La accionante impugna el auto emitido el 4 de diciembre de 2009, por el Juez Tercero de lo Civil y Mercantil de Chimborazo, el mismo que se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley. 2.-La hoy demandante concurre ante esta Corte Constitucional y presenta su demanda de acción extraordinaria de protección el 27 de enero de 2010, como consta de la fe de presentación que corre a fs. 53 vta., es decir fuera del término previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, vigente desde el 22 de octubre de 2009 y aplicable por lo tanto al presente caso.¹³¹

La Corte Constitucional en la Sentencia No. 068-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010, ha señalado que resulta prioritario buscar el equilibrio razonable entre la cosa juzgada y seguridad jurídica de la decisión judicial y la interposición de la acción extraordinaria de protección, estimando que:

Corresponde a esta Corte analizar si en los fallos expedidos por los jueces ordinarios existe vulneración de derechos constitucionales, a fin de mantener un equilibrio razonable que permita lograr seguridad jurídica compatible con el respeto a la cosa juzgada, autonomía judicial y principio de especialidad, en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial, reconocida en el artículo 168, numeral 1 de la Constitución de la República.¹³²

El término de 20 días para la interposición de la acción extraordinaria de protección decurre para el caso del que ha actuado como parte procesal desde la notificación de la decisión judicial a la que se le imputa la violación constitucional, y para quien debió haber sido parte procesal desde que tuvo conocimiento de la providencia.

131. Caso 0101-10-EP Auto de inadmisión de 7 de junio de 2010, a las 16h45, en *Corte Constitucional del Ecuador*, <<http://186.42.101.3/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ceacfaf4-ba60-4bc3-beb3-263fb59d93b1/0101-10-EP-sa.pdf>>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.

132. Sentencia No. 068-10-SEP-CC, RO-S 372 de 27 de enero de 2011.

La Corte Constitucional en la Sentencia No. 001-11-SCN-CC de 11 de enero de 2011 ante una consulta sobre la temporalidad para la interposición de los recursos en procesos constitucionales, específicamente tratándose de la acción extraordinaria de protección, señaló que este decurre como término (días hábiles) y no como plazo (días continuos) para asegurar el derecho a recurrir, indicando que:

El artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es una disposición que expresamente establece el término para presentar una acción extraordinaria de protección, precisamente para garantizar el derecho de recurrir, y de ninguna manera ese término podría ser considerado como plazo ni como una disposición contraria a la Constitución.¹³³

La Corte Constitucional en los autos de la Sala de Admisión emitidos el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP, y en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012, configuró el presupuesto de oportunidad de la siguiente manera:

*La oportunidad se determina en el sentido de que la violación constitucional ocurrida en el juzgamiento debe ser oportunamente alegada, contándose con el término de 20 días para la interposición de la acción extraordinaria de protección que decurre para el caso del que ha actuado como parte desde la notificación de la decisión judicial a la que se le imputa la violación constitucional y para quien debió haber sido parte desde que tuvo conocimiento de la providencia (artículo 437 numeral 2 de la Constitución, artículos 60, 61 numeral 6, y 62 numeral 6 de la LOGJCC).*¹³⁴

Análisis

Al respecto cabe mencionar que la Constitución ecuatoriana consagra en el art. 76, No. 7, letra m) el *derecho a recurrir* y en el art. 169, 2a. parte, establece entre los principios del sistema procesal a la *celeridad, economía y eficacia procesal*, siendo así la interposición de la acción extraordinaria de protección *a manera de un recurso* debe conciliar que el derecho de una parte procesal para accionar el control constitucional de las decisiones judiciales no genere ineficacia procesal para la otra parte, de tal manera que para que esta acción no produzca una dilación indebida, debe ser ejercida dentro de un plazo razonable.

133. Sentencia No. 001-11-SCN-CC, RO-S 381 de 9 de febrero de 2011.

134. Sentencia No. 066-12-SEP-CC, RO-S 714 de 31 de mayo de 2012.

Para la doctrina autorizada como la expuesta por Osvaldo Alfredo Gozaíni, la eficacia temporal de un proceso, se relaciona con la conceptualización de un plazo razonable vinculado a la idea de evitar las dilaciones indebidas.¹³⁵

Por ello para los sistemas extranjeros, como el colombiano y el español, el establecimiento de un tiempo para interponer esta acción extraordinaria resulta fundamental, así Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes (al citar a Louis Favoreu y a Pablo Pérez Tremps) exponen que en los sistemas donde se confiere este mecanismo de control constitucional de decisiones judiciales, a fin de evitar de que estas puedan ser impugnadas indefinidamente, en perjuicio de la cosa juzgada, se establece un tiempo perentorio para su interposición (un mes en Alemania y veinte días en España).¹³⁶

Configuración

En suma según la normativa, jurisprudencia y doctrina analizada conceptualmente *la oportunidad* de la acción extraordinaria de protección implica *la relación inmediata* de continuidad entre la violación constitucional ocurrida *durante el proceso* y su consiguiente *alegación*.

La oportunidad operativamente se concreta mediante la interposición de esta *acción extraordinaria* dentro de un *plazo razonable*, propendiendo el *equilibrio* por una parte del *derecho a recurrir* y por otra parte *de la seguridad jurídica* de las decisiones judiciales que cuando no son impugnadas por esta acción dentro del *término de 20 días hábiles* contabilizados desde su notificación a la parte procesal o conocimiento de la parte que debió serlo alcanzan la calidad de *cosa juzgada*.

De esta manera se evita que la presentación de esta acción genere una *dilación indebida* en perjuicio de la *eficacia procesal*.

CONFIGURACIÓN NORMATIVA, DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DE LOS PRESUPUESTOS SUSTANCIALES

Los *presupuestos sustanciales* de la acción extraordinaria de protección involucran condiciones constitucionales y requisitos legales, relacionados a cuestiones materiales que además de permitir su admisión inicial determinan que sea finalmente aceptada en sentencia, en específico: si la acción se circuns-

135. O. A. Gozaíni, «El plazo razonable», en *Derecho procesal constitucional...*, p. 503.

136. Mauricio García Villegas, y Rodrigo Uprimny Yepes, *¿Qué hacer con la tutela contra sentencias?*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 286.

cribe a una violación constitucional (*materia u objeto*); si procede la garantía al impugnarse contra una decisión judicial firme y ejecutoriada por agotamiento de recursos en la justicia ordinaria (*procedibilidad*); y si la vulneración procesal atañe un asunto constitucional al lesionar al debido proceso u otro derecho consagrado en disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad, y no un tema de mera legalidad, es decir si cuenta con mérito (*procedencia o relevancia constitucional*).

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

La CRE, promulgada el 20 de octubre de 2008, en el art. 94, inciso 1o. y art. 437, No. 2, señala que la acción extraordinaria de protección tiene relación con la violación por acción u omisión de un derecho constitucional dentro de un juzgamiento.

La Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009 y, en la Sentencia No. 011-09-SEP-CC de 7 de julio de 2009, estableció que la materia de esta garantía es revisar si existe violación del derecho consagrado en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos por acción u omisión judicial, que cause un agravio de manera directa, manifiesta y subsistente, buscando la anulación de la decisión judicial violatoria, apreciando que:

En síntesis, la acción extraordinaria de protección procede cuando el fallo cause agravio; cuando en el fallo se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución o Tratados Internacionales vigentes en el país, referentes a derechos humanos o a las reglas del debido proceso; cuando esta acción se haya propuesto una vez que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que se puedan proponer dentro del término legal, a no ser que la falta de interposición de estos recursos no pueda ser atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado; cuando estos requisitos subsistan al momento en que la Corte Constitucional resuelva; y, cuando el fallo o auto impugnado, sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir definitivo; esto es, que la violación por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución, en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la función judicial, violación que se deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia ya que esto es lo que realmente vincula y produce efectos reales.¹³⁷

137. Sentencia No. 007-09-SEP-CC, RO-S 602 de 1 de junio de 2009 y, Sentencia No. 011-09-SEP-CC, RO-S 637 de 20 de julio de 2009.

En la Sentencia No. 012-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009 y, en la No. 019-09-SEP-CC de 6 de agosto de 2009, se estableció que la violación constitucional incluye a las acciones del órgano judicial (proceder antijurídico) y se extiende a sus omisiones (dejar de hacer lo jurídicamente obligado), estimando que:

La garantía de esta acción extraordinaria se hace extensiva no solo a acciones, sino también a omisiones, entendiendo aquella como el dejar de hacer algo teniendo la obligación jurídica de hacerlo, lo que, aplicado a la institución en estudio, armoniza la obligatoriedad de todo funcionario público y de los particulares a respetar la Constitución y las normas contenidas en ella, en donde se incorporan tanto las normas del debido proceso como los derechos que nos asisten a las personas.¹³⁸

La LOGJCC, promulgada el 22 de octubre de 2009, en los art. 58; 61, No. 5 y 6 y 62, No. 1, sobre el objeto de esta acción, establece que es verificar con independencia de los hechos, la violación de derechos constitucionales en una decisión judicial definitiva, producida de forma directa e inmediata por la acción u omisión del órgano judicial.

A. Grijalva sobre el objeto de esta garantía al comentar el art. 61, No. 5 y art. 62, No. 1 de la LOGJCC, señala que el objeto de esta acción es la violación de un derecho constitucional por una decisión judicial en un caso concreto.¹³⁹

En la Sentencia No. 001-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010, se señaló que la naturaleza de esta acción se circunscribe exclusivamente a determinar si la decisión judicial ha incurrido en una lesión, violación o vulneración de un derecho constitucional por actos del juez que son antijurídicos de manera evidente, mas *no constituirse en una nueva instancia* de la justicia ordinaria, señalando que:

La naturaleza tutelar de la acción extraordinaria de protección prevista por el artículo 94 de la Constitución de la República, impone que la revisión constitucional que pueda efectuarse a sentencias o autos definitivos emitidos en la justicia ordinaria se circunscriba única y exclusivamente a determinar si en las decisiones de los jueces, tribunales y cortes se vulneró o no el debido proceso y otros derechos; en consecuencia, corresponde a la Corte Constitucional contrastar la sentencia o auto impugnado con el contenido de los derechos que la parte demandante considere han sido vulnerados. En consecuencia de lo señalado, la Corte no puede convertirse en una nueva instancia que resuelva sobre las peti-

138. Sentencia No. 012-09-SEP-CC, RO-S 9 de 21 de agosto de 2009 y Sentencia No. 019-09-SEP-CC, RO 18 de 3 de septiembre de 2009.

139 A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 668 y 669.

ciones del actor y las excepciones del demandado en cualquier proceso judicial, en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial, reconocida en el artículo 168, numeral 1, de la Constitución de la República; por tanto, el juez constitucional no puede sustituir al juez ordinario; sin embargo, sí le corresponde actuar ante evidentes actos antijurídicos de los jueces que conlleven contradicción a la Constitución por lesionar uno o más derechos humanos.¹⁴⁰

En la Sentencia No. 028-10-SEP-CC de 10 de junio de 2010 y en la No. 055-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010, se estimó que esta acción tiene como objeto y alcance declarar y reparar la violación o vulneración de derechos constitucionales por acción u omisión de los operadores de justicia *que causen un agravio*, apreciando que:

La intensa labor que ejercen los operadores de justicia en las diversas materias que conocen y juzgan, en razón del volumen de su trabajo u otros motivos, podría ocasionar que en tal ejercicio cometan, por acción u omisión, vulneración de uno o más de los derechos de los que consagra la Constitución de la República a favor de las personas. Esta situación por sí sola resulta grave para quien sufre el agravio, su gravedad se multiplica una vez que se agotan los recursos ordinarios y extraordinarios que la ley franquea, como medios de impugnación. [...] Desde este punto de vista se haría tangible la disposición del artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [...] de todo lo cual deviene que el alcance de la acción no es otro que dar protección a los ciudadanos contra eventuales actos violatorios de dichos bienes jurídicos, como también declarar su violación, de haberla, y disponer su reparación integral.¹⁴¹

En la Sentencia No. 052-10-SEP-CC de 27 de octubre de 2010, se señaló que la violación de un derecho constitucional por acción u omisión del órgano judicial en el juzgamiento se repara *dejando sin efecto* la decisión judicial y con la *retroacción* al momento procesal de la vulneración a fin de garantizar el derecho constitucional, estimando que:

