

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 217

*El agotamiento
de recursos
previo a la acción
extraordinaria
de protección*

¿Un presupuesto material o procesal?

*Juan Francisco
Guerrero del Pozo*



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

El agotamiento de recursos previo
a la acción extraordinaria de protección
¿Un presupuesto material o procesal?

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 217

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

Juan Francisco Guerrero del Pozo

**El agotamiento de recursos previo
a la acción extraordinaria de protección**

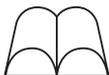
¿Un presupuesto material o procesal?



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2017

**El agotamiento de recursos previo
a la acción extraordinaria de protección**

¿Un presupuesto material o procesal?

Juan Francisco Guerrero del Pozo

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 217

Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional
Quito, diciembre de 2017

Coordinación editorial:

Quinche Ortiz Crespo

Armado:

Margarita Andrade Rivera

Impresión:

Fausto Reinoso,

Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, of. 103, Quito

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:
978-9978-19-811-7

ISBN Corporación Editora Nacional:
978-9978-84-978-1

Derechos de autor, inscripción: 052182
Depósito legal: 005985

Título original: *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios
previstos en la legislación como presupuesto material para obtener
una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal
Programa de Maestría en Derecho Procesal, 2014

Autor: *Juan Francisco Guerrero del Pozo* (correo e.: jfguerrero@dgalegal.com)

Tutor: *Luis Fernando Torres*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1493

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

Nociones procesales preliminares / 13

Medios de impugnación / 13

La cosa juzgada / 23

Capítulo II

¿Es la acción extraordinaria de protección residual? / 33

Residualidad vs. subsidiariedad / 34

Naturaleza de la acción extraordinaria de protección ecuatoriana / 40

Excepción constitucional a la necesidad de agotamiento de recursos / 61

Capítulo III

La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios para que proceda la acción extraordinaria de protección: ¿un presupuesto procesal o material? / 63

Presupuestos procesales / 63

Presupuestos materiales / 66

Órganos con competencia en la Corte Constitucional para verificar los presupuestos procesales y materiales en la acción extraordinaria de protección / 67

El tipo de presupuesto que constituye la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios en la acción extraordinaria de protección / 70

Conclusiones / 83

Bibliografía / 89

*A Lorena, Francisco Nicolás y Sofía,
los motores de mi vida
y mi más grande recompensa a todo esfuerzo.*

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por la posibilidad que me ha brindado de publicar esta obra.

A sus autoridades por fomentar la investigación y desarrollo jurídico en nuestro país.

A los profesores Luis Fernando Torres, César Montaña y Agustín Grijalva por sus valiosos aportes y observaciones para culminar este proyecto.

Introducción

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional constitucional que fue introducida en la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el año 2008. A partir de su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, se ha generado una serie de interrogantes que no han sido absueltos ni por la doctrina ecuatoriana ni por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Una de esas interrogantes es precisamente el tema central que se abordará en la presente obra. Consiste en determinar cuál es el alcance de la necesidad, constitucionalmente establecida, de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios para tener éxito en una acción extraordinaria de protección.

El tema planteado nos enfrenta a una serie de cuestiones que aparentemente son cotidianas en el ámbito procesal, tales como la noción de recurso y de cosa juzgada. Pero, como se evidenciará durante el desarrollo de este texto, estas instituciones son muchas veces comprendidas de una forma imprecisa y distorsionada, incluso por el propio legislador constituyente, lo cual ha generado que no exista una definición clara en cuanto a qué implica el agotamiento de recursos en el contexto de la acción extraordinaria de protección.

En el capítulo I de esta investigación analizaremos lo que son los medios de impugnación y enfatizaremos en que los recursos no son más que un tipo de medio de impugnación, y que nuestro ordenamiento jurídico prevé una serie de acciones autónomas o directas de impugnación adicionales. A continuación abordaremos el tema de la cosa juzgada y los tipos de cosa juzgada que existen y han sido reconocidos tanto por nuestra jurisprudencia ordinaria, como la constitucional. En este capítulo daremos especial importancia a la cosa juzgada formal que, por su naturaleza, siempre puede ser modificada en un nuevo proceso, lo cual genera la interrogante de si ese tipo de decisiones puede o no ser objeto de una acción extraordinaria de protección.

En el capítulo II, se realizará la necesaria distinción en nuestro ordenamiento jurídico, entre lo que es la residualidad y la subsidiariedad, y se tratará de establecer si la acción extraordinaria de protección, de acuerdo con la normativa vigente, es residual o subsidiaria. Esta cuestión, como se verá, se encuentra es-

trechamente relacionada a la necesidad de agotar recursos en la acción extraordinaria de protección y será determinante en la posición que hemos adoptado.

Finalmente, en el capítulo III, se explicarán los tipos de presupuestos procesales y materiales que se reconocen en la doctrina y las consecuencias de asimilar a la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios en la acción extraordinaria de protección, a cualquiera de esas categorías de presupuestos.

La conclusión principal de que la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios es un presupuesto material de la sentencia de fondo de la acción extraordinaria de protección, se encuentra fundamentada en el hecho de que este instrumento es una garantía de los derechos de las personas y, como tal, fue concebida para evitar que por medio de decisiones jurisdiccionales se vulneren derechos fundamentales, de tal forma que ninguna actuación de las funciones del Estado, incluida la función judicial, se encuentre exenta de control constitucional.

Si bien, la doctrina ecuatoriana profundiza muy poco alrededor de este tema en específico, hemos procurado considerar la mayoría de los artículos sobre la acción extraordinaria de protección que se han publicado en distintas revistas especializadas. Por otra parte, el análisis de las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador ha tenido una importancia esencial en el desarrollo de la presente obra, ya que como se podrá evidenciar, en ellas aparecen las distintas posiciones que sobre el tema ha adoptado dicho organismo; muchas veces, con criterios antagónicos e incluso contradictorios, lo cual dificulta el estudio de la problemática y ha generado inseguridad jurídica.

La acción extraordinaria de protección, como quedó dicho, es una garantía jurisdiccional recientemente incorporada en nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto se encuentra en construcción y evolución, es decir, existen todavía muchos aspectos de esta garantía que no han sido definidos e inclusive ni siquiera analizados por la doctrina especializada. La presente obra, busca hacer una invitación al estudio de uno de esos aspectos ignorados de la acción extraordinaria de protección, pero que tiene una inmensa trascendencia práctica y que se encuentra estrechamente relacionado con el derecho procesal ecuatoriano.

CAPÍTULO I

Nociones procesales preliminares

Al revisar el título de la presente obra, se podría pensar que este capítulo no constituye más que un «relleno» de la misma o incluso que se trata de un tema que carece de contexto en la investigación. Sin embargo, como se va a demostrar durante el desarrollo de esta investigación, resulta esencial que expliquemos las nociones básicas de los medios de impugnación y de la cosa juzgada, ya que lamentablemente en nuestro medio existe una percepción generalizada de que los recursos son los únicos medios de impugnación en sede jurisdiccional, y de que la cosa juzgada es un concepto unívoco sin variantes ni modalidades.

Inclusive, oportunamente demostraremos que el manejo no adecuado de estos conceptos fue determinante en el momento de redactar los art. 94 y 437 de la Constitución vigente,¹ los cuales, respectivamente, cuando se refieren a la procedencia de la acción extraordinaria de protección, señalan la necesidad de que «se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios», y asimilan los términos «definitivos», «firmes» y «ejecutoriados».

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Es necesario advertir que el estudio de los medios de impugnación que realizaremos a continuación se circunscribe al ámbito jurisdiccional ordinario, debido a que la acción extraordinaria de protección cabe únicamente en contra de decisiones jurisdiccionales. Esta aclaración es importante, ya que la teoría de la impugnación no solamente se limita a ese ámbito.² Inclusive existen quienes sostienen que son también medios de impugnación, por ejemplo, los

1. Ecuador, Asamblea Nacional, Constitución de la República del Ecuador [2008] (en adelante, CRE), Registro Oficial (en adelante, RO), No. 449, 20 de octubre de 2008.
2. Por ejemplo, un acto administrativo puede ser impugnado tanto en sede administrativa como jurisdiccional, sin que en Ecuador sea necesario agotar la vía administrativa para impugnarlo en sede judicial. Cfr. Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Presta-*

mecanismos internacionales de reparación de derechos o hasta los mecanismos constitucionales como la propia acción extraordinaria de protección.³

El derecho a la impugnación

La impugnación es un medio para garantizar la regularidad de la producción jurisdiccional. La actividad jurisdiccional es desarrollada por seres humanos, lo cual hace que los errores sean inevitables y, por tanto, es indispensable que exista la posibilidad de que sus decisiones sean impugnadas y revisadas.

Los actos procesales tienen finalidades propias y se desarrollan de conformidad con normas predeterminadas. El incumplimiento de las formas y de los fines es precisamente lo que origina la actividad impugnativa, que tiene como objeto corregir esos errores o defectos. «Las impugnaciones son los remedios que se ponen a disposición de las partes para provocar por medio de un mismo juez o de un juez superior un nuevo pronunciamiento purificado, ya del defecto o del error que ostentaba la providencia anterior».⁴

Siempre la actividad impugnativa es posterior a la jurisdiccional, es decir, se trata de una acción correctiva. Esta característica constituye una gran ventaja, ya que las partes tienen la posibilidad de especificar el error en que se ha incurrido; el órgano jurisdiccional revisor, por su parte, tiene la posibilidad de analizar a profundidad dichas alegaciones y, de ser el caso, corregir la providencia cuestionada.

Cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto incumplido, ejercen un poder o derecho de impugnación. Existe una interesante discusión respecto de si este poder es una manifestación del derecho de acción, es una derivación o existe una relación del todo con la parte. De todas maneras, lo que sí queda claro es que este es un derecho abstracto,⁵ es decir, no está condicionado a la existencia real del error o defecto.

Nuestra actual Constitución incorporó el derecho a la impugnación en el art. 76, num. 7, lit. m).⁶ En esta disposición se amplía el ámbito previsto en el

ción de Servicios Públicos, por parte de la Iniciativa Privada, art. 38, RO, No. 349, 31 de diciembre de 1993.

3. Cfr. Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 2000, p. 547.

4. *Ibid.*, p. 545.

5. Cfr. *Ibid.*, p. 548.

6. CRE, «Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m)

art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos:⁷ mientras que este cuerpo normativo hace referencia únicamente a la persona inculpada de un delito, nuestra Carta Magna extiende esta garantía a «todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier tipo». Es decir, en la legislación ecuatoriana el derecho a la impugnación va más allá del ámbito penal.

Por lo señalado, podemos concluir que el derecho de impugnación es el derecho constitucionalmente consagrado de las personas para solicitar la corrección o eliminación del defecto de fondo o de forma, del que se considera adolece una decisión jurisdiccional.

Fundamentos de la impugnación

De manera general, se dice que los vicios que motivan la impugnación pueden ser de dos tipos:

1. Vicios *in procedendo*. El error *in procedendo* generalmente acarrea que una providencia sea nula. Se produce cuando existe «la desviación por el magistrado de las formas legales establecidas para el trámite del proceso, quebrando el marco de seguridad jurídica sobre el que debe funcionar y lesionando, consecuentemente, el derecho del contradictorio».⁸ De todas maneras, los autores, con bastante coherencia, señalan que también en este caso existe una violación normativa, precisamente de aquella norma procesal que no se ha observado.
2. Vicios *in indicando*. Esos pueden recaer sobre los hechos o sobre el derecho. El vicio *in iudicando* se lo concibe como un vicio de fondo y «consiste generalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable, o en no aplicar la ley aplicable [...]. Este error puede provenir también del defectuoso criterio con que el juez analiza los hechos y extrae deducciones lógicas».⁹

La identificación del vicio del cual adolece una providencia es fundamental para ejercer de manera adecuada una impugnación, ya que, de esta manera,

Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos».

7. Convención Interamericana de Derechos Humanos, RO, No. 801, 6 de agosto de 1984. «Art. 8, num. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».
8. Osvaldo Gozañi, *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 418.
9. Alfonso Troya Cevallos, *Elementos del derecho procesal civil*, t. II, Quito, Pudeleco, 2002, p. 725.

es posible optar por la vía correcta de impugnación. Lo señalado se pone de manifiesto cuando analizamos, por ejemplo, la casación, en la cual constituye un requisito de admisibilidad el identificar correctamente el vicio del cual adolece la providencia y detallar en qué consiste tal error.

Pese a lo establecido, actualmente existe una tendencia a unificar los medios de impugnación, sin importar el tipo de vicio. Así, por ejemplo, en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, como en la nuestra,¹⁰ por medio de la apelación se puede solicitar la nulidad, es decir, es posible corregir los vicios de forma.¹¹

La distinción entre los tipos de vicios de los cuales puede adolecer una providencia también influye en los efectos que conlleva su reparación. Así, los vicios de forma suelen acarrear la nulidad o invalidez del acto, con la consecuente retroacción de los efectos al momento en que se produjo la nulidad. Por su parte, los vicios de fondo provocan la revocación del acto, y la inmediata y directa corrección del vicio, por intermedio del dictamen de otra providencia en lugar de la revocada. Estos efectos inclusive han repercutido directamente en la casación. En nuestro país, esta se reenvía únicamente cuando se trata de vicios de forma. Esta medida, a su vez, obliga al tribunal a fallar directamente en caso de que existan vicios de fondo.¹²

Por otro lado, existe una ardua discusión sobre la diferencia entre los vicios de hecho (apreciación de hechos) y de derecho (aplicación, no aplicación o errónea interpretación de la norma). Para muchos autores, esa distinción es gris, ya que precisamente una mala apreciación de los hechos conduce, por ejemplo, a una inadecuada aplicación de la norma. Así, la diferencia entre vicios en los hechos o en el derecho es muy cuestionable.

10. En el RO, Suplemento (en adelante, ROS), No. 506, 22 de mayo de 2015, se promulgó en Ecuador el *Código Orgánico General del Proceso* (en adelante, COGEP). Dicho Código deroga al *Código de Procedimiento Civil* (en adelante, CPC) cuya última codificación fue promulgada en el ROS, No. 58, 12 de julio de 2005, sin embargo, en la disposición general segunda del COGEP se establece que, salvo ciertas disposiciones específicas, entrará en vigencia 12 meses después de su promulgación, es decir que el CPC estará vigente en Ecuador hasta el 22 de mayo de 2016. En razón de lo indicado, en la presente obra, siempre que se mencione una disposición del CPC, se incluirá una nota de pie de página en la cual se haga referencia a su equivalente en el COGEP y comentarios sobre los eventuales cambios introducidos en dicho código adjetivo.
11. La nulidad está subsumida en el recurso de apelación en el ámbito civil (CPC, art. 345, y COGEP, art. 111). De hecho, siempre que se presenta un recurso de apelación, el tribunal de alzada en primer lugar verifica si no se ha omitido alguna solemnidad sustancial que pueda acarrear la nulidad antes de pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada. Cfr. CPC, art. 411; COGEP, art. 111; Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, art. 331, ROS, No. 360, 13 de enero de 2000; y Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (en adelante, COIP), art. 652, ROS, No. 180, 10 de febrero de 2014.
12. Ecuador, *Ley de Casación*, art. 16, en ROS, No. 299, 24 de marzo de 2004.

Los recursos

Los medios de impugnación más comunes –pero no los únicos–¹³ son los denominados *recursos*. El pretender determinar lo que es un recurso nos enfrenta a una serie de posiciones y posturas doctrinarias que, si bien son coincidentes en los aspectos fundamentales, no dejan de tener particularidades y peculiaridades.

Dante Barrios de Angelis afirma que «se denomina recurso al procedimiento y también al acto de parte que lo inicia, que tiene por objeto una decisión jurisdiccional a la que se imputa un defecto de forma o de fondo y tiene por finalidad la corrección de tal defecto».¹⁴ Por su parte, Jaime Guasp entiende que el recurso «es una pretensión de reforma de una resolución judicial dentro del mismo proceso en que dicha resolución judicial ha sido dictada, como acto inicial de un nuevo procedimiento».¹⁵

Lino Palacio, por su parte, señala que los recursos son: «aquellos actos procesales en cuya virtud quien se considera agraviado por una resolución judicial pide, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados desde la notificación de aquella, que un órgano superior en grado al que la dictó, o en su caso este mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule».¹⁶

Como se puede observar, un elemento común de estas definiciones es que los recursos implican la revisión de una decisión jurisdiccional, pero dentro del mismo proceso. Es precisamente allí donde radica la diferencia entre los recursos y las acciones impugnativas (acciones autónomas) que implican la promoción de un nuevo proceso.

Clasificación de los recursos

Si bien existe una variedad de clasificaciones de los recursos, sustentadas en diversos criterios, resulta relevante para nuestros propósitos aquella que distingue entre recursos ordinarios y extraordinarios, por cuanto esa es la que se menciona en el art. 94 de la Constitución.

13. «En el lenguaje común, medio impugnativo y recurso son sinónimos. Este en verdad es uno de aquellos, aunque uno de importancia crucial. La impugnación es el género, el recurso, la especie», B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 550.

14. Dante Barrios de Angelis, *Teoría del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 246, citado en B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 561.

15. Jaime Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1943, p. 1.043, citado por O. Gozaíni, *op. cit.*, p. 410.

16. Lino Enrique Palacio, *Derecho procesal civil*, t. V, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 29, citado por O. Gozaíni, *op. cit.*, p. 410.

Es importante señalar que la doctrina no es unánime al momento de establecer cuál es el criterio clasificador adecuado para realizar esa distinción.

Autores como Binding y Leone fundamentan la división en la cosa juzgada criterio en base al cual, son ordinarios aquellos que se plantean contra decisiones que aún no se han ejecutoriado, como la apelación, la nulidad y la casación, y extraordinarios aquellos que se plantean contra decisiones que ya se encuentran ejecutoriadas, como la revisión. Florian, en cambio, considera que el criterio es la motivación. Según él, recursos ordinarios son todos aquellos que para su ejercicio la ley no exige el planteamiento expreso de los motivos en que se inspira dicho recurso y, extraordinarios, los que sí exigen el planteamiento.¹⁷

Otros autores sostienen que «los recursos ordinarios tienen una finalidad mediata e inmediata que atisba especialmente a la reparación del agravio de la parte. Los extraordinarios convergen a otro fin primordial, especialmente público, de interés general, aun cuando de paso colaboren en la tarea de remediar el agravio de la parte que los interpone».¹⁸

Gozafni, al diferenciar entre los recursos ordinarios y extraordinarios, señala que «los primeros estudian tanto los errores de hecho como los de derecho; en cambio, los segundos limitan su intervención a los errores de derecho».¹⁹

De las citas anteriores podemos concluir que al menos existen los siguientes criterios para diferenciar entre un recurso ordinario y uno extraordinario:

- Si se los puede o no plantear contra decisiones ejecutoriadas;
- Si existe la necesidad o no de fundamentar el recurso;
- Si hay o no causales específicas para su interposición;
- Si su finalidad inmediata es o no la reparación del agravio a la parte procesal, y
- Si a través de ellos se pueden también revisar los hechos o solamente el derecho.

Resulta necesario acudir a la doctrina especializada en la materia, porque en Ecuador no existe una definición normativa de recurso ordinario y recurso extraordinario,²⁰ y por ello, no es posible abstraer de una disposición jurídica específica cuál es el criterio diferenciador adoptado por el legislador ecuatoriano.

17. Cfr. Jorge Zavala Baquerizo, *El proceso penal*, t. IV, Guayaquil, Edino, 1990, p. 368 y 369. El profesor Zavala se inclina por la clasificación bipartita fundamentada en el criterio de la cosa juzgada, pero hace notar que dentro de los ordinarios existen subclases en función de la exigencia legal de la motivación.

18. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 557.

19. O. Gozafni, *op. cit.*, p. 418.

20. A pesar de lo indicado, el constituyente utiliza esta terminología en el art. 94 de la CRE.

Al respecto, el profesor Jaime Flor Rubianes señala que son recursos ordinarios los que «tienen por objeto reparar cualquier irregularidad procesal (error *in procedendo*), y/o error de juicio (error *in iudicando*) y/o errores de interpretación de una norma sustantiva».²¹ Añade que, en tal razón, son recursos ordinarios el de apelación, el de aclaratoria, revocatoria, nulidad y de hecho o queja por apelación denegada.²²

Por el contrario, sostiene que los recursos extraordinarios «se conceden con carácter excepcional en cuestiones específicamente determinadas por la ley». En nuestro país, ostentan tal calidad los recursos de casación, de hecho, de casación y de revisión.²³

Por su parte, Alejandro Ponce Martínez señala que:

La esencia de los recursos ordinarios radica en que el juez que debe resolver sobre la reclamación tiene las mismas atribuciones que sobre tal reclamación o impugnación tenía el juez que originalmente dictó la providencia contra la cual se recurre, sin que su competencia se halle restringida, por ley, a ninguna causa o motivo particular.

Son recursos extraordinarios aquellos que solo [sic] pueden interponerse por causas expresamente establecidas en la ley y que, generalmente, no han de ser resueltas ni por el mismo juez ni por el juez o tribunal jerárquicamente superior. Suponen, además, que el proceso se encuentra concluido. Estos recursos tienen por objeto anular la providencia contra la cual se recurre con el fin de que se dicte otra o se abra la posibilidad de un nuevo proceso.²⁴

Lo dicho nos lleva a observar los criterios que se aplican en nuestro país. La doctrina especializada considera que el criterio para diferenciar entre los recursos ordinarios y extraordinarios consiste en que, en los primeros, el órgano jurisdiccional tiene las mismas atribuciones que el juez de instancia que

21. Jaime Flor Rubianes, *Teoría general de los recursos procesales*, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2002, p. 17.

22. Cfr. *Ibid.*

23. Cfr. *Ibid.* El autor sostiene que son además recursos extraordinarios el de inaplicabilidad de la ley y el de inconstitucionalidad. Respecto del primero, es importante señalar que, cuando publicó su obra en el año 2002, se encontraba vigente la codificación de la Constitución Política del Ecuador [1998], RO, No. 1, 11 de agosto de 1998, en la cual, en el art. 274, se preveía la posibilidad de que los jueces inapliquen, cuando lo consideren inconstitucional, un precepto jurídico. Actualmente, los jueces adolecen de esa facultad y únicamente pueden elevar a consulta a la Corte Constitucional a fin de que esta se pronuncie sobre su inconstitucionalidad (CRE, art. 428). La acción de inconstitucionalidad no es un recurso, sino una acción autónoma que puede interponerse en contra de actos normativos o actos administrativos de efectos generales, mas no en contra de una decisión jurisdiccional.

