



FACULTAD DE DERECHO

La Acción Extraordinaria de Protección en el Ecuador

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para obtener
el Título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador

Profesor Guía:

Dr. Iván Escandón Montenegro

Autor:

María Cristina Valdez Bravo

2011

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.”

Iván Escandón Montenegro
Doctor en Jurisprudencia
1709122772

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DE LA ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

María Cristina Valdez Bravo

1715842322

AGRADECIMIENTO

A Dios, sin él no hay nada. A mi madre por su paciencia y dedicación al criarnos, a mi padre por su ternura y comprensión, a la familia que encontré entre extraños por su apoyo incondicional, ustedes saben quiénes son, les amo. A mi abuela por su fuerza. A mi querida Universidad de las Américas y a mis valiosos profesores.

DEDICATORIA

A Dios y a mi

RESUMEN

Consagrada en el Capítulo Tercero *Garantías Jurisdiccionales*, del Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES de la llamada “Constitución de Montecristi”, la Acción Extraordinaria de Protección tiene por objeto proteger o restablecer derechos constitucionales conculcados, en el caso de que esta vulneración haya nacido por acción o por omisión de los operadores de justicia.

“Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.”¹

De naturaleza *extraordinaria* –y concomitante con esta, *subsidiaria*-, esta acción procede únicamente si se han agotado todos los recursos en la vía jurisdiccional, otorgándole así la característica de excepcional, ya que, tanto el artículo 94, como el 437 de la Constitución y en concordancia el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen que la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta contra sentencias y autos definitivos, es decir, contra aquellas decisiones judiciales que ponen fin al juicio o a algún incidente dentro de un proceso².

Frente a las principales críticas de que la acción extraordinaria de protección pone en riesgo el principio de seguridad jurídica y en duda el principio de cosa juzgada, estos criterios son totalmente erróneos, ya que, como se verificará en esta tesina, con esta garantía, se amplía el espectro jurídico para proteger un fin superior, que es el de reparar integralmente un derecho fundamental que ha sido transgredido por una sentencia o un auto definitivo y evitar así que los

¹ Artículo 6, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

principios y derechos consagrados en la Constitución sean una mera proclamación de buenas intenciones.

ABSTRACT

Established within the Third Chapter of Jurisdictional guarantees, from the III Title of CONSTITUTIONAL RIGHTS, from the called “*Constitución de Montecristi*”, the Extraordinary Action of Protection has the purpose of protecting or reestablish violated constitutional rights, in the case this violation has been originated from the action or omission by the competent judges.

“The Jurisdictional Guarantees aim to the effective and immediate protection of the recognized rights within the Constitution and in the human rights international instruments, the violation’s declaration of one or several rights, as well as the fully reparation of damages caused by the offense of its violation”³

Of *extraordinary* nature –and concomitant with this one, *subsidiary*-, this action proceeds exclusively if all of the resources have been exhausted within the jurisdictional proceedings granting by this means the characteristic of exceptional, since, the article number 94, as well as the article number 437 of the Constitution and within consistency the article number 58 of the Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control Organic Law determine that the extraordinary action of protection may be interposed against judgments and decisions, in other words, against those judicial decisions that end a trial or any incident within a process.

Facing the main critics that the extraordinary action of protection puts in risk the judicial guarantee principle and in doubt the material res judicata of last instance, these criteria are totally incorrect, since, as it will be verified within this dissertation, with this guarantee, the judicial spectrum can be broaden in order to protect a superior objective, which is to fully reestablish a fundamental right that has been violated by a judgment or decision and to avoid in this way that the established rights and principles in the Constitution become a mere declaration of good intentions.

³ Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control Organic Law, article 6

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I Introducción a la Acción Extraordinaria de Protección	5
1.1 Antecedentes	5
1.2 Control Constitucional	12
1.2.1 Control concentrado y control difuso.....	14
1.2.2 Control abstracto y control concreto	19
2. CAPÍTULO II Responsabilidad de los jueces al aplicar la normativa vigente	21
2.1 Derecho a la tutela judicial efectiva	21
2.2 Responsabilidad del Estado y de los operadores de Justicia	25
2.2.1 Responsabilidad de los operadores de justicia	25
2.2.2 Responsabilidad del Estado.....	29
3. CAPÍTULO III La Acción Extraordinaria de Protección en el Ecuador	33
3.1 Naturaleza	33
3.2 Características	35
3.3 Admisibilidad y procedimiento ante la Corte Constitucional	37
3.4 La Acción Extraordinaria de Protección como acción previa a la Jurisdicción Internacional	49

4. CAPÍTULO IV Aproximaciones de la Acción	
Extraordinaria de Protección en sistemas foráneos.....	51
4.1 España: Recurso de Amparo	51
4.2 Argentina: Recurso Extraordinario	52
4.3 Colombia: Acción de Tutela	53
5. CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y	
RECOMENDACIONES	56
5.1 CONCLUSIONES.....	56
5.2 RECOMENDACIONES	58
BIBLIOGRAFÍA	60

INTRODUCCIÓN

La Acción extraordinaria de Protección consagrada constitucionalmente como una garantía para asegurar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y el debido proceso cuando alguno de estas ha sido violentado por error de los operadores de justicia, es una figura que se encuentra establecida en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador y su procedimiento regulado tanto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional complementado por el Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional.

Con la entrada en vigencia de la llamada “Constitución de Montecristi” y su mandato de directa e inmediata aplicación de las normas constitucionales⁴, se pretende que uno de los roles primordiales de los jueces sea el de garantes de los derechos.

Frente a la crisis del positivismo nace la tendencia neoconstitucionalista, la cual, entre otras características, reconoce la fuerza de la jerarquía superior de la Constitución fusionando modelos de control constitucional como el francés, el norteamericano y el alemán con el afán de construir una Constitución normativa garantizada.

Una constitución normativa significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derechos –que son dos aspectos de una misma realidad-, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Los documentos jurídicos adscribibles al neoconstitucionalismo se caracterizan, efectivamente, porque están repletos de normas que le indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces qué deben hacer. Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata. A su vez, el carácter garantizado de la

⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11, numeral 3

Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos.⁵

Si bien el Estado ecuatoriano proclama en el artículo 1 de la Constitución de la República que es un Estado de “derechos y justicia”, se debe tener presente que la tarea primordial de los operadores de justicia es, precisamente, la de “guardianes” de una garantía básica de la que dependen e incluso se derivan muchas otras y esta es el acceso a la justicia, acceso en el sentido amplio y completo, siguiendo los parámetros de optimización que definen lo que es en verdad el derecho a la tutela judicial efectiva; acceso formal y material, el primero entendido como la oportunidad de exponer las propias razones, y la segunda como certeza de que aquellas razones esgrimidas encontrarán la satisfacción debida.

En palabras sencillas, uno de los rasgos más importantes, es estar a la tutela judicial efectiva en un sentido amplio, esto es, en no permitir que meros formalismos sacrifiquen la justicia o, peor aún, que la ignorancia o desconocimiento del ordenamiento jurídico nacional e internacional por parte de los jueces vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos de un Estado.

Si bien en nuestro país no se define con precisión qué se entiende por “error judicial”. En legislaciones que aplican figuras parecidas –aunque con ciertos matices- a la Acción Extraordinaria de Protección, como en España, por ejemplo, se lo define como “equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la ley, siempre en el ámbito de lo ilógico, de lo irracional, de lo arbitrario.”⁶

⁵ PRIETO SANCHÍS Luis, Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, PALESTRA, Lima – Perú, 2007, p. 116

⁶ Sentencia Tribunal Supremo Español, Sala I de lo Civil, Sentencia 143-2010, regulado en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Con respecto a reconocer la responsabilidad que tiene el Estado por error judicial, la Constitución Española ha significado un gran avance, sentando de forma definitiva que el reconocimiento de tal responsabilidad no implica considerar que la revocación o anulación de las decisiones judiciales presuponen por sí solas derecho a indemnización.

En cuanto a normas supranacionales, el Ecuador es signatario de varios instrumentos que lo comprometen a reconocer el error judicial y el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por el mismo; y es así que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 10 prescribe “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”; de igual manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14, numeral 6, entre otros.

La Constitución Ecuatoriana es expresa al enfatizar lo señalado anteriormente prescribiendo que “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.”⁷ Así también lo prescriben los artículos 15, inciso segundo y 32 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Es por esto que es necesario entender que, en un Estado garantista la falta de aplicación de los instrumentos internacionales por los jueces al momento de decidir equivale precisamente a que las garantías no sean efectivas.

La tutela efectiva de los derechos reconocidos y garantizados por el Derecho Internacional no puede encontrar ningún obstáculo en el Derecho Nacional; es por esto que, el Estado ecuatoriano está aplicando varios mecanismos jurídicos para no incurrir en violaciones por parte del Estado y responder a la corriente garantista de la que es parte por mandato constitucional.

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 9, inciso cuarto.

Se ha señalado que el Estado está obligado a incorporar los principios y derechos consagrados en instrumentos internacionales en su ordenamiento jurídico interno; es por esto que, el Estado Ecuatoriano está en la obligación, por mandato de la misma norma constitucional a ir más lejos, esto es a aplicar lo que en la doctrina se conoce como *Bloque de Constitucionalidad*.

La naturaleza misma de la Acción Extraordinaria de Protección responde a un sistema jurídico garantista, y esto solo se puede corroborar en cuanto al grado de tutela y vigilancia de los derechos fundamentales.

Y es por esto que la referida garantía nace y existe para resguardar la supremacía constitucional; para garantizar y resguardar el debido proceso, en tanto y en cuanto a su efectividad y resultados concretos, el respeto a los derechos constitucionales y para procurar la justicia; ampliándose, así, el marco del control constitucional. Es por ende una acción constitucional para proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos constitucionales que han sido violados o afectados por la acción u omisión en un fallo judicial (sentencia o auto definitivo) dictado por un juez.⁸

En este trabajo se podrá evidenciar la naturaleza, características, aplicación y finalidad de esta acción de carácter extraordinario y subsidiario cuya función fundamental en el ordenamiento jurídico es estar a la efectiva vigencia de los derechos.

⁸ Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia caso No. 050-2008-EP

1. CAPÍTULO I

Introducción a la Acción Extraordinaria de Protección

1.1 Antecedentes

El nuevo orden constitucional en vigencia trajo consigo una serie de nuevos mecanismos para garantizar la efectiva tutela de derechos. Consagrada en el Capítulo Tercero *Garantías Jurisdiccionales*, del Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, la Acción Extraordinaria de Protección tiene por objeto proteger o restablecer derechos constitucionales conculcados, en el caso de que esta vulneración haya nacido por acción o por omisión de los operadores de justicia.