El artículo 437 señala como requisito para la procedencia de la acción extraordinaria de protección, la demostración de que en el juzgamiento se haya violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos constitucionales. En la especie, la Corte Constitucional advierte que la vulneración de derechos constitucionales se evidencia desde el momento en que el Tribunal ad quem omitió disponer la apertura de la etapa probatoria, pues no se trataba de asuntos de puro derecho, sino de hechos sujetos a justificación [...] Por tanto, la Corte Constitucional

140. Sentencia No. 001-10-SEP-CC, RO-S 117 de 27 de enero de 2010.

141. Sentencia No. 028-10-SEP-CC, RO-S-290 de 30 de septiembre de 2010 y Sentencia No. 055-10-SEP-CC, RO-S 359 de 10 de enero de 2011.

estima necesario que a fin de asegurar los derechos de las partes litigantes en la acción [...] dicho proceso debe retrotraerse al momento en que ocurrió la omisión que generó la vulneración de derechos constitucionales, es decir, al momento en que los jueces [...] mediante auto[...] indebidamente declararon que la acción propuesta [...] versa sobre cuestiones de puro derecho, auto que debe quedar sin efecto y, en su lugar, deberán disponer la apertura de la etapa de prueba, en la que las partes podrán presentar las que estimen pertinentes y convenientes a sus derechos y continuar el trámite que la ley establece.¹⁴²

En la Sentencia No. 069-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010, se consideró que esta acción tiene por objetivo garantizar el respeto al debido proceso para evitar la violación de derechos constitucionales durante el proceso, sin que instaure una *nueva instancia judicial*, indicando que:

Debido a la argumentación planteada por las partes, es necesario precisar que la acción extraordinaria de protección bajo ninguna consideración puede ser entendida o interpretada como una nueva instancia judicial que tiene por objeto la revisión de forma y fondo del planteamiento jurídico analizado por la justicia ordinaria; por el contrario, esta acción, por su carácter extraordinario, tiene un solo objetivo, que es garantizar que en el proceso judicial, que ha culminado con sentencia o auto definitivo, se hayan respetado las reglas del debido proceso, evitando de esta manera la violación de derechos constitucionales.¹⁴³

La Corte Constitucional en los autos de la Sala de Admisión emitidos el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP, y en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012, configuró el presupuesto de materia u objeto de la acción extraordinaria de protección del siguiente modo:

La materia u objeto de la acción extraordinaria de protección consiste en la violación constitucional por acción u omisión del órgano judicial del derecho constitucional al debido proceso u otro derecho constitucional ocurrida durante un proceso judicial (artículo 94 inciso primero y artículo 437 numeral de la Constitución, artículos 58 y 61 numerales 5 y 6 de la LOGJCC).¹⁴⁴

Análisis

La materia u objeto de la acción extraordinaria de protección se encuentra relacionada al *alcance* al que *se circunscribe* su particular *naturaleza* enfocada hacia el cumplimiento de su *objetivo*.

142. Sentencia No. 052-10-SEP-CC, RO-S 333 de 2 de diciembre de 2010.

143. Sentencia No. 069-10-SEP-CC, RO-S 372 de 27 de enero de 2011.

144. Sentencia No. 066-12-SEP-CC, RO-S 714 de 31 de mayo de 2012.

El *alcance* de esta garantía no es la de constituirse en una última instancia judicial, puesto que *se circunscribe* a examinar la existencia de una violación constitucional en el proceso, sin que por su *naturaleza* le corresponda resolver el litigio, toda vez que su *materia u objeto* es declarar si existe o no violación de un derecho constitucional ocurrida por acción u omisión del órgano jurisdiccional, y de ser así reparar la vulneración constitucional anulando la decisión judicial y retro trayendo el proceso al momento de la lesión para que sea remediada, puesto que su *objetivo* es garantizar el apego constitucional de las actuaciones jurisdiccionales.

Debido a ello no se evidencia una superposición entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, puesto que la primera se encuentra circunscrita a declarar y reparar violaciones constitucionales en el proceso (no resolver el litigio) y la segunda es la encargada de la resolución de la causa (dentro del marco constitucional).

Es decir no es materia de la acción extraordinaria de protección el litigio en sí (conflicto entre las partes), sino el respeto que de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad ha efectuado el órgano jurisdiccional a través de sus actuaciones (acciones u omisiones), de tal forma que si la violación constitucional alegada en el proceso (agravio directo, inmediato y subsistente del derecho constitucional) es constatada, la misma sea declarada y remediada (nulidad con efecto de retroacción y reenvío al órgano judicial); tal y como lo afirmó en su debido momento Jorge Zavala Egas propugnando el control constitucional de las actuaciones de los órganos judiciales (amparo contra actuaciones judiciales).¹⁴⁵

Afirmación que coincide con la de A. Grijalva que dentro del contexto constitucional actual, señala que la acción extraordinaria de protección no entra al análisis de los hechos judiciales ni resuelve el litigio, sino que se encamina a verificar la violación constitucional en el proceso, y de así serlo declarar la nulidad a partir de la actuación violatoria, con remisión al órgano judicial que deberá resolver dentro del marco constitucional.¹⁴⁶

Configuración

En suma de la normativa, jurisprudencia y doctrina analizadas, *la materia u objeto* de la acción extraordinaria de protección se circunscribe a *constatar la violación constitucional* producida por las *actuaciones* del órgano judicial *por acción u omisión*, la misma que ha sido *alegada* durante el proceso por quien sufre el agravio.

145. J. Zavala Egas, *op. cit.*, p. 360-361, 365-366.

146. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 663.

La *alegación* de la violación constitucional durante el proceso, se relaciona con el juez que en la *justicia ordinaria* es el *garante primario* de los derechos constitucionales y está llamada a protegerlos para subsanar la violación, puesto que la acción extraordinaria de protección habilita que la Corte Constitucional actúe como *garante extraordinario* de los derechos constitucionales y cuando la decisión se encuentra ejecutoriada.

Dicha violación alegada debe ser verificada para proceder a *declarar* y *reparar dicha lesión* mediante la *anulación* de la decisión judicial impugnada, la *retrotracción* al momento procesal de la vulneración y el *reenvío* al órgano de la justicia ordinaria para que el proceso se tramite y resuelva acorde al marco constitucional.¹⁴⁷

De esta manera, la materia u objeto de la acción extraordinaria de protección es concordante con su *alcance* (no es una última instancia judicial para conocer los hechos de la causa), su *naturaleza* (no resuelve el litigio de las partes en conflicto pues esto le compete a la justicia ordinaria) y *objetivo* (garantizar el apego de los procesos judiciales a los derechos consagrados en disposiciones constitucionales y en el bloque de constitucionalidad).

La *violación* del derecho constitucional producida por las *actuaciones* del órgano jurisdiccional abarcan tanto a la *acción* (proceder antijurídico) como a la omisión (no hacer lo jurídicamente obligado) y debe derivarse como *consecuencia directa* de la decisión judicial (parte resolutive que produce efectos) y evidenciarse de forma *manifiesta* y *subsistente* (es decir que el agravio sea evidente y que subsista al momento de ser declarado).

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

La CRE, promulgada el 20 de octubre de 2008, en el art. 94, incisos 1o. y 2o. y art. 437, inciso 1o. y No. 1, dispone que la acción extraordinaria de protección procederá de autos definitivos, sentencias, y resoluciones con fuerza de sentencia que se encuentren firmes y ejecutoriados, por agotamiento de recursos salvo que este no fuere imputable a la negligencia del accionante.

147. Con relación al reenvío a la justicia ordinaria para la adecuación de la causa al marco constitucional es una constante que en la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional se ordene su devolución al órgano judicial de origen para que lo remita a la Sala de Sorteos y una nueva judicatura sorteada tramite y resuelva el litigio.

A. Grijalva al comentar la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección de la relación entre el art. 94 y art. 437 de la Constitución, señala que en estas disposiciones se recoge el *principio de subsidiaridad*, es decir que esta garantía solo opera cuando la decisión judicial está ejecutoriada y firme por agotamiento de recursos dentro de la propia justicia ordinaria (garante primario de los derechos constitucionales) y en tal virtud para asegurar la institución de la cosa juzgada procede su interposición ante la Corte Constitucional (garante extraordinario de los derechos constitucionales).¹⁴⁸

La Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 011-09-SEP-CC de 7 de julio de 2009, consideró que la acción extraordinaria de protección procede contra decisiones judiciales que han alcanzado *ejecutoria y firmeza*, sea porque no se prevé recursos contra las mismas, no se han interpuesto los previstos o ya se han resuelto los presentados, las mismas que por los efectos de inmutabilidad y coercibilidad de la cosa juzgada no pueden volverse a discutir dentro de la justicia ordinaria, institución de la *cosa juzgada que no es afectada por esta acción constitucional*, en la cual no se revisa la causa ordinaria ni se traba nuevamente la litis, sino que garantiza que los derechos constitucionales que efectivamente hayan sido violados durante el proceso sean reparados, apreciando que:

Quando se ha agotado la vía de los recursos y cuando ha terminado el periodo del procedimiento, vale decir del juicio, cuando la sentencia ha entrado en un estado de firmeza, suele denominarse ejecutoria; en este estado, la sentencia ejecutoriada no admite reclamación ni recurso de ninguna especie y ni el mismo órgano judicial que la expidió puede cambiar su texto [...] El efecto principal de la sentencia ejecutoriada sobre el proceso, proviene de la energía jurídica de la que está revestida en virtud de la ley y que la convierte en una norma inmutable y coercible que da fin a la relación jurídica procesal, impidiendo que se debata de nuevo el mismo asunto, y siendo susceptible de ejecución por el mismo órgano que la pronunció. Esta energía jurídica es la cosa juzgada [...] A manera de corolario, se puede señalar que el carácter de ejecutoria de este acto procesal (sentencia), para así hablar de sentencias ejecutoriadas o firmes, se debe entender como aquellas que pueden cumplirse, ya sea porque no proceden recursos en contra de ellas, bien sea porque los recursos proceden y han sido fallados, o también sea porque los recursos proceden, pero han pasado todos los plazos concedidos por el Código de Procedimiento Civil para su interposición, sin que las partes los hayan hecho valer. Empero mediante la incorporación de la acción extraordinaria de protección, dentro del texto constitucional no se pretende echar al piso la institución de la cosa juzgada, sino que enmarcándose dentro del paradigma constitucionalista del Estado constitucional de Derechos y Justicia, se busca tutelar, de manera amplia, los derechos que les asisten a las

148. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 662-663, 666-667.

personas con el objeto de no sacrificar un derecho por el simple hecho de que se haya ejecutoriado una resolución; en esta nueva visión se amplía el rol protector del Estado ecuatoriano pretendiendo, mediante esta acción, conseguir la tan anhelada justicia.¹⁴⁹

En la Sentencia No. 012-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009, se catalogó a la acción extraordinaria de protección como *excepcional*, pues procede contra sentencias, autos y resoluciones ejecutoriadas y firmes que exclusivamente son analizadas en cuanto si incurren en vulneración de derechos constitucionales, para de ser así dejarlas sin efecto, estimando que:

La naturaleza de la acción extraordinaria de protección consiste en que la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso no queden en la impunidad, por lo que asumiendo el espíritu tutelar de la vigente Carta Fundamental, mediante esta acción excepcional se permite que las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control de constitucionalidad en el país como es la Corte Constitucional, por lo que los alcances que asume esta acción extraordinaria, abarca a las resoluciones ejecutoriadas, las mismas que como medida excepcional pueden ser objeto de análisis ante el supuesto de vulneración de los preceptos constitucionales antes descritos, teniendo como efecto inmediato, sí se encontrare la vulneración de estos derechos, la reparación del derecho violado y, por ende, el dejar sin efecto la resolución firme o ejecutoriada que ha sido impugnada.¹⁵⁰

En la Sentencia No. 019-09-SEP-CC de 6 de agosto de 2009, se reiteró que esta garantía es *excepcional* procediendo únicamente contra resoluciones judiciales definitivas por agotamiento de los medios de impugnación o recursos en la justicia ordinaria, *asimilándola a la procedibilidad en los procesos en el sistema interamericano de derechos humanos*, indicando que:

La naturaleza extraordinaria de este recurso obliga a que su procedencia se dé, exclusivamente, cuando se hayan agotado los medios procesales de impugnación, lo cual coloca a la acción extraordinaria de protección como una medida excepcional a ser invocada exclusivamente ante el agotamiento de la vía jurisdiccional en todas sus fases; solo ahí la Corte Constitucional intervendrá y únicamente respecto a una resolución definitiva en donde se hayan violado derechos constitucionales o normas del debido proceso, situación parecida a lo que acontece en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁵¹

149. Sentencia No. 011-09-SEP-CC, RO-S 637 de 20 de julio de 2009.

150. Sentencia No. 012-09-SEP-CC, RO-S 9 de 21 de agosto de 2009.

151. Sentencia No. 019-09-SEP-CC, RO-18 de 3 de septiembre de 2009.

En la Sentencia No. 024-09-SEP-CC de 29 de septiembre de 2009, se precisó que son susceptibles de acción extraordinaria de protección las *decisiones resolutivas definitivas* emitidas mediante *sentencia* por los Juzgados, Corte Provinciales y Corte Nacional de Justicia (justicia ordinaria) y por el Tribunal Contencioso Electoral (justicia electoral); especificando que en el caso de los *autos*, que de modo general son meramente interlocutorios, abren y concluyen etapas procesales sin poner fin al juicio (en el caso el auto de admisión de medidas cautelares que están supeditadas a un juicio principal que podría revocarlas), se deben considerar como *definitivos siempre que conceptual y materialmente por sus efectos* terminen por vulnerar derechos constitucionales pues caso contrario causarían impunidad (es decir aun cuando dicho auto no termine el juicio se considera definitivo por sus efectos violatorios que no pueden quedar impunes); ratificando que en todo caso es necesario que se hayan agotado los recursos para la ejecutoría de la decisión judicial, así:

La Acción Extraordinaria de Protección procede con la finalidad de proteger los derechos constitucionales que se encuentren vulnerados por las sentencias, autos y resoluciones con fuerza de sentencia, definitivas y ejecutoriadas, conforme mandato constitucional contenido en los artículos 94 y 437. [...] Dentro de la revisión de sentencias forman parte las que emitan los jueces, las Cortes Provinciales y la Corte Nacional, así como el Tribunal Contencioso Electoral [...] no existe órgano judicial fuera del control constitucional [...] Respecto de los autos definitivos que son motivo de revisión de esta Corte Constitucional a través de Acción Extraordinaria de Protección, cabe señalar lo contenido en el numeral 1 del artículo 437 de la Constitución del República, *ad fine* de su primera parte dice: «[...] *autos definitivos, y resoluciones con fuerza de sentencia*» [...] Una vez que se encuentra ejecutoriado el auto definitivo, procede la Acción Extraordinaria de Protección, siempre y cuando exista una probabilidad de vulnerar el debido proceso y los derechos constitucionales, de tal forma que cause impunidad y que de ninguna forma llegue a ser considerada tal decisión como legítima ni justa[...] En definitiva, por la naturaleza jurídica, es un auto interlocutorio definitivo (*supra*), el mismo que fue apelado y ratificado. Y cabe mencionar que se presentaron los recursos de nulidad y de hecho aspectos procesales que vuelven definitivos y ejecutoriados los autos que se impugnan, requisitos indispensables para el presente examen de constitucionalidad, lo cual posibilita la instrumentalización de esta sentencia [...] Cabe señalar que el auto definitivo de avoco de conocimiento de la causa, medida cautelar y su confirmación (*supra*), que aparecen como definitivos por sus efectos, limita los derechos que habían sido adquiridos [...] Toda vez que hemos definido que, en el caso concreto, el auto de admisión es definitivo conceptual y materialmente ya que permite el inicio de una causa que trató asuntos ya resueltos anteriormente.¹⁵²

152. Sentencia No. 024-09-SEP-CC, RO-S 47 de 15 de octubre de 2009.

Esta Sentencia No. 024-09-SEP-CC tiene dos votos salvados que consideraron que el auto en mención no era definitivo por cuanto podía ser revocado.¹⁵³

En la Sentencia No. 026-09-SEP-CC de 1 de octubre de 2009, se apreció que esta vía constitucional opera una vez exista *agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios* en la justicia ordinaria, a menos que no fuere imputable tal agotamiento a la negligencia del accionante, estimando que:

La acción extraordinaria de protección procede exclusivamente contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.¹⁵⁴

La LOGJCC, promulgada el 22 de octubre de 2009, en el art. 61, num. 2 y 3 y art. 62, inc. 1o., sobre la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección menciona que las resolución debe ser definitiva, ejecutoriada y firme por agotamiento de recursos adecuados y eficaces, salvo que su no interposición no fuere atribuible a negligencia de la persona; y en el art. 62, num. 7, tratándose de decisiones del Tribunal Contencioso Electoral dispone que no procede la acción durante el proceso electoral.

Agustín Grijalva sobre el art. 61, num. 2 y 3 de la LOGJCC, comenta que consagran la subsidiaridad de la acción extraordinaria de protección puesto que procede solo cuando se *agotado la vía judicial* ordinaria en todas sus fases y recursos adecuados y efectivos para el efecto es decir cuando la decisión judicial alcance *ejecutoría y firmeza*; cuestionando la improcedencia de esta garantía contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante los procesos electorales.¹⁵⁵

En la Sentencia No. 037-09-SEP-CC de 9 de diciembre de 2009, se estableció que cuando una *decisión judicial cause ejecutoria en única instancia por no ser susceptible de recurso alguno* en la justicia ordinaria (como el fallo de liquidación de daños ordenados en sentencia ejecutoriada) *se ha superado*

153. Los votos salvados de la Sentencia No. 024-09-SEP-CC consideran que las medidas cautelares podían ser revocadas en un juicio principal que se encontraba en trámite sin decisión definitiva, evidenciando el no agotamiento de la vía ordinaria para interponer la acción extraordinaria de protección.

154. Sentencia No. 026-09-SEP-CC, RO 54 de 26 de octubre de 2009.

155. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 667.

el agotamiento de los recursos al no ser atribuible a la negligencia del recurrente, señalando que:

El artículo 845 de este Cuerpo de Ley dice que: «en el juicio verbal sumario que se efectúe para liquidar intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, el fallo no será susceptible de recurso alguno». Tanto del escrito que contiene la acción extraordinaria de protección, como del presentado por el legitimado pasivo, se observa que la sentencia dictada dentro del procedimiento verbal sumario por daños y perjuicios tiene como antecedente la que se expidió por violación a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor [...] es decir, se trata de una sentencia expedida en un juicio verbal sumario que se tramita para determinar daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada. Por tanto, la ley no ha determinado recurso alguno para el caso materia de examen; es decir que se ha superado la excepción que menciona la norma constitucional del artículo 94, ya que la acción de nulidad de sentencia no es ninguno de los recursos que, como tal, establece el Código Adjetivo Civil.¹⁵⁶

Esta Sentencia No. 037-09-SEP-CC tiene un voto salvado que consideró que no se habían agotado la vía ordinaria al encontrarse planteada una acción de nulidad por cuerda separada.¹⁵⁷

En la Sentencia No. 010-10-SEP-CC de 8 de abril de 2010, se reiteró que aquellos autos que abren etapas procesales y que no ponen fin al proceso (como el auto de llamamiento a juicio penal que podría ser revocado en la siguiente etapa procesal) se consideran objetivamente procedentes de ser examinados mediante acción extraordinaria de protección por cuanto sus *efectos violatorios de derechos acarrear la inconstitucionalidad* de la etapa siguiente y de todo el proceso, apreciando que:

Una vez delimitada la naturaleza y efectos de la acción extraordinaria de protección, y su incidencia en el análisis que está facultada a realizar esta Corte en el caso concreto, corresponde ahora determinar la procedencia de la misma respecto a un auto de llamamiento a juicio [...] El elemento sustancial que acredita la procedencia de la garantía respecto a un auto de estas características, que marca el inicio de una nueva etapa procesal, se justifica en la posibilidad que tiene el mismo de revestir o generar vulneraciones a derechos constitucionales o debido proceso; en ese supuesto, con mayor razón el juez constitucional debe revisar y subsanar todos aquellos vicios que pudieren afectar la siguiente

156. Sentencia No. 037-09-SEP-CC, RO 121 de 2 de febrero de 2010.

157. El voto salvado a la Sentencia 037-09-SEP-CC considera que si bien no se prevén recursos para el fallo de liquidación de daños ordenados en sentencia ejecutoriada en la justicia ordinaria, el actor ha planteado una acción de nulidad de sentencia ejecutoriada que se encontraba pendiente de resolución, incurriendo en la falta de agotamiento de la vía ordinaria para la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección.

etapa procesal y en definitiva, todo el proceso penal. En ese contexto, el auto objeto de la presente acción se entiende *firme*, y en consecuencia la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente.¹⁵⁸

Esta Sentencia No. 010-10-SEP-CC cuenta con un voto salvado que consideró que el auto de llamamiento a juicio no es definitivo.¹⁵⁹

En la Sentencia No. 020-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010, se determinó que cuando una persona *no es debidamente citada* y por tal razón no comparece al proceso (en el caso a un juicio ejecutivo) y cuando se entera concurre al mismo, habiéndose vencido los términos para interponer un recurso (en el caso el de apelación pues no se concede casación de los fallos en juicios ejecutivos), *el no agotamiento de recursos no le es atribuible a la negligencia de la persona accionante*, cabiendo la acción extraordinaria de protección, estimando que:

En el caso concreto la Corte ha verificado que en relación al agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, para que la acción extraordinaria de protección se configure en los términos establecidos en los artículos 94 y 437 numeral 1 de la Constitución, tratándose de un juicio ejecutivo, podía recurrirse ante la Corte Provincial de Justicia, pero ello no ocurrió porque el proponente de esta demanda jamás conoció del juicio ejecutivo instaurado y sentenciado en su contra, y mal podía apelar de la misma en el término respectivo. Por tanto, la falta de agotamiento del recurso no fue atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado, tal como lo prevé el artículo 94 de la Constitución de la República.¹⁶⁰

En la Sentencia No. 041-10-SEP-CC de 16 de septiembre de 2010, se señaló expresamente como *requisito de procedibilidad* de la acción extraordinaria de protección el *agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios* pertinentes, operando esta garantía solo cuando las actuaciones judiciales son definitivas y no han sido corregidas en la propia justicia ordinaria, y específicamente estimó que un auto es definitivo cuando deniega un recurso sin que exista otro que interponer, señalando que:

El carácter de la acción, orientada a la revisión de sentencias y autos generados en la actividad judicial, demanda la exigencia de requisitos especiales

158. Sentencia No. 010-10-SEP-CC, RO 177 de 22 de abril de 2010.

159. El voto salvado a la Sentencia 010-10-SEP-CC considera que no se ha dado el agotamiento de la vía ordinaria para la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección, porque las declaraciones de un auto de llamamiento a juicio no surten efectos irrevocables en el proceso penal, además de que marca el inicio de una nueva etapa procesal y en estricto sentido no se constituye en un auto definitivo.

160. Sentencia No. 020-10-SEP-CC, RO-S 228 de 5 de julio de 2010.

que garanticen que las decisiones que impugnen en esta vía constituyan actos definitivos, pues, se aspira que las irregularidades procesales y otras eventuales vulneraciones a derechos sean corregidos en el mismo ámbito de la justicia ordinaria, a través de los recursos previstos legalmente, y solo si eso no hubiere sido posible, se podrá recurrir a la acción extraordinaria de protección. Por ello, la normativa constitucional y legal establece como requisito de procedibilidad de esta acción, que los actos impugnados sean sentencias y autos definitivos, razón por la que también se exige que el demandante haya agotado todos los recursos pertinentes [...] Acusa el demandante que las sentencias de primera y segunda instancia que impugna fueron emitidas vulnerando sus derechos a la jubilación patronal [...] pretensión sobre la que se pronunciaron las aludidas sentencias y sobre cuya impugnación correspondía conocer a la Sala de Casación, en tanto esta, ha emitido un auto que rechaza el recurso interpuesto, el mismo que ha causado ejecutoria por no quedarle al accionante otro recurso que interponer, por lo cual el referido auto es definitivo respecto del que la Corte procederá a realizar la revisión de la acusada vulneración de derechos.¹⁶¹

La Corte Constitucional en los autos de la Sala de Admisión emitidos el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP, y en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012, configuró el presupuesto de procedibilidad de la acción extraordinaria de protección de la siguiente forma:

La procedibilidad se encuentra establecida en el sentido de que la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia firmes o ejecutoriados, por agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, o se demuestre que sean ineficaces o inadecuados. (art. 94, inc. 1o. y 2o.; art. 437, inc. 1o. y num. 1 de la Constitución; art. 61, No. 3, de la LOGJCC).¹⁶²

Análisis

La *procedibilidad* de la acción extraordinaria de protección se vincula a su *carácter excepcional*, pues *procede solo y únicamente* cuando la *decisión judicial* de la justicia ordinaria se encuentra *ejecutoriada* y *firme* por el agotamiento los recursos ordinarios y extraordinarios adecuados y eficaces.