24. Alejandro Ponce Martínez, *Derecho procesal orgánico*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 1991, p. 166.

dictó la decisión recurrida, sin que se halle limitado a ninguna causa o motivo en particular. En cambio, en los segundos, el juez solamente puede pronunciarse sobre cuestiones taxativamente delimitadas en la ley y expresamente establecidas por el recurrente.

En virtud de lo indicado, se encuadrarían dentro de los recursos ordinarios el de revocatoria y el de apelación –que en nuestro país contiene al de nulidad–, mientras que serían recursos extraordinarios el de casación y el de revisión.

Respecto de la aclaración y ampliación, tal y como lo señala el profesor Jaime Flor Rubianes, «algunos autores le niegan a la aclaración y a la ampliación el carácter de recurso y sostienen que se trata de un incidente producido durante el período de formación de la sentencia».²⁵ Consideramos acertado este punto de vista, ya que por medio de la aclaración y ampliación no se puede modificar el sentido de la decisión del juez. Estas acciones tienen como propósito único el que esa decisión sea aclarada cuando sea confusa o ampliada cuando haya dejado de resolver algo oportunamente solicitado por las partes.

De hecho, cuando el juez resuelve un recurso de ampliación o aclaración, su decisión se entiende incorporada a la providencia ampliada o aclarada. Por ello, resulta lógico que los recursos verticales se puedan también proponer a partir de que el juez aclare o amplíe su decisión, ya que en definitiva recién allí se ha terminado de perfeccionar y configurar su providencia.²⁶

Finalmente, respecto del recurso de hecho –que en otras legislaciones se lo conoce como de queja–, existe cierta discrepancia en cuanto a si se trata de un recurso ordinario o extraordinario. Sobre ello, Alejandro Ponce Martínez sostiene que en «un punto intermedio entre los recursos ordinarios y extraordinarios se sitúa el recurso de hecho cuyo objetivo es el que el juez o tribunal

25. J. Flor Rubianes, *op. cit.*, p. 32.

26. Esta debe ser la razón por la que la Corte Constitucional ha señalado que para presentar una acción extraordinaria de protección, se requiere el agotamiento de los recursos verticales, es decir, aquellos que implican que suba en grado el proceso, sin especificar la necesidad de agotar los recursos horizontales. Al respecto, la Corte manifestó que: «las razones fundamentales para ello, y que justifican la analogía con la Sentencia No. 010-09-SEP-CC, se circunscriben en primer término, en la imposibilidad que tienen las partes de interponer recursos verticales respecto del mismo» (Cfr. Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 0010-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0502-09-EP). Si bien comparto esta posición de la Corte Constitucional, considero que existe un supuesto en el que no es precisa. Esto ocurre cuando el vicio que se alega es que la decisión cuestionada no ha resuelto algo que fue solicitado por las partes, y que aquello conlleva una violación del derecho a la tutela judicial efectiva y principio dispositivo. Un requisito para que la parte que alega dicho vicio pueda tener éxito en la acción extraordinaria de protección, es que haya solicitado la ampliación de la decisión, advirtiendo a la autoridad jurisdiccional que ha dejado de resolver algo que formaba parte de la litis.

superior (*ad quem*) califique la legalidad o ilegalidad de la negativa del juez inferior (*a quo*) de conceder»²⁷ un recurso vertical.

Por su parte, el profesor Jaime Flor Rubianes, en su obra *Teoría de los recursos*, inicialmente hace una distinción en el sentido de que un recurso de hecho es ordinario cuando se trata de un recurso de hecho por denegación de apelación,²⁸ pero extraordinario cuando se presenta por denegación de la casación o revisión.²⁹ Sin embargo, en la misma obra señala de forma general que una de las características del recurso de hecho es que se trata de «un recurso extraordinario porque procede en los casos expresamente señalados por la ley».³⁰

Como puede observarse, la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios no se encuentra claramente definida ni en la legislación ni en la doctrina, por lo que no se explica por qué el constituyente adoptó precisamente esa clasificación en el art. 94 de la Constitución, cuando habría bastado que utilice la palabra *recursos* sin distinción alguna. En este caso, como es conocido, cuando el legislador no distingue no le es lícito al intérprete hacerlo y, por tanto, al usar el término genérico se habría abarcado todo tipo de recursos. Este punto, como veremos más adelante, tiene una trascendencia significativa en el tema central que estamos abordando.

Acciones autónomas de impugnación

Como ha quedado anotado, la CRE, en su art. 94, establece la necesidad de que se agoten los recursos ordinarios y extraordinarios cuando se refiere a la acción extraordinaria de protección. Sin embargo, existen casos en los cuales el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de impugnar una decisión con el inicio de un nuevo proceso, es decir, que la actividad impugnativa no se produzca dentro del proceso en el cual se dictó la providencia, como en el caso de los recursos, sino en un proceso autónomo.

Algunos autores señalan que estas acciones impugnativas son recursos excepcionales —una tercera categoría de recursos, distinta a los ordinarios y extraordinarios— que están:

27. A. Ponce Martínez, *op. cit.*, p. 166 y 167.

28. Seguramente el sustento de esta afirmación —no lo dice el autor— es que, al tratarse el recurso de hecho de uno accesorio al vertical principal (el recurso que ha sido denegado), «lo accesorio sigue la suerte de lo principal» y, si la apelación es un recurso ordinario, el recurso de hecho por denegación de apelación debe tener la misma naturaleza. Si, por el contrario, se presenta un recurso de hecho por denegación de casación, este debe tener la naturaleza del recurso de casación, es decir, extraordinario.

29. Cfr. J. Flor Rubianes, *op. cit.*, p. 17.

30. *Ibid.*, p. 54.

caracterizados más bien como acciones impugnativas autónomas, los cuales se singularizan por romper la unidad del proceso con el proceso recurrido, y por dar lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto la firmeza de la resolución, sino a su autoridad de cosa juzgada material, ya que constituyen un ataque al proceso principal, en vista de una acción autónoma distinta, que se ventila en un proceso independiente.³¹

En Ecuador existen algunas de estas acciones, como la de nulidad de sentencia,³² la de nulidad de laudo arbitral,³³ o la ordinaria que puede iniciar el deudor vencido en un juicio ejecutivo.³⁴

Estas acciones o recursos excepcionales se caracterizan porque son una verdadera excepción al principio de cosa juzgada; implican el inicio de un nuevo proceso, generalmente con nuevas partes procesales –en muchos de los casos una parte procesal es el órgano jurisdiccional que dictó la providencia que se impugna–, y tienen una pretensión distinta a la del proceso original en el cual se dictó la decisión objeto de impugnación.

Inclusive, en cuanto a la casación y la revisión, que tradicionalmente han sido denominadas *recursos*, existen autores que sostienen que en realidad son acciones autónomas de impugnación que implican el inicio de un nuevo proceso, con un objeto distinto a aquel en el cual se dictó la decisión cuestionada. Sobre la revisión, por ejemplo, se dice que:

Mas [sic] que un recurso es una nueva vía que se abre con una demanda, en la cual se deduce una pretensión impugnatoria independientemente de la que motivó la sentencia firme que está surtiendo los efectos de la cosa juzgada. Se estatuye por razones de evidente justicia y también por causales predeterminadas en la ley y taxativas. Este recuso era desde el proceso romano la *in integrum restitutio* o la *querella nullitatis* y en verdad que las conjuga. Sus motivos se estructuran como causales que aseguran hasta más allá de las fronteras normales del proceso, el derecho de defensa y el principio de la moralidad.³⁵

Incluso, cuando entró en vigencia la *Ley de Casación* y se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el denominado recurso extraordinario de casación, existieron criterios contradictorios entre las Salas de Casación, ya que existían magistrados de la entonces Corte Suprema de Justicia que lo consideraban una acción impugnativa o «recurso excepcional».

31. Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 3a. ed., 1968, p. 712.

32. Cfr. CPC, art. 299 y COGEP, art. 112.

33. Cfr. Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 31, RO, No. 417, 14 de diciembre de 2006.

34. Cfr. CPC, art. 448. En el COGEP no se contempla expresamente una acción equivalente.

35. Cfr. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 558.

Para sostener esa posición, señalaban que:

por estimar que constituye una verdadera demanda en que ha cambiado el objeto del petitium y, en lugar de ser la prestación reclamada por el actor al demandado, es el ataque que realiza la parte contra la sentencia que le agravia, o sea que, en definitiva, se trata de una acción del particular contra el Estado con ocasión del gravamen que le causaba el fallo definitivo y ejecutoriado, dotado de la fuerza de cosa juzgada material, a fin de que esa cosa juzgada se destruya y sea reemplazada por un fallo ajustado a derecho.³⁶

En todo caso, conforme ha quedado anotado, no todos los medios de impugnación son recursos. Inclusive, el art. 94 de la CRE se refiere únicamente a los recursos ordinarios y extraordinarios, sin abarcar a las acciones autónomas de impugnación o recursos excepcionales.

LA COSA JUZGADA³⁷

La CRE en el art. 437, a diferencia del art. 94, no habla de la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios, pero sí establece que, para la admisión de la acción extraordinaria de protección, es necesario «que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas».

La *firmeza y ejecutoriedad* de las providencias se encuentran estrechamente relacionadas con la *cosa juzgada* y sus efectos. Así, es necesario analizar esta temática a fin de contar con los elementos necesarios de juicio para, en el segundo capítulo, determinar si la acción extraordinaria de protección es o no residual.

Es importante tener como punto de partida que, a pesar de lo que se puede pensar,³⁸ la diferencia entre una providencia ejecutoriada y una senten-

36. Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Andrade & Asociados, 2005, p. 40.

37. Es importante aclarar que también se habla de la *cosa juzgada* constitucional y los efectos que pueden tener las decisiones de la Corte Constitucional cuando ejerce control de constitucionalidad. En todo caso, cuando utilicemos el término *cosa juzgada* en el presente trabajo nos referiremos a la cosa juzgada en el ámbito de las decisiones de la jurisdicción ordinaria y no de la denominada *cosa juzgada constitucional*. Para entender lo que comprende la *cosa juzgada constitucional* se puede revisar las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana No. 103-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0767-10-EP, y la No. 003.14.SCN-CC dictada dentro del caso No. 0486-12-CN.

38. En Ecuador es muy común, incluso entre personas con formación jurídica, que se asimile la ejecutoriedad con la firmeza.

cia firme o definitiva ha quedado claramente establecida en Ecuador a propósito del recurso de casación. Así, se establece que este recurso «se concede únicamente en efecto devolutivo, porque ya existe una sentencia ejecutoriada»;³⁹ «por ello se puede llevar a ejecución la sentencia o auto recurrido, porque existe fallo ejecutoriado apto para surtir todos sus efectos».⁴⁰ El que un hecho sea susceptible de recurso de casación hace que esa misma providencia que está ejecutoriada no sea firme o definitiva, calidad que únicamente la tendrá cuando «pongan fin al proceso sin que pueda volver a discutirse el derecho en el mismo proceso ni en otros diferentes».⁴¹

Definición

La cosa juzgada es una institución que aparentemente no representa mayor dificultad, ya que se trata de un término utilizado con mucha naturalidad por todos quienes tienen algún tipo de formación jurídica. Incluso las personas que no poseen estos estudios, a partir del significado de las dos palabras que la componen, podrían conceptualizarla de una forma aceptable.

Sin embargo, al profundizar en el estudio de lo que es la cosa juzgada, rápidamente nos percatamos de que se trata de un tópico en el cual existen posiciones antagónicas; incluso han existido momentos históricos en que dicho concepto no ha sido considerado o ha sido limitado de una manera muy significativa.

el derecho romano tuvo de la cosa juzgada una noción distinta a la actual, dado el carácter rigurosamente privado de su proceso; más que la conclusión del juicio por cosa juzgada, en el derecho procesal romano interesaba su iniciación por *litiscontestatio*; ciertas investigaciones practicadas sobre el primitivo derecho procesal noruego han demostrado que el instituto de la cosa juzgada era desconocido y que siempre en presencia de un nuevo elemento de convicción era posible rever el proceso ya decidido; el derecho español y el derecho colonial americano no tenían de la cosa juzgada una noción tan enérgica como la actual: las Partidas admitían la revocación en cualquier tiempo de la sentencia dada contra el patrimonio del Rey, y en el *Espéculo* la cosa juzgada tenía un acento tan débil que el juicio podía ser renovado dentro de un plazo de 20 años, si el anterior había sido decidido por falsos testigos o falsos documentos, los plazos de ejecutoriedad de las Leyes de Indias se contaban por meses y años y no por días; el derecho angloamericano tiene sobre esta materia una concepción

39. S. Andrade Ubidia, *op. cit.*, p. 265.

40. *Ibid.*, p. 266.

41. *Ibid.*, p. 74.

enteramente distinta del derecho continental europeo, ya que en él la sentencia hace cosa juzgada inmediatamente de dictarse, sin perjuicio de su revisión posterior.⁴²

Ni siquiera en la actualidad existe uniformidad en el tratamiento que se le da a la cosa juzgada.

A pesar de lo anotado, es necesario también señalar que existe un sector de la doctrina que le da un papel protagónico a la cosa juzgada. Estos teóricos llegan a afirmar que la diferencia entre jurisdicción y administración radica precisamente en la cosa juzgada, ya que solamente los actos jurisdiccionales podrán tener tal calidad, mientras que los actos administrativos e incluso los legislativos siempre podrán ser revocados mediante otro acto administrativo y legislativo, respectivamente.⁴³

La cosa juzgada es una institución que surge de la necesidad de brindar certeza y seguridad jurídica⁴⁴ a las personas, quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en búsqueda de la tutela de sus derechos por medio de un pronunciamiento definitivo y potencialmente ejecutable por la fuerza. Esta institución concreta procesalmente el *non bis in idem*, que incluso en nuestro país ha sido reconocido como garantía del debido proceso y sintetizado en la conocida fórmula: «Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia».⁴⁵ Esta garantía constitucional impide que cualquier órgano administrativo o jurisdiccional pretenda conocer nuevamente un caso que

42. Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. B de F, 2004, p. 335 y 336.

43. Tanto Couture (E. Couture, *op. cit.*, p. 335 y 336) como Quintero y Prieto (B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 497) se refieren esta idea.

44. Existe una discusión en cuanto a si la seguridad jurídica es un derecho o un principio. La CRE la define como un derecho en el art. 82 y determina que su contenido esencial comprende la aplicación efectiva de normas previas, claras y públicas (poder prever las consecuencias jurídicas de los actos). Por el contrario, el Código Orgánico de la Función Judicial, art 25, ROS, No. 544, 9 de marzo de 2009, la define como un principio en virtud del cual los jueces tienen la obligación de velar por la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes y demás normas jurídicas. Al respecto, considero que el reconocimiento que realiza la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (en adelante, LOGJCC), ROS, No. 52, 22 de octubre de 2009, en el sentido de que existen dos tipos de normas, las reglas y los principios, permiten solucionar esta discusión. En efecto, los principios son considerados un tipo de normas que no tienen la estructura tradicional kelseniana (hipótesis normativa y consecuencia jurídica), y que constituyen parámetros de optimización que inspiran todo el ordenamiento jurídico y condicionan la actuación de las autoridades. Los principios pueden contener derechos y en ese sentido, la seguridad jurídica, tal como ocurre con la igualdad, es un derecho fundamental de las personas contenido en un principio que inspira el ordenamiento jurídico y la actuación de todas las autoridades. Es con este enfoque que me referiré a la seguridad jurídica a lo largo del presente trabajo.

45. Cfr. CRE, art. 76, num. 7, lit. i).

ha sido resuelto por medio de una decisión que adquiere la calidad de *cosa juzgada*.

En Ecuador se dice que el art. 297 del CPC contiene una definición de cosa juzgada al señalar que:

Art. 297.- La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.⁴⁶

Sin embargo, como lo evidenciaremos al momento de estudiar los efectos de la cosa juzgada, el art. 297 del CPC contiene una serie de imprecisiones y confunde conceptos, lo cual ha ocasionado, por ejemplo, que en nuestro país se piense que la *firmeza* y *ejecutoriedad* de una providencia son sinónimos o, que al menos, son características que ineludiblemente van de la mano. Sin embargo, como se demostrará más adelante, aquella apreciación es equivocada.

Con estos breves antecedentes –que evidencian lo interesante que resulta profundizar en el estudio de la cosa juzgada–, conviene analizar algunas definiciones de este término que se han ensayado por parte de la doctrina especializada.

Eduardo Couture define a la cosa juzgada como «la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla».⁴⁷

Por su parte, Quintero y Prieto afirman que existe cosa juzgada: «por cuanto hay un caso que ya ha sido juzgado, un conflicto que ya ha sido decidido y decidido así, la sentencia ya no es impugnable, ni es posible someter de nuevo a otro proceso ese caso ya decidido, ese conflicto ya decidido y que por lo mismo es derecho, es regla concreta de derecho sustancial».⁴⁸

Finalmente, Devis Echandía define a «la cosa juzgada como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquélla [sic], en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto».⁴⁹

Como puede apreciarse, la diferencia en las definiciones radica en los efectos que produce la cosa juzgada, sobre la cual existe un profundo debate

46. Una disposición prácticamente idéntica la encontramos en el art. 101 del COGEP.

47. E. Couture, *op. cit.*, p. 326.

48. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 505.

49. Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 2004, p. 454.

que lo abordaremos a continuación y que tiene mucha trascendencia en el tema central que nos ocupa. Sin embargo, todas las definiciones anotadas comparten un elemento: la cosa juzgada implica que no se puede promover un nuevo proceso para modificar la decisión que tiene la calidad de juzgada.

A partir de lo anotado, podemos ensayar una definición propia de cosa juzgada: se trata de una institución de derecho público fundamentada en la garantía constitucional de que «nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa», que hace que una decisión jurisdiccional no pueda ser revisada, ni en el proceso en el cual se la adoptó, ni en un proceso distinto.

Efectos de la cosa juzgada

Si bien la cosa juzgada es una institución necesaria para brindar certidumbre y seguridad jurídica en una sociedad, no es ni puede ser absoluta, ya que existen casos en los cuales el propio ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que una decisión sea revisada, puesto que «la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad».⁵⁰ Es en este contexto que surge la cuestión de los límites de la cosa juzgada, en la cual uno de los grandes debates existentes radica en los efectos que esta produce.

Couture afirma que, cuando una decisión tiene la calidad de cosa juzgada, implica que tiene tres características: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad.⁵¹ La primera de ellas consiste en que la decisión ya no es objeto de recurso alguno, es decir, ya no puede ser revisada ni modificada en el proceso en el cual se la dictó. La inmutabilidad o inmodificabilidad implica que «en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada».⁵² Finalmente, la coercibilidad consiste en que la decisión puede eventualmente ser ejecutada por la fuerza.

Consideramos que este último elemento, más que un efecto de la cosa juzgada, es un efecto de la inimpugnabilidad y ejecutoriedad de la providencia. Mientras una decisión jurisdiccional no esté ejecutoriada no surte efectos, salvo casos especiales y por la urgencia que revisten tales casos. Pueden ser los relacionados con menores de edad (interés superior del niño), providencias preventivas o aquellos en que se concede la apelación solamente con efecto devolutivo.

50. E. Couture, *op. cit.*, p. 330.

51. Cfr. *Ibid.*, p. 327.

52. *Ibid.*

Sin embargo, como anunciamos, los efectos que Couture menciona han sido severamente cuestionados por cierto sector de la doctrina que sostiene que la inimpugnabilidad que se produce con la ejecutoria de la providencia no es una consecuencia de la cosa juzgada, sino un efecto atribuido por la Ley a las providencias que se ejecutorían.⁵³

En efecto, quienes han sostenido esta tesis han señalado que:

Debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Ésta [sic] se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos, cualquiera que sea la sentencia; aquélla [sic] es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí esta sin aquélla [sic].⁵⁴

En función de lo anotado, quienes sostienen que la inimpugnabilidad no es una consecuencia de la cosa juzgada —como, por ejemplo, Devis Echandía—, sino de la ejecutoriedad de la providencia otorgada por la Ley, dividen a la inmutabilidad en dos y señalan que la cosa juzgada tiene un doble efecto: procesal y sustancial. Al efecto procesal lo denominan *inmutabilidad* y señalan que impone:

a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva o la providencia con similar efecto, como a los demás, la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga la facultad de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ello, si se les alega como excepción previa o de inhibirse a resolver sobre el fondo, si deben hacerlo en la sentencia.⁵⁵

Por su parte, al efecto sustancial lo definen como *definitividad*, el cual implica que la decisión sea «indiscutible en nuevos procesos, y por eso les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación que el efecto procesal».⁵⁶

53. En Ecuador, por ejemplo, una sentencia se ejecutoría en los siguientes casos: «1. Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal; 2. Por haberse desistido del recurso interpuesto; 3. Por haberse declarado desierto el recurso; 4. Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso, y 5. Por haberse decidido la causa en última instancia». (Cfr. CPC, art. 296). El art. 99 del COGEP contempla esencialmente los mismos casos, pero en lugar de referirse a que en dichos supuestos las sentencias y autos interlocutorios se ejecutorían, señala que adquirirán la calidad de cosa juzgada.

54. H. Devis Echandía, *op. cit.*, p. 426.

55. *Ibid.*, p. 454.

56. *Ibid.*, p. 455.

Consideramos que la distinción es demasiado sutil y radica solamente en el sujeto procesal desde el cual se analiza la inmutabilidad: el juez o las partes; esto significa que son las dos caras de la misma moneda. De todas formas, el desconocer a la inimpugnabilidad como un efecto de la cosa juzgada genera el razonamiento obvio y lógico que la ejecutoria no es un efecto de la cosa juzgada.⁵⁷

Cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial

Precisamente a partir de sus efectos, quienes sostienen que la cosa juzgada genera las características de inimpugnabilidad e inmutabilidad diferencian entre *cosa juzgada formal* y *cosa juzgada sustancial* o material.

Hoy puede determinarse con relativa precisión que, cuando una sentencia no puede ser ya objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior, se está en presencia de una situación de cosa juzgada formal.

Y cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe cosa juzgada sustancial, ya que entonces ninguna autoridad podrá modificar, definitivamente, lo resuelto.⁵⁸

La cosa juzgada formal implica que:

determinadas decisiones judiciales tienen, aun agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan solo [sic] con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir, pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse.⁵⁹

Por lo tanto, en la cosa juzgada formal las decisiones solamente tienen la característica de inimpugnabilidad; es decir, ya no son susceptibles de recurso alguno en el procedimiento en el cual se han dictado, pero eventualmente su contenido puede ser revocado o modificado en otro proceso. En estos casos, las decisiones estarán ejecutoriadas pero no serán firmes o definitivas.

57. Cfr. *Ibid.*, p. 456.

58. E. Couture, *op. cit.*, p. 343.

59. *Ibid.*, p. 339.