Como antecedente para plasmar esta garantía en la Carta Política, se extrae de las actas de sesión de la Asamblea Constituyente algunas de las apreciaciones de los Asambleístas, quienes argumentaron dos aristas importantes: la primera es el desconocimiento y la falta de aplicación de las normas constitucionales (en aquel momento se referían, obviamente, a la de Constitución Política de 1998) como norma jerárquicamente superior; y, consecuentemente las “humillaciones” a las que el Ecuador debe someterse en tribunales extranjeros por la continua violación de derechos, lo que genera que el Estado Ecuatoriano deba pagar millonarias indemnizaciones.

Es así que uno de los asambleístas mencionó que esta garantía *“implica por sí mismo un poderoso mensaje de atención para todos los operadores de justicia...”*

Existieron exposiciones y argumentos contrarios a la inserción de esta garantía en la Constitución tales como que con este mecanismo se estaría creando una nueva instancia, o como lo expresó un jurista ecuatoriano, el riesgo de que la Corte Constitucional se convierta en una dependencia de la Presidencia de la República.

Por otro lado han sido pocos los casos en que se ha verificado error judicial por falta de aplicación de los principios rectores del Debido Proceso, lo que ha evidenciado la necesidad de que las sentencias puedan tener un espacio anterior de revisión exclusivamente en caso de violación de derechos fundamentales, entre los que se encuentra el Debido Proceso.

En palabras simples el Debido Proceso es un derecho fundamental a un juicio justo⁹, combina una serie de garantías mínimas a las que todo ser humano, por su condición de tal, tiene derecho a acceder en caso de ser juzgado.

Es importante señalar que en un Estado Constitucional de derecho (s) y justicia –tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador- es inconcebible que una sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia no pueda ser recurrida, que se convierta inimpugnable, pues esto deviene en la indefensión cuando haya existido un error por acción u omisión de un operador de justicia que vulnere derechos constitucionales.

En resumen, con estos argumentos, se introduce a la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre del 2008, la figura de la Acción Extraordinaria de Protección, que es, en palabras de Jorge Zavala Egas, aquella que “...se aplica siempre a procesos sentenciados o que han sido objeto de autos definitivos que causen efecto de cosa juzgada material...que lesionan derechos constitucionales y sobre los que no hay remedio judicial posible en forma ordinaria.”¹⁰

En cuanto a la diferenciación entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal el autor Pablo Dermizaky sostiene lo siguiente:

⁹ HUERTAS DÍAZ, Omar, El Derecho al Debido Proceso y a las Garantías Judiciales en la Dimensión Internacional de los Derechos Humanos, IBÁÑEZ, Bogotá – Colombia, p.29

¹⁰ ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad Proceso Constitucional, Ecuador, 2009, p. 47

La cosa juzgada suele dividirse en formal y material. La primera ocurre cuando una sentencia ejecutoriada no puede ser revisada dentro del mismo proceso, pero admite otra acción en un proceso distinto. La segunda es la que no admite revisión en ninguna forma... Cabe mencionar que la cosa juzgada constitucional, difiere de la cosa juzgada ordinaria... En este sentido la cosa juzgada ordinaria es siempre formal cuando en el proceso se han vulnerado esos derechos, porque es revisable mediante acción de amparo, que culmina con una sentencia del Tribunal Constitucional que adquiere categoría de cosa juzgada material, porque es definitiva...¹¹

Según lo señala la Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451, de 22 de octubre del 2008, la actual Constitución “Efectivamente, establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.”

A diferencia de la Constitución de 1998, que en su artículo primero consagraba que el Ecuador era un Estado Social de Derecho¹², el Estado “constitucional de derechos y justicia”, descansa sobre bases de la llamada doctrina del neoconstitucionalismo que de acuerdo con Luis Prieto Sanchís

“... está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas, más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del

¹¹ DERMIZAKY, Pablo, Justicia constitucional y cosa juzgada, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004, Konrad – Adenauer – Stiftung, Montevideo, 2004, p. 296

¹² Es aquel que planteaba la posibilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público. (citado en el compendio Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina, p. 138)

legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”¹³

De igual forma, el tratadista Gustavo Zagrebelsky señala que otro rasgo característico del neoconstitucionalismo es:

“...el constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de Derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente políticas, sin incidencia jurídica práctica...En los Estados Constitucionales modernos los principios morales del Derecho Natural se han incorporado al Derecho Positivo. Las modalidades argumentativas se “abren” así a los discursos metajurídicos, tanto más si se toman en consideración los principios de la Constitución.”¹⁴

El modelo de Estado Constitucional de Derecho sobreviene de dos líneas constitucionales que se han visualizado de manera separada. La primera es la que concibe a la Constitución

“como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos...quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico.”¹⁵

En este sentido, dado su carácter de “regla de juego”, la Constitución se configura en la norma jerárquicamente superior, garantizada con la función que supuestamente se mantiene mayormente al margen del poder político, esta es

¹³ PRIETO SANCHIS, Luis, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Compilación de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid – España, 2003, p. 132

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Quinta Edición, Madrid – España, 2005, pp. 93 y 95

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid – España, p. 108

la función judicial. Básicamente esto se traduce en la tradición que deja la Constitución Norteamericana.

La segunda línea es aquella Constitución que nace de un proyecto político, que como la describe Prieto Sanchís, “no se limita a fijar las reglas del juego, sino que pretende participar directamente en el mismo”¹⁶. De esta manera regula expresamente cuales han de ser los principios a ser aplicados, ya no con carácter individual sino propendiendo a que el conjunto de ciudadanos y el aparato estatal acaten y gocen de los deberes y derechos que se les reconoce en normas constitucionales. Es por esto que, en palabras del mismo jurista, este constitucionalismo resulta más bien legalismo y es el “poder político de cada momento...quien se encarga de hacer realidad o, muchas veces de frustrar cuanto aparece prometido en la Constitución.”

Una vez explicadas a brevísimos rasgos cuales son las dos líneas de las cuales deviene esta corriente neoconstitucionalista y como parte de esta doctrina el Estado Constitucional de Derecho, se puede decir que el resultado de las mismas es: garantía jurisdiccional y un abundante contenido normativo.

Es así que, de la primera concepción constitucionalista se “hereda” la idea de garantía jurisdiccional y una especie de desconfianza al legislador; dando como resultado la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría.

De la segunda concepción se “hereda” a la Constitución como un sólido conjunto de normas que sobrepasa lo que se establece meramente para la organización de un Estado y, al contrario, las mencionadas normas tienen injerencia directa en el día a día del mismo, por ejemplo, en el modelo económico, las relaciones laborales, entre otros.

El resultado de estas dos corrientes es una Constitución que pretende, de algún modo importante, condicionar las decisiones de la mayoría, dejando el

¹⁶ Idem

papel preponderante a los jueces, sin excluir de su labor al legislador democráticamente elegido, quedando un problema adicional, que es el de la legitimación de la actuación de los jueces; este que es, otro elemento a tener presente.

Se debe entender, entonces, que los derechos y garantías están dados por las normas supremas y su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata.¹⁷

Entonces, de lo anteriormente señalado se puede colegir que en un modelo de Estado Constitucional de Derecho debe existir la “justiciabilidad constitucional”, y esto, en palabras de Prieto Sanchís, representa

“...no sólo un golpe mortal para el legalismo estatalista, sino que obliga también a replantearse en otros términos la idea de la unidad del ordenamiento, unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo...”¹⁸

Es por esto que en una Constitución cuyo contenido es material o sustantivo, además de regular y sistematizar la organización del poder y las fuentes del Derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles.

Es así que efectivamente los Estados Constitucionales de Derecho “ponderan” más hacia principios que a reglas, que al Derecho Positivo, en la que siguen un direccionamiento *pro homine* y se rompe con la concepción de la doctrina kelseniana de jerarquización de las normas; de esta forma se deberá aplicar siempre la norma que garantice la efectiva vigencia de un derecho esté o no contemplado en la Carta Magna.

¹⁷ Ibidem, p. 112

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México D.F., 2005, p. 37

La Constitución Política del Ecuador señala que “los derechos serán plenamente justiciables” (artículo 11, numeral 3, inciso 2), según lo cual se entiende que cada derecho consagrado en la Carta Magna debe encontrar su eficaz ejercicio y se debe tener presente que, de acuerdo a lo que se señala expresamente en la misma norma constitucional “No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” El fin último del Estado estará pues en propender al goce efectivo de los derechos que se señalan en la Carta Magna, y que, de no ser así, se deberá aplicar los mecanismos que la misma Constitución ha generado para, ya sea resarcir, reparar o restituir un derecho que se ha violentado.

Por lo anteriormente referido y en este marco es importante señalar que no es necesario que el derecho conculcado se encuentre establecido, señalado – escrito- en la Constitución para que exista una protección del mismo y para que pueda ser exigido. En tal sentido se expresa el artículo 11, numeral 7, “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”

Esto responde a la esencia misma que el Estado Constitucional da a los derechos por esgrimirlos con una “...especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador...”¹⁹ y, en este caso, los operadores de justicia.

Si bien el Estado Constitucional de Derecho reviste a los derechos con una especial característica –de aplicación directa e inmediata, estén o no positivizados- esto no quiere decir que sean ilimitados; ya que, como lo describe el jurista Ignacio de Otto, no es posible inventar el límite: “El derecho

¹⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid – España, p. 241

no es limitable. Pero ello no significa...que el derecho sea ilimitado...pues cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más.²⁰

Frente a la crisis del positivismo, la doctrina del Estado Garantista –emanada conjuntamente con el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo- propugna, en resumen, una nueva concepción del Derecho que lo entiende como, no sólo un conjunto de normas, sino como valores y principios superiores a las reglas, razón por la cual, los operadores de justicia tienen como obligación aplicar prioritariamente en sus análisis un procedimiento – principio- de ponderación y no el de subsunción, otorgándole a los jueces un papel preponderante como generador de Derecho versus la autonomía del legislador ordinario.

1.2 Control Constitucional

Al mencionar el origen del control constitucional, es ineludible mencionar que a lo largo de la historia han existido varios modelos, no sólo jurídicos sino primordialmente políticos, que han respondido a una coyuntura social, política e histórica de cada región, Estado o nación; es por esto que, para hablar del origen y desarrollo del control constitucional, se debe esbozar los antecedentes del mismo sin situarse en un solo lugar, ni en una misma época.