Sobre el *agotamiento de los recursos adecuados y eficaces* de la justicia ordinaria para la procedibilidad de la revisión de resoluciones judicia-

161. Sentencia No. 041-10-SEP-CC, RO-S 294 de 6 de octubre de 2010.

162. Sentencia No. 066-12-SEP-CC, RO-S 714 de 31 de mayo de 2012.

les a través del amparo dentro del sistema procesal español, Rosario Serra Cristóbal, citando las sentencias del Tribunal Constitucional español STC 30/1982, 73/1982, 50/1984, 152/1992 y 235/1994, expone que necesariamente no deben ser todos, sino los eficaces y útiles, en especial la casación cuando fuere procedente.¹⁶³

La CRE, en el art. 178, establece que la Función Judicial se encuentra integrada por los siguientes órganos jurisdiccionales: Juzgados y Tribunales, Cortes Provinciales de Justicia y Corte Nacional de Justicia.

Los juicios son conocidos y resueltos por los Juzgados y Tribunales (*primera instancia*), prosigue con las Cortes Provinciales de Justicia (*segunda instancia instituida para resolver los recursos de apelación*), y culmina con la Corte Nacional de Justicia (*competente para conocer y resolver el recurso de casación y el recurso de revisión penal*).

Estos órganos jurisdiccionales de la Función Judicial emiten *decisiones jurisdiccionales* denominadas genéricamente *providencias o resoluciones judiciales*, pudiendo ser *decretos, autos y sentencias*.

Se ha establecido que los *decretos* se emiten para despachar asuntos de mero trámite; los *autos* para aperturar o concluir etapas procesales (auto interlocutorio) y de manera excepcional para concluir el juicio (auto con fuerza de sentencia); y las *sentencias* para resolver la controversia dentro del límite procesal de la pretensión del actor y excepciones del demandado (decisión resolutive del fondo del asunto).

Una providencia judicial *se ejecutoria o es firme* por operación el *agotamiento de los recursos*, porque ya han sido resueltos (*cosa juzgada*), porque no se han interpuesto dentro del término oportuno (*extemporaneidad*), o porque no se han previsto normativamente (*inimpugnabilidad*).

Las providencias judiciales pueden ser impugnadas ante el propio *juez ad quo* del que emanó (recursos horizontales), o para ante el *juez ad quem* que debe revisar la providencia subida en grado (recursos verticales).

Los *medios de impugnación o recursos*, pueden estar establecidos de modo general para todas las providencias sin el establecimiento de formalidades mayores (recursos ordinarios), o establecidos solo para ciertas providencias y bajo cumplimiento de formalidades precisas (recursos extraordinarios).

En este esquema judicial se da el denominado *control de legalidad* para la corrección jurídica dentro del propio seno de la justicia ordinaria, teniendo especial relevancia el *recurso de casación*, habiendo la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia actuante desde 1997 hasta diciembre de 2004 estimado que el recurso de casación cabe por violación de normas constitucionales y emitido múltiple jurisprudencia en la que revisó la

163. R. Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes...*, p.157, 158, 160,161.

violación de algunos principios constitucionales como el debido proceso, la motivación jurídica, el estado de indefensión, etcétera.

Sin embargo, evidentemente el recurso de casación resulta de aplicación limitada, pues es de carácter vertical y extraordinario al proceder *solo contra sentencias que pongan fin a los procesos de conocimiento* o de las providencias expedidas en la *fase de ejecución* de los mismas, debe necesariamente encuadrarse en las causales establecidas en la Ley de Casación (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de la ley), y la revisión se contrae únicamente a las normas señaladas como infringidas por el recurrente.

En relación con las *providencias desprovistas de recurso alguno*, como ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil se encuentran los casos de regulación de honorarios en juicio de alimentos (art. 35), de ampliación o aclaración de la contestación a la demanda (art. 102), de la decisión de la apelación en la calificación de posturas en juicio ejecutivo (art. 469), de la decisión de la apelación sobre la nulidad de adjudicación de bienes rematados (art. 473), del rechazo de tercería excluyente de dominio (art. 502), de la autorización de continuar la obra en los juicios de obra nueva (art. 682), del fallo del juicio de despojo violento (art. 695), de la liquidación de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada (art. 845), de las providencias dictadas en los juicios de recusación (art. 889), de la sanción pecuniaria impuesta por escritos que entorpezcan las providencias preventivas (art. 922), de las providencias que se dicten en los procedimientos de la jurisdicción coactiva fuera de la sentencia (art. 961), en los cuales podría vulnerarse derechos constitucionales y al no contar con un recurso en la propia vía judicial, se habilita la acción extraordinaria de índole constitucional para el efecto.

Cabe referir que la Corte Constitucional en la Sentencia No. 003-10-SCN-CC de 25 de septiembre de 2010, respecto de la consulta de constitucionalidad del art. 889 del Código de Procedimiento Civil que no prevé recursos en los juicios de recusación, declaró su constitucionalidad al corresponder a la *tramitación sumaria* de ciertos procedimientos sin que se vulnere el *derecho a recurrir* ni el principio de *doble conforme*, apreciando que:

Como vemos, no en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras instancias para su prosecución. [...] La jurisprudencia comparada comparte el criterio de que el derecho a la interposición de recursos es relativo respecto a determinados casos; al respecto, nos valdremos de criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional Colombiana, que ha resuelto problemas derivados de casos análogos, manifestando que el derecho a doble instancia no es un derecho absoluto [...] SENTENCIA: 1. Declarar que el contenido del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil, objeto de la consulta de constitucionalidad, no

contradice ni vulnera el artículo 76, numeral 7, literal *m* de la Constitución de la República.¹⁶⁴

De tal forma que para estos casos de providencias no susceptibles de recurso alguno, se habilita la acción extraordinaria de protección, en la cual la falta de agotamiento del recurso no les atribuible a la negligencia del accionante, puesto que no se prevé recurso en la vía judicial, tal y como ocurrió en un caso relacionado al art. 845 del Código de Procedimiento Civil de liquidación de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada resuelto en la antes citada Sentencia No. 037-09-SEP-CC de 9 de diciembre de 2009.

En este punto cabe señalar que la acción extraordinaria de protección procede cuando *la falta de agotamiento de vía ordinaria no le resulte atribuible a la persona*, como en el caso de *imposibilidad impugnatoria* (la persona se ha visto imposibilita de recurrir por falta de citación o notificación imputable a la omisión del órgano judicial) o en el evento de *inimpugnabilidad* (la propia normativa no ha previsto recursos).

Cuando una persona ha sido parte procesal y ha intervenido en el juicio la *extemporaneidad impugnatoria* en el planteamiento de un recurso le es atribuible a su negligencia.

Sin embargo, cuando la persona ha debido ser parte y se entera del juicio posteriormente, no le resulta atribuible a su negligencia la *imposibilidad impugnatoria*. Ni le resulta imputable a su negligencia procesal la *inimpugnabilidad* de ciertas providencias desprovistas de recurso alguno, que causan ejecutoria en única instancia, o sobre las que no cabe la casación (como los fallos en los juicios ejecutivos).

Siendo así, la *procedibilidad* de la acción extraordinaria de protección se *configura* como un *mecanismo excepcional* de control constitucional de las decisiones judiciales, que *procede* cuando se ha producido el *agotamiento* de los recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la *justicia ordinaria* llamada a ser la *garante primaria* de los derechos constitucionales, de tal modo que *únicamente* una *decisión judicial ejecutoriada y firme* resulta *susceptible* de la revisión de la *justicia constitucional* estatuida como *garante extraordinaria* de los derechos constitucionales, y en este sentido opera su *subsidiariedad*, aun cuando *la revisión constitucional* no involucra los *hechos judiciales* que pertenecen a la órbita de la *cosa juzgada*.

El *control constitucional* que se emprende en la acción extraordinaria atañe a las decisiones judiciales susceptibles de esta *acción extraordinaria*, emitidas por los Juzgados y Tribunales, Cortes Provinciales de Justicia y Corte Nacional de Justicia (juzgadores ordinarios), e inclusive por el Tribunal

164. Sentencia No. 003-10-SCN-CC, RO-S 159 de 26 de marzo de 2010.

Contencioso Electoral (juez electoral) con la precisión de que existe *improcedencia temporal* durante el proceso electoral (los cual ha sido cuestionado por la doctrina autorizada por no justificarse).

Configuración

De la normativa, jurisprudencia y doctrina analizadas se desprende que la acción extraordinaria de protección, como mecanismo para que la Corte Constitucional (justicia constitucional) realice el control de la constitucionalidad de resoluciones judiciales (justicia ordinaria), procede:

- a) *Contra una decisión judicial definitiva, ejecutoriada y firme*, esto es una *sentencia* (que resuelve el juicio), un *auto con fuerza de sentencia* (que concluye el juicio) u otra *resolución con fuerza de sentencia* (que resuelva o concluya el litigio); resultando improcedente contra decretos (providencia de mero trámite) y autos interlocutorios sin fuerza de sentencia (que abren y cierran de etapas procesales y podrían ser revocados en una nueva etapa procesal) a no ser produzcan *efectos inconstitucionales definitivos* de una manera *conceptual, material y objetiva* y que en tal virtud *no pueden quedar impunes* (como el auto de admisión de medidas cautelares y el auto de llamamiento a juicio penal, en los que se han violado derechos constitucionales).
- b) *De manera excepcional y subsidiaria ante el agotamiento de todos los recursos horizontales, verticales, ordinarios y extraordinarios adecuados y eficaces* dentro de la justicia ordinaria, lo que implica haberse iniciado una primera instancia (en la que se ha ejercido recursos ordinarios y horizontales como los de reforma, revocatoria, ampliación y aclaración), proseguido con una segunda instancia (producto de la interposición del recurso ordinario y vertical de apelación) y, culminado con el conocimiento y resolución de los recursos de casación en toda materia y de revisión penal (recursos extraordinarios y verticales); *salvo que la falta de agotamiento de la vía ordinaria no sea atribuible a la negligencia de la persona*, como en el caso de *imposibilidad impugnatoria* cuando quien debió ser parte procesal se vio imposibilitado de intervenir en el juicio para recurrir y, en el evento de *inimpugnanibilidad* de ciertas providencias desprovistas de recurso alguno que causan ejecutoría en única instancia o no son susceptibles de casación, resultando improcedente por *prematura* cuando existan *recursos pendientes* de resolución en la propia vía judicial, o cuando se ha verificado que el auto de inadmisión de un recurso se debió a la *extemporaneidad impugnatoria* de la parte que lo interpuso.

**Procedencia o relevancia constitucional
(violación al derecho reconocido en la Constitución,
énfasis en la vulneración del debido proceso y la tutela judicial)**

La CRE, promulgada el 20 de octubre de 2008, en el art. 94, 1er. inciso y en el art. 437, No. 2, circunscribe la acción extraordinaria de protección a la demostración de que el derecho *al debido proceso u otro derecho constitucional* ha sido violado.

La Corte Constitucional para el período de transición en las sentencias: No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009; No. 011-09-SEP-CC de 7 de julio de 2009 y, No. 019-09-SEP-CC de 6 de agosto de 2009, señaló que la acción extraordinaria de protección se centra en la *violación* de la decisión judicial contra un derecho constitucional bajo *cinco requerimientos*: 1. que derive del juzgador en su función de aplicador e intérprete del derecho; 2. que dicha violación tenga prevalencia; 3. que se deduzca de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente; 4. que se determine el alcance y contenido de dicha violación y, 5. que la protección que se pretende ante la violación sea efectiva, idónea y real, apreciando que:

En lo que tiene que ver con la procedencia de esta acción, se deben observar los siguientes requerimientos: 1. Que exista una violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión; en este caso, de aquellos que tienen por destinatario al juez en su función de interpretar y aplicar el derecho y que a su vez generan obligaciones ya sea de hacer o no hacer, cuyo incumplimiento no puede carecer de vías de exigibilidad en un estado constitucional de derechos y justicia social, como el nuestro. Cabe señalar que la acción extraordinaria de protección tiene su fundamento, además, en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 43, 44 y 63. 2. Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, se produzca en la parte resolutive de la sentencia, sin que exista otro mecanismo idóneo para reclamar la prevalencia del derecho constitucional violado. 3. Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, pueda ser reducida de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente. 4. Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, por vía negativa, queda excluida la posibilidad de practicar pruebas, a fin de determinar el contenido y alcance de la presunta violación a un derecho constitucional; y 5. Que no exista, a diferencia de la acción extraordinaria de protección, otro mecanismo idóneo de defensa judicial para reclamar el derecho constitucional violado, del cual puede predicarse la misma inmediatez y eficacia para la protección efectiva, idónea y real del derecho constitucional violado.¹⁶⁵

165. Sentencia No. 007-09-SEP-CC, RO-S 602 de 1 de junio de 2009; Sentencia No. 011-09-SEP-CC, RO-S 637 de 20 de julio de 2009; y, Sentencia No. 019-09-SEP-CC, RO 18 de 3 de septiembre de 2009.