La cosa juzgada sustancial, por su parte, existe cuando la decisión reúne tanto la característica de inimpugnabilidad como la de inmutabilidad. Es decir, cuando la decisión ya no es susceptible de recurso alguno en el procedimiento en el cual se ha dictado, pero tampoco puede ser modificada ni revocada en un nuevo proceso. «La plena eficacia de la cosa juzgada solo [sic] se obtiene cuando se ha operado la extinción de todas las posibilidades procesales de revisión de la sentencia; tanto en el juicio en que fue dictada como en cualquier otro juicio posterior».⁶⁰

Como consecuencia lógica de las discrepancias que existen en torno a los efectos de la cosa juzgada, la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial tampoco es pacífica. Existen muchos autores que ni siquiera reconocen a la denominada *cosa juzgada formal* la calidad de cosa juzgada y manifiestan que es un contrasentido utilizar el término cosa juzgada cuando por definición ese tipo de decisiones pueden ser modificadas en un nuevo proceso.

En este sentido, los autores que mantienen esta posición, han dicho:

suele hablarse de cosa juzgada formal para indicar que la sentencia está en firme, aunque sea inhibitoria o revisable en proceso posterior; sin embargo, en este caso no existe en realidad cosa juzgada y se trata de la simple ejecutoria [...]. Esto es, cuando se habla de simple cosa juzgada formal, se quiere decir que no existe cosa juzgada, lo que encierra una contradicción.⁶¹

De todas maneras, más allá del término utilizado,⁶² es indudable que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen muchos tipos de decisiones que, aun cuando no pueden ya ser objeto de recurso alguno dentro del proceso en el cual se adoptaron, sí pueden ser modificadas con nuevos procesos, es decir, no adquieren la característica de inmutabilidad. Los ejemplos de este tipo de decisiones son varios, entre los cuales se encuentran: las que se adoptan en materia de fijación de alimentos para menores de edad; los juicios ejecutivos; los juicios en los cuales no se ha conformado la litis consorcio pasiva o activa necesaria; todos los juicios en los que se ha rechazado la demanda por haberse aceptado una excepción dilatoria; los juicios penales en los que se ha dictado una sentencia condenatoria, etcétera.

60. *Ibid.*, p. 341.

61. H. Devis Echandía, *op. cit.*, p. 456.

62. Por ejemplo, B. Quintero y E. Prieto adoptan la denominación de cosa juzgada formal, pero se refieren a ella como la «mera inimpugnabilidad», que, sin su otra faceta –la «del caso juzgado como contenido inmutable»–, no alcanza por sí sola «la trascendencia necesaria como esencia del instituto» (Cfr. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 504).

Por lo tanto, es posible que una sentencia esté ejecutoriada pero no sea firme, no obstante, necesariamente toda sentencia firme estará ejecutoriada. La ejecutoriedad de una decisión es una condición que se requiere para que pueda tener la calidad de firme o definitiva.

En razón de lo indicado, el CPC, en su art. 297, no es preciso cuando vincula la ejecutoriedad con la irrevocabilidad, ya que, como ha quedado demostrado, no toda decisión jurisdiccional ejecutoriada es una decisión irrevocable.

Providencias que pueden tener la calidad de cosa juzgada

Si no se acepta la diferenciación entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, y nos inclinamos por la posición de que la única verdadera cosa juzgada es la cosa juzgada material o sustancial, es evidente que en principio las únicas providencias que tienen la aptitud para tener la calidad de cosa juzgada son las sentencias: aquellas providencias por medio de las cuales el juez resuelve el asunto principal del juicio.⁶³

Los autos, que son las providencias por medio de las cuales se resuelven los incidentes que se presentan dentro del proceso, si bien pueden ejecutoriarse, «no atan al juez cuando decide en la sentencia»,⁶⁴ ya que al momento de dictarla este puede apartarse de las conclusiones contenidas en sus autos.

Sería absurdo que el juez esté condicionado a dictar sentencia en función de providencias en las que no debe ni debió pronunciarse sobre el asunto principal de la controversia. Incluso, en Ecuador, el art. 298 del CPC,⁶⁵ establece que los autos solamente se ejecutarían cuando el gravamen que ocasionan no pueda ser reparado en sentencia. Es decir, cuando se trate de una cuestión respecto de la cual el juez ya no pueda pronunciarse al momento de resolver el punto principal de la controversia.

Sin embargo de lo anotado, es necesario señalar que existe cierto tipo de autos definitivos que también pueden adquirir la calidad de «cosa juzgada». Al respecto se ha señalado que:

Los únicos autos que tienen valor de sentencia son los que ponen término al proceso, por lo cual éste [sic] no puede continuar, ni se puede revivir, tal como ocurre con la sentencia ejecutoriada [...]. En principio, la cosa juzgada se produce respecto de sentencias dictadas en procesos contenciosos; pero los autos que

63. Cfr. CPC, art. 269 y COGEP, art. 88.

64. H. Devis Echandía, *op. cit.*, p. 424.

65. El inciso final del art. 99 del COGEP, respecto a este tema señala que: «Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso».

aceptan transacciones totales y desistimientos completos de la demanda, tienen el mismo efecto si se trata de procesos contenciosos.

En materia penal, tienen valor de cosa juzgada también los autos o providencias de sobreseimiento definitivo y de cesación del procedimiento.⁶⁶

Por lo tanto, si bien la regla general es que solamente las sentencias pueden tener la calidad de cosa juzgada, existen también algunos autos que, por ser definitivos, pueden tener esa misma calidad. Es importante, en lo que resta de esta investigación, que se tenga presente el hecho señalado, por cuanto el inciso primero del art. 94 de la CRE se refiere precisamente a los «autos definitivos», es decir, a aquellos que, por resolver el asunto principal de la controversia, tienen la aptitud para tener la calidad de cosa juzgada material o sustancial.

66. *Ibid.*, p. 480.

CAPÍTULO II

¿Es la acción extraordinaria de protección residual?

Con el capítulo anterior, quedó claro que los medios de impugnación no se agotan con los recursos ordinarios y extraordinarios, y que una decisión jurisdiccional definitiva no es lo mismo que una decisión jurisdiccional ejecutoriada. En el presente capítulo analizaremos, a partir de lo que establecen los art. 94 y 437 de la CRE, si la acción extraordinaria de protección es o no residual y qué implicaciones teóricas y prácticas tiene aquella calificación.

Es importante considerar en cualquier análisis respecto al tema que la acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional constitucional.⁶⁷ Por lo tanto, tiene por finalidad última la reparación integral de la violación de derechos constitucionales.⁶⁸ De forma expresa la CRE, en el art. 86, num. 3, que contiene las reglas generales aplicables a todas las garantías jurisdiccionales constitucionales, establece que la obligación de los órganos que conocen estas garantías, es declarar la violación de derechos y «ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas o negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse».

67. La acción extraordinaria de protección se encuentra en la Sección Séptima, del Capítulo Tercero «Garantías jurisdiccionales» del Título III «GARANTÍAS CONSTITUCIONALES» de la CRE (Las mayúsculas constan en el original).

68. «Sin embargo, no cabe debate en cuanto a que el fundamento de la incorporación de esta acción al ordenamiento jurídico del país, con la que se supera a muchas Constituciones de América, viene dado por lo dispuesto en el art. 424 de la Constitución, esto es, el principio de la supremacía de la norma constitucional, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluidas las sentencias. Es en razón de este imperio que el legislador impuso que todo acto de autoridad pública, incluidos los que ejercen jurisdicción en la Función Judicial, estén bajo control de un órgano supremo en materia constitucional, para que sea este el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales; 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». Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 061-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0544-10-EP; sentencia No. 055-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0406-10-EP; sentencia No. 026-11-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1341-10-EP.

Con el propósito de introducirnos en la materia, consideramos necesario citar lo que en la sesión 72 de la mesa 3 de la Asamblea Constituyente se dijo sobre esta acción:

El alcance de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, de ninguna manera vulnera las competencias que le son propias a las funciones del Estado. En el caso específico de los temores de la Función Judicial, han sido evidentes en los medios de comunicación, exclusivamente a petición de parte –dice– una vez cumplidos los requisitos que consten en la respectiva Ley Orgánica, se podrá pedir la revisión de sentencias cuando estas resoluciones violen el debido proceso u otros derechos fundamentales. Esta revisión no significa intromisión, pues la Corte Constitucional está por fuera de las Funciones del Estado, y no significa una jerarquía superior a la autoridad máxima de la Función Judicial. No es la creación de una nueva instancia procesal, pues el control de la constitucionalidad de las sentencias, se dará por excepción, toda vez que siempre los jueces deben ajustar sus dictámenes y sentencias a la Constitución, conforme ha sido práctica de larga data, lo que está recogido en la Ley Orgánica de la Función Judicial.⁶⁹

Como se aprecia a partir de esta cita, la intención del constituyente fue que la acción extraordinaria de protección sea una garantía jurisdiccional que se la utilice de forma excepcional.⁷⁰ Ello, sin lugar a dudas justifica su calidad de *extraordinaria*. Este hecho direccionará nuestro análisis sobre la temática planteada.

RESIDUALIDAD VS. SUBSIDIARIEDAD

A partir de lo que establece el segundo inciso del art. 94 de la CRE, se ha dicho que la acción extraordinaria de protección es *residual* o *subsidiaria*, como si estos dos términos fuesen sinónimos.⁷¹ Sin embargo, conforme se ex-

69. Debate realizado en la sesión 72, de la mesa 3, de la Asamblea Constituyente, citado por Patricio Pazmiño Freire, «La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista», en *Umbral: Revista de derecho constitucional*, No. 3, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013, p. 28.

70. El carácter *excepcional* de la acción extraordinaria de protección ha sido ratificado por la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia No. 012-09-EP-CC dictada dentro del caso No. 0048-08-EP el 14 de julio de 2009 y en la sentencia No. 019-09-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0014-09-EP el 6 de agosto de 2009.

71. Cfr. Pablo Alarcón Peña, «Residualidad: Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección», en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 559-605. A lo largo de este artículo el autor habla de residualidad y subsidiariedad de forma indistinta.

plicará a continuación, no implica lo mismo sostener que la acción extraordinaria de protección es *residual* que afirmar que es *subsidiaria*,⁷² aunque ambas palabras estén relacionadas.

Por un lado, quien se siente afectado por una determinada actuación u omisión no puede activar una acción residual mientras no haya agotado todos los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico.⁷³ Es decir, solo puede activarla cuando no quede ninguna otra vía por intentar que le permita cuestionar el acto que considera gravoso. Por tanto, el que una acción sea residual no implica que sea incompatible o excluyente respecto de los otros medios de impugnación.

En definitiva, cuando una acción es residual nos enfrentamos a una escalera, en la cual el último escalón es la acción residual y no es posible acceder a él hasta que no se haya atravesado el resto de peldaños.

En cambio, el que una acción sea considerada *subsidiaria* implica que solamente se podrá acudir a ella cuando no exista otro mecanismo en el ordenamiento jurídico que permita, a quien se considera ofendido por un determinado acto u omisión, solventar el vicio que contiene dicho acto.

En Ecuador la única referencia a una definición normativa del principio de no subsidiariedad la teníamos en las «Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición».⁷⁴ En su art. 43, num. 3, se define a este principio así: «No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las ac-

72. Diferenciar los términos resulta especialmente necesario en Ecuador, en virtud de que se ha sostenido que la acción de protección es *subsidiaria* en razón de lo que establecen el art. 40, num. 3 y el art. 42, num. 4 de la LOGJCC. Esta noción es incompatible con la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios, establecida en el art. 94 de la CRE como un requisito de procedencia de la acción extraordinaria de protección, y que nosotros denominados *residualidad*. En este sentido, comparto el criterio en torno a la diferencia que existe entre *residualidad* y *subsidiariedad* expuesto por el profesor Salim Zaidán (Cfr. Salim Zaidán, «Regulación de la acción de protección: ¿El requisito legal de subsidiariedad viola el principio constitucional de prohibición de restricción normativa?», en Hernán Salgado *et ál.*, *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: Democracia, garantías y derechos*, Quito, Asociación Escuela de Derecho-Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2011, p. 51-78).

73. Jorge Ibáñez sostiene que en Colombia «la acción de tutela es un instrumento jurídico de naturaleza residual, que si bien le brinda a las personas la posibilidad de acudir a la justicia de manera informal para promover la protección directa de sus derechos constitucionales fundamentales, exige, como requisito de procedibilidad, que el afectado no disponga de otros medios judiciales de defensa o que el daño alegado en esta sede revista la característica de irremediable» (Jorge Enrique Ibáñez Najer, *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Bogotá, Depalma, 2009, p. 84-85).

74. Ecuador, Corte Constitucional, «Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición», ROS, No. 466, 13 de noviembre de 2008.

ciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido consistentemente que la acción de tutela⁷⁵ que existe en dicho país tiene el carácter de subsidiaria en razón de que «es improcedente cuando, con ella, se pretenda sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido, o incuria de quien solicite el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo».⁷⁶

Es, entonces, en el contexto de la subsidiariedad que resulta pertinente analizar la idoneidad y eficacia de los otros mecanismos de impugnación para determinar la procedencia o no de la acción subsidiaria.

Así, cuando una acción es subsidiaria, es excluyente respecto de los otros medios de impugnación en cuanto al vicio que se alega que contiene el acto respecto del cual se requiere un pronunciamiento. Es decir, frente a un determinado vicio del acto cuestionado, solamente va a ser procedente la acción subsidiaria o la acción ordinaria; no se podrán presentar ambas consecutivamente, como ocurre cuando la acción es residual.

Es necesario advertir que la distinción en los términos que ha quedado expuesta no es unánime en la doctrina. Por ejemplo, Agustín Grijalva define al principio de subsidiariedad como aquel:

mediante el cual la Corte Constitucional se abstiene de conocer mediante acción extraordinaria de protección la violación de derechos constitucionales en cualquier proceso judicial que se halle aún en curso, es decir respecto del cual existen pendientes recursos u acciones procesales propias de la justicia ordinaria. A este principio subyace la concepción de que los jueces ordinarios son los garantes primarios de la Constitución, mientras que la Corte Constitucional constituye un garante extraordinario o secundario. Es necesario entonces para accionar ante la Corte Constitucional que primero se agoten todas las posibilidades procesales que provee la propia justicia ordinaria para proteger los derechos constitucionales.⁷⁷

75. En Colombia, el art. 6 del Decreto No. 2951 de 1991, al establecer las causales de improcedencia de la acción de tutela, señala: «1. Subsidiariedad- existencia de otros mecanismos de defensa judicial». Esta disposición es prácticamente idéntica en su contenido al num. 3 del art. 42 de la LOGJCC, que establece como requisitos de procedencia de la acción de protección la «3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado».

76. Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-567 de 1998, consideración jurídica número 6, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

77. Agustín Grijalva, «Acción extraordinaria de protección», en Antonio José Pérez, coord., *Viabilidad de las garantías jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, p. 276.

La profesora Claudia Storini señala que «la subsidiariedad entraña la necesidad de agotamiento de todos los recursos disponibles por parte del ordenamiento jurídico, a fin de dar la posibilidad a la jurisdicción ordinaria de efectuar esa reparación».⁷⁸

Conforme ha quedado explicado, consideramos que las definiciones propuesta por los profesores Grijalva y Storini, al menos en Ecuador, se adaptan mejor a la residualidad y no a la subsidiariedad.

Una vez que ha quedado determinada la diferencia entre *residualidad* y *subsidiariedad*, es importante advertir que la primera puede presentar dos variantes en torno a su alcance. Esta distinción que vamos a realizar tiene su sustento en la palabra *recursos*, utilizada en el art. 94 de la CRE, la cual, como hemos visto en el capítulo I de esta investigación, no abarca a todos los medios de impugnación. Por ello, hemos decidido utilizar las palabras *absoluta* y *relativa* para describir las «modalidades» de residualidad que consideramos pueden presentarse.

Estaremos frente a un caso de *residualidad absoluta* cuando, para poder activar una acción, se requiere que se agoten todos los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico; por otro lado, la *relativa* se presenta cuando únicamente es necesario el agotamiento previo de los recursos.

La necesidad de la distinción como elemento diferenciador entre la acción de protección y la acción extraordinaria de protección

La diferencia planteada, aunque a primera vista parece sutil, tiene importantes repercusiones e incluso en Ecuador es fundamental para distinguir entre la acción de protección y la acción extraordinaria de protección. Como lo analizaremos más adelante en este capítulo, mientras que la residualidad puede ser aceptable cuando se trata de una acción extraordinaria de protección, resulta totalmente incompatible con la acción de protección.

Tanto la acción de protección como la acción extraordinaria de protección son garantías jurisdiccionales constitucionales, es decir, mecanismos previstos por el constituyente para que las personas puedan hacer efectivos o reivindicar sus derechos por medio de órganos jurisdiccionales.

Se puede proponer la acción de protección cuando existe violación de derechos provocada por actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, po-

78. Claudia Storini, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, p. 309.

líticas públicas o actos de personas particulares.⁷⁹ Si bien, la CRE no contempla ninguna noción de subsidiariedad o residualidad a propósito de la acción de protección, el legislador ordinario incluyó dos disposiciones en la LOGJCC que han generado un debate en torno a la naturaleza, residual o subsidiaria, de dicha acción:

Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

[...]

Art. 42.- Imprudencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Las dos disposiciones señaladas establecen que la acción de protección no procederá cuando existan mecanismos idóneos y eficaces para proteger el derecho violado. Es decir, que no impone a la persona la obligación de agotar previamente todos los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para cuestionar el acto violatorio de derechos como requisito previo para interponer una acción de protección, sino que esta garantía será procedente solamente cuando sea el único mecanismo adecuado y eficaz para obtener la reparación de las violaciones de derechos alegadas.

En caso de que exista otro mecanismo idóneo y eficaz, no será necesario previamente agotarlo para iniciar la acción de protección, sino que esta será siempre improcedente, ya que no es posible que sustituya o reemplace al mecanismo ya previsto en el ordenamiento jurídico.

La necesidad de que se descarte cualquier tipo de noción de residualidad en torno a la acción de protección queda en evidencia con el siguiente ejemplo hipotético:

- Supongamos que una autoridad pública destituye a un empleado de una institución del Estado por su orientación sexual.
- El ordenamiento jurídico contempla una garantía constitucional que permite reparar la violación de los derechos fundamentales de las personas (acción de protección).
- El ordenamiento jurídico consagra el derecho a la igualdad y proscribe todo tipo de discriminación.

Si la acción de protección es considerada residual, el funcionario solamente podrá activarla una vez que haya agotado todos los medios de im-

79. Cfr. CRE, art. 88.

pugnación que se encuentran a su alcance para cuestionar el acto discriminatorio. En el caso ecuatoriano, aquello implicaría que el ex-servidor público, antes de acceder a dicha garantía, debería impugnar el acto por medio del cual se lo destituyó, tanto en la vía administrativa como contencioso administrativa.⁸⁰

De aceptar que la acción de protección en el Ecuador es residual, aquello implicaría una derogación tácita de dicha garantía, pues como ha quedado dicho todos los actos administrativos son impugnables en sede contencioso administrativa y, por lo tanto, de ser la acción de protección residual, antes de intentar aplicarla, se debería haber agotado la acción jurisdiccional correspondiente. No obstante, el propio art. 88 de la Constitución señala que solamente se podrá proponer acción de protección en contra de los actos u omisiones de las autoridades públicas *no judiciales*, por lo que el hecho de que quien se sienta afectado por un acto de la administración pública deba previamente agotar la vía jurisdiccional, haría que nunca sea procedente la acción de protección, ya que siempre la necesidad de agotar los mecanismos de impugnación le llevarían a obtener un pronunciamiento jurisdiccional ordinario en contra del cual no cabe acción de protección por disposición constitucional expresa.

Por otro lado, si la acción de protección es considerada subsidiaria, se deberá realizar un examen que va más allá de la verificación de si existen o no medios de impugnación del acto en el ordenamiento jurídico. Así, se deberá analizar el vicio que se alega con el fin de constatar si alguno de esos medios de impugnación es adecuado y eficaz para enmendarlo.

En caso de que se determine que existe un mecanismo en el ordenamiento jurídico por medio del cual se puede alegar y conocer el vicio que el afectado considera que tiene el acto, no se podrá acceder a la acción de protección y este tendría que acudir al mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico para reparar ese vicio. Por el contrario, si se encuentra que no existe otro mecanismo a través del cual se pueda alegar y conocer el vicio que el afectado considera que tiene el acto, se podría acceder a la acción subsidiaria aun cuando existieran otros medios de impugnación respecto del acto.

En Ecuador, por ejemplo, la discriminación implica la violación de un derecho constitucional⁸¹ y, conforme ha señalado la Corte Constitucional,⁸² las vías a las que hace referencia el art. 31 del *Código Orgánico de la*

80. CRE, art. 173, establece que: «los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función judicial».

81. Cfr. CRE, art. 11, num. 2 y art. 66, num. 4.

82. Cfr. Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 028-10-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0173-10-EP.

*Función Judicial*⁸³ proceden cuando se trata de asuntos de mera legalidad. Así, al no existir otra vía que permita dilucidar si efectivamente el acto cuestionado vulneró o no un derecho constitucional del funcionario destituido, procedería la activación de la acción calificada como subsidiaria, sin que exista la necesidad de agotar previamente una acción contencioso administrativa en contra de dicho acto. Es decir, sin necesidad de agotar todos los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico respecto del acto cuestionado.⁸⁴

Por lo dicho, en Ecuador es indispensable que distingamos entre residualidad y subsidiariedad, ya que no es posible sostener que la acción de protección es residual, pues de hacerlo, implicaría la derogatoria tácita de dicha garantía. Mientras que sostener que se trata de una acción subsidiaria resulta algo compatible con el texto de la LOGJCC, aunque cuestionable desde el punto de vista constitucional.⁸⁵

NATURALEZA DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN ECUATORIANA

Determinar si la acción extraordinaria de protección en Ecuador es residual o subsidiaria constituye una tarea compleja, tanto por la imprecisión nor-

83. Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 31, señala: «Art. 31.- PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional» (Negritas y mayúsculas en el original).
84. El ejemplo enunciado calza perfectamente en la acción de protección ecuatoriana, la cual es subsidiaria pero no residual. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que «el carácter subsidiario de la acción de protección ecuatoriana determina que esta procede exclusivamente cuando de un profundo estudio de razonabilidad del caso concreto realizado por la jueza o juez, se desprende la existencia de vulneración a derechos constitucionales. Por el contrario, si en dicho análisis judicial no se determina la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales, sino conflictos de índole infraconstitucional, a la juez o juez le corresponde determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias [sic] las adecuadas para la solución del conflicto». Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 098-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1850-11-EP, citada en la sentencia No. 101.14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1403-12-EP.
85. Como quedó señalado, nuestra CRE no contempla ninguna noción de residualidad o subsidiariedad a propósito de la acción de protección, por lo que las disposiciones constantes en el art. 40, num. 3 y 42, num. 4 de la LOGJCC serían contrarias a lo que establece el art. 11, num. 4 de la CRE, en el sentido de que «Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales».

mativa que existe, como por la falta de definición en el ámbito jurisprudencial, en el cual inclusive encontramos posiciones contradictorias.