Existen principalmente dos modelos para el control de la constitucionalidad y estos son: 1.- Modelo Político y 2.- el modelo Jurisdiccional, del cual devienen los Tribunales constitucionales y los Jueces ordinarios – constitucionales.

En referencia a la actividad de los jueces encontramos a los modelos concentrados por un lado, y a los modelos difusos por otro.

El modelo político para el control de la constitucionalidad tiene su base en que la voluntad del soberano, el pueblo, se expresa a través de los legisladores y

²⁰ DE OTTO, Ignacio, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona – España en PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid – España, p. 243

aquí radica justamente si es legítimo o no el permitir que la discrecionalidad de los jueces se incorpore a cada caso que analice por su peculiar forma de interpretación de las normas.

Mediante esta forma de control se pretende evitar, de manera objetiva, que los criterios de los operadores de justicia, sean anexados en los fallos, ya que, en este modelo, los jueces únicamente están llamados a aplicar la ley, jamás a interpretarla.

En palabras de Osvaldo Gozaini “descifrar la ley está prohibido porque la soberanía del Parlamento es invulnerable toda vez que en ella radica la legalidad y legitimidad delegada por el pueblo.”²¹

El pilar de este modelo descansa primordialmente en la desconfianza hacia los jueces, a deferencia del sistema de control difuso.

El modelo de control político históricamente se consolidó en la época posterior a la Revolución Francesa, momento en el cual el juez es únicamente “boca de la ley” y debe estar al principio de legalidad, mediante el cual la ley es lo único que existe y por lo tanto ofrece certeza; es decir, el juez, al momento de emitir un fallo aplicando la ley –emanada de un órgano legislativo- dice lo justo y es por esto que “cuando interpreta a voluntad, comete la más pecaminosa aberración, porque se aparta de lo que el pueblo quiere.”²²

Actualmente este sistema se está dejando de lado, ya que, no existe control alguno y, en palabras de Zagrebelsky, se trata únicamente de un control *a priori* que confronta entre textos normativos “con independencia de su aplicación circunscripta a casos concretos, y... no contempla la representación de las

²¹ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires Argentina, 2006, p. 111

²² *Ibidem*, p. 112

razones de los titulares de los derechos frente a las razones de los “señores” de la ley.”

Si bien en Francia, tras la formación del Consejo Constitucional se ha intentado “flexibilizar” de cierta manera este tipo de control, sigue siendo político; sin embargo, se puede evidenciar que el modelo político ha evolucionado al incorporar un estándar nuevo para vigilar el cumplimiento de las leyes.

En referencia al modelo jurisdiccional se puede decir que es aquel en el cual el control de las normas contenidas en la Carta Fundamental le corresponde a los jueces.

1.2.1 Control concentrado y control difuso

Con el fin de de salvaguardar que las normas constitucionales sean efectivamente aplicadas se desarrollan básicamente dos modelos para su control: el primero y más antiguo conocido como *control difuso*, es aquel que lo realiza la Función Judicial a través de sus jueces; a diferencia del segundo, llamado *control concentrado*.

Se entiende por *control concentrado* a aquel que es realizado por un órgano único, concebido con esa finalidad, totalmente independiente de la Función Judicial, ya sea este llamado corte o tribunal.

El sistema norteamericano nace a partir del fallo judicial emanado en el caso denominado *Marbury vs. Madison*, sentenciando en 1803, en el que el juez Marshall, basado en la supremacía de la Constitución falla en razón de la justicia con el fin de precautelar la supremacía de la que se habló anteriormente –la constitucionalidad de las leyes-.

Es con esta sentencia que se explica y se sustenta el llamado “Sistema americano”, mediante el cual, el control constitucional recae en los jueces y

tribunales al ser ellos los llamados a velar por la observancia de la Constitución.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica se rige por el modelo de control de constitucionalidad difuso, el cual, tiene dos aristas: la primera, en que se le reconoce a la Constitución el carácter de norma suprema; y, la segunda, en que se le da a los jueces la competencia de velar por la sujeción a las normas establecidas en esta norma suprema. Al juez le obliga la ley y por encima de ésta la Constitución.

Es por esto que, bajo este modelo, todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, ya que la declaración de inconstitucionalidad la pueden dictar tanto los Tribunales inferiores, así como el Tribunal Supremo Federal.

Es importante resaltar que, como se mencionó anteriormente, este modelo está regido, en esencia, por los principios contemplados en la Constitución de Estados Unidos, como la libertad civil, que consiste en el derecho de cada individuo a demandar la protección de las leyes; las normas constitucionales deben ser el pilar para cada acto legislativo por tener el carácter de jerárquicamente superiores y, en caso de que exista alguna otra disposición contraria u otra ley que se le oponga a esta normativa, es deber primigenio de los jueces evitar el conflicto declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior.

En conclusión, el precedente jurisprudencial y doctrinario dado por el juez Marshall es la base del Sistema Norteamericano, del control constitucional *difuso*, mediante el cual, en caso de que una ley se encuentre en contradicción con la Constitución, el juez deberá aplicar la Constitución en virtud del principio de supremacía constitucional.

Cabe recalcar que si bien este sistema no se encuentra establecido en la Carta Fundamental de los Estados Unidos de Norteamérica, es precisamente que

basados en la confianza y en la interpretación de las normas y su correspondencia con la constitución, que la práctica ha consagrado esta tarea judicial; pese a que de las mayores críticas que se hizo a este modelo fue el inminente peligro de que los jueces se extralimiten en sus funciones al “exacerbar” los poderes de los operadores de justicia.

Respecto a la supremacía constitucional, Juan Vicente Sola sostiene: “lo cierto es que la Constitución determina qué otras normas son válidas y pertenecen al sistema jurídico gracias a su posición jerárquica en la pirámide jurídica”²³

En concordancia con lo anteriormente citado es menester resaltar que el principio básico sobre el cual se asienta el constitucionalismo es precisamente el reconocimiento de la supremacía de la Constitución en el orden jurídico positivo de cada Estado.

En este sentido Carlos Nino sostiene que

“El primer argumento que se puede dar a favor del control constitucional es un argumento que lógicamente parece derivar de la noción de supremacía de la Constitución, de modo que si se admite tal supremacía esta institución parece derivar con necesidad lógica sin que requiera consideraciones de carácter fáctico o valorativo”²⁴

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 424, inciso primero prescribe: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”

De igual manera el artículo 425, incisos primero y segundo, establece:

²³ SOLA, Juan Vicente, Control Judicial de la Constitucionalidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 2001, p. 64

²⁴ NINO, Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1992, p.674

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

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

Si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Constitución como norma jerárquicamente superior, el control constitucional está a cargo de un órgano creado específicamente para ese fin, basado en el sistema kelseniano; es así que el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador señala expresamente que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

Este sistema conocido como control europeo o continental -posteriormente denominado concentrado- es precisamente el que establece las pautas para una jurisdicción constitucional totalmente independiente de la judicial.

Es así que a partir de 1920 se comienzan a esbozar los primeros intentos por configurar una jurisdicción constitucional en Europa a partir de dos referentes históricos, principalmente. El primero nace por la estructura federal de ciertos estados, y la segunda por la necesidad de resolver los conflictos entre las diferentes instituciones políticas, ya que todas gozaban de poder y eran parte de un mismo aparato estatal.

Ideado por el jurista austríaco, el sistema de control concentrado, se caracteriza por concebir y crear un órgano, autónomo e independiente de todas las demás instituciones estatales, principalmente de la función judicial; y que, en concordancia con el principio de supremacía constitucional, tiene la facultad de aplicarla.

A diferencia del modelo de control difuso, en este sistema las decisiones adoptadas por este órgano, las consecuencias jurídicas no recaerán únicamente en un caso específico o afectarán a tal o cual parte de manera aislada y particular, al contrario, estas decisiones son de carácter general y obligatorio; es decir, sus efectos son erga omnes, al contrario del sistema difuso en el que son interpartes.

Otro importante matiz que ha caracterizado a este sistema es lo que en la doctrina se conoce como “legislador negativo”; ya que, a diferencia de la función legislativa que es la llamada a generar, a dar vida a nuevas normas, el Tribunal o Corte Constitucional elimina del sistema jurídico las leyes que violan o son incompatibles con la Constitución.

El jurista italiano Mauro Cappelletti sostiene que en el modelo de control concentrado:

“la inconstitucionalidad y por consiguiente la invalidez de la ley no puede ser declarada por cualquier juez, como una simple manifestación de su poder, de su deber de interpretación y de aplicación del Derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces comunes son incompetentes para conocer la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, así sea con eficacia limitada al caso concreto.”²⁵

En este sentido, el artículo 428, inciso primero de la Constitución Política de la República del Ecuador prescribe:

“Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.”

²⁵ CAPPELLETI, Mauro, Problemas del Control de La Constitucionalidad de las Leyes, compilado UNAM, México DF, 1978, p.46

En concordancia con el artículo 428 de la Constitución, el artículo 141 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala el objeto y finalidad del control concreto de constitucional al prescribir que el mismo radica en garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

1.2.2 Control abstracto y control concreto

Estas dos formas de control de constitucionalidad tienen especial relación con los dos sistemas descritos anteriormente, es por esta razón que, aunque de manera general, serán explicados brevemente.

En cuanto al *control concreto* de constitucionalidad, como su nombre lo indica, se presenta en casos concretos, cuando un conflicto interpartes llega a conocimiento de un juez y una norma jurídica contraviene lo establecido en la Constitución, se declara inaplicable por inconstitucional y no se la excluye – como en el control concentrado- del ordenamiento jurídico de un país, ya que la norma declarada inaplicada sigue vigente; esta declaratoria solo tiene efectos para las partes, en ese caso particular.

Es por esto que dentro del modelo de control difuso de la Constitución se aplica el control abstracto; ya que, en este sistema, no se plantea acción especial alguna para dirimir si una norma es inconstitucional o no, no existe una jurisdicción autónoma para iniciar un proceso constitucional.

Contrario al control concreto se encuentra el *control abstracto* mediante el cual se ejerce una acción especial con el fin de revisar si una norma que se encuentra en el ordenamiento jurídico contraviene o no a lo establecido en la Constitución.

Es importante mencionar que la antedicha acción se inicia sin hacer referencia a un caso concreto; es decir, no es necesario que haya llegado a conocimiento de un juez o tribunal por un litigio en particular.