En la Sentencia No. 023-09-SEP-CC de 24 de septiembre de 2009, se estableció una *interrelación sistemática* del alcance de la violación constitucional del *debido proceso* (art. 76 de la Constitución que cuenta con 7 garantías y 13 específicas de la defensa es decir 20 garantías en total), vinculándolo estrechamente a la *tutela judicial efectiva* (art. 75 de la Constitución que doctrinariamente cuenta con 3 momentos: acceso, desarrollo y ejecución de la justicia en los cuales se reconocen 14 derechos –muchos de los cuales coinciden con las garantías del debido proceso–) y, a la *seguridad jurídica* (art. 82 de la Constitución basado en la aplicación de normas previas y claras), así:

En la Constitución de la República se proclama como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y en concordancia con aquel postulado, el artículo 75 *ibídem* establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y en ningún caso quedará en indefensión. [...] Por su parte, el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República que se considera vulnerado con la expedición del auto impugnado, más concretamente, las garantías básicas del debido proceso establecidas en el numeral 1, numeral 7: literales a, e y 1 del referido artículo, prevén que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, así como el derecho de las personas a la defensa, que garantiza que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones y que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas. El derecho al debido proceso no es sino aquel procedimiento que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución de la República, lo cual no significa tampoco que la Carta Fundamental establezca un procedimiento a seguir, sino que por el contrario son las leyes procesales las llamadas a señalar el procedimiento que haga efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho [...] En definitiva, y luego del análisis del expediente, no es posible determinar que durante todas las fases sustanciadas se hayan garantizado a las partes los derechos: a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, puesto que los encargados de velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, han omitido la aplicación de normas legales sustanciales, generando inseguridad.¹⁶⁶

La LOGJCC, promulgada el 22 de octubre de 2009, en el art. 62 num. 1, 2, 3, 4 y 5 establece que debe existir un *argumento claro del derecho violado*

166. Sentencia No. 023-09-SEP-CC, RO-S 43 de 8 de octubre de 2009.

que justifique la *relevancia constitucional* del asunto con independencia de los hechos y en tal virtud que el fundamento no se agote meramente en lo errónea apreciación de la prueba que ha producido un fallo equivocado, ilegal o injusto; disposiciones que para A. Grijalva diferencian la acción extraordinaria de protección de la casación, como instrumentos para el control de constitucionalidad y control de legalidad de las decisiones judiciales respectivamente y que son adecuadas en virtud de las diferencias entre estos dos controles cuya distinción radica en la *protección del derecho constitucional como núcleo relevante y trascendente* de la acción extraordinaria de protección que supera la mera legalidad.¹⁶⁷

En la Sentencia No. 002-010-SEP-CC de 13 de enero de 2010, se consideró que en esta garantía únicamente se puede pronunciar sobre 2 *cuestiones*: 1. la vulneración de derechos constitucionales, y, 2. la violación del debido proceso, razón por la cual en ella *no puede ni debe revisar aspectos de mera legalidad*, estimando que:

La acción extraordinaria de protección procede, exclusivamente, en contra de sentencias o autos en firme o ejecutoriados. En esencia, la Corte una vez superado el primer presupuesto de procedibilidad puede pronunciarse únicamente respecto a dos cuestiones principales: a) la vulneración de derechos constitucionales, y, b) violaciones al debido proceso [...] Es así que la acción extraordinaria de protección, como bien señala la parte accionada, no puede ni debe ser concebida como una instancia adicional encaminada a revisar aquellos aspectos de mera legalidad ya resueltos por parte de la justicia ordinaria. Se insiste su procedencia se circunscribe en la constatación de vulneraciones de derechos constitucionales o, en su defecto, al debido proceso.¹⁶⁸

En la Sentencia No. 003-010-SEP-CC de 13 de enero de 2010, reiteró que esta acción direcciona su *análisis a la violación* de derechos constitucionales y normas del debido proceso, razón por la cual *no puede entrar a resolver cuestiones legales*, indicando que:

No se debe confundir a la acción extraordinaria de protección con otra instancia judicial de ahí que la primera variable de este sistema concreto esta dada por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales, por lo que la Corte Constitucional no puede entrar a resolver cuestiones legales, sino que debe direccionarse al análisis de la presunta violación de derechos constitucionales y normas del debido proceso, por lo que se debe realizar una

167. A. Grijalva, *La acción extraordinaria de protección...*, p. 669-671.

168. Sentencia No. 002-010-SEP-CC, RO 121 de 2 de febrero de 2010.

diferenciación del papel asumido por la Corte Constitucional frente a la justicia ordinaria.¹⁶⁹

En la Sentencia No. 010-010-SEP-CC de 08 de abril de 2010, se ratificó que la acción extraordinaria de protección *no es una cuarta instancia*, y se encuentra *vedada* de efectuar el análisis de asuntos de *mera legalidad* de competencia de la justicia ordinaria, señalando que:

En esta línea, esta Corte considera oportuno recordar que la naturaleza de la acción extraordinaria de protección no es la de un cuarta instancia, es decir a partir de ella no se puede pretender el análisis de asuntos de mera legalidad que son de competencia exclusiva de la justicia ordinaria [...] A partir de lo expuesto, es claro que la Corte Constitucional se encuentra vedada a partir del conocimiento de esta garantía, para entrar al análisis de aquellos asuntos de mera legalidad.¹⁷⁰

En la Sentencia No. 015-10-SEP-CC de 15 de abril de 2010, se estableció en esta acción aplica un esquema de *análisis constitucional del problema jurídico a descifrar* a fin de encontrar su solución justa y apegada al derecho, cotejando los principios, normas y derechos que subyacen del caso concreto, apreciando que:

Corresponde a esta Corte efectuar un análisis a través del cual se cotejen los principios, normas y derechos constitucionales presuntamente violados, frente a los hechos materiales que subyacen del caso concreto, y disponible en la documentación constante en el proceso, para así lograr plantear los problemas jurídico constitucionales a ser descifrados, con la finalidad de encontrar una solución con apego al derecho y a la justicia.¹⁷¹

En la Sentencia No. 022-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010, se precisó que los conflictos aplicativos o interpretativos de preceptos legales sobre la *valoración de la prueba* forman parte del análisis de legalidad (propio de la casación) y no constituye materia constitucional de la acción extraordinaria de protección, indicando que:

En definitiva, a partir de lo expuesto, esta Corte considera que no existe materia constitucional sobre la cual pronunciarse, ya que las alegaciones del accionante en materia probatoria se reducen a *conflictos* de aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación de preceptos jurídicos relacionados a la

169. Sentencia No. 003-010-SEP-CC, RO 117 de 27 de enero de 2010.

170. Sentencia No. 010-010-SEP-CC, RO-S 177 de 27 de abril de 2010.

171. Sentencia No. 015-10-SEP-CC, RO-S 196 de 19 de mayo de 2010.

valoración de las mismas, hechos que forman parte del análisis de legalidad y debido proceso inherente al Recurso de Casación.¹⁷²

La Corte Constitucional en los autos de la Sala de Admisión emitidos el 18 de enero de 2011 en los casos números 1566-10-EP y 1657-10-EP, y en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012, configuró el presupuesto de procedencia o relevancia constitucional de la siguiente manera:

La relevancia constitucional consiste en que dicha violación o vulneración del derecho constitucional debe constar en la acción extraordinaria de protección debidamente argumentada y relacionada directa e inmediatamente con la acción u omisión del órgano judicial, en el sentido de evidenciar que el problema jurídico contiene relevancia constitucional, es decir que no se agota solamente en la consideración de que la decisión judicial impugnada es injusta o equivocada, que no ha aplicado o ha aplicado de forma errónea la ley, o que el órgano judicial no ha apreciado correctamente la prueba (art. 62, num. 1, 2, 3, 4 y 5 de la LOGJCC).¹⁷³

Análisis

La *procedencia o relevancia constitucional* de la acción extraordinaria de protección implica que el asunto puesto a conocimiento y resolución de la Corte Constitucional atañe un *problema jurídico* vinculado al *derecho constitucional*, que supera el *derecho ordinario*, es decir que la cuestión requiere un *análisis constitucional* a través de un *examen constitucional* que habilite y permita la *revisión constitucional* de la decisión judicial impugnada.

El *análisis constitucional* se refiere a *precisar* los derechos, normas, principios y valores consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos que se encuentran involucrados en el caso concreto.

El *examen constitucional* implica *dilucidar* si la decisión judicial ha aplicado, inaplicado o interpretado correctamente las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucional que consagran derechos de las personas.

La *revisión constitucional* consiste en *descifrar* si la decisión del órgano jurisdiccional se encuentra en definitiva apegada al marco constitucional.

Por ello la acción extraordinaria de protección requiere de una *argumentación clara* por parte del accionante de tal manera que identifique con precisión cómo el juzgador de forma *directa e inmediata*, por acción u omisión en las distintas etapas procesales (1. *calificación*: admisión a trámite; 2. *sustanciación*:

172. Sentencia No. 022-10-SEP-CC, RO-S 202 de 28 de mayo de 2010.

173. Sentencia No. 066-12-SEP-CC, RO-S 714 de 31 de mayo de 2012.

citación y prueba; 3. *resolución*: sentencia; 4. *impugnación*: recursos; 5. *ejecución*: autos ejecutorios) ha incurrido en una *violación constitucional* que permita a la Corte Constitucional efectuar su análisis, examen y revisión de índole constitucional, con *independencia de los hechos* del juicio, de la *valoración probatoria* y de la *aplicación legal* del juzgador.

Siendo así la relevancia constitucional implica que el tema de la acción extraordinaria de protección contenga un problema constitucional argumentado que amerite el análisis, examen y revisión en sede constitucional, de tal forma que si la cuestión implica una mera legalidad aun cuando la acción extraordinaria haya sido inicialmente admitida no será finalmente aceptada.

De este modo los presupuestos de *materia u objeto* y de *procedencia o relevancia constitucional* dentro de una acción extraordinaria de protección *son complementarios* pues no resulta suficiente enunciar la sola violación procesal, sino se argumenta su relevancia constitucional, pues no toda irregularidad en el proceso implica una violación, ni toda violación procesal es necesariamente constitucional.

En este sentido la doctrina autorizada distingue entre *el debido proceso legal* y *el debido proceso constitucional*, así para Osvaldo Alfredo Gozaíni del debido proceso legal reservado y conforme a la ley se pasa al debido proceso constitucional asociado a los principios y garantías para un procedimiento justo, exponiendo lo siguiente:

Debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en materia procesal [...] Debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo [...] De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.¹⁷⁴

Carlos Bernal Pulido en consonancia con la jurisprudencia constitucional colombiana (Sentencia T-461 de 2003) señala que el debido proceso constitucional es un derecho fundamental, en tanto que el debido proceso legal corresponde al desarrollo legislativo del primero, cuyas infracciones menores no tienen relevancia constitucional porque no trascienden ni afectan su compatibilidad con la Constitución, indicando que:

Según lo ha establecido la Corte Constitucional, este debido proceso constitucional no debe confundirse con el debido proceso legal, que se refiere al desarrollo legislativo de los principios constitucionales que conforman el contenido

174. O. A. Gozaíni, *Derecho procesal constitucional...*, p. 21 y 25.

de este derecho fundamental. Ahora bien, esta diferencia tiene muy significativa relevancia en la práctica. Mientras las vulneraciones al debido proceso constitucional pueden ser objeto de acción de tutela y conducen en este o en otro procedimiento de control de constitucionalidad a la declaración de inconstitucionalidad de los actos que conforman el procedimiento transgresor «aquellas infracciones menores que no trascienden al proceso o que no afectan su compatibilidad con la Constitución no tiene relevancia constitucional» (Sentencia T-461 de 2003). Dicho en otras palabras, las violaciones al debido proceso legal no tienen relevancia constitucional, a menos que, como señala la Corte Constitucional, trasciendan por su entidad al ámbito constitucional y se constituyan en violaciones indirectas del debido proceso constitucional.¹⁷⁵

Esta cuestión si bien no ha sido distinguida por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana de forma explícita, sí se evidencia implícitamente de la jurisprudencia en la que se enfatiza que la acción extraordinaria de protección *se circunscribe* únicamente a la violación del debido proceso u otros derechos constitucionales *mas no a aspectos de mera legalidad*.