Hipótesis en torno a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección

De lo analizado al inicio del presente capítulo, existen al menos cuatro posibilidades que podrían funcionar como hipótesis, respecto a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección:

1. La acción extraordinaria de protección es subsidiaria, por tanto, no puede ser utilizada para sustituir mecanismos de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico. Si se contempla en el ordenamiento jurídico cualquier otro tipo de acción para reparar el vicio que se alega que contiene la decisión cuestionada, la acción extraordinaria de protección debe ser descartada definitivamente.
2. La acción extraordinaria de protección es residual, pero para el análisis de residualidad solamente se consideran los recursos. En este caso, se podrá interponer una acción extraordinaria de protección una vez que se hayan agotados los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación, aun cuando subsista la posibilidad de revisar la decisión a través de una acción autónoma de impugnación o de la promoción de un nuevo proceso.
3. La acción extraordinaria de protección es residual, pero para el análisis de residualidad se considerarán todos los medios de impugnación o mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico que permitan modificar la decisión, sin importar si son o no adecuados para reparar el vicio que se alega que contiene la decisión cuestionada. En esta hipótesis, por su naturaleza, no cabe acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones que generan efecto de cosa juzgada formal, y
4. La acción extraordinaria de protección es residual; para el análisis de residualidad se considerarán todos los recursos –ordinarios y extraordinarios– y, respecto de las acciones autónomas de impugnación y demás mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, solamente aquellos que sean idóneos para reparar el vicio alegado.

Estas cuatro hipótesis serán analizadas indistintamente y sin un orden particular en lo que resta del presente capítulo, a fin de descartarlas o eventualmente optar por alguna de ellas.

Incompatibilidad de la subsidiariedad con la acción extraordinaria de protección

El segundo inciso del art. 94 de la CRE señala: «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».

A partir de la disposición constitucional citada, podemos realizar una primera afirmación: para que sea procedente una acción extraordinaria de protección se requiere que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios.⁸⁶ Existen solo dos excepciones: a) la primera, de carácter constitucional, que se presenta cuando el no agotamiento no sea imputable a la negligencia de quien ha sufrido la vulneración de sus derechos, y b) la segunda, de origen jurisprudencial, que surge cuando no se han agotado los recursos horizontales de ampliación y aclaración,⁸⁷ ya que la Corte Constitucional ha considerado:

que los pedidos de aclaración y ampliación de la última providencia que se impugna no cumplen con el requisito de ser adecuados para ser considerados como necesarios para agotar con anterioridad a la presentación de una acción extraordinaria de protección [...]. No están encaminados, por tanto, a lograr un cambio en la decisión puntual del asunto resuelto por medio del auto o sentencia. Es así que la no presentación de los mismos no puede ser considerada como falta de cumplimiento del requisito contenido en el art. 61, num. 3 de la Ley.⁸⁸

Por lo dicho, una interpretación literal del art. 94 de la CRE nos situaría en el ámbito de la residualidad –al menos en la residualidad relativa– y descartaría cualquier noción de subsidiariedad, es decir, descartaría nuestra primera hipótesis.

86. A pesar de la claridad de la norma, la Corte Constitucional ecuatoriana –en la sentencia No. 093-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1752-11-EP–, aceptó una acción extraordinaria de protección en contra de una sentencia de segunda instancia respecto de la cual no se había interpuesto recurso de casación, con el argumento de que dicha verificación le correspondía realizar a la Sala de Admisión y no al Pleno de la Corte. En todo caso, esta sentencia, que contradice otras de la propia Corte Constitucional (Cfr. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 036-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0286-09-EP), será objeto de un detenido análisis en el capítulo III de la presente obra, cuando se determine el tipo de presupuesto procesal o material que en la acción extraordinaria de protección constituye la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios.
87. Lo anotado guarda coherencia con lo señalado en el capítulo I del presente estudio, en cuanto a que dichos recursos horizontales en realidad son incidentes de formación de las providencias y no medios de impugnación en sentido estricto, ya que no pueden cambiar el sentido de la decisión.
88. Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 117-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0619-12-EP.

Sin embargo, la afirmación realizada resulta contradictoria con lo que establece la LOGGJCC, art. 61, num. 3, cuando establece como uno de los requisitos de la demanda de acción extraordinaria de protección el siguiente: «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».⁸⁹

La adición que contiene la norma legal implica que existiría un tercer escenario en el cual no es necesario el agotamiento de los recursos: que estos no sean eficaces o adecuados. Este análisis, conforme lo explicamos en líneas anteriores, se realiza generalmente en el contexto de una acción *subsidiaria* y resulta incompatible con una acción *residual*.

La posibilidad de calificar un recurso como ineficaz o inadecuado y, en virtud de ello, exonerar al afectado de la obligación constitucional de agotarlo, eliminaría toda noción de residualidad. Especialmente en el caso de los recursos extraordinarios, al existir causales específicas y taxativas en las cuales se los puede proponer;⁹⁰ bastaría con argumentar que el vicio alegado no se enmarca en ninguna de dichas causales para considerarlo como inadecuado y proponer de forma directa la acción extraordinaria de protección.

En todo caso, como quedó señalado, si una acción es subsidiaria, esta no puede sustituir a los mecanismos ordinarios que existen para conocer y resolver sobre el tipo de vicio alegado –y, por ende, la acción ordinaria excluye definitivamente a la acción subsidiaria–. Dicha calidad resulta incompatible con el texto constitucional del art. 94, que requiere el agotamiento previo de recursos y que, por tanto, hace que la acción extraordinaria de protección no quede excluida sino suspendida hasta que estos se hayan agotado.

89. Las cursivas nos pertenecen.

90. En Ecuador, en el ámbito jurisdiccional, existen dos recursos respecto de los cuales hay una relativa unanimidad en cuanto a su naturaleza extraordinaria: la casación y la revisión. Ambos se caracterizan por proponerse en contra de sentencias ejecutoriadas, y por solamente proceder en los casos específicamente determinados en la ley. Ninguno de los dos recursos puede ser confundido con una nueva instancia y su conocimiento es de competencia de la Corte Nacional de Justicia. En el caso del recurso de revisión, este procede solamente en materia penal y en los casos establecidos en el art. 658 del *Código Integral Penal* (CIP). En cambio, el recurso de casación procede, en materia penal, en los casos previstos en el art. 656 y, en las demás materias, en los casos determinados por el art. 3 de la *Ley de Casación*.

La necesidad de agotar las acciones autónomas de impugnación para intentar una acción extraordinaria de protección y su relación con la cosa juzgada

De la CRE, art. 94, inc. 2, podemos extraer dos interrogantes que se encuentran estrechamente relacionadas entre sí: 1. Al requerirse el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, ¿no es necesario agotar los recursos que la doctrina denomina indistintamente como recursos *excepcionales* o acciones autónomas de impugnación?, y 2. El agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, como hemos visto, no implica que necesariamente la decisión cuestionada tenga la calidad de cosa juzgada material; por tanto, ¿se puede interponer una acción extraordinaria de protección también en los casos en que la decisión solamente tenga la calidad de cosa juzgada formal?

Para solventar estos interrogantes, es preciso empezar por señalar que, como quedó anotado en el capítulo I, no tenemos en nuestra legislación una definición clara de cuáles son los recursos ordinarios y de cuáles, los extraordinarios; ni siquiera existe unanimidad en cuanto al criterio clasificador para realizar tal distinción.

La confusión que hay en torno a la materia llega al extremo de que los recursos que el legislador ecuatoriano ha calificado como extraordinarios son considerados por un sector de la doctrina,⁹¹ no como recursos, sino como acciones autónomas de impugnación que implican el inicio de un nuevo proceso.⁹²

En razón de lo indicado, para complementar el análisis de las implicaciones de la necesidad constitucionalmente establecida de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios, es indispensable analizar la calidad de las provi-

91. S. Andrade Ubidia sostiene que la casación civil es en verdad una acción impugnativa y no un recurso (Cfr. S. Andrade Ubidia, *op. cit.*, p. 39-44). Respecto de la revisión, Adolfo Alvarado Velloso sostiene que no se trata de un verdadero recurso, ya que implica el inicio de un nuevo proceso (Cfr. Adolfo Alvarado Velloso, *Sistema procesal*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 476). Devis Echandía considera que la revisión «es un recurso sui generis, que origina un nuevo proceso pero con trámite propio, que si bien se inicia con una demanda independiente, se tramita sobre el mismo expediente, que es solicitado por el Tribunal o la Corte, que recibe aquella, en caso de admitirla por ser de su competencia y reunir los requisitos de forma y de fondo para la integración del contradictorio; en lo cual se diferencia de los casos en que la ley autoriza revisar una sentencia en firme mediante otro proceso posterior ordinario o especial igual al anterior» (H. Devis Echandia, *op. cit.*, p. 516).

92. Incluso la propia Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia No. 013-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0212-09-EP, reconoció que los recursos de casación y de revisión impiden la formación de la cosa juzgada material; es decir, que las decisiones de estos recursos ya han pasado en autoridad de cosa juzgada formal. Esta afirmación implica un reconocimiento tácito –quizá hasta no intencional– de que la casación y revisión en realidad son acciones autónomas de impugnación y no recursos que, como lo afirman en dicha sentencia, se caracterizan por proponerse dentro del mismo proceso.

dencias susceptibles de acción extraordinaria de protección. Con este fin, se debe partir de la concepción de *cosa juzgada* y sus efectos, que fueron analizados en el capítulo I.

El primer inciso del art. 94 de la CRE establece que las sentencias y autos contra los que procede la acción extraordinaria de protección tienen que ser definitivos, es decir, deben tener la calidad de *cosa juzgada material*. Esta característica implica que su contenido no puede ser modificado, ni en el proceso en el cual originalmente fueron adoptados ni en uno distinto.

Respecto de la calidad de *definitivas* que deben tener las decisiones para que sea procedente la acción extraordinaria de protección, se dice que: «el requisito del carácter final o definitivo de esas decisiones judiciales busca entonces el agotamiento de las posibilidades procesales de defensa de los derechos constitucionales del accionante en el seno de la propia justicia ordinaria que, como se ha dicho, es el garante ordinario de los derechos constitucionales».⁹³

Esta característica nos conduce a pensar que, para que se pueda iniciar la acción extraordinaria de protección, no solamente se deben haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, sino que adicionalmente es necesario que se agoten los denominados *recursos excepcionales* o acciones autónomas de impugnación.

Incluso en las «Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición» –que estuvieron vigentes hasta la promulgación de la LOGGJCC–,⁹⁴ la propia Corte Constitucional amplió el alcance de la restricción contenida en CRE, art. 94, inc. 2. Además, estableció como requisito para la procedencia de la acción extraordinaria de protección, en el art. 52, num. 3: «que se hayan agotado todos los medios procesales de impugnación previstos para el caso concreto dentro de la jurisdicción ordinaria, salvo el caso de que la falta de interposición de los recursos no fuere imputable a la negligencia del titular del derecho fundamental vulnerado».

Esta diferencia de alcance entre el art. 94 de la CRE y el entonces vigente art. 52, num. 3, de las «Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición», no pasó desapercibida por la Corte Constitucional, que, respecto del art. 94 de la Carta Magna, dijo:

93. A. Grijalva, *op. cit.*, p. 277.

94. Si bien, la LOGGJCC no derogó de forma expresa las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, en su disposición transitoria segunda se estableció que estas solamente se aplicarían a las causas ingresadas con anterioridad a la vigencia de la LOGGJCC, esto es, las causas iniciadas antes del 22 de octubre de 2009.

¿A qué se refiere la Constitución con recursos ordinarios y extraordinarios? Esta clase de recursos son aquellos que se interponen respecto de autos y sentencias definitivas, es decir, no marcan el inicio de una causa, sino que en la continuidad del proceso existen decisiones que son sujetas de interposición de recursos. Existen dos clases generales:

- a) los recursos horizontales, como son los de ampliación y aclaración, y
- b) los recursos verticales, como la apelación, nulidad y de hecho, los cuales generan competencia de la causa a una instancia superior de la Administración de Justicia, como son las Cortes Provinciales.

Dentro de este género se encuentran los Recursos de Casación, Hecho y Revisión que interpuestos dentro del término indicado por la ley, generan competencia para que avoque conocimiento de esos recursos la Corte Nacional de Justicia. Las sentencias o autos sujetos de los recursos señalados suspenden la formación de la cosa juzgada material, hasta que hayan sido agotados, así como lo hace la falta de interposición de los referidos recursos.⁹⁵

En cuanto al art. 52, num. 3, de las «Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición», la Corte en la misma sentencia señaló:

¿Qué se debe entender por agotados todos los medios procesales? Cabe indicar que en este caso, el espectro de análisis es más amplio que el anterior, ya que por medios procesales se debe entender a las acciones judiciales que se generan con ocasión a la pretensión de la resolución de un conflicto que ingresa al sistema de justicia como por ejemplo la presentación de la demanda sobre un conflicto en particular. Ahora bien, existen demandas que se pueden presentar sobre procesos ya iniciados, pero no respecto de la misma causa o motivo que dio origen a la primera demanda, sino que más bien atañen a conflictos originados en el proceso o a los denominados incidentes dentro del juicio, como son: el juicio de recusación, de nulidad o los incidentes como las tercerías coadyuvantes o excluyentes.⁹⁶

De estas citas se desprende que la Corte Constitucional considera acertadamente que no es lo mismo requerir el agotamiento de recursos, que el de los medios procesales de impugnación, ya que los últimos tienen un alcance mucho más amplio que los primeros e incluso implican el inicio de nuevos procesos jurisdiccionales. En este sentido, la Corte Constitucional ha llegado a sostener el carácter autónomo que pueden tener algunos medios procesales de impugnación respecto al proceso en el cual se dictó la decisión cuestionada en el nuevo juicio.⁹⁷

95. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 013-10-SEP-CC...

96. *Ibid.*

97. Cfr. *Ibid.*, No. 123-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1542-11-EP.

Ahora bien, a partir de la distinción entre recursos y medios procesales, la Corte ha variado constantemente su criterio en cuanto a si se deben agotar todos los medios procesales de impugnación o solamente los recursos para que sea procedente una acción extraordinaria de protección.

Fallos en los que la Corte Constitucional ha sostenido la necesidad de que se agoten todos los medios procesales de impugnación para que proceda la acción extraordinaria de protección

Conforme lo vamos a constatar, la Corte Constitucional ha sostenido, en algunos fallos, que es necesario que se agoten todos los medios procesales de impugnación –es decir, más allá de los recursos– para que sea procedente una acción extraordinaria de protección.

En un juicio en el cual se había presentado una acción de nulidad del proceso por falta de notificación de la sentencia, la Corte señaló que:

en la verificación del agotamiento de los medios procesales de impugnación, indica que no se encuentra cumplido este requisito, ya que, como consta en el proceso, existe un juicio ordinario de nulidad que consta en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha No. 1174-2009 JTR, proceso que en la demanda señala los mismos hechos y argumentos que utiliza para proponer la presente Acción Extraordinaria de Protección, en contra del mismo sujeto procesal, como es el señor Juez Vigésimo de lo Civil de Pichincha, con relación al mismo objeto, la sentencia del juicio No. 363-2003, razón por la cual la Corte Constitucional verifica que no se han agotado los medios procesales de impugnación, motivo que impide ingresar a analizar las demás pretensiones del accionante.⁹⁸

En el mismo sentido, respecto de la posibilidad de iniciar una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral⁹⁹ sin haber intentado previamente la acción de nulidad de laudo arbitral, la Corte Constitucional sostuvo que:

98. *Ibid.*, Sentencia No. 013-10-SEP-CC...

99. El que se pueda impugnar un procedimiento arbitral a través de la acción extraordinaria de protección es un tema que no ha estado exento de polémica. Sin embargo, los precedentes de la Corte Constitucional evidencian la inclinación de dicho organismo por aceptar acciones extraordinarias en el ámbito del arbitraje. «Entonces, los laudos arbitrales tienen la misma fuerza que una sentencia ejecutoriada, lo que determina que sí pueden ser impugnados por medio de la acción extraordinaria de protección». (Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 169-12-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1568-10-EP); «siendo el laudo arbitral una resolución con fuerza de sentencia dictado por una autoridad no judicial, pero con facultades jurisdiccionales, es posible que durante la sustanciación o la resolución del proceso arbitral existan posibilidades de haberse transgredido derechos reconocidos en la Constitución [...] la

los accionantes presentan acción extraordinaria de protección contra el laudo arbitral de fecha 22 de mayo de 2013, a las 13:30, dictado por los señores árbitros del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, de fecha 7 de junio de 2013, y sin embargo, no presentaron acción de nulidad contra el laudo arbitral dentro del término legal para el efecto; según lo previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación, siendo éste [sic] un recurso que debía ser agotado dentro de ese proceso arbitral. Este requerimiento de los accionantes, configura la causal tercera del art. 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional referente a la demostración de haber agotados los recursos ordinarios y extraordinarios, además que no cumple con lo dispuesto en el art. 94 de la Constitución de la República, en virtud de que dicho artículo dispone que la acción extraordinaria de protección procederá cuando se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles dentro del término legal para el efecto.¹⁰⁰

La posición de la Corte Constitucional expuesta en las sentencias previamente citadas fue claramente plasmada en el art. 52, num. 3 de las «Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición» y el organismo la sostuvo hasta después de su derogatoria.¹⁰¹ Esta postura, que se alinea con nuestra tercera hipótesis respecto a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección, tiene un claro inconveniente con el cual podría ser rebatida.

Como quedó señalado, el inciso segundo del art. 94 de la CRE se refiere únicamente a recursos «ordinarios y extraordinarios», es decir, se estaría realizando una interpretación extensiva de la norma para restringir la garantía,¹⁰²

materia arbitral y los procesos alternativos de solución de conflictos en los que se aplica la normativa infraconstitucional, se encuentran también subordinados a los principios y postulados de la Constitución, y tratándose el laudo arbitral de una decisión jurisdiccional (no judicial) con fuerza de sentencia, debe ser impugnado mediante acción extraordinaria de protección cuando durante el proceso arbitral o en el laudo se han vulnerado derechos constitucionales o el debido proceso» (Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 123-13-SEP-CC...).

100. Ecuador, Corte Constitucional, Sala de Admisión, auto de admisión dictado dentro de la causa No. 1275-13-EP, 30 de enero de 2014. En similar sentido se pronunció en los autos de admisión dictados dentro del caso No. 1585-10-EP, 21 de marzo de 2011 y dentro del caso No. 1362-13-EP, 16 de enero de 2014.
101. La Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia No. 036-10-SEP-CC..., luego de enunciar los art. 94 y 437 de la Constitución señala que uno de los requisitos que deben concurrir para que esta sea procedente es: «que se haya agotado los medios procesales de impugnación previstos para el caso concreto dentro de la jurisdicción ordinaria, salvo el caso de que se la falta de interposición de los recursos no fuere imputable a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado».
102. La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional constitucional que se encuentra prevista en el Título III «Garantías Constitucionales», Capítulo Tercero «Garantías Jurisdiccionales», Sección Séptima de la CRE.

pues ampliándose ampliarían, más allá de lo que establece la propia Constitución, los requisitos para la procedencia de la acción. Una interpretación de este tipo se encuentra proscrita por el art. 11, num. 5 de la CRE.¹⁰³ A pesar de aquella prohibición, tal interpretación no ha sido ajena a la Corte Constitucional, la cual ha señalado que:

La pregunta se concretiza en la determinación de si la «acción» de nulidad puede ser calificada como un recurso a ser agotado previamente a la interposición de la acción extraordinaria de protección. Para ello, esta Corte considera necesario hacer una interpretación amplia de la palabra recurso, a fin de entenderlo como cualquier forma de solución de un vicio, sea este adjetivo o sustantivo, que afecte la providencia impugnada.¹⁰⁴

Como se desprende de la cita anotada, la propia Corte reconoce que realiza una interpretación «amplia». Más allá de lo razonable que esta resulta si se sostiene que la acción extraordinaria de protección debe ser residual, es una interpretación que restringe el alcance de una garantía jurisdiccional constitucional.

Fallos en los que la Corte Constitucional ha sostenido la necesidad de que se agoten solamente los «recursos» para que proceda la acción extraordinaria de protección

El art. 437 de la CRE establece:

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 *firμες* o *ejecutoriadas*. 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.¹⁰⁵

Como quedó establecido en el capítulo I, una decisión jurisdiccional ejecutoriada no es lo mismo que una definitiva o irreversible. Así, una decisión

103. CRE, «Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia».

104. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 169-12-SEP-CC...

105. Las cursivas son agregadas.

que tiene autoridad de cosa juzgada formal es ejecutoriada pero todavía no es definitiva, en razón de que puede ser modificada con la instauración de un nuevo proceso.

La propia Corte Constitucional ha reconocido esta diferencia y ha señalado que: «las sentencias y autos firmes o ejecutoriados son aquellos sobre los cuales no es posible la interposición de un recurso ya sea ordinario o extraordinario, mientras que las sentencias definitivas son aquellas sobre las cuales no se tramita otra vía de acción para la ventilación de un caso».¹⁰⁶

El uso de la conjunción disyuntiva *o* en el art. 437, num. 2, implicaría que se puede proponer acción extraordinaria de protección tanto respecto de decisiones que tienen efectos de cosa juzgada material como de aquellas que tienen efectos de cosa juzgada formal. Con ello nos acercaríamos a la segunda hipótesis propuesta, y definitivamente se perdería la característica de residualidad absoluta de la acción extraordinaria de protección. Esto se da porque, como hemos visto, una decisión que tiene efectos de cosa juzgada formal precisamente se caracteriza porque puede ser revisada con la instauración de un nuevo proceso, aun cuando se hayan agotado los recursos en el procedimiento en el cual se la adoptó.