El objeto de esta forma de control es cuestionar una norma de manera general y abstracta, determinar si es o no válida sin hacer alusión a un litigio interpartes, por lo que, los efectos jurídicos que se tienen como consecuencia de la aplicación de esta forma de control son también de carácter general y radica en expulsar –derogar- del ordenamiento jurídico la norma que ha sido declarada inconstitucional.

Por lo anteriormente referido se puede observar que esta forma de control tiene estrecha relación con el modelo de control concentrado de la Constitución, y en este sentido la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 52, segundo suplemento, de 22 de octubre del 2009, en su Título III, señala tanto la competencia de la Corte en esta materia, en los diferentes supuestos, así como su procedimiento.

Es así que la menciona Ley Orgánica en su artículo 74 señala que:

“El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.”

Como en el caso del Ecuador, así como en varios alrededor del mundo, los diferentes ordenamientos jurídicos han establecido modelos “híbridos”, mezclando los sistemas y formas para dar producto a sistemas particulares como en nuestro caso en el que se consagra el modelo de control concentrado de la Constitución más la forma abstracta de control de la misma.

2. CAPÍTULO II

Responsabilidad de los jueces al aplicar la normativa vigente

2.1 Derecho a la tutela judicial efectiva

Si bien el Estado ecuatoriano ha ratificado varios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y su Constitución presenta una serie de derechos e incluye garantías para el goce y el ejercicio de los mismos, tanto el reconocimiento de estos derechos, así como el establecimiento de las mencionadas garantías, no son suficientes para asegurar su efectiva tutela, pues, tampoco lo es la suscripción y ratificación de los tratados internacionales.

La normativa anteriormente mencionada presupone el marco jurídico a no ser transgredido al momento de administrar justicia, y es precisamente que la verdadera aplicación y protección a los derechos ya reconocidos se encuentra en la labor que compete al órgano jurisdiccional de cada país.

Como lo expresa Roberto Ruiz Díaz Labrano, en el compilado “Frente al Sistema Internacional de los Derechos Humanos”:

“Reclamando que sea el reconocimiento o la reparación de las consecuencias por la violación de estos derechos fundamentales, aquél debe intervenir, por medio de una justicia que tienda a restablecer y reparar el daño sufrido. *La medida de tal reconocimiento a través de las resoluciones judiciales es el mejor signo de la existencia de seguridad jurídica y de la vigencia del Estado de Derecho.*”²⁶

El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 señala:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

²⁶ DIÁZ LABRANO, Roberto, El Paraguay frente al sistema internacional de los derechos humanos, Editado por Konrad –Adenauer- Stiftung, Montevideo – Uruguay, 2004, p. 102

De igual manera el artículo 2, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

En esta misma línea la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 18 determina:

“Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

En iguales términos encontramos el artículo 25 del Pacto de San José:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

La Constitución de la República del Ecuador establece que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales.²⁷ De igual manera, establece que el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Carta Magna.

Si bien la Constitución Ecuatoriana establece una serie de derechos, el “simple” reconocimiento de que cada sujeto tiene una serie de garantías individuales no es suficiente; existe una imperiosa necesidad de la protección efectiva de los mismos. Es por esto que la verdadera demostración de que existe un avance real en el marco del respeto de los derechos humanos se produce cuando el órgano jurisdiccional reconoce en sus resoluciones no sólo la legislación interna sino lo que el Estado ha ratificado en instrumentos internacionales incorporándolo a su propia legislación.

La Corte Constitucional define el derecho a la tutela judicial como:

“aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas; por lo tanto, la efectividad en la tutela de los derechos no se traduce únicamente en la mera construcción de una sentencia o fallo por parte del juez, sino además que dicho fallo debe ser argumentado, motivado y coherente.”²⁸

Si bien se entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva abarca todo el procedimiento de juicio hasta llegar a la sentencia, esta definición de la Corte es importante en tanto comprende los principios que deben ser observados al momento de administrar justicia y al mismo tiempo se traduce en la efectividad de hacerlo de la manera que se prescribe en la Carta Magna.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículo 3, numeral 1

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 028-09-SEP-CC de 08 de octubre del 2009

También es importante señalar que en los términos prescritos en la Constitución, así como en los Fallos de la Corte Constitucional, atendiendo a la doctrina neoconstitucionalista, un rasgo importante a ser observado en materia de lo que es la tutela judicial efectiva, se lo puede resumir en no permitir que los formalismos sacrifiquen la justicia.

En este sentido García Morillo sostiene que “las normas procesales y las formas de procedimiento son instrumentos y no objetivos, esto es, están al servicio del acceso a la justicia y no al revés.”²⁹

La Constitución Ecuatoriana es expresa sobre el “antiformalismo” procedimental y prescribe que “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia...no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”³⁰

“La justicia no puede estar limitada por los rigurosos formalismos que alejan la decisión de los jueces de la realidad, tanto más cuando esta le ha sido demostrada, provocando así situaciones de injusticia.”³¹

En un Estado de “derechos y justicia” la tarea de los jueces es la de ser “guardianes” de una garantía básica de la que dependen, e incluso se derivan muchas otras y esta es el acceso a la justicia; acceso en el sentido amplio y completo, siguiendo los parámetros de optimización que definen lo que es en verdad el derecho a la tutela judicial efectiva; acceso formal y material, el primero entendido como la oportunidad de exponer las propias razones, y la segunda como certeza de que aquellas razones esgrimidas encontrarán la satisfacción debida.

²⁹ Joaquín García Morillo, El derecho a la tutela Judicial, citado en Luis López Guerra, Derecho Constitucional, Vol. 1, Titant lo blancm, Valencia – España, 2003, p. 356

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 169

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 016-10-SEP-CC de 29 de abril del 2010

2.2 Responsabilidad del Estado y de los operadores de Justicia

2.2.1 Responsabilidad de los operadores de justicia

Tal como lo establece el numeral 9, del artículo 11 de la Constitución, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en el mismo cuerpo normativo; los mismos que se podrán ejercer, promover y exigir ante las autoridades competentes, las mismas que garantizarán su cumplimiento.³² Sin embargo, son estas autoridades competentes las que cometen, precisamente en nombre de la justicia, flagrantes violaciones ya sea al debido proceso o a los derechos consagrados en la Carta Magna.

En un sentido general, error judicial es toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un Juez o Tribunal incurre al fallar en una causa.

Como lo sostiene Garrido Falla el error judicial es el “falso concepto que tiene el Juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que...comprende no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afectan al culpable y pueden incluir tanto el error de hecho como el de derecho...se produce a través de actos jurídicos procesales mientras que el anormal funcionamiento de la administración de justicia consiste en actuaciones materiales.”

La legislación española define al error judicial como “equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la ley, siempre en el ámbito de lo ilógico, de lo irracional, de lo arbitrario.” (STS 1ª 2-7-92)

La Constitución Española³³ ha significado un avance importante respecto a reconocer la responsabilidad estatal que genera el error judicial y lo hace de forma definitiva observando que el reconocimiento de tal responsabilidad no

³² Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 1

³³ Constitución Española, art. 121

implica considerar que la revocación o anulación de las decisiones judiciales presuponen por sí solas derecho a indemnización.

Se debe tener presente que el juez puede incurrir en errores de procedimiento –*errores in procedendo*- o en errores que se refieren a supuestos más vagos, no siempre asociados al concepto puro de función jurisdiccional al resultar producto del ejercicio de la actividad administrativa por parte de órganos o auxiliares de la justicia en el juzgamiento mismo –*errores in iudicando*³⁴-; es decir aquellos que originan lo que la doctrina llama la “sentencia injusta”, a diferencia de la “sentencia ilegal” .

Esta diferenciación es importante ya que son los *errores in iudicando* los que generan responsabilidad; esto es, para que exista un error judicial es necesario que la sentencia se haya dictado manifiestamente equivocada, que su resultado genere perjuicios en los bienes o derechos de una persona, que le imponga indebidamente gravámenes u obligaciones, es en este supuesto que nos encontraremos frente a un mal funcionamiento de la administración de justicia.³⁵

El error judicial puede generarse dependiendo de algunos factores tales como la errónea apreciación de los hechos (error de facto), la errónea utilización de normas legales o la mala concatenación de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico.

Si bien para varios autores sólo el primer error resulta relevante para efectos de imputar al Estado responsabilidad por este supuesto, ya que el error de

³⁴ Citando a Fiorini, Tawil observa que “se sostenía otrora que la justicia es irresponsable porque realiza la soberana función de aplicar con equidad el derecho. La afirmación tiene alguna apariencia de verdad, pero las sentencias erróneas manifiestan un acto que es la negación del acto judicial. Los perjuicios por sentencias que son revisadas por error o dolo, se deben a un sacrificio que injustamente ha impuesto el Estado por conducta reprochable de uno de sus órganos” FIORINI en TAWIL Guido Santiago, La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia, Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1993, p. 53

³⁵ LIEBMAN, Enrico, Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas, Argentina, 1985, p.346

derecho “o error en el conocimiento, interpretación o aplicación de las normas tiene su propio y eficaz correctivo en el principio de la audiencia de las partes y en el sistema de recursos”³⁶ en realidad tal distinción no parece relevante, ya que si bien existen tales recursos, el error puede subsistir o incluso producirse en la decisión final generada desde el órgano superior competente para ante el cual se propuso el recurso.

Por otra parte, el error de facto, por sí sólo no es determinante de responsabilidad, ya que cualquiera sea el vicio determinante de la resolución, el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas en sí mismos considerados³⁷, sino en no integrar aquellos principios constitucionales con las normas establecidas en el ordenamiento jurídico cuya aplicación en cada caso resulte obligado, caso contrario se estaría ante una violación de los derechos fundamentales o en su defecto del debido proceso.

En una apreciación más positivista y verificablemente acertada el Profesor Reyes Monterreal citado por Santiago Tawil señala que el error judicial capaz de acarrear la responsabilidad del Estado se producirá cuando “del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, y, por otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación.”³⁸

El concepto de error judicial es un concepto objetivo, en el sentido de que su verificación depende del análisis de los elementos objetivos mencionados, no siendo necesaria la búsqueda de “conceptos subjetivos como un obrar malicioso o el dolo”, conceptos que tendrán mayor relevancia para la

³⁶ GODED Miranda, La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, Poder Judicial, Madrid – España, 1983, p. 332

³⁷ TAWIL Guido Santiago, La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia, ob. cit., p. 59

³⁸ Ob. cit., p. 76

configuración de la responsabilidad personal de los jueces y magistrados, responsabilidad ésta última que no debe confundirse con la responsabilidad directa del Estado, la cual coexiste con ella.³⁹

En cuanto a normas supranacionales, el Ecuador es signatario de varios instrumentos que lo comprometen a reconocer el error judicial y el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por el mismo; y es así que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 10 prescribe “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14, numeral 6 señala:

“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”

Estas disposiciones de tratados internacionales ratificados por el Ecuador hace más de treinta años, confirman la obligación expresa que el Estado tiene de indemnizar a los ciudadanos cuyos derechos han sido violentados como consecuencia de un error judicial, para lo cual tiene que haber un proceso previo, con sentencia en firme, que declare que efectivamente existió el error.