En las sentencias revisadas se denota una especial vinculación en algunos casos de que cuando se ha lesionado la *tutela judicial efectiva* (consagrado en art. 75 de la Constitución que proscribe la denegación de justicia) se ha violado también el *debido proceso* (contemplado en el art. 76 de la Constitución con énfasis en la defensa y principio de motivación, que proscribe el estado de indefensión) y se vulnera también a la *seguridad jurídica* (previsto en el artículo 82 de la Constitución basada en la aplicación de normas previas, claras y públicas).

De las definiciones doctrinarias sobre la tutela judicial efectiva y el debido proceso, citadas por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 023-09-SEP-CC de 24 de septiembre de 2009, se llega a establecer que la tutela judicial no solo garantiza un acceso a la justicia, sino que en su desarrollo se respete las garantías del debido proceso que aseguren una sentencia fundada en derecho.

Esta jurisprudencia se remite al concepto de la tutela judicial de Jesús González Pérez que establece *3 momentos* de la misma, así:

En doctrina, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que dice relación con la ejecución de

175. C. Bernal Pulido, *Derecho de los derechos...*, p. 354 y 355.

la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia.¹⁷⁶

La sentencia refiere también a Pablo Esteban Perrino que determina *14 derechos* que integran la tutela judicial, siendo los siguientes:

a) A ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada.¹⁷⁷

Asimismo el fallo acude a la conceptualización de Luis R. Sáenz Dávalos que expone que el debido proceso es aquel «derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentalmente procesales (excepcionalmente sustantivos) y por demás relevantes, para que una causa, pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia».¹⁷⁸

En Ecuador, el art. 76 de la CRE consagra al *debido proceso* como un derecho constitucional (expresado en forma de principios) integrado por 20

176. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 3a. ed., 2001, p. 57, citado en Sentencia No. 023-09-SEP-CC, RO 43 de 8 de octubre de 2009.

177. Pablo Esteban Perrino, «El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa», en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo 1*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 261-262, citado en Sentencia No. 023-09-SEP-CC, RO 43 de 8 de octubre de 2009.

178. Luis R. Sáenz Dávalos, «La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 1999, p. 488, citado en Sentencia No. 023-09-SEP-CC, RO 43 de 8 de octubre de 2009.

garantías básicas (expresadas como reglas de procedimiento), instituidas para garantizar las normas y los derechos (No. 1), que comprenden los principios de presunción de inocencia (No. 2), tipicidad de la infracción y sanción conforme al trámite propio (No. 3), ineficacia de obtención inconstitucional de la prueba (No. 4), indubio pro-reo (No. 5), proporcionalidad (No. 6) y el derecho a la defensa (No. 7) que se encuentra integrado de la prohibición de indefensión (7.a), preparación de la defensa (7.b), igualdad procesal (7.c), publicidad del procedimiento (7.d), presencia de abogado en todo interrogatorio (7.e), asistencia de traductor gratuitamente (7.f), asistencia de abogado contratado o en su lugar de un defensor público dentro del juicio (7.g), principio de contradicción (7.h), prohibición de doble juzgamiento o principio non bis in idem (7.i), presencia obligatoria de testigos y peritos (7.j), principio del juez natural competente, imparcial e independiente (7.k), principio de motivación jurídica (7.l), y derecho de recurrir los fallos y resoluciones (7.m).

Como se puede observar muchos de los 20 *principios y garantías* establecidos en la norma constitucional ecuatoriana del debido proceso *coinciden con los 14 derechos* que integran la tutela judicial doctrinariamente, de tal forma que indefectiblemente en algunos casos la violación de la tutela judicial (denegación de justicia), implicará también violación de una garantía del debido proceso (Estado de indefensión).

Cabe señalar que la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 214-12-SEP-CC de 17 de mayo de 2012 ha establecido que la sola mención de la violación de una garantía del debido proceso (en el caso la exclusión como parte procesal de un recurso de revisión penal) obliga al órgano judicial a analizarla, determinado la existencia de *nulidades implícitas* que podrían ser declaradas de oficio, debiendo los juzgadores resolver expresamente esta cuestión, inclusive cuando hayan dictado sentencia, pues son garantes primarios de los derechos constitucionales (ligando así la proscripción de indefensión como garantía del debido proceso con la prohibición de denegación de justicia expresión de la tutela judicial), estimando lo siguiente:

Las nulidades implícitas se encuentran entonces inherentemente ligadas al debido proceso, y por tal motivo podrían inclusive ser declaradas de oficio por el órgano judicial a cargo del juicio donde se produce la misma[...] Es decir un pedido de nulidad implícita se vincula a las garantías del debido proceso y como derecho constitucional bastaría la sola mención de su eventual incumplimiento (en el presente caso la falta de notificación que involucra al derecho a la defensa como garantía del debido proceso) para que se genere un análisis de nulidad por parte del órgano judicial que tramita el asunto, el mismo que debe pronunciarse expresamente [...] En definitiva, la justicia ordinaria no puede desatender los pedidos de nulidad que se presenten en sus despachos, aun cuando hayan emitido sentencia, pues se encuentran prohibidas de desatender un pedido tan gravitante como es uno relativo a la falta de notificación o exclusión del proceso -nulidad-,

o dicho en otras palabras, dentro del sistema procesal, los jueces no pueden eludir su función de «garantes primarios», en el cual la Corte Constitucional es «garante extraordinario», por medio de la acción extraordinaria de protección.¹⁷⁹

Configuración

De lo analizado en la normativa, jurisprudencia y doctrina, se desprende que la *argumentación* sobre la violación del derecho constitucional para configurar la *procedencia o relevancia constitucional*, es decir el *mérito* de la acción extraordinaria de protección se integra de:

- a) Los cinco requerimientos sobre la violación constitucional: 1. que derive de la función jurídica propia del juez; 2. que tenga prevalencia; 3. que sea clara, evidente, manifiesta y ostensible; 4. que se determine su alcance y contenido; 5. que la protección requerida sea efectiva, idónea y real.
- b) Las cuatro prohibiciones de la justicia constitucional que en esta garantía no puede ni debe o está vedada de efectuar análisis de mera legalidad atinentes a: 1. la apreciación de los hechos judiciales; 2. la valoración probatoria; 3. la labor aplicativa e interpretativa de la ley; 4. las meras equivocaciones del juez.
- c) Los tres pasos para el estudio constitucional: 1. análisis; 2. examen; y 3. revisión, que conduce al abordaje hermenéutico neoconstitucional tridimensional en los tres ámbitos del Derecho: 1. normativo; 2. axiológico; y 3. fáctico, desarrollado por medio de tres ejercicios: 1. la categorización a través de la relación dual que atañe el asunto (vigencia-validez, principio-regla, igualdad-discriminación); 2. la configuración a la dimensión a la que pertenece el tema (encuadramiento al ámbito); y 3. la delineación del método correspondiente para resolver el problema encuadrado en el ámbito normativo (solución de anomías y antinomias), axiológico (optimización y ponderación) o fáctico (proporcionalidad y razonabilidad).
- d) Las dos cuestiones a las que se circunscribe el estudio: 1. la vulneración de derechos constitucionales y 2. la violación del debido proceso, con la precisión de que la sola mención de la violación del derecho constitucional en especial de una garantía del debido proceso, obliga al juzgador como *garante primario* al análisis y resolución expresa de esta vulneración, procediendo incluso la *declaratoria de oficio* de una *nulidad implícita*.
- e) La interrelación de la violación al debido proceso (constitucionalmente integrado de 7 garantías básicas y 13 específicas de la defensa, es decir

179. Sentencia No. 214-12-SEP-CC, RO-S- 743 de 11 de julio de 2012.

20 garantías en total) y de la tutela judicial efectiva (doctrinariamente integrada de 3 momentos: acceso, desarrollo y ejecución de la justicia, en los que se reconocen 14 derechos).

En suma la *tutela judicial efectiva* es un derecho constitucional de las personas, por el cual se hace responsable al Estado de la adecuada administración, el acceso gratuito y efectivo a la justicia para la protección de sus derechos. En tal virtud, la tutela judicial efectiva tiene implícita una naturaleza tutelar y garantista, pues su función es la de encauzar por las vías formales la protección de los derechos, con un carácter instrumental, cuyo objeto es la expedición de una decisión a cargo órgano judicial; y el *debido proceso* se puede conceptualizar, entonces, como un derecho constitucional (expresado por medio de principios) integrado por garantías básicas (concretadas mediante reglas), instituido como un conjunto de formalidades (procedimiento), que debe respetar toda autoridad pública, con el objeto resguardar los derechos fundamentales de las personas.¹⁸⁰

Cabe señalar que jurisprudencia más numerosa examina el debido proceso seguida de la tutela judicial efectiva, entendiéndose que cuando las personas acuden a la justicia aspiran que esta asuma su rol garantista y tutelar, esto es que a través de un debido proceso (como derecho articulador e integrador) se discuta y resuelva lo que en derecho corresponda (decisión judicial justa).

Ejemplificativamente del siguiente cuadro de las 30 sentencias de acción extraordinaria de protección (28 aceptadas y 2 negadas) analizadas en el capítulo III de este trabajo (por cuanto facilitaron la revisión de presupuestos formales y sustanciales para configurar la operatividad efectiva de la garantía), se evidencia que 19 corresponden al debido proceso (63,33%) y 11 a la tutela judicial (36,67%) en causas ordinarias (civil, penal, administrativa, laboral, tránsito) y de garantías jurisdiccionales (acción de protección, hábeas data).

Denotándose que en los casos de *violación del debido proceso* (que causan un estado de indefensión) se producen por: omisión en la citación o notificación, exclusión de la parte y de tercero, omisión de apertura de prueba, omisión del trámite propio de recursos, doble decisión judicial, intromisión de juez en competencia de la Corte Constitucional, y principalmente por la no motivación de la decisión judicial.

En tanto que en los casos de violación de la tutela judicial (que causan denegación de justicia) se originan por: abstención de tramitar, elusión de liquidar, conceder medida cautelar arbitraria, elusión de convenio arbitral, desatención de un nuevo señalamiento, y primordialmente por el rechazo de un recurso por meras formalidades.

180. Diego F. Mogrovejo Jaramillo, *Teoría general del proceso*, Quito, Corporación para el Desarrollo de la Educación Universitaria, Gráficas Ruiz, 2008, p. 17, 19, y 108.

SENTENCIAS DE ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN						
No.	Accionante	Caso	Derecho invocado	Tema	Sentencia	Publicación
1	Particular	0050-08-EP	Tutela judicial	Abstención de tramitar indemnización a condenado.	007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009. Aceptada	Suplemento del RO No. 602 de 1 de junio de 2009.
2	Pública	0038-08-EP	Debido proceso	Exclusión de tercero en juicio sobre inmuebles.	011-09-SEP-CC de 7 de julio de 2009. Aceptada	Suplemento del RO No. 637 de 20 de julio de 2009.
3	Pública	0048-08-EP	Debido proceso	Omisión de notificación en juicio laboral.	012-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009. Aceptada	Suplemento del RO No. 9 de 21 de agosto de 2009.
4	Particular	0232-09-EP	Tutela judicial	Negación administrativa de permiso de operación de tránsito (no es decisión judicial).	013-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009. Negada	Suplemento del RO No. 638 de 21 de julio de 2009.
5	Pública	0014-09-EP	Debido proceso	Doble decisión judicial cuando ya se rectificó información en hábeas data.	019-09-SEP-CC de 6 de agosto de 2009. Aceptada	RO No. 18 de 3 de septiembre de 2009.
6	Pública	0038-09-EP	Tutela judicial	Rechazo de recurso de casación por mera formalidad.	020-09-SEP-CC de 13 de agosto de 2009. Aceptada	Suplemento del RO No. 35 de 28 de septiembre de 2009.
7	Pública	0399-09-EP	Tutela judicial	Elusión del Tribunal de liquidar prestaciones laborales en conflicto colectivo por sí mismo.	023-09-SEP-CC de 24 de septiembre de 2009. Aceptada	Suplemento del RO No. 43 de 8 de octubre de 2009.