La Corte Constitucional, de forma contradictoria con la posición descrita en el numeral precedente de este estudio, también se ha pronunciado en el sentido de que la acción extraordinaria de protección cabe aun cuando la decisión tenga solamente la calidad de ejecutoriada pero no la de definitiva. En este sentido a dicho que:

A criterio de esta Corte, basta con que se cumpla cualquiera de los requisitos que se exigen sobre el carácter de la sentencia o auto, es decir, que se trate de un auto o sentencia ejecutoriada, firme, o definitiva para que la acción extraordinaria de protección proceda. Sin embargo, en el caso sub examine si bien se trata de una sentencia firme y ejecutoriada frente a la cual cabría perfectamente la interposición de una acción extraordinaria de protección, hay que tener en cuenta que se ha iniciado por la vía ordinaria de nulidad de la sentencia, lo que impide el pronunciamiento de la Corte.

Partiendo de esta premisa, resulta pertinente, en el caso materia de análisis, la exigencia del carácter de definitiva de la sentencia contra la que se ha planteado la presente acción.¹⁰⁷

Como se aprecia, en esta sentencia la Corte Constitucional deja abierta la posibilidad para que se presente una acción extraordinaria de protección en

106. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 007-12-SEP-CC-2012, dictada dentro del caso No. 0051-09-EP.

107. *Ibid.*

contra de una decisión que genera efectos de cosa juzgada formal. Sin embargo, establece una especie de alternativa que tiene el afectado en sus derechos en este tipo de casos: acudir a la Corte Constitucional o a la justicia ordinaria por medio de una acción de impugnación. En todo caso, según este criterio de la Corte, las alternativas serían excluyentes entre sí y no se podrían plantear de forma paralela. De hecho, si se opta por la vía ante la justicia ordinaria, la acción extraordinaria de protección sería improcedente pero, si no se lo hace, sí procedería. En todo caso, la acción extraordinaria de protección, según el criterio esgrimido en dicha sentencia, no tendría la característica de residualidad absoluta.

En la sentencia No. 123-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1542-11-EP, se habla de la residualidad de la acción extraordinaria de protección. Sin embargo, de forma contradictoria, implícitamente la Corte Constitucional señala que existe la posibilidad de proponer una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral sin agotar la acción de nulidad de laudo, al manifestar que:

Ahora bien, el segundo elemento que debe mantener armonía con lo dicho radica en la determinación de los recursos ordinarios y extraordinarios cuyo agotamiento condiciona la procedibilidad de la acción extraordinaria de protección o, dicho en otras palabras, su residualidad. [...]

Es necesario diferenciar que la vulneración a derechos constitucionalmente reconocidos o al debido proceso puede producirse por la actuación del órgano jurisdiccional, como analizará oportunamente esta Corte, que efectúa el control judicial del laudo, pero también por el tribunal arbitral o árbitro que sustancia el proceso arbitral. [...]

En este sentido, la Corte Constitucional considera que si el proceso arbitral es autónomo de acuerdo al esquema de nuestro ordenamiento jurídico, la acción extraordinaria de protección debe circunscribirse a tutelar los derechos vulnerados por la autoridad arbitral que sustanció el proceso, sin que aquello, reiteramos, signifique atentar contra el fondo del asunto o materia sometida a aquel [sic].¹⁰⁸

En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoce el carácter autónomo de la acción de nulidad de laudo arbitral al provocar el inicio de un nuevo proceso. Sin embargo, a partir de dicha autonomía, concluye que no se puede pretender que se agote la acción de nulidad de laudo arbitral para proponer una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral. Este organismo señala que la acción extraordinaria de protección procede en contra de la sentencia dictada en el juicio de nulidad de laudo arbitral, cuando las

108. *Ibid.*, No. 123-13-SEP-CC,...

violaciones a los derechos procesales se han producido precisamente durante la sustanciación del proceso autónomo de impugnación. Pero que si las violaciones se produjeron durante la sustanciación del arbitraje o al momento de expedir el laudo arbitral, se podría intentar directamente la acción extraordinaria de protección.

En esta misma línea, quizá los fallos que han despertado mayor polémica son aquellas acciones extraordinarias de protección que se han propuesto y han sido aceptadas por parte de la Corte Constitucional en contra de autos de llamamiento a juicio, es decir, de providencias que por su naturaleza no pueden llegar a tener efectos definitivos y siempre pueden ser revocados por el Tribunal Penal en la etapa de juicio. Sobre este tema la Corte ha dicho:

En el caso sub iudice, se trata de un auto de llamamiento a juicio, el mismo que fue emitido por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas como consecuencia de la concesión del recurso de apelación interpuesto en contra de un auto de sobreseimiento definitivo. Si bien es cierto –como lo arguye la parte accionada– que de conformidad con el art. 232 del Código de Procedimiento Penal, las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surten efectos irrevocables en el juicio, y por otro, marca el inicio de una nueva etapa procesal, no lo es menos que en ocasiones anteriores, en casos análogos al presente, este tipo de autos ya han sido objeto de acciones extraordinarias de protección.

Las razones fundamentales para ello, y que justifican la analogía con la Sentencia No. 010-09-SEP-CC, se circunscriben en primer término, en la imposibilidad que tienen las partes de interponer recursos verticales respecto al mismo. [...] es evidente que en la práctica, a pesar de que los efectos del mismo puedan ser eventualmente revocados de oficio por el Tribunal Penal en la siguiente etapa procesal, un auto de estas características no puede ser revocado a solicitud de parte [...]

En virtud de ello, esta Corte constata que el accionante ha agotado los mecanismos judiciales existentes, y además, que se trata de un auto firme –que no es lo mismo que definitivo– característica que de conformidad con el art. 437, num. 1 de la Constitución lo hace objeto de una acción extraordinaria de protección.¹⁰⁹

Con esta postura –que, como vemos, inclusive se ha extendido en ciertos casos a autos interlocutorios que determinan el inicio de una nueva etapa procesal–, la Corte Constitucional descarta la noción de residualidad absoluta de la acción extraordinaria de protección –es decir, nuestra tercera hipótesis– y deja abierta la posibilidad para que una decisión con efectos de cosa juzgada formal

109. *Ibid.*, No. 0010-10-SEP-CC,....

pueda ser objeto de dicha acción. Como consecuencia se genera una serie de inconvenientes y problemas prácticos que serán analizados en el siguiente numeral.

La acción extraordinaria de protección frente a las decisiones que producen efectos de cosa juzgada formal

La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de dos tipos de cosa juzgada en el ámbito de la jurisdicción ordinaria; esto es: la material y la formal. La Corte, sobre este tema, ha sostenido que:

tal como lo dispone el art. 297 del Código de Procedimiento Civil, nuestro ordenamiento jurídico reconoce lo que en doctrina se denomina Cosa Juzgada Formal y Cosa Juzgada Material. Respecto de la primera, una vez subsanadas cuestiones formales, se puede volver a plantear el mismo asunto en otro juicio; en tanto que existe inmutabilidad de la sentencia, solo cuando ha pasado por autoridad de cosa juzgada material.¹¹⁰

En doctrina procesal se ha distinguido entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material: la primera se refiere a la imposibilidad de reabrir el debate en el mismo proceso en que se dictó sentencia debido a que el pronunciamiento ha quedado firme, sea porque las partes han consentido en el mismo o porque se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que eran admisibles al caso, pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior. La segunda se produce cuando a la inimpugnabilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión. Esto significa que no puede haber decisión de la misma en un juicio posterior.¹¹¹

Respecto a las decisiones que tienen la calidad de cosa juzgada material, no existe controversia alguna en cuanto a que pueden ser susceptibles de acción extraordinaria de protección; de allí que se diga que dicha garantía precisamente es una excepción a la cosa juzgada, la cual:

Es un atributo de la sentencia en firme que le otorga autoridad de la misma, prohibiendo a los jueces sustanciar la misma cuestión ya decidida y dictar una sentencia que contradiga a la anterior; no obstante esta manifestación tiene su excepción cuando la Corte Constitucional en uso de sus atribuciones constitucionales conoce mediante acción extraordinaria de protección sobre vulneraciones de derechos constitucionales en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.¹¹²

110. *Ibid.*, No. 144-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0848-10-EP.

111. *Ibid.*, No. 099-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0120-13-EP.

112. *Ibid.*

Por el contrario, sobre las decisiones que tienen efectos de cosa juzgada formal, encontramos pronunciamientos contradictorios de la propia Corte Constitucional en torno a si cabe o no acción extraordinaria de protección. Por una parte, existen fallos en los que se sostiene que se puede impugnar por esta vía cualquier sentencia o auto ejecutoriado¹¹³ y, por otra, hay fallos en los que se ha dicho que únicamente se pueden impugnar sentencias o autos que pongan fin al proceso con efectos de cosa juzgada material.¹¹⁴

Quien considere afectados sus derechos fundamentales, tendría dos alternativas si se aceptase la posición de que cabe acción extraordinaria de protección en contra de decisiones que tienen únicamente la calidad de cosa juzgada formal. La primera es ante la jurisdicción ordinaria –sea por medio de la promoción de un nuevo proceso o de una acción autónoma de impugnación–, y, la segunda, ante la jurisdicción constitucional –la acción extraordinaria de protección–.

Lo indicado, que incluso resulta contrario a la seguridad jurídica,¹¹⁵ nos enfrentaría a situaciones tales como que una decisión dictada dentro de un juicio de tenencia (de un niño) en última instancia sería susceptible tanto de ser cuestionada con una acción extraordinaria de protección, como de ser revisada a través de un nuevo proceso.¹¹⁶ Existe otra cuestionable situación que podría

113. Cfr. Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 009-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0077-09-EP, Juez Sustanciador: Manuel Viteri Olvera, 19 de mayo de 2009; *ibid.*, Fallo de mayoría, Juez Sustanciador: Edgar Zárate Zárate, sentencia No. 006-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0002-08-EP; *ibid.*, Juez Sustanciador: Patricio Herrera Betancourt, sentencia No. 020-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0038-09-EP; *ibid.*, Juez Sustanciador: Dra. Ruth Seni Pinargote, sentencia No. 031-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0485-09-EP, entre otros varios.

114. Cfr. *Ibid.*, Voto Salvado de Roberto Bhrunis Lemarie, emitido dentro del caso No. 0002-08-EP; *ibid.*, Juez Sustanciador: Dr. Roberto Bhrunis Lemaire, sentencia No. 008-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0103-09-EP; *ibid.*, Juez Sustanciador: Dra. Nina Pacari Vega, sentencia No. 003-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0064-08-EP; *ibid.*, Juez Sustanciador: Dra. Nina Pacari Vega, sentencia No. 007-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0050-08-EP; *ibid.*, Juez Sustanciador: Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemaire, sentencia No. 019-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0014-09-EP; *ibid.*, Juez Sustanciador: Hernando Morales Viñueza, sentencia No. 027-09-SEP-CC emitida dentro del Caso No. 0011-08-EP, entre otros varios.

115. Cfr. CRE, art. 82.

116. La Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia No. 021-11-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0317-09-EP, aceptó una acción extraordinaria de protección en contra de la resolución de un Juzgado de la Niñez y Adolescencia que concedió la tenencia de una niña a su padre. Más allá de lo cuestionable que resulta el hecho de que la Corte Constitucional haya dictado una decisión que le corresponde únicamente a un tribunal de instancia (le otorgó la tenencia a la madre), para el objeto del presente trabajo, resulta importante señalar que el art. 119 del Código de la Niñez y Adolescencia, RO, No. 737, 3 de enero de 2003, establece que «las resoluciones sobre tenencia no causan ejecutoria. El Juez podrá alterarlas en cualquier

presentarse en caso de sostener la posición de que sí cabe acción extraordinaria de protección en contra de decisiones que tienen efectos de cosa juzgada formal. Consiste en que en un juicio ejecutivo no cabría interponer respecto de la sentencia recurso de casación,¹¹⁷ precisamente por no tratarse de una sentencia que ponga fin al proceso de forma definitiva, pero sí podría interponerse una acción extraordinaria de protección, con lo cual se pondría en entredicho la característica de *extraordinaria* o *excepcional* que tiene esta garantía jurisdiccional constitucional.

Asimismo, la aceptación de que cabe una acción extraordinaria de protección frente a decisiones que generan efectos de cosa juzgada formal nos enfrentaría al problema de que se inicien paralelamente dos procesos para enmendar el mismo vicio: el uno en sede ordinaria y el otro en sede constitucional. Un ejemplo de lo señalado se podría producir con la acción de nulidad de sentencia que se encuentra regulada en los art. 299, 300 y 301 del CPC,¹¹⁸ que prescriben:

Art. 299.- La sentencia ejecutoriada es nula:

1. Por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó;
2. Por ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio, y
3. Por no haberse citado la demanda al demandado, si el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.

Art. 300.- La nulidad de que trata el artículo anterior puede proponerse como acción por el vencido ante el juez de primera instancia, mientras no se hubiere ejecutado la sentencia.

Art. 301.- No ha lugar a la acción de nulidad:

1. Si la sentencia ha sido ya ejecutada;
2. Si ha sido dada en última instancia, y
3. Si la falta de jurisdicción o la incompetencia o la ilegitimidad de personería, fueron materia de discusión especial y de previo pronunciamiento que llegó a ejecutoriarse.

momento si se prueba que ello conviene al adecuado goce y ejercicio de los derechos del hijo o hija de familia». Por lo tanto, más allá de la decisión de la Corte Constitucional, la resolución inicial del Juzgado de la Niñez y Adolescencia, por disposición expresa de la ley, podía ser revisada en cualquier momento por un órgano jurisdiccional ordinario.

117. «Existen fallos de triple reiteración en este sentido, pronunciados tanto por la Primera Sala y publicados con tal carácter en la G.J.S.XVI, No. 13, p. 3422 a 3430, como por la Segunda Sala, publicados en la Serie XVI, No. 14, p. 3881 a 3883, y la Tercera Sala, publicados en la Serie XVI, No. 13, pp. 3450 a 3452» (S. Andrade Ubidia, *op. cit.*, p. 92). En el art. 354 inciso final del COGEP de forma expresa se establece que no será admisible el recurso de casación en proceso ejecutivos.
118. Las causas por las cuales puede demandarse la nulidad de una sentencia ejecutoriada, la determinación del juez competente para conocer la acción y los casos en que la acción de nulidad no es precedente se encuentran regulados en el art. 112 del COGEP.

Como se evidencia, la acción de nulidad aludida se puede interponer en contra de sentencias ejecutoriadas por causas taxativamente especificadas y con determinadas condiciones. A primera vista, estas especificaciones harían que la acción de nulidad de sentencia y la extraordinaria de protección no se superpongan. Así, mientras para proponer la acción constitucional se requiere el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios que implica el agotamiento de las instancias previstas en nuestra legislación, para proponer la acción civil es necesario que la sentencia no haya sido dictada en última instancia, es decir, que se haya ejecutoriado por falta de interposición de los recursos verticales de forma oportuna y no por agotamiento de los recursos. Por lo dicho, la regla general sería que una sentencia que sea susceptible de ser impugnada por medio de una acción extraordinaria de protección no lo sería con una acción de nulidad de sentencia y viceversa.

Sin embargo, existe un caso excepcional en el que sí puede existir tal superposición. La CRE¹¹⁹ y la ley¹²⁰ habilitan a interponer la acción extraordinaria de protección a quien no haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios cuando la falta de interposición no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado. En este caso, podemos tener una sentencia que está ejecutoriada pero que no ha sido dada en última instancia y, por lo tanto, es susceptible tanto de acción de nulidad como de acción extraordinaria de protección, pues aparentemente se cumplirían los requisitos de admisibilidad de ambas acciones.

Frente a este escenario existen dos alternativas claramente definidas: a) aceptar la posibilidad de que se interpongan ambas acciones de forma concurrente o alternativa con el riesgo de que incluso se dicten fallos contradictorios entre sí, y b) que únicamente se puede proponer la acción extraordinaria de protección una vez que se haya agotado la acción de nulidad de sentencia.

Si bien nos inclinamos por la segunda alternativa,¹²¹ es importante señalar que la Corte Constitucional no ha tenido una posición clara sobre esta problemática. Así, este organismo ha aceptado incluso una acción extraordi-

119. Cfr. CRE, art. 94.

120. Cfr. LOGJCC, art. 61, num. 3.

121. Nuestra posición no solamente se encuentra fundamentada en nuestra convicción de que la acción extraordinaria de protección debería ser residual. Incluso la doctrina señala que, cuando existe un vicio de nulidad, en verdad no existe cosa juzgada, sino tan solo una apariencia de cosa juzgada que hace factible la revisión de la decisión en un proceso autónomo. «Cuando el proceso o únicamente la sentencia ha quedado viciado de nulidad por una causa que puede ser alegada al ejecutarse la sentencia o en recurso de revisión, no existe cosa juzgada, ya que esta [sic] exige un proceso y una sentencia válidos. Tampoco se trata de hacer una excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino de que esta [sic] se produce solo [sic] en apariencia, y en el nuevo proceso o en el incidente de ejecución se demuestra, precisamente, que no existe en realidad, por ser nula la sentencia» (H. Devis Echandía, *op. cit.*, p. 475).

naría de protección cuando la sentencia cuestionada se encontraba en conocimiento de un juez, por medio de la interposición de una acción de nulidad, sin pronunciar nada al respecto.¹²² En otro caso, en una decisión dividida de cinco votos contra cuatro, se aceptó una acción extraordinaria de protección, cuando el voto de minoría sostenía su improcedencia, en virtud de que el vicio alegado podía ser subsanado con una acción de nulidad de sentencia.¹²³ En un tercer caso, con el argumento de que la acción de nulidad de sentencia no es un recurso, la Corte decidió aceptar una acción extraordinaria de protección propuesta en contra de una sentencia, respecto de la cual se había propuesto y estaba pendiente de resolución una acción de nulidad.¹²⁴

Finalmente, dado que la interposición de la acción extraordinaria de protección no suspende la ejecución de la providencia impugnada¹²⁵ y, como hemos visto, la Corte Constitucional incluso ha admitido acciones en contra de autos de llamamiento a juicio, podría presentarse una situación caótica. Podría suceder que, a pesar de que se propuso una acción extraordinaria de protección en contra del auto de llamamiento a juicio, la etapa de juicio se sustanció y concluyó en una sentencia ejecutoriada,¹²⁶ que tiene un sentido distinto a la sentencia que dictó la Corte Constitucional respecto al auto de llamamiento a juicio. En ese caso, se produciría un caos jurídico; por una parte habría una sentencia de la Corte Constitucional que, por ejemplo, dejaría sin efecto el auto de llamamiento a juicio y; por otra, una sentencia de la Corte Nacional de Justicia que desecha el recurso de casación interpuesto por el imputado y confirma la sentencia condenatoria, la cual no ha sido objeto de acción extraordinaria de protección y, por tanto, tiene plena vigencia jurídica.

Con los ejemplos y situaciones hipotéticas planteadas queremos poner en evidencia lo absurdo que es aceptar la acción extraordinaria de protección en contra de una decisión con efectos de cosa juzgada formal. En todo caso, es importante señalar que, de aceptar la posibilidad de que se inicien parale-

122. Ecuador, Corte Constitucional, Juez Sustanciador: Patricio Herrera Betancourt, Sentencia No. 006-10-SEP-CC, emitida dentro del caso No. 0712-09-EP; en este caso, existía evidencia en el proceso constitucional de que el accionante había paralelamente iniciado una acción de nulidad de sentencia y una acción extraordinaria de protección.

123. *Ibid.*, Juez Sustanciador: Edgar Zárate Zárate, Sentencia No. 035-10-SEP-CC, emitida dentro del caso No. 0261-09-EP. Voto de minoría emitido por los Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Hernando Morales Vinuesa, Nina Pacari Vega y Manuel Viteri Olvera.

124. *Ibid.*, Sentencia No. 037-09-SEP-CC emitida dentro del Caso No. 0024-08-EP. En este caso, la juez Ruth Seni Pinoargote, salvó su voto con el argumento de que al estar pendiente de resolución la acción de nulidad de sentencia, no se había cumplido con el requisito de agotamiento de recursos y por tanto la acción era improcedente

125. Cfr. LOGJCC, art. 62.

126. Esta hipótesis, por cierto, no es improbable en virtud del tiempo que toma la Corte Constitucional en resolver una acción extraordinaria de protección.

lamente una acción ordinaria y una acción extraordinaria de protección para subsanar el mismo vicio, esta última ya no sería ni residual ni subsidiaria sino una acción autónoma de impugnación común y corriente.

Nuestra posición respecto a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección en Ecuador

Una vez que han quedado descartadas las tres primeras hipótesis, consideramos que, en función del principio de interpretación sistemática¹²⁷ —que proscribire toda interpretación de una disposición que implique la inobservancia o contradicción con otra norma—, tal y como se encuentran actualmente las disposiciones constitucionales, la acción extraordinaria de protección es residual en el sentido de que para su procedencia se requiere: a) que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico, y b) que se hayan agotado las acciones autónomas de impugnación, cuando el vicio que se pretende alegar ante la Corte Constitucional sea susceptible de ser subsanado con cualquiera de las causales de procedencia de dichas acciones.

De hecho, si se alega la existencia de varios vicios en el acto, bastaría que solamente uno de ellos sea susceptible de ser revisado y reparado por intermedio de la acción autónoma de impugnación, para que sea necesario agotarla antes de intentar la acción extraordinaria de protección. Por el contrario, si ninguno del o los vicios alegados se adecúan a las causales de procedencia de las acciones autónomas de impugnación, será posible acudir a la acción extraordinaria de protección una vez agotados los recursos ordinarios y extraordinarios.

Con lo dicho, reconocemos que en la actualidad la cuarta hipótesis planteada es la que mejor recoge las disposiciones constitucionales vigentes y, al igual que ocurre con otras hipótesis, la Corte Constitucional la ha adoptado al conocer una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral y señalar que:

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 *extra petita* en la decisión [...] Por tanto, la acción de nulidad puede considerarse un recurso, para efectos de la aplicación del art. 61, num. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdic-

127. LOGJCC, art. 3, num. 5: «Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía».

cionales y Control Constitucional y, por tanto, debe ser agotada previo a la interposición de una acción extraordinaria de protección, con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema. Dado que este no es el caso en la presente acción, pues lo alegado fue un vicio de *extra petita*, no se abundará al respecto en la presente sentencia.¹²⁸

Como se observa, la Corte Constitucional realiza una interpretación extensiva del término *recurso* que abarca los recursos excepcionales o acciones autónomas de impugnación. Sin embargo, señala que únicamente será necesario que estas últimas se agoten cuando el vicio que se pretende que sea subsanado con una acción extraordinaria de protección se subsuma en una de las causales de procedencia de la acción autónoma de impugnación.