A través de la historia los jueces han cambiado de papel. Si bien deben administrar justicia, no siempre lo han hecho en forma plena es así que en el Estado Absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el Estado Liberal Clásico es garante de la ley (“boca de la ley”); y en el Estado

³⁹ VILLAR PALASÍ Luis y MORENO MARTÍN Francisco, *Compilado Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al prof. Luis H. Farías Mata*, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 232

Constitucional, los jueces son garantes de los derechos de las personas consagrados en la Constitución.

2.2.2 Responsabilidad del Estado

Al hablar de la responsabilidad civil de un Estado es necesario señalar que se configura cuando la violación de un derecho fundamental sea la consecuencia de la acción u omisión, de agentes o funcionarios estatales.

La responsabilidad del Estado resulta ineludible frente a un ordenamiento jurídico supranacional en el que no sólo se reconoce un sinnúmero de derechos sino que se conmina a los Estados a resarcir todo derecho conculcado, independientemente del gobierno que haya sido responsable.

En torno a la coyuntura de un momento, en particular de un Estado, no respecta la responsabilidad que acarrea el que uno de sus funcionarios haya conculcado un derecho; es decir, el aseverar como razón que en ese momento –el de la violación del derecho- no existía la misma coyuntura política que existe al momento del reclamo, no exime al Estado de la obligación de reparar o restituir.

Existen instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en los cuales se contienen obligaciones específicas para cada Estado parte, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obligaciones que pueden reducirse básicamente a dos: respetar y sobretodo garantizar la vigencia plena de los Derechos Humanos.

Respecto al alcance de la obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, la Corte ha expresado que aquella:

“...no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta

gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁴⁰

La Convención Americana sobre Derechos Humanos exige de los Estados Parte no sólo una conducta negativa es decir, que se abstengan de realizar actos que pudieran menoscabar los derechos consagrados en ese instrumento que son propios de la persona humana y que no pueden ser violentados por el ejercicio del poder público; sino que impone una conducta positiva a cada Estado, esto es que cada uno de sus órganos permita asegurar, en la práctica, una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

Los Estados Parte, al ratificar este instrumento, se comprometen a hacer todo lo sea necesario para asegurar la efectiva vigencia de los derechos, así como su goce pleno evitando que su texto se convierta en una mera declaración de buenas intenciones.

Así también, en caso de desconocimiento del derecho a la reparación por parte del órgano judicial, ignorando los instrumentos internacionales, hace que el Estado caiga en hechos que se configuran como violación de los derechos fundamentales, lo que genera a éste responsabilidad internacional por omisión en los términos de la Convención.

En caso de que el Estado, por medio de sus operadores de justicia, no respete y observe la obligación de restablecer o reparar como principio primigenio y garantía relacionada con los derechos fundamentales, puede ser responsabilizado por esta omisión, independientemente de la responsabilidad que pudiera corresponderle al funcionario, en este caso al juez

En conclusión, en caso de que un Estado por medio de sus funcionarios, los mismos que pertenecen a un órgano estatal, han trasgredido las normas que

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29-VII-88, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

respectan a los derechos humanos relativos a garantías procesales, incumpliendo así la obligación de garantizar la libertad y evitar los excesos, incurre en responsabilidad.

La Corte Interamericana ha sido clara al pronunciarse en el sentido de que si bien el Estado es responsable por error judicial, también lo es cuando, como consecuencia de la falta de funcionalidad del sistema penal, niega la reparación ante la constatación de la restricción injusta o excesiva.

La Constitución Ecuatoriana es expresa al enfatizar lo señalado anteriormente prescribiendo que “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.”⁴¹

Es necesario señalar que cada vez que los operadores de justicia no aplican al momento de dictar sus sentencias aquellas normas consagradas como derechos fundamentales en las normas supranacionales y que el Estado está obligado a garantizar por imperio de la Constitución y de los instrumentos internacionales, este incurre en responsabilidad por incumplimiento del artículo 1.1 de la Convención⁴² y de principios sobre derechos humanos consagrados a nivel mundial y aceptados por nuestra legislación.

En este sentido es indispensable anotar la obligación de los jueces de aplicar el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos y de acuerdo con el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cada Estado miembro se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales “las medidas oportunas para dictar las disposiciones

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 9, inciso cuarto.

⁴² “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

Se debe tener presente que la falta de aplicación de los instrumentos internacionales, por los jueces, al momento de decidir equivale precisamente a que las garantías no sean efectivas.

Se ha señalado que el Estado está obligado a incorporar los principios y derechos consagrados en instrumentos internacionales en su ordenamiento jurídico interno; sin embargo, el Estado ecuatoriano está en la obligación, por mandato de la norma constitucional a ir más lejos, esto es a aplicar lo que en la doctrina se conoce como *Bloque de Constitucionalidad*.

Se entiende por Bloque de Constitucionalidad a todas aquellas normas que aunque no se encuentran en la Constitución tienen rango constitucional por disposición de la propia Constitución.

Entonces, las normas constitucionales, que son de aplicación directa e inmediata, son las que revisten a los ciudadanos de la posibilidad de ejercer y exigir las normas fundamentales que no sólo se han incorporado al ordenamiento del país, sino que, en caso de no existir norma aplicable en la legislación interna, obligan al juez a aplicar las prescritas en los instrumentos internacionales.

Esto se desprende del artículo 11, numeral tercero, inciso tercero de la Constitución Ecuatoriana que prescribe: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

3. CAPÍTULO III

La Acción Extraordinaria de Protección en el Ecuador

3.1 Naturaleza

Siguiendo la doctrina neoconstitucionalista, el Estado ecuatoriano pretende asegurar la efectiva tutela de los derechos consagrados en la Constitución de acuerdo a la teoría garantista propugnada por Ferrajoli, según la cual el Estado “es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola” .

Se entiende que un sistema jurídico es garantista en cuanto al grado de tutela y vigilancia de los derechos fundamentales; es así que, *de no existir esta finalidad en un ordenamiento jurídico no es que deje de serlo o sea inaceptable, sino que, simplemente, no es un sistema de garantías.*⁴³

Un sistema garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los sujetos - frente a su eventual vulneración – por parte del poder estatal con el fin de maximizar la realización de los mismos y minimizar sus amenazas.

Es inevitable mencionar que frente a la “crisis” que sufre la teoría positivista y la aplicación de la misma, el Estado actual adopta tendencias político – jurídicas que, según como lo describe Ferrajoli en su obra “Derechos y Garantías”, esta crisis consiste en:

“una crisis de legalidad, que permea a través de un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del Estado nacional donde las decisiones en materia militar, política monetaria y políticas sociales, son transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos.”⁴⁴

⁴³ ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad Proceso Constitucional, Ecuador, 2009, p. 37

⁴⁴ Citado en Derechos Fundamentales en la Filosofía Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli, p. 19

Es en este contexto que varios autores han expresado la necesidad de la aplicación de teorías como la argumentación y la ponderación judicial como eje central en la labor judicial.

Se entiende como *garantía constitucional* al “...conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad pública.”⁴⁵

Se ha identificado el término “garantía constitucional” con el concepto de defensa de la Constitución, englobando tanto a los medios preventivos como a los represivos, aunque, según Miguel Carbonell, debería referirse única y exclusivamente a aquellos medios establecidos con el fin de reparar la vulneración de un derecho fundamental, es decir los medios represivos.

En la sentencia 0041-08-EP, de 08 de octubre del 2009, la Corte Constitucional concatenó varias normas constitucionales con el fin de plasmar la doctrina implantada por el constituyente y que supone debe ser el fin último del Estado, al menos de un Estado como se lo plasma en la Constitución de la República del Ecuador. En este sentido la Corte sostiene que la acción extraordinaria de protección

es una garantía constitucional que se sustenta en la necesidad de abrir cauces que permitan materializar el ideal de justicia acogido por el constituyente de Montecristi: el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (artículo I); los derechos son plenamente justiciables, sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento (artículo 11 numeral 3); el Estado es responsable por violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso (artículo 11 numeral 9); el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin que se pueda sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades (artículo 169).

⁴⁵ CARBONELL, Miguel, Diccionario de Derecho Constitucional, Porrúa, México, 2002, p. 262

Así también, la Corte Constitucional, en la Sentencia del caso No. 0050-2008-EP, señala que

la acción extraordinaria de protección nace y existe para proveer que la supremacía de la Constitución sea segura; para garantizar y resguardar el debido proceso, en tanto y en cuanto a su efectividad y resultados concretos, el respeto a los derechos constitucionales y para procurar la justicia; ampliándose, así, el marco del control constitucional. Es por ende una acción constitucional para proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos constitucionales que han sido violados o afectados por la acción u omisión en un fallo judicial (sentencia o auto definitivo) dictado por un juez.

Entonces tenemos que la acción extraordinaria de protección es una garantía incorporada en la Carta Magna con el fin de resguardar las normas constitucionales que amparan derechos fundamentales y el debido proceso en caso de fallas o errores cometidos por los operadores de justicia haciendo responsable tanto a los jueces como al Estado por violación al principio de tutela judicial efectiva.

3.2 Características

La acción extraordinaria de protección tiene por objeto cesar o reparar la violación de un derecho contenido en la Constitución, siempre que este derecho haya sido conculcado, por acción u omisión, mediante un fallo judicial.

Por ser de naturaleza extraordinaria, es necesario recalcar que la Corte Constitucional conocerá la demanda únicamente si se han agotado todos los recursos en la vía jurisdiccional, otorgándole así la característica de excepcional, ya que, tanto el artículo 94, como el 437 de la Constitución y en concordancia el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen que la acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta contra sentencias y autos definitivos, es decir, contra aquellas decisiones judiciales que ponen fin al juicio o a algún incidente dentro

de un proceso⁴⁶; a diferencia de una providencia mediante la cual el juez sustancia la causa ordenando la ejecución de alguna diligencia.