8	Particular	0009-09-EP	Tutela judicial	Concesión de medida cautelar para prohibir comercialización arbitraria.	024-09-SEP-CC de 29 de septiembre de 2009. Aceptada	Suplemento del RO No. 47 de 15 de octubre de 2009.
9	Particular	0126-09-EP	Debido proceso	No motivación de pena en juicio de tránsito sin comprobación de infracción.	026-09-SEP-CC de 1 de octubre de 2009. Aceptada	Suplemento del RO No. 54 de 26 de octubre de 2009.
10	Particular	0024-08-EP	Debido proceso	No motivación de multa basada en un peritaje no ordenado.	037-09-SEP-CC de 9 de diciembre de 2009. Aceptada	RO No. 121 de 2 de febrero de 2010.
11	Particular	0315-09-EP	Debido proceso	No motivación por daño moral sin elementos de convicción.	001-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 117 de 27 de enero de 2010.
12	Particular	0296-09-EP	Debido proceso	No motivación de pena en juicio de tránsito.	002-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010. Aceptada	RO No. 121 de 2 de febrero de 2010.
13	Pública	0290-09-EP	Debido proceso	No motivación de restitución de servidor público a otro cargo obviando elementos centrales.	003-10-SEP-CC de 13 de enero de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 117 de 27 de enero de 2010.
14	Particular	0712-09-EP	Tutela judicial	Elusión de convenio arbitral para configurar competencia del juez.	006-10-SEP-CC de 24 de febrero de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 159 de 26 de marzo de 2010.
15	Particular	0502-09-EP	Debido proceso	Omisión de aplicación del trámite propio en recurso de apelación y nulidad penal.	010-10-SEP-CC de 8 de abril de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 177 de 22 de abril de 2010.

16	Particular	0371-09-EP	Tutela judicial	Inatención de pedido de nueva fecha y revocatoria de declaratoria de confeso.	014-10-SEP-CC de 15 de abril de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 192 de 13 de mayo de 2010.
17	Pública	0135-09-EP	Tutela judicial	Rechazo de recurso de casación por meras formalidades.	015-10-SEP-CC de 15 de abril de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 196 de 19 de mayo de 2010.
18	Pública	Acumulado 0092-09-EP y 0619-09-EP	Debido proceso	Exclusión de propietario en juicio sobre inmueble.	016-10-SEP-CC de 29 de abril de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 202 de 28 de mayo de 2010.
19	Particular	0583-09-EP	Debido proceso	Omisión de citación de deudor en juicio ejecutivo.	020-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 228 de 5 de julio de 2010.
20	Pública	0049-09-EP	Debido proceso	No motivación de daño moral arbitrario.	022-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2010 Aceptada	Suplemento del RO No. 202 de 28 de mayo de 2010.
21	Particular	0173-10-EP	Tutela judicial	Elusión de tramitar apelación en restitución de servidor público.	028-10-SEP-CC de 10 de junio de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 290 de 30 de septiembre de 2010.
22	Pública	0305-09-EP	Tutela judicial	Rechazo de recurso de casación por omisión de formalidades.	041-10-SEP-CC de 16 de septiembre de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 294 de 6 de octubre de 2010.
23	Pública	0935-09-EP	Debido proceso	Omisión de apertura de término de prueba.	052-10-SEP-CC de 27 de octubre de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 333 de 2 de diciembre de 2010.

24	Pública	0213-10-EP	Debido proceso	Intromisión de juez de acción de protección en tema de competencia de Corte Constitucional.	055-10-SEP-CC de 18 de noviembre de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 359 de 10 de enero de 2011.
25	Pública	0734-10-EP	Tutela judicial	Elusión de resolver el recurso de apelación con mérito al expediente.	068-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010 Aceptada	Suplemento del RO No. 372 de 27 de enero de 2011.
26	Pública	0005-10-EP	Debido proceso	No motivación de insubsistencia de informe de auditoría contra un servidor.	069-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 372 de 27 de enero de 2011.
27	Pública	0652-10-EP	Debido proceso	No motivación de restitución de servidor público a otro cargo cambiando sus pretensiones	070-10-SEP-CC de 9 de diciembre de 2010. Aceptada	Suplemento del RO No. 359 de 10 de enero de 2011.
28	Privada	0437-10-EP	Debido proceso	No motivación de negativa de recurso.	066-12-SEP-CC de 27 de marzo de 2012. Aceptada	Suplemento del RO No. 714 de 31 de mayo de 2012.
29	Pública	1568-10-EP	Debido proceso	No motivación de sentencia de nulidad de laudo arbitral.	Sentencia No. 169-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012. Negada	Suplemento del RO No. 756 de 30 de julio de 2012.
30	Privada	1641-10-EP	Debido proceso	Exclusión como parte procesal en recurso de revisión penal.	Sentencia No. 214-12-SEP-CC de 17 de mayo de 2012. Aceptada	Suplemento del RO No. 743 de 11 de julio de 2012.

Conclusiones

1. El neoconstitucionalismo tiene *dos aristas* (iusnaturalista y iuspositivista), *dos tendencias* (débil y fuerte) y *tres tipos* (teórico, ideológico y metodológico), resultando fundamental rescatar de sus características primordiales o notas caracterizadoras los postulados garantistas del paradigma actual.
2. Las *características primordiales o notas caracterizadoras* del neoconstitucionalismo son: la rematerialización de los derechos, el paso de la mera legalidad a la estricta legalidad, y los nuevos métodos de interpretación; de los cuales derivan los *postulados garantistas* de: creación jurídica, crítica interna-externa del derecho, protección objetiva-subjetiva, instrumentalidad garantista, y cambio del paradigma judicial, por los cuales la justicia es un poder y un servicio para el pueblo, se realiza por medios procesales y se legitima por decisiones motivadas.
3. El neoconstitucionalismo es tridimensional, pues cuenta con una dimensión *normativa* (*iuspositivismo crítico*); con una *dimensión axiológica* (*iusfundamentalismo*); y con una dimensión *fáctica* (*razón práctica del derecho*); lo que plantea un nuevo *abordaje hermenéutico* para la *categorización* del caso (a través de la relación dual que atañe como vigencia-validez, principio-regla, igualdad-discriminación), la *configuración* del ámbito (por medio del encuadramiento a la dimensión pertinente) y la *delineación* del método respectivo (solución de anomias y antinomias normativas, optimización y ponderación axiológicas, proporcionalidad y razonabilidad fácticas), empleando *nuevas tesis* (derecho dúctil, núcleo esencial, efecto irradiación y márgenes de acción).
4. Las tesis de los autores neoconstitucionalistas, sin confundirlas pueden conciliarse en una *posición ecléctica* aplicable a la realidad ecuatoriana, por la cual el juez parte del marco normativo, aplica la ley si es lo correcto, así como recurre a otros métodos como la solución de anomias y antinomias normativas, la optimización para conciliar derechos, o la ponderación para hacer primar el derecho más importante, según las necesidades del caso concreto.
5. El juez es garante de las normas y derechos constitucionales, razón por la cual está sujeto a los principios de *supremacía y sujeción constitucio-*

- nal* (norma suprema que sujeta a todo órgano y persona sin distinción), *estricta legalidad* (límites formales y vínculos sustanciales del poder) y *juridicidad* (Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley); debiendo concretar, defender, garantizar, precautelar, proteger, reparar y tutelar los derechos.
6. La acción extraordinaria se estatuye con un triple carácter *acción-derecho-garantía* de índole constitucional, para *garantizar* el debido proceso u otro derecho constitucional, que han sido *violados* por el órgano judicial por *acción u omisión* en el ejercicio de la *potestad jurisdiccional* para administrar justicia, cuando juzgan y hacen ejecutar lo juzgado.
 7. Esta garantía no se constituye en una última instancia judicial, sino que se interpone *a manera de un recurso* de naturaleza *extraordinaria y excepcional*, y como un *mecanismo de control constitucional*; a fin de constatar si el derecho constitucional ha sido violado, dentro de todo proceso judicial de cualquier tipo; y de ser así *declararla* mediante la *nulidad* de la decisión impugnada (pudiendo declararse de oficio en caso de nulidad implícita); y *repararla* retrotrayendo el proceso al momento de la violación y reenvío al órgano judicial para que resuelva sujeto al marco constitucional.
 8. Esta acción genera un *proceso constitucional autónomo* sujeto a condiciones constitucionales y requisitos legales, que configuran los «presupuestos formales» de: *legitimación activa* (la parte procesal o quien debió serlo), *legitimación pasiva* (el órgano judicial que emite la decisión violatoria), y *oportunidad* (se interpone dentro del término de 20 días de la notificación a la parte o conocimiento del excluido); así como los «presupuestos sustanciales» de: *procedibilidad* (procede contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia ejecutoriados y firmes por agotamiento de los recursos, salvo que ello no le fuere atribuible al accionante como en casos de inimpugnabilidad e imposibilidad impugnatoria), *materia u objeto* (se circunscribe a constatar la violación del debido proceso u otro derecho constitucional y de ser así *declararla* y *repararla*), y *procedencia o relevancia constitucional* (problema jurídico argumentado que amerita un análisis, examen y revisión constitucional, mas no asuntos de mera legalidad como la apreciación de los hechos y valoración probatoria).
 9. La *tutela judicial* y el *debido proceso* tienen una íntima vinculación, la cual es controlada en la acción extraordinaria de protección, a fin de establecer si el juzgador ha garantizado *las normas y los derechos* en toda etapa del procedimiento (en especial la defensa) y ha decidido con *motivación* asegurando *seguridad jurídica* (decisión justa aun no ser favorable a una parte).

10. En la realidad ecuatoriana *no es garantista* que el juez cree derecho sin sustento, conceda lo improcedente, remita consultas de constitucionalidad infundadas, desnaturalice las garantías o permita su abuso; *no es antigarantista* que el juez deniegue lo improcedente, señale que existe otra vía, que el asunto es de legalidad o que hay expresa remisión constitucional a la ley, siempre que derive de su *motivación* que muestre su *convicción, convencida y convincente* (en este sentido independiente) para no configurar un caso de *denegación de justicia* (violación de la tutela judicial) o de *estado de indefensión* (violación del debido proceso).

Bibliografía

Doctrina

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Aguirre, Vanesa, «La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador», en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *¿Estado constitucional de derechos y justicia? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, p. 13-35, 2009, en *Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador*, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/925/1/Art.1-Aguirre-La%20tutela%20judicial.pdf>>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2011.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- «Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios», Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, en Juan Jacobo Calderón Villegas, *Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción*, Biblioteca digital de la Universidad Icesi, <http://www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/950/1/Constitucionalizacion_derecho.pdf>, Fecha de consulta: 20 de junio de 2011.
- «La fórmula de peso», en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 6, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, p. 13-42, 2008.
- Andrade Ubidia, Santiago, «Independencia judicial y Estado de derecho», en Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional-Colegio de Jurisprudencia-Universidad San Francisco, edit., *Temas de derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, p. 281-312, 2003.
- *La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005.
- «Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008», en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan, edit., *La transformación de la justicia*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 7, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, p. 3-44, 2009.

- «La Función Judicial en la vigente Constitución de la República», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, p. 239-268, 2009.
- Andrade Dávila, Juan Carlos, «Justicia de paz», en Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan, edit., *La transformación de la justicia*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 7, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, p. 471-478, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, «Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, Avances conceptuales en la Constitución del 2008», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 2, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, p. 89-109, 2008.
- «Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia», en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 3, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, p. 19-38, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, «El derecho fundamental al debido proceso», en *El derecho de los derechos*, cap. XI, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 331-389, 2005.
- Carbonell, Miguel, «Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales», en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 6, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, p. 9-12, 2008.
- Comanducci, Paolo, «Constitución y neoconstitucionalismo», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 173-190, 2010.
- Correa Henao, Néstor Raúl, «De los presupuestos de fondo de la tutela», en *Derecho procesal de la acción de tutela*, 2a. parte, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 73-154, 2005.
- «Capítulo especial la tutela contra providencias judiciales», en *Derecho procesal de la acción de tutela*, 2a. parte, punto 8, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p. 154- 171, 2005.
- De la Mata Amaya José, y Fernando Pastor López, «El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso», en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional de España, edit., *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 269-370, 2008.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Driskill, 1978.

- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2001.
- *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006.
- Garcés Peralta, Carolina, «Amparo contra resoluciones judiciales: amparo vs. amparo», en Comisión Andina de Juristas, edit., *Lecturas constitucionales andinas 3*, Lima, CAJ, p. 209-220, 1994.
- García Belaúnde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- «Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional», en Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 3-10, 2010.
- García Figueroa, Alfonso, «Entrevista a Luigi Ferrajoli», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Trotta, p. 515-535, 2005.
- «Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo edit., *El cánón neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 247-271, 2010.
- García Villegas, Mauricio, y Rodrigo Uprimny Yepes, *¿Qué hacer con la tutela contra sentencias?*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Gascón Abellán, Marina, «La teoría general del garantismo. Rasgos generales», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Trotta, p. 21-39, 2005.
- González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 3a. ed., 2001.
- «Las violaciones del derecho al debido proceso por las jurisdicciones instituidas para su protección», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho procesal constitucional*, México DF, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Porrúa, p. 1033-1042, 2001.
- Gozáñi, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional: el debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- «El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, «Teoría general del derecho procesal constitucional», México DF, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, p. 727-762, 2008.
- Grijalva, Agustín, «Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 2, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, p. 257-278, 2008.
- «Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Cons-*

- titución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, vol. 30, Serie Estudios Jurídicos, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, p. 269-286, 2009.
- «La acción extraordinaria de protección», en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, No. 13, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, p. 655-675, 2010.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Trotta, p. 59-75, 2005.
- Iturralde, Francisco, «Necesidad de requisitos en la sentencia», Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Quito, UASB-E, 2009, en *Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/700/1/T754-MDP-Iturralde-Necesidad%20de%20requisitos%20en%20la%20sentencia.pdf>>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2011.
- Jellinek, George, «Las garantías del derecho público», en *Teoría general del Estado*, cap. 22, México DF, Compañía Editorial Continental, p. 637-642, 1958.
- Kelsen, Hans, «Definición del derecho, Punto 4, Norma primaria y norma secundaria», en *Teoría pura del derecho*, cap. III, Buenos Aires, EUDEBA, p. 60-61, 1960.
- Mogrovejo Jaramillo, Diego F., *Teoría general del proceso*, Quito, Corporación para el Desarrollo de la Educación Universitaria, Gráficas Ruiz, 2008.
- «La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008», en *Foro No. 12*, Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, UASB-E, p. 71-93, 2009, en *Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador*, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2304/1/05-TC-Mogrovejo.pdf>>, p. 71. Fecha de consulta: 20 de junio de 2011.
- Montaño Galarza, César, «Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, p. 353-382, 2009.
- Moreso, José Juan, «Comanducci sobre neoconstitucionalismo», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 191-206, 2010.
- Nogueira Alcalá, Humberto, «El derecho a la jurisdicción, al debido proceso en el bloque de constitucionalidad de derechos en Chile», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, «Derechos fundamentales y tutela jurisdiccional» México DF, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, p. 781-862, 2008.
- Oyarte, Rafael, «El amparo ante la jurisprudencia y el derecho positivo», en *Guía de litigio constitucional*, t. II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, p. 141-156, 2001.

- *La acción de amparo constitucional: jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006.
- Parodi Remón, Carlos, «¿Activismo o garantismo judicial?», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. X, «Tutela judicial y derecho procesal», México DF, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, p. 311-366, 2008.
- Peña Freire, Antonio Manuel, «La garantía en el momento judicial del Estado constitucional de derecho», en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cap. 8o., Madrid, Trotta, p. 227-263, 1997.
- Pérez Tremps, Pablo, «La admisión en los procesos constitucionales», en Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho procesal constitucional*, No. 12, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid / Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, p. 85-106, 2005.
- *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima, Palestra, 2006.
- Perrino, Pablo Esteban, «El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa», en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 257-294, 2003.
- Picó I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. Ma. Bosch, 1997.
- «El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. X, «Tutela judicial y derecho procesal», México DF, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, p. 527-565, 2008.
- Pisarello, Gerardo, «Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel», en *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, cap. 6, Madrid, Trotta, p. 111-138, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, «Constitucionalismo y garantismo», en Miguel Carbonell y Pedro Salazar edit., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Trotta, p. 41-57, 2005.
- «Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 273-310, 2010.
- Pozzolo, Susanna, «Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución», en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El cánón neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 207-227, 2010.

- Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho. Una visión integral del derecho, Capítulo III. Posición del tridimensionalismo jurídico concreto*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Sáenz Dávalos, Luis R., «La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, p. 483-564, 1999.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- Salgado, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, No. 5, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid / Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2005.
- «La nueva Corte Constitucional del Ecuador», en Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal americano y europeo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 533-546, 2010.
- Serra Cristóbal, Rosario, «La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo», en *La guerra de las cortes*, cap. 5, Madrid, Tecnos, p. 157-189, 1999.
- Wray Espinosa, Alberto, «El debido proceso en la Constitución», en *Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco*, vol. I, No. 1, Quito, USFQ, p. 35-46, 2000.
- Zagrebelky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 4a. ed., 2004.
- Zavala Egas, Jorge, «Recurso de amparo constitucional contra violación por órgano judicial del derecho del debido proceso: una competencia olvidada del TC», en Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, edit., *Temas de derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, p. 353-368, 2003.

Normativa

- Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), RO-S 544, de 9 de marzo de 2009.
- Constitución de Cádiz de 1812, en *Congreso de los Diputados de España*, <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2011.
- Constitución española de 1978, en *Congreso de los Diputados de España*, <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=159&fin=165&tipo=2>>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2011.
- Constitución colombiana de 1991, en *Senado de la República de Colombia*, <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr002.html>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2011.
- Constitución mexicana reformada en 1993, en *Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión*, <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2011.

- Constitución peruana de 1993 reformada en 1995, en *Congreso de la República del Perú*, <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2011.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (CPE), RO No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- Constitución de la República del Ecuador (CRE), RO No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), RO-2S-52 de 22 de octubre de 2009.
- Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC) promulgado el 10 de febrero de 2010 y reformado el 30 de noviembre de 2011.
- Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición (RPECCC) promulgadas el 13 de noviembre de 2008.

Jurisprudencia

- Autos de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición en los casos números: 0975-09-EP; 0001-10-EP; 0005-10-EP; 0047-10-EP; 0101-10-EP; 0138-10-EP; 0198-10-EP; 0618-10-EP; 1566-10-EP; 1657-10-EP.
- Resoluciones del Tribunal Constitucional del Ecuador: 025-99-RA-IIS de 12 de febrero de 1999; 072-RA-99-IS de 29 de marzo de 1999; 098-RA-99-IS de 20 de abril de 1999; 046-99-RA-IIIS de 20 de agosto de 1999; y, 135-99-RA-IIIS de 12 de octubre de 1999.
- Sentencias del Tribunal Constitucional Español: STC 11/1981, STC 30/1982; STC 73/1982; STC 50/1984; STC 111/1992; STC 152/1992; STC 241/1992; STC 100/1993; STC 34/1994; STC 235/1994; STC 91/1995; STC 129/1995; STC 174/1995; STC 123/1996; STC 211/1996; STC 55/1997; STC 112/1997; STC 158/2002.
- Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana: Sentencia T-463 de 1992; Sentencia C-543 de 1992, Sentencia T-368 de 1993; Sentencia T-231 de 1994; Sentencia T-094 de 1997; Sentencia SU-047 de 1999; Sentencia T-461 de 2003.
- Sentencias de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador: en el expediente No. 405-99 de 13 de julio de 1999, RO No. 273 de 9 de septiembre de 1999; en el expediente No. 100 por reivindicación Vicuña vs. Muñoz Calle de 21 de mayo de 2002 publicado en el RO 627 de 26 de julio de 2002.
- Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición en casos de acción extraordinaria de protección: Sentencia No. 007-09-SEP-CC; Sentencia No. 011-09-SEP-CC; Sentencia No. 012-09-SEP-CC; Sentencia No. 013-09-SEP-CC; Sentencia No. 019-09-SEP-CC; Sentencia No. 020-09-SEP-CC; Sentencia No. 023-09-SEP-CC; Sentencia No. 024-09-SEP-CC; Sentencia No. 026-09-SEP-CC; Sentencia No. 037-09-SEP-CC; Sentencia No. 001-10-SEP-CC; Sentencia No. 002-10-SEP-CC; Sentencia No. 003-10-SEP-CC; Sentencia No. 006-10-SEP-CC; Sentencia No. 010-10-SEP-CC; Sentencia No. 014-10-SEP-CC;

Sentencia No. 015-10-SEP-CC; Sentencia No. 016-10-SEP-CC; Sentencia No. 020-10-SEP-CC; Sentencia No. 022-10-SEP-CC; Sentencia No. 028-10-SEP-CC; Sentencia No. 041-10-SEP-CC; Sentencia No. 052-10-SEP-CC; Sentencia No. 055-10-SEP-CC; Sentencia No. 068-10-SEP-CC; Sentencia No. 069-10-SEP-CC; Sentencia No. 070-10-SEP-CC; Sentencia No. 066-12-SEP-CC; Sentencia No. 169-12-SEP-CC; Sentencia No. 214-12-SEP-CC.

Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición en casos de consulta de constitucionalidad de normas: Sentencia 003-10-SCN-CC; Sentencia No. 001-11-SCN-CC.

Internet

Corte Constitucional del Ecuador, <<http://www.corteconstitucional.gob.ec>>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2011.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

Últimos títulos de la Serie Magíster

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 147** Amaranta Pico, VOLADORAS: la red invisible del relato
- 148** Pablo Alarcón, LA ORDINARIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN
- 149** Enrique Contreras, EL RETO DE LA ESCRITURA. El caso de la escuela Cacique Jumandy y el pueblo kichwa Rukullakta, en Napo
- 150** Wilson Mamani, LOS CAMBIOS DE POLÍTICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CAN de un «régimen común» a un «régimen sui géneris»
- 151** Helga Serrano, CASO CHEVRON-TEXACO: cuando los pueblos toman la palabra
- 152** Dana Abad Arévalo, LA NEGATIVA PURA Y SIMPLE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN
- 153** Lorena Cueva, EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCESO CIVIL
- 154** Muriel Jiménez, LOS AÑOS DEL SIDA EN CARTAGENA: imaginarios, representaciones y subjetividades en la década del 80
- 155** Pamela Escudero Soliz, DE LA PRUEBA-DESAFÍO A LA PRUEBA ADMINISTRATIVA TRIBUTARIA
- 156** Eufemia Sánchez Borja, CONTRIBUCIÓN DEL FEMINISMO AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN BOLIVIA, 2006-2010
- 157** Sara Durán, ECUADOR Y LA MANTA-MANAOS: escenarios a considerar para una auténtica integración
- 158** Alejandro Aguirre Salas, PRÓCERES Y GAUCHOS EN FONTANARROSA: arquetipos patrios argentinos y humor
- 159** Albeley Rodríguez, CUERPOS «IRREALES» Y ARTE INSUMISO en la obra de Argelia Bravo
- 160** Diego Mogrovejo, LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN el control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista

Esta obra analiza el rol del juez garante en la protección de las normas y los derechos dentro del paradigma neoconstitucional garantista consagrado en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

En la primera parte se aborda la reflexión sobre las características primordiales o notas caracterizadoras del neoconstitucionalismo, los postulados garantistas y los nuevos métodos de la hermenéutica que el juez creador y crítico debe aplicar para garantizar las normas y los derechos.

En la segunda parte se examina el sometimiento del juez: al principio de juridicidad integrado por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley; al principio de estricta legalidad, y al principio de supremacía y sujeción constitucional por el cual las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad gozan de aplicabilidad directa.

En la parte final se evidencia que estos postulados y principios que el juez debe concretar son controlados a través de la acción extraordinaria de protección estatuida con un triple carácter: mecanismo de control constitucional de las actuaciones judiciales; garantía para la protección del debido proceso, la tutela judicial u otro derecho constitucional, y acción que genera un proceso, sujeta a presupuestos formales y sustanciales para su admisibilidad y aceptación, según la doctrina, normativa y jurisprudencia analizada.



Diego Mogrovejo (Loja, 1979) es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado (2006) por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito (PUCE), obtuvo el Diploma Superior (2010) y es Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (2012) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E). Se ha desempeñado como asesor en el Ministerio de Gobierno, el Congreso Nacional, la Corte Constitucional y la Corte de Justicia de Pichincha. En la actualidad se desempeña como asesor en la Asamblea Nacional y como docente de la UASB-E y de la PUCE. Ha publicado varios artículos y textos en materia procesal y constitucional.

ISBN: 978-9978-84-715-2



9789978847152