En este orden de ideas, es necesario considerar que, dentro de las acciones autónomas de impugnación, la gran mayoría contiene un listado taxativo de los casos en las cuales procede.¹²⁹ Por ello, resulta lógico e incluso coherente con el más elemental principio de economía procesal que, si el vicio que se pretende alegar ante la Corte Constitucional no se subsume dentro de ninguna de las causales de procedencia de la acción autónoma de impugnación, no se exija que quien considera que ha sufrido una vulneración de sus derechos tenga que agotar innecesariamente una vía que no es la adecuada para alegar ese vicio. «El recurso interpuesto ha de ser de alguna manera idóneo a los fines de conseguir que el órgano jurisdiccional pueda restablecer el derecho lesionado cuya protección se invoca».¹³⁰

Es solamente en este escenario que un análisis de la idoneidad y eficacia de un medio procesal puede tener sentido en torno a la acción extraordinaria de protección, ya que solo se puede evitar acudir previamente a una acción autónoma de impugnación cuando el vicio que se alega no es susceptible de ser corregido por medio de ella. En ese caso, el último escalón previo a llegar a la acción extraordinaria de protección puede ser omitido.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha determinado qué implica que un recurso –para nuestro propósito podríamos ampliar el término *recurso* a todo medio de impugnación procesal– sea adecuado y eficaz, y por qué no es necesario agotarlos cuando carecen de estas características:

128. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 169-12-SEP-CC,...

129. Así, por ejemplo, la acción de nulidad de sentencia procede únicamente en los casos previstos en el art. 299 del CPC; la acción de nulidad de laudo arbitral, en los casos previstos en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y la denominada «acción causal», que puede intentar el vencido en un juicio ejecutivo, en las circunstancias previstas en el art. 448 del CPC.

130. C. Storini, *op. cit.*, p. 309.

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...].

Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido.¹³¹

Es necesario además considerar que por lo general las acciones autónomas de impugnación no suspenden la ejecución de las decisiones cuestionadas. A ello se suma la inconstitucional disposición constante en el art. 27 de la LOGJCC, que establece que no caben medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección.¹³² Estas condiciones hacen que, de exigir que se agoten todas las acciones autónomas, sin considerar su idoneidad, la acción extraordinaria de protección pierda su eficacia. Ocurriría eso en razón de que en muchos casos se trataría de revisar decisiones jurisdiccionales adoptadas y ejecutadas varios años atrás, en las que no existiría una posibilidad real de reparación integral del derecho vulnerado que, como quedó dicho, es la finalidad última de la acción extraordinaria de protección en su calidad de garantía jurisdiccional constitucional.

La hipótesis a la cual nos adherimos, sin embargo, puede tener una objeción si en un determinado momento se cuestiona la naturaleza del recurso de casación¹³³ —lo cual, como hemos señalado, no es algo jurídicamente absurdo—. Así, si se lo concibe como una acción autónoma de impugnación, solamente sería necesario agotarlo cuando el vicio alegado se circunscriba dentro de las causales que determinan su procedencia. En ese caso, tendríamos potencialmente sentencias respecto de las cuales no cabría la interposición de casación,

131. Corte IDHumanos, Sentencia sobre el fondo dentro del caso Velásquez Rodríguez con respecto a Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 64 y 66.

132. Como lo hemos dicho a lo largo de este estudio, el art. 11, num. 4 de la CRE no permite que a través de normas infra constitucionales se restrinja el alcance y sentido de las garantías jurisdiccionales constitucionales. En el caso de las medidas cautelares y la acción extraordinaria de protección no existe disposición constitucional alguna que las torne en incompatibles. Por el contrario, el art. 87 de la CRE señala que se podrán ordenar medidas cautelares de forma individual o conjunta con las garantías de protección de derechos sin excluir a la acción extraordinaria de protección. Por lo dicho, la disposición de la LOGJCC que no permite la adopción de medidas cautelares cuando se propone una acción extraordinaria de protección, es claramente restrictiva de una garantía constitucional y, por ende, inconstitucional.

133. Respecto del recurso de revisión en materia penal, consideramos que en virtud del principio de que en derecho «las cosas son por su naturaleza y no por su denominación», es evidente que el mismo es una acción de impugnación autónoma y no un recurso procesal extraordinario.

pero sí de la acción extraordinaria de protección, lo que indudablemente implicaría el desconocimiento de su característica de *extraordinaria*.

Finalmente, respecto de las decisiones jurisdiccionales que, por su naturaleza o materia, no son susceptibles de acciones autónomas de impugnación, pero sí pueden ser modificadas con la sustanciación de una nueva causa,¹³⁴ resulta lógico que, dado el carácter *extraordinario* de la acción extraordinaria de protección, no puedan acudir directamente a la vía constitucional. En esta circunstancia, quien se considere afectado por una de dichas decisiones debería promover en la vía ordinaria un nuevo proceso para obtener su reparación,¹³⁵ sin que pueda iniciar de forma paralela y simultánea una acción extraordinaria de protección, pues ello vulneraría el principio de seguridad jurídica constitucionalmente consagrado, e incluso podría derivar en pronunciamientos contradictorios.

EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL A LA NECESIDAD DE AGOTAMIENTO DE RECURSOS

La CRE establece solamente un caso en el cual no es necesario que se agoten los recursos ordinarios y extraordinarios para que sea procedente una acción extraordinaria de protección: «que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado».

La excepción anotada es lógica y tiene mucho sentido cuando la vulneración de los derechos del accionante estuvo relacionada con una indebida citación o falta de notificación de la sentencia, en cuyo caso los vicios producidos en el proceso precisamente le impidieron ejercer su derecho a la impugnación e interponer oportunamente los distintos recursos a los cuales tenía derecho. En este sentido, el art. 60 de la LOGJCC –que establece el término dentro del cual se puede proponer la acción extraordinaria de protección–, guarda correspondencia con esta excepción constitucional al señalar que, para quienes debieron ser notificados con el contenido de una providencia y no lo fueron, en lo que constituye una evidente violación de su derecho a la defensa, el término para

134. «Ejemplo de estas decisiones son todas las sentencias que aceptan excepciones dilatorias; los autos que declaran la nulidad del proceso; las resoluciones en materia de tenencia, patria potestad, régimen de visitas y pensión de alimentos de los niños y adolescentes, etcétera».

135. «En la especie se resuelve únicamente la excepción dilatoria por falta de legítimo contradictor, lo que obviamente impedía conocer sobre el fondo de la cuestión controvertida; esto supone, en la práctica, que la sentencia dictada no ha causado cosa juzgada material, sino tan solo formal; es decir, que los accionantes, una vez subsanada la cuestión formal cuestionada, bien podrían volver a plantear sus pretensiones». Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 144-12-SEP-CC,...

interponer la acción extraordinaria de protección «correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia».

En caso de que la CRE y la ley no hubiesen incorporado estas salvedades o excepciones, se habría permitido que una de las más graves violaciones del derecho a la defensa y al debido proceso –que prácticamente implica dejar a la persona en indefensión, tal como lo es el no citar adecuadamente a una persona o no notificarla con una providencia que potencialmente puede producir efectos de cosa juzgada material– no pueda ser reparada con una acción extraordinaria de protección.

CAPÍTULO III

La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios para que proceda la acción extraordinaria de protección: ¿Un presupuesto procesal o material?

En el capítulo II argumentamos por qué consideramos que, dado el contenido de las normas constitucionales ecuatorianas, la acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional residual que requiere el agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, y de las acciones autónomas de impugnación que resulten adecuadas para reparar el vicio que se alega. A continuación, nos corresponde determinar qué tipo de presupuesto constituye la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios que consta en el art. 94 de la CRE.

Al igual que sucedió en el capítulo anterior, vamos a constatar que la Corte Constitucional ha tenido posiciones contradictorias en este sentido y, más allá de que parecería que es una cuestión teórica, el problema que se plantea tiene importantes repercusiones prácticas.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Cuando hablamos de los presupuestos procesales nos referimos a los requisitos necesarios para que se pueda dar inicio al proceso y se lo sustancie hasta que se encuentre en estado de dictar sentencia. Estos requisitos no implican que la resolución que se dicte sea de fondo ni favorable; simplemente, el proceso debe seguir su cauce normal hasta que se lo resuelva formalmente a través de la expedición de una decisión por parte del órgano jurisdiccional.

En cuanto a estos presupuestos se ha dicho que:

No existe discrepancia en la doctrina contemporánea acerca de que los presupuestos procesales sean requisitos de forma exigidos por la ciencia procesal para que el juzgador pueda cumplir su cometido, resolver sobre el fondo de la pretensión o proferir una sentencia de mérito, porque mientras no se satisfagan no se da regularmente la forma del proceso, se afecta esencialmente la relación

procesal, el instrumento que debe servir para el examen del derecho sustancial sometido.¹³⁶

Si bien no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la clasificación y tipos de presupuestos procesales existentes, hemos seleccionado por su difusión y aceptación la que realiza Devis Echandía,¹³⁷ quien distingue tres tipos de presupuestos procesales: 1. procesales de la acción; 2. procesales de la demanda, y 3. procesales del procedimiento.

De manera general, la falta de estos presupuestos ocasiona la nulidad del proceso, sin perjuicio de los casos en los cuales el vicio que conlleva su inobservancia sea susceptible de ratificación o convalidación.

Presupuestos de la acción

Con *presupuestos de la acción* nos referimos a los requisitos para que se pueda ejercer válidamente el derecho de acción, entendido este como el derecho subjetivo de todas las personas para poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado. Dichos requisitos son: la capacidad jurídica del accionante; la calidad de la persona ante quien se presenta la acción –que esté investido de jurisdicción–; la calidad de abogado del profesional que lo patrocine –hay que considerar que en Ecuador existen causas en las que no se requiere el patrocinio de un abogado–;¹³⁸ y la no caducidad de la acción.¹³⁹

Presupuestos de la demanda

Estos presupuestos son los requisitos que debe reunir la demanda y tienen que ser verificados por el juez para que esta pueda ser admitida a trámite. Se trata de la competencia del órgano jurisdiccional; la capacidad jurídica del demandado; el cumplimiento de los requisitos de forma, y la presentación de documentos que en cada caso exija la ley –por ejemplo, el acompañar el título

136. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 312.

137. Cfr. H. Devis Echandía, *op. cit.*, p. 274.

138. Incluso en la acción extraordinaria de protección, al ser una garantía jurisdiccional constitucional, no se requiere el patrocinio de un abogado, de conformidad con el art. 86, num. 2, lit. c) de la CRE.

139. Por ejemplo, en el ámbito contencioso administrativo, de conformidad con el art. 65 de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, en RO. No. 338. 18 de marzo de 1968, el mal llamado *recurso* subjetivo o de plena jurisdicción caduca en 90 días hábiles.

ejecutivo en los juicios ejecutivos,¹⁴⁰ el contrato de arrendamiento inscrito en los juicios de inquilinato,¹⁴¹ copia certificada del acto que se impugna en tributaria,¹⁴² etcétera—.

En cuanto a los requisitos de la demanda se ha dicho que:

la demanda es el continente de la pretensión como contenido y el *rito o forma como se tiene que formular la pretensión en la demanda* o en la acusación para que de manera apta desencadene un proceso eficaz que pueda culminar con sentencia de mérito. Se integra por una serie de *requisitos de índole formal*, necesarios para que este presupuesto procesal se estructure: cada legislación indica pormenorizadamente los requisitos que debe llenar la demanda en general y cada demanda en particular.¹⁴³

Cuando se habla de los requisitos de la demanda como presupuestos procesales, siempre nos referimos a aspectos de carácter formal que deben ser verificados para que la demanda pueda ser admitida a trámite. En ningún caso se trata de aspectos cualitativos sustanciales.

Presupuestos del procedimiento

Los presupuestos procesales son los requisitos que deben verificarse en distintas etapas del proceso —en función de su naturaleza— para que este pueda sustanciarse y continuar su curso. Constituyen la práctica de ciertas medidas preventivas y diligencias o etapas procesales que se deben agotar para que pueda continuar la sustanciación del proceso.

Se pueden citar ejemplos de estos presupuestos. Entre ellos, la inscripción de la demanda en el Registro de la Propiedad;¹⁴⁴ la citación al demandado; la citación o notificación a terceras personas con el inicio del proceso cuando así lo disponga la ley —por ejemplo, en los juicios de prescripción de bienes inmuebles se debe citar al correspondiente Municipio—. ¹⁴⁵ También, el no abandono de la instancia o recurso; el cumplimiento de las etapas procesales en el orden establecido en la ley —por ejemplo, no se podría dictar sentencia si previamente no se ha abierto el término de prueba correspondiente—. Asimismo,

140. Cfr. CPC, art. 347 y COGEP, art. 349.

141. Cfr. Ecuador, *Ley de Inquilinato*, RO, No. 196, 1 de noviembre de 2000, art. 47.

142. Cfr. Ecuador, *Código Tributario*, art. 234, ROS, No. 38, 14 de junio de 2005.

143. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 338. Énfasis del autor.

144. Cfr. CPC, art. 1000 y COGEP, art. 146.

145. Cfr. Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial* (COOTAD), Disposición General Décima, ROS, No. 303, 19 de octubre de 2010.

mo, la idoneidad del trámite seleccionado; la ausencia de causa de nulidad –si el juez encuentra causa de nulidad, está impedido de dictar sentencia y debe declararla–.¹⁴⁶

PRESUPUESTOS MATERIALES

A diferencia de los presupuestos procesales, los presupuestos materiales no se refieren a cuestiones de forma, sino que están directamente relacionados con el fondo de la cuestión controvertida.

Devis Echandía¹⁴⁷ distingue dos tipos de presupuestos materiales o sustanciales: 1. los de la sentencia de fondo, en cuya ausencia el juez deberá dictar una sentencia inhibitoria, y 2. los de la sentencia favorable, en cuya ausencia la demanda será rechazada.

Presupuestos de la sentencia de fondo

Los presupuestos de la sentencia de fondo son los requisitos que deben concurrir para que el órgano jurisdiccional pueda resolver la controversia que le ha sido puesta en su conocimiento, es decir: «si el demandante tiene o no el derecho pretendido y el demandado la obligación correlativa».¹⁴⁸ Estos son: la legitimación en la causa, el interés sustancial para obrar, la correcta acumulación de pretensiones, la adecuada formulación de la pretensión, la ausencia de cosa juzgada y de prejudicialidad.

De forma general, la no verificación de cualquiera de estos presupuestos deriva en una sentencia inhibitoria que tiene fuerza de cosa juzgada formal. Es decir, a través de un nuevo proceso en el que se adopten los correctivos necesarios y se constate todos estos presupuestos, se puede modificar el contenido de la sentencia.

Presupuestos de la sentencia favorable

Estos son los requisitos que deben verificarse para que en la sentencia se acepten las pretensiones del actor: «los hechos que el demandante tiene que

146. Cfr. CPC, art. 349 y COGEP, art. 110.

147. Cfr. H. Devis Echandía, *op. cit.*, p. 279.

148. *Ibid.*

alegar y probar para obtener una sentencia que estime su pretensión»¹⁴⁹ Estos presupuestos van a variar en función de la naturaleza de la causa. Así, por ejemplo, en el juicio de prescripción adquisitiva de dominio, estos son: 1. que se individualice el bien cuya adquisición se pretende; 2. que el demandado sea el propietario del inmueble; 3. que el actor sea el poseedor del inmueble; 4. que el bien se encuentre dentro del comercio humano, y 5. que la posesión haya sido ininterrumpida durante al menos 15 años.

ÓRGANOS CON COMPETENCIA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA VERIFICAR LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

En el acápite anterior constatamos que en el proceso se distingue, en general, entre presupuestos procesales y presupuestos materiales; inclusive, en dichas categorías la doctrina ha diferenciado subclasificaciones de los mismos. Nos corresponde ahora determinar si nuestra legislación y la Corte Constitucional, en sus precedentes, diferencian entre dichos presupuestos y, en caso de hacerlo, qué órganos de la Corte Constitucional tienen competencia para verificarlos.

La Corte Constitucional ha reconocido la diferencia entre requisitos de admisión y requisitos de procedencia de una garantía jurisdiccional constitucional

La Corte Constitucional, en la sentencia No. 102-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0380-10-EP, indicó que debe entenderse a la «admisión como simple verificación de la existencia de requisitos formales para iniciar la sustanciación de un procedimiento», mientras que la procedencia «implica una verificación material sobre la existencia de la razón o fundamento para la obtención de cierto pronunciamiento o para acceder a ciertos recursos».

Si bien, en el pronunciamiento anotado la Corte no utiliza los términos *presupuestos procesales* ni *materiales*, es evidente que está haciendo referencia a los mismos, al señalar que la admisión es una revisión de requisitos formales –es decir, de presupuestos procesales– y la procedencia es una verificación material –es decir, de los presupuestos materiales–.

149. B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 400.

Sin embargo, es también necesario considerar que, al hablar de garantías jurisdiccionales constitucionales, el análisis del cumplimiento de los presupuestos formales debería ser menos riguroso que en otro tipo de acciones. Inclusive nuestra CRE en el art. 86, num. 2, lit. c) establece que las garantías podrán ser propuestas de forma oral y sin el patrocinio de un abogado.¹⁵⁰ En ese sentido, en la misma sentencia citada en este numeral, la Corte Constitucional señaló que «la inadmisión, dentro de la sustanciación de garantías jurisdiccionales de los derechos, es la última medida que el juez ha de tomar dentro de la calificación de la demanda, a la luz de su rol garante de la tutela de los derechos constitucionales».¹⁵¹

Por lo dicho, la Corte Constitucional ha reconocido en sus fallos la existencia de presupuestos formales y materiales; nos corresponde ahora determinar qué órgano u órganos de la Corte tienen competencia para verificarlos.

La Sala de Admisión

El art. 432 de la CRE establece que «la Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley». En concordancia con dicha disposición, el art. 188 de la LOGJCC establece la existencia de tres «Salas»: la de admisión, la de selección de procesos constitucionales y la de revisión.

De conformidad con el «Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia» de la Corte Constitucional,¹⁵² la Sala de Admisión «estará integrada por tres juezas o jueces constitucionales, quienes actuarán mensualmente de manera rotativa y serán designados previo sorteo efectuado en el Pleno».¹⁵³

En cuanto a las atribuciones de la Sala de Admisión, el art. 197 de la LOGJCC señala que será:

la encargada de calificar y admitir la procedencia de acciones constitucionales en los casos y términos establecidos en la ley [...]. La Sala de Admisión deberá

150. CRE, art. 86: «Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 2. Será competente la juez o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción».

151. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 102-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0380-10-EP.

152. Ecuador, «Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional» (en adelante, RSPCCC), ROS, No. 127, 10 de febrero de 2010.

153. *Ibid.*, art. 9.

realizar un análisis exhaustivo de la demanda en las acciones extraordinarias de protección y de cumplimiento para determinar el restricto apego a los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en la Ley.

Como se desprende del artículo precedente, le corresponde a la Sala de Admisión hacer una revisión «exhaustiva» de la demanda de acción extraordinaria de protección, calificarla y determinar su admisibilidad en función de los requisitos establecidos en la Ley. En ese mismo sentido, el RSPCCC señala:

Art. 12.- Decisión de la Sala de Admisión.- Los proyectos de providencia presentados serán conocidos por la Sala de Admisión, la que se pronunciará admitiendo, inadmitiendo, rechazando o disponiendo que se complete o aclare la demanda o solicitud, en el término de cinco días, bajo prevenciones de rechazo y archivo.

La inadmisión procede cuando la demanda o solicitud no cumpla con los requisitos exigidos para el efecto, y siempre que no sean subsanables. [...]

El rechazo se produce en los siguientes casos:

1. Cuando la Corte carezca de competencia.
2. Cuando la demanda se presente por fuera de los términos previstos en la ley.
3. Cuando no se corrija o complete la demanda dentro del término de cinco días, concedido para el efecto.

De la decisión de la Sala de Admisión no cabe recurso alguno y la misma causará ejecutoria.

De la disposición citada se desprende que la Sala de Admisión se limita a verificar el contenido de la demanda, mas no el resto del proceso en el cual se dictó la resolución impugnada. A propósito de esa verificación existen cuatro posibilidades:

1. Admitir la demanda;
2. Inadmitir la demanda;
3. Mandar a corregir, ampliar o aclarar la demanda, y
4. Rechazar la demanda.

En el último numeral del presente capítulo analizaremos si existe alguna diferencia entre inadmitir y rechazar la demanda; lo que queda claro es que es la Sala de Admisión el órgano competente para verificar los presupuestos procesales, al menos los de la acción y demanda de la acción extraordinaria de protección.

Pleno de la Corte Constitucional

El Pleno de la Corte Constitucional se conforma cuando se reúnen todos los jueces de la Corte Constitucional, es decir, sus nueve miembros. En cuanto a

las funciones que le corresponde ejercer al Pleno, el art. 191, num. 2, lit. d) de la LOGJCC establece: «resolver sobre las acciones extraordinarias de protección de derechos en contra de decisiones de la justicia ordinaria e indígena».

En similar sentido, el art. 39 del RSPCCC señala que le corresponde al Pleno emitir la sentencia en la acción extraordinaria de protección.

Por lo dicho, al ser el Pleno de la Corte Constitucional quien tiene que dictar sentencia en materia de acción extraordinaria de protección, es lógico que este será el órgano que ostenta la competencia para verificar los presupuestos materiales, tanto para dictar la decisión de fondo como para la emisión de una sentencia favorable para el accionante.

EL TIPO DE PRESUPUESTO QUE CONSTITUYE LA NECESIDAD DE AGOTAR LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Hasta ahora hemos determinado qué son los presupuestos procesales y materiales, así como que la Sala de Admisión tiene competencia para verificar los primeros mientras que el Pleno de la Corte Constitucional, los segundos. A continuación, nos corresponde establecer qué tipo de presupuesto es el contenido en el inciso segundo del art. 94 de la CRE, cuando se refiere a la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios como requisito de procedencia de la acción extraordinaria de protección.

Consecuencias prácticas del problema

La determinación del tipo de presupuesto que constituye la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios en el contexto de la acción extraordinaria de protección es un problema que trasciende el ámbito jurídico y su resolución tiene importantes implicaciones prácticas.

Si se determina que se trata de un presupuesto formal, será la Sala de Admisión la competente para verificarlo y, de no cumplirse, la acción deberá ser rechazada o inadmitida y, en consecuencia, archivada, sin siquiera sustanciarse el proceso ante la Corte Constitucional. En este caso, el auto de inadmisión o de rechazo, al no ser susceptible de recurso alguno, tendrá la calidad de cosa juzgada formal, pues, al no haber dado paso a la siguiente etapa del procedimiento constitucional, no podría ser revisado por el Pleno de la Corte Constitucional en ese mismo proceso. Sin embargo, una vez corregido el vicio

—en este caso, cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios— y al no haber existido un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, nada impediría que quien se considere afectado vuelva a intentar una acción extraordinaria de protección.