La acción extraordinaria de protección por transgresión a la norma constitucional que generó la controversia de derechos fundamentales sólo puede acceder a la Corte Constitucional cuando se han cumplido los requisitos de los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, en especial cuando se cumple la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa a la presentación de la demanda.

Concomitante con lo referido en el párrafo anterior es necesario señalar que esta garantía es de carácter *subsidiario* puesto que, previa a la interposición de la misma se debe haber agotado la vía judicial con una resolución con fuerza de sentencia; es decir, con un auto definitivo que cause efecto de cosa juzgada formal.

En este sentido la Corte Constitucional tiene una posición de subsidiaridad y en reiteradas ocasiones ha señalado que mediante esta acción pueden ser impugnadas sentencias y autos definitivos adoptados en los procedimientos judiciales y cuando se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios interpuestos en el término legal. Estos requisitos determinados en el artículo 94 de la Constitución, configuran una garantía de carácter subsidiario, pues, es necesario agotar todos los medios de impugnación previstos en el ordenamiento procesal ecuatoriano.⁴⁷

“La *subsidiaridad* como elemento sustancial de la Acción Extraordinaria consiste en que ésta es el remedio procesal extraordinario para restaurar o reparar un derecho fundamental de la persona, que ha sido vulnerado por los jueces o tribunales, una vez que ha resultado inoperante la vía judicial ordinaria (vía previa) para ese efecto; no obstante la naturaleza jurisdiccional del procedimiento y de la Corte Constitucional como órgano juzgador, es bien evidente que ésta no forma parte del Poder Judicial, no

⁴⁶ Art. 269 Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano

⁴⁷ Sentencia Corte Constitucional No. 016-09-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 651, el 07 de agosto del 2009

es un órgano judicial, ni por tanto, una última instancia a la que pueda acceder el recurrente.”⁴⁸

Por lo expuesto se puede colegir que tampoco es posible la coexistencia de dos procedimientos, uno judicial y otro constitucional, razón por la cual la Corte Constitucional ha desechado varias demandas que se han presentado sin agotar la vía judicial inobservando lo anteriormente señalado.

3.3 Admisibilidad y procedimiento ante la Corte Constitucional

Los artículos 94 y 437 de la Constitución son claros al determinar los requisitos indispensables para la presentación de la acción y en ellos se enuncian imperativamente la existencia de *sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas* que conculquen, ya sea por acción o por omisión, derechos consagrados en la Constitución.

Es así que el artículo 437 prescribe:

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

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

El artículo 94 precisa de manera expresa que si bien se admitirían las demandas si convergen los requisitos antes señalados, la Acción no procederá si la *falta de interposición no fuera (e) atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado...*

⁴⁸ ZAVALA EGAS, Jorge, *ob. cit.*, p.47

Al tenor de lo que disponen los artículos 59 al 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴⁹, en vigencia desde el 22 de octubre del 2009, en concordancia con los artículos 94 y 437 de la Carta Magna, tenemos que, se deben cumplir los siguientes requisitos de admisibilidad:

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

En lo que tiene que ver con la procedencia de esta acción se deben observar los siguientes requerimientos que son enumerados en la Sentencia No. 007-09-SEP-CC, de la Corte Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 602, de 01 de junio del 2009:

- 1.- Que exista una violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión; en este caso, de aquellos que tienen por destinatario al juez en su función de interpretar y aplicar el derecho y que a su vez, generan obligaciones, ya sea de hacer o no hacer, cuyo incumplimiento no puede carecer de vías de exigibilidad en un estado constitucional de derechos y justicia social como el nuestro. Cabe señalar además que la acción extraordinaria de protección de protección tiene su fundamento, además, en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 43, 44 y 63.⁵⁰

⁴⁹ Registro Oficial No. 52, segundo suplemento

⁵⁰ Artículo 43

Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Artículo 44

2.- Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, se produzca en la parte resolutive de la sentencia, sin que exista otro mecanismo idóneo para reclamar la prevalencia del derecho constitucional violado.

3.- Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, pueda ser deducida de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente.

4.- Que la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión, por vía negativa queda excluida la posibilidad de practicar pruebas, a fin de determinar el contenido y alcance de la presunta violación a un derecho constitucional: y,

5.- Que no exista, otro mecanismo idóneo de defensa judicial para reclamar el derecho constitucional violado, del cual puede predicarse la misma inmediatez y eficacia para la protección efectiva, idónea y real del derecho constitucional violado.”

En conclusión, la Acción Extraordinaria de Protección procede contra autos definitivos que causen efecto de cosa juzgada, siempre que estos se hayan dictado en un proceso judicial, que contengan una violación, ya sea por acción

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

o por omisión, que pueda ser deducida de manera clara y manifiesta, de derechos contenidos en la Constitución y en Tratados Internacionales.

La sentencia generadora de la violación del derecho a ser atacada debe contener en su parte resolutive, de manera expresa, la generación de la conculcación del derecho, pues es esta la que contiene la decisión, obliga y produce efectos legales.

La cosa juzgada no es sino “la constitución cierta de lo formativo jurídico con respecto a una conducta concreta, a virtud de su preeminencia sobre ésta; es la regimentación jurídica de dicha conducta, mediante la cual se establece en forma clara, fija y permanente derechos y obligaciones con carácter de mandato incontrovertible.”⁵¹ Es en este *mandato incontrovertible* y su importancia funcional que se percibe con transparencia que el objeto mismo del principio de la cosa juzgada es impedir que se vuelva a tratar sobre lo ya resuelto.

Es por esto que, la fuerza de la cosa juzgada, ha sido, en general, uno de los argumentos más utilizados por quienes intentan negar la posibilidad de establecer la responsabilidad de los jueces y magistrados, por considerar que en tanto en cuanto la resolución sea susceptible de apelación y la persona que se considere perjudicada no la ha recurrido, como consecuencia se tiene la presunción de que el sujeto ha renunciado a la acción de daños y perjuicios.

Con este mismo argumento, el principio de cosa juzgada, se ha intentado en varias ocasiones sostener que la Acción Extraordinaria de Protección se podría tener como otra instancia del poder judicial, al ser posible revocar una sentencia ejecutoriada; sin embargo, es claro que este concepto es absolutamente errado, ya que nos encontramos frente a la jurisdicción constitucional, la misma que está encargada de analizar, de manera exclusiva, si ha existido o no una violación a los derechos fundamentales o al debido

⁵¹ RIVAS C., Leonardo, La Cosa Juzgada en la Ciencia Jurídica y en la Legislación Ecuatoriana, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito - Ecuador, 1954, p. 26

proceso, mas no a revisar los hechos del caso en concreto y menos a revisar si existieron errores in procedendo o in judicando como en el caso de la casación.

Es importante mencionar que en nuestra legislación, en materia penal, existe el Recurso Extraordinario de revisión, el mismo que se interpone para obtener un reconocimiento por parte del Estado para remediar el error judicial existente en una sentencia penal condenatoria.

Se debe tener presente que una de las principales diferencias con esta figura es que la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia es la llamada a revisar si es que ha existido una errónea apreciación de los hechos o una mala subsunción de los hechos ocurridos en el caso en concreto con las normas legales.

La Corte Constitucional ha inadmitido a trámite varias acciones extraordinarias de protección ya que, al parecer, los demandantes han malentendido que la misma es una última instancia para apelar un fallo con el que no están conformes, pretendiendo así que la Corte se pronuncie sobre aspectos de legalidad, cuando lo que le corresponde a la Corte Constitucional es comprobar si con las decisiones judiciales se han conculcado derechos, mas no pronunciarse sobre el objeto materia del juicio; puesto que, en caso de analizar cuestiones que son competencia de la justicia ordinaria se estaría desvirtuando la naturaleza de esta garantía, convirtiendo así una garantía de derechos en una nueva instancia de justicia ordinaria.

De igual manera la Corte no ha admitido a trámite a aquellas acciones que pretenden interponerse en contra de pronunciamientos de carácter administrativo y no en contra de sentencias o autos definitivos, tal como lo establecen los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

En cuanto al procedimiento, antes de la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional, la Corte Constitucional emitió una suerte de manual de procedimiento llamado “Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición”, con el cual fueron sustanciadas las primeras demandas interpuestas para ante la Corte, hasta febrero del 2010, fecha en la cual se expide el “Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional”⁵², estableciendo de manera más clara y sistemática plazos y procedimientos no sólo para esta acción sino para todas las contempladas en la Constitución de la República que son competencia de la Corte Constitucional.

Con referencia a este punto, primero se debe tener presente quién o quiénes ostentan la legitimación activa, es decir, quién o quiénes tienen el derecho para presentar la demanda. El artículo 437 de la Carta Magna señala que *los ciudadanos* en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección; en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establece que cualquier *persona o grupo de personas* que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por intermedio de un procurador judicial podrán interponer la acción.

Estas normas son expresas y claras al referirse a ciudadanos y personas denota que los sujetos llamados a interponer una acción extraordinaria de protección son únicamente personas naturales; es decir que, tanto del texto constitucional como del de la ley se colige que las personas jurídicas no están facultadas para interponer este tipo de acción.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha citado en varias sentencias la definición de Ferrajoli de derechos fundamentales, la cual expresa que son: “Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los *seres humanos dotados del status de personas*, de ciudadanos o personas con

⁵² Suplemento Registro Oficial No. 127 de 10 de febrero del 2010

capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica...”⁵³

Como se mencionó anteriormente, si bien es la misma Corte la que cita esta definición en sus sentencias, lo ha hecho en reiteradas ocasiones luego de admitir casos en los que intervienen no sólo personas jurídicas, sino también personas jurídicas de derecho público.

Así también, en las citadas normas se establece que podrán interponer la demanda las personas que hayan sido parte proceso judicial, sin embargo, igualmente que en el caso anterior, la Corte ha admitido como recurrente a terceros interesados o como el pleno de la Corte los denomina “otro accionante con interés en el proceso”. Esto es, cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso.

Cabe mencionar que dada la interpretación progresiva de los derechos, la Corte ha admitido que las personas antes mencionadas y que no se contemplan en las normas como sujetos con derecho para presentar una acción extraordinaria de protección –legitimación activa- hayan intervenido en los procedimientos, lo que no se debe confundir con la figura del *amicus curiae* en los procesos constitucionales.