En el escenario opuesto —es decir, si la sala admite la acción—, podrá sustanciarse el proceso, sin que aquello implique que el Pleno de la Corte Constitucional, como órgano competente, no pueda cuestionar el pronunciamiento de la Sala de Admisión al momento de dictar sentencia y, eventualmente, revocar el auto por no haberse verificado alguno de los requisitos de admisibilidad.¹⁵⁴ Al respecto, resulta necesario invocar lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 013-09-SEP-CC, que dice:

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.¹⁵⁵

En caso de que se determine que se trata de un presupuesto material, aun cuando la Corte Constitucional solamente ha diferenciado entre los requisitos de admisibilidad —que conforme lo planteado en este trabajo equivaldrían a los presupuestos procesales— y los requisitos de procedencia —que serían los presupuestos materiales—, sería necesario establecer si el agotamiento de los recursos constituye un presupuesto material de la sentencia de fondo o de la sentencia favorable.

Si consideramos que la necesidad de agotamiento de los recursos es un presupuesto de la sentencia de fondo en la acción extraordinaria de protección,

154. LOGJCC, art. 62, inc. 3, señala: «si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la juez, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la juez o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión». De la disposición anotada se desprende claramente que la ley solamente establece que no cabrá apelación cuando se dicta un auto de inadmisión. Sin embargo, cuando se admite la demanda, no existe disposición alguna que le impida al Pleno, al momento de conocer la causa y dicar sentencia, revisar el contenido del auto de admisión y eventualmente revocarlo.

155. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 013-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0232-09-EP. (Las cursivas son añadidas). En similar sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana se pronunció en la Sentencia No. 016-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0026-08-EP.

aquello implicará que, cuando se verifique su ausencia, la Corte Constitucional no podrá pronunciarse sobre la cuestión de fondo, a saber: si el órgano jurisdiccional con su actuación vulneró o no los derechos constitucionales del accionante. Al no pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es evidente que la decisión de la Corte Constitucional no surtirá efectos de cosa juzgada material y, por ende, el accionante podrá nuevamente intentar una acción extraordinaria de protección una vez que haya agotado todos los recursos.

Por el contrario, si consideramos que el agotamiento de recursos es un presupuesto material de la sentencia favorable, aquello implicará que, de no verificarse, la Corte Constitucional deberá desechar la acción con efectos de cosa juzgada material. Esto hará imposible que el accionante pueda volver a presentar la acción una vez agotados los recursos previstos en la legislación, pues este organismo se habría ya pronunciado sobre el asunto de fondo.

El agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios, ¿un presupuesto procesal?

El segundo inciso del art. 94 de la CRE señala que la acción extraordinaria de protección «procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal».

De la disposición anotada se concluye que el que la persona supuestamente afectada haya agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en nuestra legislación es un requisito de origen constitucional para que la acción extraordinaria de protección sea procedente. En este sentido, se ha señalado que:

La necesidad de agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios para que proceda una acción extraordinaria de protección es un requisito constitucionalmente establecido; por tanto, la Corte Constitucional, en calidad de garante de la supremacía constitucional, no podría alegar para inobservar tal requisito, principios procesales que no se encuentran constitucionalmente consagrados, tal como el «principio de preclusión».¹⁵⁶

El art. 61 de la LOGJCC enumera los requisitos que debe contener una demanda de acción extraordinaria de protección. Entre ellos, –específicamente en el num. 3– señala que la demanda deberá contener la «demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean inefi-

156. Cfr. *Ibid.*, Voto salvado emitido por los jueces constitucionales Antonio Gagliardo y María del Carmen Maldonado, Sentencia No. 093-14-SEP-CC,...

caces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado».

De la disposición anotada –y sin hacer un análisis profundo– podríamos concluir que el agotamiento de recursos es un presupuesto procesal de la demanda y que, por tanto, constituye un requisito de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección que debe ser verificado por la Sala de Admisión. Precisamente, esa es la conclusión a la que arribó la Corte Constitucional en un controversial fallo, que incluso generó que dos jueces emitieran un voto salvado,¹⁵⁷ en el cual se aceptó una acción extraordinaria de protección propuesta en contra de una sentencia de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos, respecto de la cual el accionante no interpuso recurso de casación. En el voto de mayoría constó el siguiente razonamiento que, por su importancia, nos permitimos transcribir:

mediante auto de fecha 29 de noviembre de 2011 (fs. 4) la Sala de Admisión efectuó el respectivo análisis de admisibilidad de la presente causa, procediendo a admitir la misma. Razón por la que, en virtud del principio de preclusión procesal que en lo principal determina que una vez superada la fase de admisión, en la etapa posterior no cabe volverse a pronunciar sobre lo ya resuelto, en la presente fase de sustanciación no corresponde analizar lo ya resuelto en el auto de admisión señalado que conforme lo dicho tiene el carácter de definitivo e inapelable [...].

Siendo así, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en los art. 61 y 62 determina los requisitos de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, y en el art. 63 establece que en sentencia la Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara tal vulneración, ordenará la reparación integral al afectado. Es decir, establece dos momentos procesales distintos, siendo el resultado del primero el auto de admisión, y del segundo la sentencia constitucional en la cual se determinará si en la decisión judicial impugnada existió o no vulneración de derechos constitucionales.

En tal virtud, habiéndose superado la fase de admisión, no corresponde en este momento procesal referirse a las causales de inadmisibilidad alegadas por los legitimados pasivos y terceros con interés en la contestación a la demanda.

157. Las posiciones antagónicas en cuanto al tema quedaron evidenciadas en la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana No. 093-14-SEP-CC,... (Juez Ponente: Patricio Pazmiño), en la cual los doctores A. Gagliardo y M. del C. Maldonado, salvaron sus votos y la decisión fue adoptada por mayoría, con los votos a favor de Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire.

A partir de los argumentos vertidos en esta sentencia, realizaremos un análisis y explicaremos por qué nos encontramos en contra de lo resuelto por la Corte Constitucional en este caso:

1. El art. 62 de la LOGJCC enumera expresamente los requisitos que debe verificar la Sala de Admisión para admitir a trámite una acción extraordinaria de protección; en ninguno de ellos aparece la verificación de que haya existido un agotamiento de recursos.¹⁵⁸
El art. 35 del RSPCCC ratifica que son los requisitos que constan en el art. 62 de la LOGJCC, y no los del art. 61 los que tienen que ser revisados por parte de la Sala de Admisión durante su examen de admisibilidad.
2. Como quedó señalado, la Corte Constitucional –en la sentencia No. 102-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0380-10-EP– indicó que debe entenderse la «admisión como simple verificación de la existencia de requisitos formales para iniciar la sustanciación de un procedimiento». Asimismo, como lo enunciamos, la verificación del agotamiento de recursos es un requisito constitucionalmente establecido; por ello, no podría ser calificada como una cuestión meramente formal.
3. A pesar de los pronunciamientos de la Corte,¹⁵⁹ los requisitos del art. 61 de la LOGJCC no pueden ser considerados requisitos de admi-

158. Cfr. LOGJCC, art. 62: «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 art. 60 de esta ley;
7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales, y
8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional».

159. Cfr. Ecuador, Corte Constitucional, Sala de Admisión, auto de admisión dictado en el caso No. 0543-14-EP, 24 de junio de 2014 –este auto es especialmente interesante pues, a pesar de que señala expresamente que el art. 61 de la LOGJCC contiene requisitos de admisibilidad, admite a trámite una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral respecto del cual no se interpuso acción de nulidad de laudo arbitral, sin esgrimir fundamento alguno para tal decisión–; *ibid.*, caso No. 1362-13-EP, 16 de enero de 2014 –en este auto se inadmite una acción extraordinaria propuesta en contra de un laudo arbitral por no haber agotado la acción de nulidad de laudo arbitral–; *ibid.*, caso No. 1585-10-EP, 21 de marzo de 2011 –en este auto, si bien ni siquiera se menciona el art. 61, de la LOGJCC, se inadmite una acción extraordinaria propuesta en contra de un laudo arbitral por no haber agotado la acción

bilidad adicionales a los previstos en el art. 62 de dicho cuerpo legal. Así, conforme establece el art. 12 del RSPCCC, la inobservancia de los presupuestos del art. 62 genera la inadmisión de la demanda, mientras que la inobservancia de los requisitos del art. 61 genera el rechazo de la misma.¹⁶⁰

Jurídicamente, ambos pronunciamientos producen el mismo efecto: el archivo de la demanda. Pero es importante considerar que dicho Reglamento fue emitido por la propia Corte Constitucional y revela su comprensión de la normativa en cuanto a que los requisitos contenidos en el art. 61 de la Ley tienen una naturaleza distinta a los del art. 62.

4. Es indudable que los requisitos del art. 61 se refieren al contenido mínimo de la demanda, y no constituyen aspectos cualitativos que deban ser verificados por la Sala de Admisión, sino que basta con que ellos consten enunciados y desarrollados en la demanda para que esta no pueda ser rechazada.¹⁶¹ En un símil con un proceso civil ordinario, los requisitos de la demanda contenidos en el art. 61 de la LOGJCC¹⁶² equivaldrían a los requisitos de la demanda enumerados en el art. 67 del CPC.¹⁶³ Al momento de calificar la demanda, el Juez no podría pronun-

de nulidad de laudo arbitral—; *ibid.*, caso No. 1275-13-EP, 30 de enero de 2014 —en este auto se inadmite una acción extraordinaria propuesta en contra de un laudo arbitral por no haber agotado la acción de nulidad de laudo arbitral—.

160. El término *rechazo* no tiene sustento constitucional ni legal y se introdujo en el antedicho Reglamento para efectuarlo cuando: a) no se cumplan los requisitos formales de la demanda; b) la Corte Constitucional carezca de competencia para conocer la causa; o, c) no se haya presentado la acción dentro del término establecido en la Ley. La inadmisibilidad, por el contrario, se presenta cuando no se cumplen los requisitos de admisión establecidos en la LOGJCC, que en el caso de la acción extraordinaria de protección se encuentran enumerados en el art. 62.
161. Por ejemplo, uno de los requisitos constantes en el art. 61 de la LOGJCC es: «5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial». Es evidente que la Sala de Admisión solamente verificará que el accionante enuncie uno o varios derechos constitucionales como vulnerados, sin que pueda realizar un análisis, tanto por carecer de competencia como de los suficientes elementos de juicio, en el que determine si los derechos invocados por el accionante en su demanda son efectivamente los derechos que se han vulnerado en la decisión judicial cuestionada.
162. El art. 34 del RSPCCC ratifica que los requisitos constantes en el art. 61 de la LOGJCC son requisitos de la demanda y no presupuestos de admisibilidad.
163. Cfr. CPC, art. 67, «La demanda debe ser clara y contendrá: 1. La designación del juez ante quien se la propone; 2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado; 3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión; 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige; 5. La determinación de la cuantía; 6. La especificación del trámite que debe darse a la causa; 7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor, y 8. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso». En el COGEP, los requisitos que debe contener la demanda se encuentran enumerados en el art. 142.

ciarse sobre si los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda son correctos, adecuados o suficientes; simplemente tiene que verificar la enunciación y claridad de estos.

De la misma manera, cuando la Sala de Admisión verifica los requisitos del art. 61 de la LOGJCC, no debe realizar un examen cualitativo sino simplemente verificar que esos requisitos consten en la demanda; el Pleno de la Corte Constitucional deberá realizar el análisis cualitativo de esos requisitos al momento de dictar sentencia.

5. De las normas analizadas¹⁶⁴ se evidencia que la Sala de Admisión se limita a la revisión de la demanda y no verifica todo el proceso en el cual se dictó la decisión cuestionada.

Ninguno de los presupuestos de admisibilidad implica un análisis o pronunciamiento por parte de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, en cuanto a la existencia o no de violación de derechos fundamentales, sino una verificación preliminar que alcanza exclusivamente al contenido de la demanda y la argumentación que consta en ella.¹⁶⁵

Es por ello que la verificación de que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, o que el no agotamiento no sea atribuible al afectado, no es una cuestión constatable a través de la sola lectura de la demanda, sino que va a requerir el análisis de todo el proceso, el cual solamente lo efectúa el Pleno de la Corte Constitucional.

6. Si, como quedó establecido en el capítulo II, la necesidad de que se agoten los recursos ordinarios y extraordinarios en la acción extraordinaria de protección implica además que se deberá analizar si el vicio alegado no es subsanable por medio de una acción autónoma de impugnación, aquello también constituye un tema que trasciende el texto de la demanda y que requerirá en cada caso un análisis específico, que abarcará: a) la naturaleza y materia del conflicto; b) los medios de impugnación disponibles para las partes; c) las causales de procedencia de esos medios de impugnación y, d) los vicios que se alega que contienen las decisiones cuestionadas. La revisión de estas cuestiones requiere un estudio completo del expediente y no solo de la demanda.
7. La Sala de Admisión debe verificar si en la demanda se ha dado o no cumplimiento a los requisitos previstos en el art. 62 de la LOGJCC, sin que su análisis se extienda al proceso en el cual se dictó la decisión jurisdiccional cuestionada a través de la acción extraordinaria de pro-

164. Cfr. LOGJCC, art. 197 y RSPCCC, art. 12.

165. De la lectura de los autos de admisión e inadmisión dictados por la Corte Constitucional se desprende que siempre el pronunciamiento gira en torno a si *la demanda* cumple o no los requisitos para ser admitida.

tección. Esta es la razón por la cual en todo auto en que se admite una acción extraordinaria de protección se hace constar la frase: «Por lo expuesto y sin que esto implique un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones, se ADMITE a trámite la acción extraordinaria de protección»,¹⁶⁶ o cualquier texto equivalente.

En razón de todo lo indicado, descartamos que la necesidad de agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la acción extraordinaria de protección sea un presupuesto formal que deba ser verificado por la Sala de Admisión. Así, concluimos por exclusión que se trata de un presupuesto material constitucionalmente establecido. Falta determinar si se trata de un presupuesto de la sentencia de fondo o de la sentencia favorable.

El agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios, ¿un presupuesto material de fondo o de sentencia favorable?

Es necesario tener presente que, como la acción extraordinaria de protección es una garantía constitucional de los derechos de las personas, cualquier tipo de duda en cuanto a su alcance y contenido debe resolverse en el sentido que más favorezca a su efectiva vigencia.

De la lectura de los art. 94 y 437 de la CRE se evidencian tres requisitos para que la acción extraordinaria de protección sea procedente,¹⁶⁷ es decir, tres presupuestos materiales:

1. Que se hayan agotados los recursos ordinarios y extraordinarios de manera oportuna (art. 94, inciso segundo);
2. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas (art. 437, num. 1);
3. Que se demuestre la violación del debido proceso u otros derechos reconocidos en la CRE durante el juzgamiento (art. 437, num. 2).

Como lo analizamos en los capítulos precedentes, los presupuestos que constan en los num. 1 y 2, se encuentran estrechamente vinculados, por lo

166. Cfr. Ecuador, Corte Constitucional, Sala de Admisión, auto de admisión dictado dentro de la causa No. 0213-12-EP,7 de junio de 2012 (Las mayúsculas constan en el texto original); *ibid.*, causa No. 1361-13-EP, 3 de octubre de 2013; *ibid.*, causa No. 965-13-EP, 3 de octubre de 2013, entre muchos otros ejemplos.

167. Se evidencia la mala redacción de la CRE cuando, por ejemplo, en el art. 437 se utiliza la palabra *admisión*, cuando es obvio que se trata de requisitos de procedencia. Jamás la violación del debido proceso u otros derechos establecidos en la Constitución podrían ser considerados requisitos de admisibilidad de una acción extraordinaria de protección, que, como garantía jurisdiccional constitucional, tiene como fin último precisamente la reparación de derechos.

que deben ser analizados de forma conjunta al momento de determinar si son presupuestos materiales de la sentencia de fondo o de la sentencia favorable.

La acción extraordinaria de protección fue concebida para reparar la vulneración de derechos fundamentales durante la sustanciación de un proceso jurisdiccional, cuando los medios de impugnación previstos en sede ordinaria no han sido adecuados o suficientes para evitar o reparar tal vulneración.

Como vimos en el capítulo anterior, la calidad de residual y extraordinaria de esta garantía busca que las personas no acudan sistemáticamente a la jurisdicción constitucional para reparar la vulneración de sus derechos, durante un proceso jurisdiccional. Lo hacen porque lo idóneo y deseable es que la propia jurisdicción ordinaria, a través de los mecanismos preestablecidos en el ordenamiento jurídico, repare cualquier eventual vulneración.

Por lo tanto, la cuestión de fondo a resolver en una acción extraordinaria de protección no es si el accionante ha agotado o no los mecanismos existentes en sede ordinaria, para reparar una eventual vulneración de sus derechos producida durante un proceso jurisdiccional. La cuestión de fondo es si existe o no vulneración de sus derechos. Lo dicho queda corroborado en el inciso primero del art. 63 de la LOGJCC, que prescribe: «la Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado».

Sin embargo, el accionante no podrá demandar un pronunciamiento en tal sentido de la Corte Constitucional, si no agotó previamente los medios de impugnación previstos en la jurisdicción ordinaria, o demuestra que, si no lo hizo, se debió a causas no imputables a su negligencia.

Al respecto, el máximo intérprete de la CRE ha sostenido que:

La Corte Constitucional, en la verificación del agotamiento de los medios procesales de impugnación, indica que no se encuentra cumplido este requisito, ya que, como consta en el proceso, existe un juicio ordinario de nulidad que consta en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha No. 1174-2009 JTR, proceso que en la demanda señala los mismos hechos y argumentos que utiliza para proponer la presente Acción Extraordinaria de Protección, en contra del mismo sujeto procesal, como es el señor Juez Vigésimo de lo Civil de Pichincha, con relación al mismo objeto, la sentencia del juicio No. 363-2003, razón por la cual la Corte Constitucional verifica que no se han agotado los medios procesales de impugnación, motivo que impide ingresar a analizar las demás pretensiones del accionante.¹⁶⁸

En consecuencia, si no realizó el tantas veces aludido «agotamiento», la Corte Constitucional no puede ni debe pronunciarse sobre la violación de

168. Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 013-10-SEP-CC, ...

derechos, sino que va a tener que dictar una resolución equivalente a lo que la doctrina procesal civil denomina «inhibitoria». Lo hará en virtud de que no se ha cumplido el requisito constitucional necesario para que la Corte Constitucional quede habilitada a pronunciarse sobre una eventual violación de derechos constitucionales del accionante.

El accionante, en ese caso, tendrá la posibilidad de intentar una nueva acción extraordinaria de protección y obtener de la Corte Constitucional un pronunciamiento de fondo, una vez que haya cumplido con el «agotamiento» requerido constitucionalmente y de no haber obtenido la reparación del derecho presuntamente vulnerado.¹⁶⁹

Es importante advertir que, en caso de que el accionante decida no agotar los recursos o acciones de impugnación que le queden o que haya transcurrido un período que le imposibilite hacerlo,¹⁷⁰ será una cuestión que le es enteramente imputable. En ese caso, la propia CRE determina que no tiene derecho a interponer una acción extraordinaria de protección.¹⁷¹

Con este contexto, es necesario señalar, además, que la Corte Constitucional, en algunos fallos, ha señalado que el agotamiento de recursos en la acción extraordinaria de protección es un requisito de procedibilidad, lo cual es asimilable a la definición propuesta de presupuesto sustancial de la sentencia de fondo:

De allí que no obstante la Sala de Admisión, mediante providencia del 21 de marzo de 2011 a las 11:43, consideró que la demanda de acción extraordinaria de protección presentada reunía los requisitos establecidos en la Constitución de la República para la presentación de la demanda, por lo que admitió

169. Es importante advertir que el accionante no va a tener inconvenientes con el requisito implícitamente establecido en el art. 6 del RSPCC, ya que el que deba acudir a un órgano jurisdiccional en búsqueda del agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios que no hubiese intentado con anterioridad necesariamente, implicará la emisión de una nueva decisión jurisdiccional que va a modificar la providencia objeto de la acción extraordinaria de protección.

170. Más allá de lo lamentable que resulta que la Corte Constitucional tarde mucho tiempo en resolver una acción extraordinaria de protección, el hecho de que se determine que el accionante no agotó los recursos y acciones que le permitía el ordenamiento jurídico en sede ordinaria, y acudió directamente a la Corte Constitucional a través de una acción extraordinaria de protección, implica que pretendió incurrir en un fraude constitucional, al utilizar a la antedicha garantía jurisdiccional como norma de cobertura para «sustituir» o «evadir» los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico, para obtener la reparación del vicio que alega que tiene la decisión cuestionada.

171. En la CRE, art. 94, inc. 2, se establece de forma implícita, que si el titular del derecho ocasionó el no agotamiento de los recursos, este no tendrá la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección. Hago esta lectura, puesto que se determina como única salvedad para que no se hayan agotado los recursos, el hecho de que el no agotamiento no se deba a la negligencia del titular del derecho supuestamente vulnerado.

a trámite la acción [...], pero la Corte considera que este pronunciamiento no exige que en la sustanciación de la acción, se verifique los requisitos de *procedibilidad* de la acción [...], siendo la vía excepcional que solo puede activarse luego de haberse interpuesto o agotado otro medio de defensa judicial en la sede ordinaria [...].

En el presente caso, se invoca la inobservancia o incumplimiento del último presupuesto, esto es, la *procedibilidad* como elemento sustancial de la acción extraordinaria de protección, que ha sido expresamente alegado [...].

Ahora bien, el indicado presupuesto es una exigencia inexorable que se encuentra establecida en el art. 94 inciso final de la Constitución, y art. 61, num. 3 de la LOGJCC [...]. En otras palabras, solo una vez que el titular del derecho violado ha agotado todas las posibilidades procesales ante estos jueces, puede la violación del derecho llegar a conocimiento de la Corte Constitucional, que es un órgano jurisdiccional especializado.¹⁷²

Por otra parte, si bien es cierto que este requisito en la acción extraordinaria de protección no se encuentra mencionado por la doctrina cuando se ejemplifica los presupuestos materiales de la sentencia de mérito en los procesos en general, es asimilable en varios aspectos a la prejudicialidad, que es un ejemplo típico de este tipo de presupuestos.

En efecto, la prejudicialidad impide al juez emitir un pronunciamiento respecto del fondo de la controversia sometida a su conocimiento, en virtud de que para hacerlo debe esperar que previamente se resuelva un proceso que se está sustanciando o debe sustanciarse en otro ámbito jurisdiccional.¹⁷³ En ese sentido, la necesidad de agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios en la acción extraordinaria de protección impiden a la Corte Constitucional pronunciarse sobre el fondo de la controversia –la supuesta violación de derechos– mientras no se hayan agotado los mecanismos procesales de impugnación en contra de la decisión cuestionada.