En cuanto al procedimiento en sí, el término para accionar es de veinte días contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia mediante la cual se supone se ha conculcado un derecho o se violento el debido proceso hasta llegar a la misma.⁵⁴

El artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina los requisitos que la demanda debe contener, y el

⁵³ FERRAJOLI Luigi, Derechos y Garantías, Trotta, Madrid – España, 1999, p. 38

⁵⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 60

artículo 34 del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional lo complementa; estos requisitos son:

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

Además, a la demanda se deben adjuntar los documentos que sustenten que en la sentencia o auto definitivo se han conculcado derechos fundamentales o se ha faltado al debido proceso.

La demanda debe ser presentada ante el mismo juez, tribunal o sala que emitió la resolución o fallo impugnado, para ante la Corte Constitucional.

La judicatura, tribunal o sala notifica a la contraparte y en un término no mayor a cinco días remitirá el expediente a la Corte Constitucional, no sin antes

obtener copias certificadas⁵⁵ de las sentencias o autos definitivos y de las demás piezas procesales necesarias para su ejecución, caso contrario la Corte pondrá este hecho en conocimiento del Consejo de la Judicatura que impondrá la sanción correspondiente.

Una vez en la Corte, la Sala de admisión, en el término de diez días deberá verificar que concurren los requisitos señalados en el artículo 62, inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y estos son:

- 1.- Existencia de un argumento claro sobre la violación del derecho 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.- Justificación, por parte del recurrente, de la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
- 3.- Fundamentación objetiva y jurídicamente sustentada, es decir, que no sólo radique en lo injusto o equivocado de la sentencia;
- 4.- Verificar que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
- 5.- Verificar que el fundamento de la acción no verse sobre la apreciación de la prueba por parte del operador de justicia;
- 6.- Temporalidad de la acción;
- 7.- Verificar que la acción no se interponga contra resoluciones emitidas por el Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,

⁵⁵ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, art. 36

8.- Verificar que la admisión de la acción extraordinaria 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.

En cuanto al último numeral del artículo antes referido, la Ley le ordena a la Sala que verifique si la admisión de una acción repercute en el ámbito jurisprudencial al sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia para el país. Esto, desde un ámbito garantista, se convertiría en algo inadmisibile, ya que, el fin de esta acción no es lo que se señala en esta norma, sino la efectiva vigencia de un derecho conculcado por error judicial.

En la práctica, se ha obrado de manera tal, que este numeral pasa inadvertido y no ha sido citado en ninguno de los informes de la Sala.

El numeral siete de este artículo proscribte que se interponga una Acción Extraordinaria de Protección contra resoluciones emitidas por el Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales y esto sucede en gran medida por que para efectos de impugnaciones en época de elecciones y en esta materia existe una figura establecida en el artículo 271 de la Ley de Elecciones, el Recurso Extraordinario de Nulidad, se presenta con el fin de anular las votaciones o los escrutinios.

Se debe tener presente que la admisión de una acción no suspende los efectos del auto o sentencia que se está objetando.

De ser declarada como inadmitida, la Secretaría General de la Corte procede con el archivo de la acción y se devuelve el expediente a quien conoció la causa. La declaración de inadmisibilidad no es susceptible de recurso alguno.

En el caso de que se admita la acción a trámite, se procede con el sorteo de la misma, sorteo por el cual se le asignará a un vocal ponente el conocimiento de la misma.

Previo a la elaboración del proyecto de resolución o previo a ponerlo en conocimiento del pleno, el juez sustanciador podrá solicitar un informe al juez, tribunal o sala de la instancia de donde provino el fallo que presuntamente violento el derecho.

De igual manera, en el caso de la diligencia de audiencia, si el juez ponente lo considerare necesario, podrá señalar día y hora para la realización de la misma.

Efectuada o no la esta diligencia, el juez de sustanciación remitirá el proyecto de resolución a la Secretaría General para que a su vez, ésta lo remita al Pleno de la Corte para su conocimiento y resolución. La Secretaría General deberá correr traslado a las partes con este procedimiento.

Una vez en pleno la Corte adoptará la decisión en un término no mayor de treinta días contados a partir de la recepción del expediente.

Si el pleno de la Corte considerare que la acción extraordinaria de protección ha sido interpuesta sin fundamento alguno, la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione a la o el abogado patrocinador de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial y en caso de reincidencia, la misma será sancionada con la suspensión del ejercicio profesional, según lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En el caso de que la Corte declare en sentencia que efectivamente existió la conculcación de un derecho o la violación del debido proceso se ordenará la reparación integral al afectado.

Se entiende por reparación integral al derecho que tienen las personas a quienes se les ha reconocido la vulneración de un derecho con el fin de restablecer el equilibrio alterado, esto es, colocar a la persona en una situación similar a la que hubiese gozado si el daño no se hubiese provocado.

Se debe tener presente la equivalencia que debe existir entre el daño y la indemnización; esto ha sido explicado por la jurisprudencia francesa en el sentido que “lo propio de la responsabilidad es restablecer lo más exactamente posible, el equilibrio destruido por el daño y volver a colocar o retomar a la víctima a la situación donde ella estaría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar.”

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce el principio de reparación integral en el artículo 18 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ordenando la reparación tanto del daño material como del inmaterial, procurando que el afectado goce y disfrute “el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.” La reparación integral comprende tanto la restitución material como la inmaterial del derecho; en cuanto a la restitución material se aglutinan dos aristas:

- 1.- La compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas.
- 2.- Los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.

La restitución inmaterial abarca

la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de sus valores muy

significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia.⁵⁶

3.4 La Acción Extraordinaria de Protección como acción previa a la Jurisdicción Internacional

Si bien contra las resoluciones de la Corte Constitucional no cabe recurso interno alguno, esta situación no impide al interesado acudir ante cortes internacionales para la efectiva tutela de un derecho vulnerado.

La Corte Interamericana ha sido expresa al señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos

“...pone a cargo de los Estados los deberes fundamentales de respeto y de garantía de los derechos humanos, de modo que todo menoscabo a los mismos pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención; lo que se prohíbe es toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención...”⁵⁷

Con esto se puede colegir que en cualquier caso en el que el Estado o una de sus Instituciones no se sujeten a lo establecido en la Convención se estará ante un supuesto de inobservancia del *deber del respeto*⁵⁸ consagrado en la Convención.

Según lo expresado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sus normas contienen la prohibición de limitar el goce o el ejercicio de cualquiera de los derechos y libertades que estén reconocidos y

⁵⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 18, inciso segundo.

⁵⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales, III Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José – Costa Rica, 2004, p.48.

⁵⁸ Ob. Cit., p. 57.

garantizados en la legislación interna de los Estados miembros o de cualquier otra Convención de la que sea parte uno de dichos Estados, ni mucho menos excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

El artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina la competencia de la Comisión para conocer casos que atenten contra derechos reconocidos por los Estados partes señalando: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte."

Al amparo de lo establecido en el Artículo 62, numeral 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana tiene competencia para conocer cualquier caso relativo ya sea a la interpretación o a la aplicación de lo dispuesto en este Instrumento Internacional.

El Estado Ecuatoriano, así como todos los Estado partes, tienen el deber primigenio no sólo de permitir el acceso de los individuos ante las instancias internacionales, sino de eliminar cualquier obstáculo que permita el libre ejercicio de este derecho.

Aunque la presentación de un recurso individual esté condicionado al agotamiento de la jurisdicción interna, lo que de por sí presupone la presentación de una acción en contra del Estado y que la misma sea negada, el fin último de la protección del derecho en la esfera internacional no es castigar o sancionar al Estado, sino amparar al individuo y restablecer o reparar, en la medida de lo posible, el derecho que se le conculcó.

4. CAPÍTULO IV

Aproximaciones de la Acción Extraordinaria de Protección en sistemas foráneos

4.1 España: Recurso de Amparo

Consagrado tanto constitucionalmente en los artículos 53, numeral 2; 161, numeral 1, literal b; 162, numeral 1, literal b; y, 164, numeral 1, así como en los artículos del 41 al 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Recurso de Amparo español constituye un medio extraordinario y subsidiario que cabe plantear ante el Tribunal Constitucional contra la última resolución definitiva emanada del Poder Judicial⁵⁹, siempre que ésta haya violentado algún derecho fundamental establecido en la Constitución Española de 1978, reformada en 1992.

Este Recurso se interpone con el fin de:

- 1.- Que se declare la nulidad de la Resolución que impidió el pleno ejercicio de los derechos o derechos que se afirma se está conculcando;
- 2.- Que se reconozca el derecho o “libertad pública”; y,
- 3.- Que se restablezca el derecho del demandante y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su conservación.

En el sistema Español no todos los derechos pueden hacerse valer a través del Recurso de Amparo, es así que la Ley Orgánica del Tribunal Español establece que “Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada

⁵⁹ La Ley Orgánica 2-1979 dispone en su artículo 43, numeral 1, que las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente.

a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución”, dejando de lado los derechos sociales.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, el sistema español faculta - además de a cualquier persona que demuestre su interés legítimo- tanto al Defensor del Pueblo como al Ministerio Fiscal para interponer este Recurso, lo que difiere con la figura ecuatoriana; así lo dispone expresamente el último inciso del artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

4.2 Argentina: Recurso Extraordinario

En la República de Argentina, la denominación de recurso extraordinario aplicada al mecanismo procesal que establece el Art. 14 de la Ley 48, tiene un origen consuetudinario y pretoriano, siendo la jurisprudencia de la Corte Suprema, que vía una interpretación integral, genera una aplicación directa de la Constitución y determina la inteligencia de los tratados, las leyes federales y las comisiones ejercidas en nombre de la autoridad nacional. Algunos autores aluden o hablan del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, recurso de inconstitucionalidad en el orden nacional o recurso extraordinario de apelación, donde sigue latente la discusión sobre si debe entenderse como un recurso o como una acción.

Entendido como un recurso de carácter extraordinario, debe tenerse presente que es excepcional y que solo procede en los casos previstos por la ley, que apuntan sólo contra sentencias definitivas, a fin de que sean examinadas en lo referente a la aplicación que en ellas se hizo de la norma legal; y, al igual que en el Ecuador, únicamente operan sobre fallos definitivos y para ante tribunales superiores; no intentan subsanar errores de hecho, "sino consolidar la aplicación uniforme de la ley; su examen de admisibilidad es severo,

requiriéndose el cumplimiento de requisitos taxativamente impuestos por la ley. Además, el escrito por el cual se los interpone debe bastarse a sí mismo"⁶⁰

Es así que este tipo de recurso, es una impugnación que tiende a quitar vigor al fallo ya formado, cuando éste aparece viciado por determinados defectos.