En conclusión, la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios es un presupuesto material establecido constitucionalmente de la sentencia de fondo, de tal manera que, en su ausencia, el Pleno de la Corte Constitucional deberá desechar la demanda, pero tendrá que dejar a salvo los

172. Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 193-12-SEP-CC, dictada en el caso No. 0082-11-EP. (El subrayado nos pertenece). En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 041-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0305-09-EP y en la Sentencia No. 066-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0437-10-EP.

173. Beatriz Quintero y Eugenio Prieto señalan que la prejudicialidad es un presupuesto material de la sentencia de fondo en razón de que «el juez del proceso en el cual la pretensión de otro se integra como hecho, debe esperar la definición judicial del mismo, porque de ella depende la decisión que ha de tomar en sentencia» (B. Quintero y E. Prieto, *op. cit.*, p. 399.)

derechos del accionante para intentar nuevamente la acción, una vez que haya cumplido con el requisito del agotamiento.

La Corte Constitucional ha emitido pronunciamientos que admiten esta posición cuando ha resuelto: «Desechar la acción extraordinaria de protección planteada por Tanya Silvia Salazar Cabrera en contra de la sentencia del 4 de octubre de 2006, dictada por la Segunda sala de lo Civil de Pichincha, dentro de la causa No. 031-20-RB, *dejando a salvo los derechos de la accionante una vez que se resuelva sobre la nulidad interpuesta*».¹⁷⁴

174. Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 007-12-SEP-CC-2012,... (Las cursivas son agregadas)

Conclusiones

Dada la estructura de la presente obra, en cada capítulo hemos arribado a las conclusiones necesarias para la comprensión y desarrollo del tema central. A continuación resumiremos las principales conclusiones a las que hemos llegado:

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional constitucional. Como tal tiene por finalidad última la reparación de manera integral de las violaciones a los derechos fundamentales que se hayan producido durante la sustanciación de un proceso jurisdiccional y que no se hayan podido reparar a través de los medios de impugnación ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico.

Por lo dicho, cualquier análisis o interpretación de la acción extraordinaria de protección y de las normas que la regulan debe tener como punto de partida el hecho de que es una garantía de los derechos de las personas y que, por tanto, ha sido concebida como un mecanismo para que estos sean efectivos y reivindicados cuando han sido vulnerados.

El que la acción extraordinaria de protección sea una garantía jurisdiccional constitucional provoca que esté vedada cualquier tipo de interpretación restrictiva, y que su análisis trascienda los formalismos procesales tradicionales, sin que aquello implique que se puedan inobservar las limitaciones y requisitos impuestos en el propio texto constitucional para su procedencia.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional y ordinaria se acepta la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La diferencia entre ellas radica en que mientras una decisión que tiene efectos de cosa juzgada material es inimpugnable e inmutable, una decisión que tiene efectos de cosa juzgada formal es inimpugnable pero mutable en un nuevo proceso.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen muchos tipos de decisiones que, aun cuando no pueden ya ser objeto de recurso alguno dentro del proceso en el cual se adoptaron, sí pueden ser modificadas con nuevos procesos, es decir, no adquieren la característica de inmutabilidad.

Por lo tanto, es posible que una sentencia esté ejecutoriada pero no sea definitiva, pero necesariamente toda sentencia definitiva estará ejecutoriada.

La ejecutoriedad de una decisión es una condición necesaria para que pueda tener la calidad de definitiva.

Si bien, la regla general es que solamente las sentencias pueden tener la calidad de cosa juzgada, existen también algunos autos que, por ser definitivos, pueden tener esa misma calidad. El mejor ejemplo de este tipo de autos que tienen la condición de irreversibles es el auto de sobreseimiento definitivo en materia penal.

Los medios de impugnación no se agotan con los recursos, sino que estos son un tipo de aquellos. Los recursos implican la revisión de una decisión jurisdiccional, pero dentro del mismo proceso, mientras que las acciones impugnativas (acciones autónomas) conllevan el inicio de un nuevo proceso en el cual se va a revisar la decisión cuestionada.

A partir de la distinción entre recursos y medios procesales de impugnación, la Corte ha variado constantemente su criterio en cuanto a si se deben agotar todos los medios procesales de impugnación o solamente los recursos para que sea procedente una acción extraordinaria de protección.

Sin embargo, debe considerarse que de aceptar la posibilidad de que se inicien paralelamente una acción ordinaria de impugnación y una acción extraordinaria de protección para subsanar el mismo vicio, esta última ya no sería ni residual ni subsidiaria sino una acción autónoma de impugnación común y corriente.

La distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios no se encuentra claramente definida ni en la legislación ni en la doctrina, por lo que no se explica por qué el constituyente adoptó precisamente esa clasificación en el art. 94 de la Constitución, cuando habría bastado que utilice la palabra *recursos* sin distinción alguna.

Para que sea procedente una acción extraordinaria de protección se requiere que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, con solo dos excepciones: a) la primera, de carácter constitucional, que se presenta cuando el no agotamiento no sea imputable a la negligencia de quien ha sufrido la vulneración de sus derechos, y b) la segunda, de origen jurisprudencial, que surge cuando no se han agotado los recursos horizontales de ampliación y aclaración.

En función del principio de interpretación sistemática, tal y como se encuentran actualmente las disposiciones constitucionales, la acción extraordinaria de protección es residual, en el sentido de que para su procedencia se requiere: a) que se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico, y b) que se hayan agotado las acciones autónomas de impugnación, cuando el vicio que se pretende alegar ante la Corte Constitucional sea susceptible de ser subsanado por medio de cualquiera de las causales de procedencia de dichas acciones.

En el caso de las acciones autónomas de impugnación sería absurdo y contrario a la naturaleza misma de la acción extraordinaria de protección, como garantía jurisdiccional constitucional de los derechos, el pretender que se agote una acción autónoma a sabiendas de que no es idónea y eficaz para solventar el vicio alegado.

La Corte Constitucional, en la sentencia No. 102-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0380-10-EP, indicó que debe entenderse a la «admisión como simple verificación de la existencia de requisitos formales para iniciar la sustanciación de un procedimiento», mientras que la procedencia «implica una verificación material sobre la existencia de la razón o fundamento para la obtención de cierto pronunciamiento o para acceder a ciertos recursos».

Si bien, en el pronunciamiento anotado la Corte no utiliza los términos *presupuestos procesales* ni *materiales*, es evidente que está haciendo referencia a los mismos, al señalar que la admisión es una revisión de requisitos formales –es decir, de presupuestos procesales– y la procedencia es una verificación material –o sea, de los presupuestos materiales–.

Si se determina que la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios en el contexto de una acción extraordinaria de protección, se trata de un presupuesto formal, será la Sala de Admisión la competente para verificarlo y, de no cumplirse, la acción deberá ser rechazada o inadmitida y, en consecuencia, archivada, sin siquiera sustanciarse el proceso ante la Corte Constitucional.

En este caso, el auto de inadmisión o de rechazo, al no ser susceptible de recurso alguno, tendrá el carácter de cosa juzgada formal pues, al no haber dado paso a la siguiente etapa del procedimiento constitucional, no podría ser revisado por el Pleno de la Corte Constitucional en ese mismo proceso.

Sin embargo, una vez corregido el vicio –en este caso, cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios– y al no haber existido un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, nada impediría que quien se considere afectado vuelva a intentar una acción extraordinaria de protección.

En el escenario opuesto –es decir, si la sala admite la acción–, podrá sustanciarse el proceso, sin que aquello implique que el Pleno de la Corte Constitucional, como órgano competente, no pueda cuestionar el pronunciamiento de la Sala de Admisión al momento de dictar sentencia y eventualmente revocar el auto por no haberse verificado alguno de los requisitos de admisibilidad.

En caso de que se determine que la necesidad de que se agoten los recursos ordinarios y extraordinarios en el contexto de una acción extraordinaria de protección, se trata de un presupuesto material, aun cuando la Corte Constitucional solamente ha diferenciado entre los requisitos de admisibilidad –que conforme a lo planteado en este trabajo, equivaldrían a los presupuestos procesales– y los requisitos de procedencia –que serían los presupuestos mate-

riales—, sería necesario establecer si el agotamiento de los recursos constituye un presupuesto material de la sentencia de fondo o de la sentencia favorable.

Si consideramos que la necesidad de agotamiento de los recursos es un presupuesto de la sentencia de fondo en la acción extraordinaria de protección, aquello implicará que, cuando se verifique su ausencia, la Corte Constitucional no podrá pronunciarse sobre la cuestión de fondo: si el órgano jurisdiccional con su actuación vulneró o no los derechos constitucionales del accionante. Al no pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es evidente que la decisión de la Corte Constitucional no surtirá efectos de cosa juzgada material y, por ende, el accionante podrá nuevamente intentar una acción extraordinaria de protección una vez que haya cumplido con el agotamiento de recursos.

Por el contrario, si consideramos que el agotamiento de recursos es un presupuesto material de la sentencia favorable, aquello implicará que, de no verificarse, la Corte Constitucional deberá desechar la acción con efectos de cosa juzgada material. Ello hará imposible que el accionante pueda volver a presentar la acción una vez agotados los recursos previstos en la legislación, pues este organismo se habría ya pronunciado sobre el asunto de fondo. Esta posición nos parece que contraría la naturaleza de garantía jurisdiccional constitucional de la acción extraordinaria de protección, puesto que por una cuestión que es subsanable, se dejaría sin posibilidad a la persona de obtener un pronunciamiento de fondo sobre la violación de sus derechos.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional debe verificar si en la demanda se ha dado o no cumplimiento a los requisitos previstos en el art. 62 de la LOGJCC, sin que su análisis se extienda al proceso en el cual se dictó la decisión jurisdiccional cuestionada por medio de la acción extraordinaria de protección. Esta es la razón por la cual en todo auto en que se admite una acción extraordinaria de protección se hace constar la frase: «Por lo expuesto y sin que esto implique un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones, se ADMITE a trámite la acción extraordinaria de protección», o cualquier texto equivalente (Mayúsculas en el original).

Si, como quedó establecido en el capítulo II, la necesidad de que se agoten los recursos ordinarios y extraordinarios en la acción extraordinaria de protección implica además que se deberá analizar si el vicio alegado no es subsanable por medio de una acción autónoma de impugnación, aquello también constituye un tema que trasciende el texto de la demanda. También requerirá en cada caso un análisis respecto a lo siguiente: a) la naturaleza y materia del conflicto; b) los medios de impugnación disponibles para las partes; c) las causales de procedencia de esos medios de impugnación, y d) los vicios que se alega que contienen las decisiones cuestionadas. La revisión de estas cuestiones requiere un estudio completo del expediente, y no solo de la demanda.

Descartamos, por tanto, que la necesidad de agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la acción extraordinaria de protección sea un presupuesto formal que deba ser verificado por la Sala de Admisión. Así, concluimos por exclusión, que se trata de un presupuesto material constitucionalmente establecido. Corresponde entonces determinar si se trata de un presupuesto de la sentencia de fondo o de la sentencia favorable.

La cuestión de fondo a resolver en una acción extraordinaria de protección no es si el accionante ha agotado o no los mecanismos existentes en sede ordinaria, para reparar una eventual vulneración de sus derechos producida durante un proceso jurisdiccional; lo medular es si existe o no vulneración de sus derechos

Si no se realizó el tantas veces aludido «agotamiento», la Corte Constitucional no puede ni debe pronunciarse sobre la violación de derechos, sino que debe dictar una resolución equivalente a lo que la doctrina procesal civil denomina «inhibitoria». Esto en virtud de que no se ha cumplido el requisito constitucional necesario para que la Corte Constitucional quede habilitada a pronunciarse sobre una eventual violación de derechos constitucionales del accionante.

En caso de que se dicte una resolución «inhibitoria», el accionante tendrá la posibilidad de intentar una nueva acción extraordinaria de protección, y obtener de la Corte Constitucional un pronunciamiento en cuanto a si durante la sustanciación del proceso jurisdiccional en el cual se dictó la decisión que cuestiona se han violado o no sus derechos constitucionales. Para intentar esta nueva acción deberá haber cumplido con el «agotamiento» requerido constitucionalmente, y no haber obtenido la reparación del derecho presuntamente vulnerado.

Por lo tanto, la necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios es un presupuesto material establecido constitucionalmente de la sentencia de fondo, de tal manera que, en su ausencia, el Pleno de la Corte Constitucional deberá desechar la demanda, pero dejar a salvo los derechos del accionante para intentar nuevamente la acción, una vez que haya cumplido con el requisito del agotamiento.

Bibliografía

Doctrina

- Alarcón Peña Pablo, «Residualidad: Elemento generador de la ordinarización de la acción de protección», en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 559-610, 2010.
- Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- Andrade Ubidia Santiago, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Andrade & Asociados, 2005.
- Cárdenas Zambonino, Álvaro, *Interpretación constitucional*, Quito, Cevallos, 2011.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. B de F, 2004.
- De Santo, Víctor, *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Universidad, 2006.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 2004.
- Flor Rubianes, Jaime, *Teoría general de los recursos procesales*, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2002.
- García Falconí, José, *La Corte Constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva Constitución Política del Ecuador*, Quito, Rodin, 2008.
- Gozáini, Osvaldo, *Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Grijalva, Agustín, «Acción extraordinaria de protección», en Antonio José Pérez, coord., *Viabilidad de las garantías jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 259-292, 2012.
- Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 3a. ed., 1968.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco, «La residualidad de la acción extraordinaria de protección frente a la acción de nulidad de sentencia», en Hernán Salgado *et al.*, *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: Democracia, garantías y derechos*, Quito, Asociación Escuela de Derecho (AED)-Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), p. 39-49, 2011.
- Ibáñez Najjar, Jorge Enrique, *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Bogotá, Depalma, 2009.
- Mejía Salazar, Álvaro, *Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo*, Quito, Ed. Legales, 2013.

- Mogrovejo, Diego, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Corporación Editora Nacional (CEN), 2014.
- Pazmiño Freire, Patricio, «La acción extraordinaria de protección: Eficacia y efectividad en el orden garantista», en *Umbral: Revista de derecho constitucional*, No. 3, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, p. 17-41, 2013.
- Ponce Martínez, Alejandro, *Derecho procesal orgánico*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 1991.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Vías de hecho*, Bogotá, Temis, 2013.
- Quintero, Beatriz, y Eugenio Prieto, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 2000.
- Storini, Claudia, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, UASB-E / CEN, p. 287-312, 2009.
- Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos del derecho procesal civil*, t. II, Quito, Pudeleco, 2002.
- Zaidán, Salim, «Regulación de la Acción de Protección: ¿El requisito legal de subsidiariedad viola el principio constitucional de prohibición de restricción normativa?», en Hernán Salgado *et al.*, *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*, Quito, AED-PUCE, p. 51-78, 2011.
- Zavala Baquerizo, Jorge, *El proceso penal*, t. IV, Guayaquil, Edino, 1990.
- Zavala Egas, Jorge, *Teoría y práctica procesal constitucional*, Guayaquil, Edilex, 2011.

Normativa ecuatoriana

- Ecuador. Asamblea Nacional, Constitución de la República del Ecuador, [2008], Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008.
- . Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial (RO), No. 737, 3 de enero de 2003.
- . Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial, Suplemento (ROS), No. 58, 12 de julio de 2005.
- . Código de Procedimiento Penal, ROS, No. 360, 13 de enero de 2000.
- . Código Orgánico de Organización Territorial, ROS, No. 303, 19 de octubre de 2010.
- . Código Orgánico General del Proceso, ROS, No. 506, 22 de mayo de 2015.
- . Código Orgánico Integral Penal, RO, No. 180, 10 de febrero de 2014.
- . Código Orgánico de la Función Judicial, ROS, No. 544, 9 de marzo de 2009.
- . Código Tributario, ROS, No. 38, 14 de junio de 2005.
- . Constitución Política de la República del Ecuador, RO No. 1, 11 de agosto de 1998.
- . Ley de Arbitraje y Mediación, RO, No. 417, 14 de diciembre de 2006.
- . Ley de Casación, ROS, No. 299, 24 de marzo de 2004.
- . Ley de Inquilinato, RO, No. 196, 1 de noviembre de 2000.
- . Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, RO, No. 338, 18 de marzo de 1968.

- . Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, RO, No. 349, 31 de diciembre de 1993.
- . Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), ROS, No. 52, 22 de octubre de 2009.
- . Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, RO, No. 466, 13 de noviembre de 2008.
- . Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC), ROS, No. 127, 10 de febrero de 2010.

Normativa internacional

Colombia. Decreto No. 2951 de 1991.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, RO, No. 801, 6 de agosto de 1984.

Jurisprudencia ecuatoriana Ecuador

Corte Constitucional. Autos de la Sala de Admisión

Auto dictado dentro de la causa No. 1275-13-EP, 30 de enero de 2014.

Auto dictado en el caso No. 0543-14-EP, 24 de junio de 2014.

Auto dictado en el caso No. 1362-13-EP, 16 de enero de 2014.

Auto dictado en el caso No. 1585-10-EP, 21 de marzo de 2011.

Auto dictado en el caso No. 1275-13-EP, 30 de enero de 2014.

Auto dictado en el caso No. 0213-12-EP, 7 de junio de 2012.

Auto dictado en el caso No. 1361-13-EP, 3 de octubre de 2013.

Auto dictado en el caso No. 965-13-EP, 3 de octubre de 2013.

Ecuador. Corte Constitucional. Sentencias en casos de acción extraordinaria de protección

No. 0010-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0502-09-EP.

No. 012-09-EP-CC, dictada dentro del caso No. 0048-08-EP.

No. 003-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0064-08-EP.

No. 006-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0002-08-EP.

No. 006-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0712-09-EP.

No. 007-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0050-08-EP.

No. 007-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0051-09-EP.

No. 008-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0103-09-EP.

No. 009-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0077-09-EP.

No. 013-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0232-09-EP.

No. 013-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0212-09-EP.

No. 013-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0212-09-EP.

No. 016-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0026-08-EP.

No. 019-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0014-09-EP.

No. 020-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0038-09-EP.

No. 021-11-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0317-09-EP.

No. 026-11-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1341-10-EP.
No. 027-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0011-08-EP.
No. 028-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0173-10-EP.
No. 031-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0485-09-EP.
No. 035-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0261-09-EP.
No. 036-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0286-09-EP.
No. 037-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0024-08-EP.
No. 041-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0305-09-EP.
No. 055-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0406-10-EP.
No. 061-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0544-10-EP.
No. 066-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0437-10-EP.
No. 093-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1752-11-EP.
No. 098-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1850-11-EP.
No. 099-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0120-13-EP.
No. 101-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1403-12-EP.
No. 102-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0380-10-EP.
No. 103-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0767-10-EP.
No. 117-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0619-12-EP.
No. 123-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1542-11-EP.
No. 144-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0848-10-EP.
No. 169-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1568-10-EP.
No. 193-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0082-11-EP.

Ecuador. Corte Constitucional

Sentencias en casos de consulta de constitucionalidad de norma

No. 003-14-SCN-CC dictada dentro del caso No. 0486-12-CN.

Jurisprudencia internacional

Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-567 de 1998, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre el fondo dentro del caso Velásquez Rodríguez con respecto a Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

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, ratificado posteriormente 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

- 205** Raúl Moscoso, «CIUDADANOS UNIVERSALES» EN EL COMITÉ DEL PUEBLO
- 206** Gabriela Espinoza, ¿GALANTERÍA O ACOSO SEXUAL CALLEJE-RO?: Un análisis jurídico con perspectiva de género
- 207** María José Ramírez, LOS TRIBUTOS HETERODOXOS Y SU APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA
- 208** Lorena Campo, MEMORIAS EN MOVIMIENTO: Testimonios corporales sobre el diagnóstico del «trastorno bipolar»
- 209** Gustavo Andrade, LAS COMUNAS ANCESTRALES DE QUITO: Retos y desafíos en la planificación urbanística
- 210** María Elena Rodríguez, ¿QUÉ CONOCEMOS DEL DERECHO A LA SALUD?: Propuesta de marco conceptual en perspectiva crítica para Venezuela
- 211** Boris Hernández, SUMARIO ADMINISTRATIVO Y DEBIDO PROCESO
- 212** Verónica Juna, CÓMO MEJORAR EL ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EN QUITO
- 213** Israel Celi, NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR: ¿JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA O POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA?
- 214** Diana Ferro, «NEOARTESANÍA» QUITENA: UNA PROPUESTA SUSTENTABLE. Identidad cultural e innovación frente al mito del crecimiento
- 215** Santiago Estrella, MIRADAS A LA IDENTIDAD NACIONAL EN EL FILME *QUÉ TAN LEJOS*
- 216** José Chalco, PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
- 217** Juan Francisco Guerrero del Pozo, EL AGOTAMIENTO DE RECURSOS PREVIO A LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN: ¿Un presupuesto material o procesal?

Esta obra aborda el camino previo que se debe recorrer para poder presentar una acción extraordinaria de protección, el cual, a pesar de su importancia en relación con dicha garantía jurisdiccional, no ha sido objeto de un estudio profundo, lo que ha ocasionado que la Corte Constitucional del Ecuador adopte posiciones contradictorias y antagónicas sin reparar en las consecuencias de sus decisiones.

Los retos a los que nos enfrenta el tema propuesto tienen su origen en el texto de la Constitución, pues sus imprecisiones en el ámbito procesal han generado las más diversas interpretaciones.

La estructura del libro obedece a una lógica que parte de nociones básicas procesales, atraviesa cuestiones específicas en torno a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección, y concluye con una propuesta de cómo debe ser abordada la necesidad de agotar recursos respecto a dicha garantía jurisdiccional. La primera parte contiene una síntesis de lo que es la impugnación y los mecanismos procesales por medio de los cuales se efectiviza. Aborda el tema de la cosa juzgada y busca aclarar, de manera especial, la naturaleza de la cosa juzgada formal. La segunda parte analiza si la acción extraordinaria de protección es residual o subsidiaria. Y en la tercera parte se determina qué tipo de presupuesto es la necesidad de agotar los recursos en la acción extraordinaria de protección.



Juan Francisco Guerrero del Pozo (Quito, 1980) es Licenciado en Ciencias Jurídicas (2003), Abogado (2004) y Diplomado Superior en Control Constitucional (2005) por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito (PUCE); Especialista Superior en Derecho Procesal (2008) y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Procesal (2014) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E). Ha sido secretario de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso Nacional, socio del estudio jurídico Durini y Guerrero, consultor en materia constitucional y docente en la Universidad San Francisco de Quito, la PUCE y la UASB-E.

ISBN: 978-9978-84-978-1



9789978849781