En la Argentina, aparte de los casos señalados en el artículo 14 de la Ley 48, existe la posibilidad de atacar lo que se conoce como la "sentencia arbitraria", que, de acuerdo con lo señalado por la Corte Argentina, son aquellas que presentan "omisiones y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales" (Fallos 302-1191).

4.3 Colombia: Acción de Tutela

Al igual que en nuestro país, la Acción de Tutela fue concebida como una garantía judicial de carácter subsidiario, residual y autónomo, con el fin de generar el control constitucional de las acciones u omisiones de, si bien se habla de "todas las autoridades públicas", en especial de los operadores de justicia, exceptuando a los particulares.

En Colombia, así como en nuestro país, esta figura tiene al menos cinco lineamientos relevantes y estrechamente relacionados:

- 1.- Proteger, de manera residual y subsidiaria, los derechos fundamentales de los habitantes frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas;
- 2.- Afianzar y defender, de manera coherente y ordenada, la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica;

⁶⁰ SAGÜES, Néstor Pedro, en Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario Tomo I, pág. 294, Buenos Aires – Argentina, 2002, p. 294

3.- Actualizar el derecho legislado, en especial el derecho preconstitucional, orientando a todos los servidores públicos para que lo interpreten y apliquen a la luz del derecho constitucional;

4.- Unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales; y,

5.- Promover una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derecho⁶¹

Amparada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la Acción de Tutela se encuentra consagrada en el mismo y prescribe:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

⁶¹ BOTERO MARINO, Catalina, La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano en http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/017-Accion%20de%20tutela-Ordenamiento%20Cons-II.pdf

Es evidente que esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona si es que un derecho fundamental hubiera sido violentado por acción u omisión de una autoridad pública, siempre y cuando no exista un remedio judicial efectivo en la vía ordinaria.

Mediante Decreto 2591, publicado en el Diario Oficial de 19 de noviembre de 1991, se regula el procedimiento de la Acción en referencia y esboza cuestiones tales como principios de aplicación, trámite preferencial de la tutela, causales generales de improcedencia de esta acción, competencia para conocer de la acción, entre otras.

De igual manera, el Decreto 1382 publicado en el Diario Oficial No. 44 082 de 12 de julio de 2000, establece la competencia para conocer esta Acción, así como las sanciones efecto de la misma.

En palabras de Botero Marino, el Decreto 2591 de 1991, así como las normas constitucionales de la acción de amparo, constituyen una fuente de derecho

... que deben ser cuidadosamente atendidas a la hora de definir el derecho procesal constitucional. De esta manera, así como la jurisprudencia de casación resulta fundamental a la hora de comprender las reglas que regulan la procedencia de este recurso extraordinario, la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional completa el sistema de derecho procesal constitucional que reglamenta la acción de tutela.

5.CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

La Acción Extraordinaria de Protección deviene como consecuencia de la supremacía de la Norma Fundamental y la necesidad de proteger los principios y derechos contenidos en ella derivan en el control judicial.

Se deben aplicar las garantías de derechos como medio para aumentar la exigibilidad de los mismos, esto es una realidad; sin embargo, esto dependerá tanto de una adecuada regulación legal como de la actuación profesional e independiente por parte de los jueces que integran la Corte Constitucional.

Las consecuencias jurídicas de esta garantía están en manos de la Corte Constitucional; y es por esto precisamente, que es imperativo desarrollar jurisprudencia constitucional por medio de la cual se pueda interpretar la normativa legal, para que así se pueda verificar efectivamente la naturaleza de esta garantía en base a normas constitucionales.

Es por esto que, la misma Constitución le da la competencia a la Corte Constitucional para que pueda revisar las sentencias de los órganos de justicia ordinaria⁶², con el fin de crear jurisprudencia vinculante y, mediante esto, generar precedentes que verdaderamente constituyan un Estado de Derechos y Justicia en el que rija la seguridad jurídica.

Otro aspecto importante a considerar es que la aplicación de la Acción Extraordinaria de Protección NO pone en peligro al principio de cosa juzgada y por ende tampoco la seguridad jurídica del país, entendiendo que, de manera extraordinaria y subsidiaria, se está ampliando el espectro jurídico para proteger un fin superior, que es el de reparar integralmente un derecho fundamental que ha sido transgredido por una sentencia o un auto definitivo y

⁶² Constitución de la República del Ecuador, artículo 436, numeral 6

evitar así que los principios y derechos consagrados en la Constitución sean una mera proclamación de buenas intenciones.

La Acción Extraordinaria de Protección NO es una cuarta instancia. La competencia de la Corte Constitucional es verificar si ha existido o no una violación de un derecho fundamental o del debido proceso por parte de un juez ordinario, y no de revisar nuevamente los elementos que generaron la litis del caso en concreto.

Para estar a la efectiva vigencia de los derechos debe existir un órgano jerárquicamente superior que controle y vigile las decisiones adoptadas por los jueces

Se ha podido comprobar durante la investigación que esta acción esta siendo interpuesta por los abogados, de manera absolutamente irresponsable, por un lado para dilatar aún más los procesos, y por otro con un fuerte desconocimiento de las normas que existen para su regulación; desnaturalizando así esta figura.

5.2 RECOMENDACIONES

Es imperativo que los jueces constitucionales realicen un reexamen de los expedientes que llegan a su conocimiento; ya que, si bien el accionante deduce en su demanda una petición concreta, se debe tener presente que ellos no realizan un control de legalidad, sino que, al realizar un control de derechos, se debe ampliar el espectro de revisión de los mismos mediante una norma expresa en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Esto se debe entender de la siguiente forma; en caso de que el juez constitucional verifique que se ha violentado un derecho que no ha sido invocado por el accionante en su demanda, de todas formas debería incluir este hecho en su Resolución con las respectivas consecuencias jurídicas.

La Acción Extraordinaria de Protección, en esencia, es una garantía prevista en la Constitución para salvaguardar la efectiva vigencia de los derechos contenidos en la Carta Magna y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos; por lo tanto, no es suficiente que, al dictar sentencia, la Corte Constitucional únicamente devuelva el expediente al tribunal o corte de dónde provino, sino que debe condenar a una reparación al derecho conculcado. Se deviene como efecto entonces, que la misma Corte Constitucional, luego de verificar la violación, inicie los procesos ya sean administrativos, civiles o penales.

Además del reconocimiento estatal, por medio de las normas constitucionales, de los derechos, la difusión de los mecanismos para exigir los mismos es importante. La Acción Extraordinaria de Protección es una figura novísima en el Ecuador, y está por demás mencionar que ni siquiera los mismos profesionales del derecho están en conocimiento de su existencia y mucho peor de su aplicación.

Se sabe que la Corte Constitucional responde a coyunturas políticas; sin embargo es de suma importancia que prime lo técnico sobre lo político, caso contrario, no sólo ésta, sino cualquier otra garantía perderán su eficacia y los derechos estarán a la suerte de los intereses que primen en un momento dado.

De igual manera, la formación de los jueces, miembros de tribunales y salas debe cambiar; si está en manos de los jueces la aplicación de manera directa e inmediata de los preceptos constitucionales, tratados internacionales y normas del llamado “Soft Law”, no puede seguir siendo una constante –por parte de los jueces- la ignorancia de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE UBIDIA, Santiago, La transformación de la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, 2009

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Desafíos Constitucionales La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, 2008

CARBONELL, Miguel, Diccionario de Derecho Constitucional, Porrúa, México, 2002

CARBONELL, Miguel, en El Principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, 2008

CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo (s), Trotta, Madrid – España, 2003

CAPPELLETI, Mauro, Problemas del Control de La Constitucionalidad de las Leyes, compilado UNAM, México DF, 1978

CARMONA CUENCA, Encarina, La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid – España, 2005

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús, Cosa Juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004, Konrad – Adenauer – Stiftung, Montevideo – Uruguay 2004

DE OTTO, Ignacio, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona – España en **PRIETO SANCHÍS**, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid – España

DERMIZAKY, Pablo, Justicia constitucional y cosa juzgada, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004, Konrad – Adenauer – Stiftung, Montevideo - Uruguay, 2004

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales, III Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José – Costa Rica, 2004

FERRAJOLI Luigi, Derechos y Garantías, Trotta, Madrid – España, 1999

FERREYRA, Gustavo Raúl y **GIL DOMINGUEZ**, Andrés, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Ediar S.A., Buenos Aires – Argentina, 2000

GARCÍA MORILLO, Joaquín, El derecho a la tutela Judicial, citado en Luis López Guerra, Derecho Constitucional, Vol. 1, Titant lo blancm, Valencia – España, 2003

GODED Miranda, La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, Poder Judicial, Madrid – España, 1983

GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires Argentina, 2006

HUERTAS DÍAZ, Omar, El Derecho al Debido Proceso y a las Garantías Judiciales en la Dimensión Internacional de los Derechos Humanos, IBÁÑEZ, Bogotá – Colombia

LIEBMAN, Enrico, Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas, Argentina, 1985

LÓPEZ, Sebastián, en Teoría y práctica de la justicia constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, 2010

NINO, Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1992

PRIETO SANCHÍS, Luis, Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México D.F., 2005

PRIETO SANCHÍS Luis, Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, PALESTRA, Lima – Perú, 2007

PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid – España

PRIETO SANCHÍS, Luis, en Neoconstitucionalismo (s), Compilación de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid – España, 2003

RIVAS C., Leonardo, La Cosa Juzgada en la Ciencia Jurídica y en la Legislación Ecuatoriana, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito - Ecuador, 1954

SAGÜES, Néstor Pedro, en Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario Tomo I, pág. 294, Buenos Aires – Argentina, 2002

SOLA, Juan Vicente, Control Judicial de la Constitucionalidad, Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 2001

TAWIL Guido Santiago, La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia, Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1993

TEPSICH, María Belén, Ponderación de los valores en la revisión de la cosa juzgada en en PEYRANO, Jorge W., La Impugnación de la Sentencia en firme, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires – Argentina

VILLAR PALASÍ Luis y MORENO MARTÍN Francisco, Compilado Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al prof. Luis H. Farías Mata, Universidad Católica Andrés Bello, 2006

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Trotta, Quinta Edición, Madrid – España, 2005

ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad Proceso Constitucional, Ecuador, 2009

Páginas web

BOTERO MARINO, Catalina,

http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/017-Accion%20de%20tutela-Ordenamiento%20Cons-II.pdf, La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano