



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

“El control de mérito como facultad garantista ejercida por la Corte Constitucional”

**Trabajo de titulación para optar al título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República del Ecuador**

Autor:

Josuha Alexander Cisneros Rodríguez

Tutor:

Dr. Jorge Eudoro Romero Oviedo

Riobamba, Ecuador. 2023

DECLARATORIA DE AUTORÍA

Yo, Josuha Alexander Cisneros Rodríguez, con cédula de ciudadanía 0604190595, autor del proyecto de investigación titulado: “El control de mérito en la acción extraordinaria de protección como facultad garantista ejercida por la Corte Constitucional”, certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenidos y conclusiones expuestas en dicha investigación son de mi exclusiva autoría y responsabilidad.

Cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital. En esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos.

La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autoría de la referida obra será de mi entera responsabilidad, librando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones.

En Riobamba, 25 de septiembre del 2023

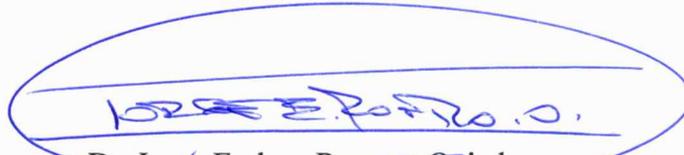


Josuha Alexander Cisneros Rodríguez
C. C. No. 0604190595

DICTAMEN FAVORABLE DEL PROFESOR TUTOR

Quien subscribe, Dr. Jorge Eudoro Romero Oviedo, catedrático de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo, por medio del presente documento certifico haber asesorado y revisado el desarrollo del trabajo de investigación titulado “El control de mérito en la acción extraordinaria de protección como facultad garantista ejercida por la Corte Constitucional”, de autoría de Josuha Alexander Cisneros Rodríguez, por lo que autoriza ejecutar los trámites legales para su sustentación.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad, en Riobamba, a los 13 días del mes de diciembre del 2023.



Dr. Jorge Eudoro Romero Oviedo
DOCENTE TUTOR

CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Quienes suscribimos, catedráticos designados Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación **“EL CONTROL DE MÉRITO EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN COMO FACULTAD GARANTISTA EJERCIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL”**, presentado por **JOSUHA ALEXANDER CISNEROS RODRÍGUEZ**, con cédula de identidad número 0604190595, bajo la tutoría de Dr. Jorge Eudoro Romero Oviedo, certificamos que recomendamos la **APROBACIÓN** de este con fines de titulación. Previamente se ha evaluado el trabajo de investigación y escuchada la sustentación por parte de su autor, no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba a los 13 días del mes de diciembre del 2023.

Presidente del Tribunal de Grado
Dr. Walter Segundo Parra Molina



Miembro del Tribunal de Grado
Dra. Carolina Patricia Montenegro Benalcázar



Miembro del Tribunal de Grado
Mgs. Gabriela Yosua Medina Garces





CERTIFICACIÓN

Que, **JOSUHA ALEXANDER CISNEROS RODRÍGUEZ** con CC: **0604190595**, estudiante de la Carrera de **DERECHO**, Facultad de **CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado "**EL CONTROL DE MÉRITO EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN COMO FACULTAD GARANTISTA EJERCIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL**", cumple con el **7 %**, de acuerdo al reporte del sistema Anti plagio **URKUND**, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 26 de octubre de 2023


Dr. Jorge Romero
TUTOR(A)

DEDICATORIA

A Adriana, *madre mía*, quien me ha dado la vida y el motivo para vivirla,
A Miguel Ángel, mi apoyo incondicional, mi faro en la oscuridad... *mi padre*,
A Doménica, *mi hermana*, la mitad de mi alma, de mi corazón, de mí,
A Martina, que con su calor y cariño me acompañó durante tantas frías madrugadas,
Y a toda mi familia, mi cable a tierra, a quienes amo.

Josuha Alexander Cisneros Rodríguez

AGRADECIMIENTO

No puedo comenzar este agradecimiento sino por mis padres, Adriana y Miguel Ángel, quienes a más de dispensarme su amor incondicional, me han enseñado las cosas importantes de la vida, una de ellas, la educación.

Agradezco también a mi hermana, Doménica, porque desde hace dieciocho años sé que ya no estoy solo en el mundo.

A mi familia, en especial a mi abuela, Martha.

Sin ustedes, esto no habría sido posible. Sin ustedes, no tendría sentido. Sin ustedes, no valdría la pena.

Por último, deseo expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todos y cada uno de quienes influyeron, de una u otra manera, en la producción de esta investigación.

Su contribución en la conclusión de la presente obra resulta incalculable.

Josuha Alexander Cisneros Rodríguez

ÍNDICE GENERAL

DECLARATORIA DE AUTORÍA	
DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR	
CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL	
CERTIFICADO ANTIPLAGIO	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE GENERAL	
ÍNDICE DE TABLAS	
RESUMEN	
ABSTRACT	
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. Problema	14
1.2. justificación	16
1.3. Objetivos	17
1.3.1. Objetivo general	17
1.3.2. Objetivos específicos	17
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	18
2.1. Estado del arte	18
2.2. Marco teórico	19
2.2.1. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN	19
2.2.1.1. Antecedentes y fundamento jurídico	19
2.2.1.2 Naturaleza jurídica	21
2.2.1.3. Presentación, requisitos y admisión de la demanda	22
2.2.1.4. Requisitos sobre el contenido de la demanda	23
2.2.1.5. Requisitos de admisibilidad	24
2.2.1.6. La decisión de la Sala de Admisión	28
2.2.1.7. Legitimación	30
2.2.1.7.1. Legitimación activa	30
2.2.1.7.1.1. Legitimación en la causa	30
2.2.1.7.1.2. Legitimación en el proceso	33
2.2.1.7.2. Legitimación pasiva	33
2.2.1.8. Decisiones impugnables	34
2.2.1.9. La sentencia	35
2.2.1.9.1. Sentencia que rechaza la garantía	35
2.2.1.9.2. Sentencia que acepta la garantía	36

2.2.2. EL CONTROL DE MÉRITO EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.....	37
2.2.2.1. Definición.....	37
2.2.2.2. Argumentos de la Corte Constitucional superados	38
2.2.2.2.1. Protección de derechos	38
2.2.2.2.2. <i>Iura novit curia</i>	39
2.2.2.2.3. La dimensión objetiva.....	39
2.2.2.3. La doctrina vigente del control de mérito y sus requisitos	40
2.2.2.4. Aplicación concreta del control de mérito	43
2.2.3. EL GARANTISMO Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.....	48
2.2.3.1. El garantismo.....	48
2.2.3.1.1. Definición y fundamentos del garantismo	48
2.2.3.1.2. La rigidez constitucional.....	48
2.2.3.1.3. Las garantías constitucionales.....	49
2.2.3.1.3.1. Garantías constitucionales primarias negativas y las antinomias	50
2.2.3.1.3.2. Garantías constitucionales primarias positivas y las lagunas	51
2.2.3.1.3.3. Garantías constitucionales secundarias.....	52
2.2.3.1.4. Postulados o principios del modelo garantista	52
2.2.4. El sistema constitucional ecuatoriano	54
2.2.4.1. Breve reseña sobre el constitucionalismo ecuatoriano	54
2.2.4.2. Derechos, principios y garantías	54
2.2.4.3. Supremacía y rigidez constitucional	57
2.2.4.4. La Corte Constitucional.....	58
CAPITULO III. METODOLOGÍA	61
3.1. Tipo de investigación.....	61
3.1.1. Investigación documental bibliográfica	61
3.1.2. Investigación descriptiva	61
3.2. Diseño de la investigación	61
3.3. Técnicas de recolección de datos	61
3.4. Población de estudio y tamaño de muestra.....	61
3.5. Métodos de análisis.....	62
3.6. Procesamiento de datos.....	62
CAPITULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	63
4.1. Planteamiento de las críticas propuestas por la doctrina al control de mérito	63
4.1.1. Ausencia de validez o legitimación formal	63
4.1.2. Desnaturalización de la acción extraordinaria de protección	63
4.1.3. La discrecionalidad en el ejercicio del control de mérito.....	64
4.1.4. Vulneración del derecho a la defensa	66
4.2. Posición de la Corte Constitucional sobre las críticas al control de mérito.....	67

4.2.1. Criterios explícitos de la Corte Constitucional	67
4.2.1.1. Sobre la vulneración del derecho a la defensa	67
4.2.2. Criterios implícitos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	68
4.2.2.1. Sobre la validez o legitimación formal	68
4.2.2.2. Sobre la desnaturalización de la acción extraordinaria de protección	69
4.3. Examen del control de mérito desde la perspectiva del paradigma garantista.....	71
4.3.1. Sobre la discrecionalidad en el ejercicio del control de mérito	71
4.4. ¿Es el control de mérito una facultad garantista?	74
4.5. Discusión	76
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	77
5.1. Conclusiones	77
5.2. Recomendaciones	78
BIBLIOGRAFÍA	79

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1 <i>Casos relevantes sobre el control de mérito.....</i>	44
--	-----------

RESUMEN

El control de mérito en la acción extraordinaria de protección es la facultad que tiene la Corte Constitucional para revisar los hechos de la garantía subyacente, además de la existencia de una vulneración de derechos en el ejercicio de la autoridad jurisdiccional. En el presente proyecto de investigación se plantea determinar si esa facultad es compatible con el modelo teórico del garantismo y, consecuentemente, con el sistema constitucional ecuatoriano. Para el efecto, se realiza una investigación es de tipo documental-bibliográfica y de carácter descriptiva, recurriendo principalmente al análisis de la doctrina y jurisprudencia constitucional sobre el control de mérito, sus requisitos y críticas, y acerca del modelo garantista. Después de dicho análisis, se plantea una crítica a la Corte Constitucional sobre la discrecionalidad al ejercer la facultad. Se concluye, pues, que el control de mérito es una facultad garantista siempre y cuando se reduzca esa inevitable discrecionalidad jurisdiccional al mínimo posible, para lo que plantea un cambio en la jurisprudencia.

Palabras clave: control de mérito, garantismo, acción extraordinaria de protección, Corte Constitucional, garantías.

ABSTRACT

The main objective of this research study was to focus on the control of merit in the extraordinary action of protection is the power of the Constitutional Court to review the facts of the underlying guarantee, in addition to the existence of a violation of rights in the exercise of jurisdictional authority. This research project aims to determine whether this power is compatible with the theoretical model of "guarantees" and, consequently, with the Ecuadorian constitutional system. For this purpose, documentary-bibliographic and descriptive research is carried out, resorting mainly to the analysis of constitutional doctrine and jurisprudence on the control of merit, its requirements and criticisms, and the model of guarantors. Following this analysis, a critique is made of the Constitutional Court's discretion in exercising this power. It concludes that the control of merit is a guaranteeing power as long as this inevitable jurisdictional discretion is reduced to the minimum possible, for which a change in jurisprudence is proposed.

Keywords: control of merit, guarantee, extraordinary action of protection, Constitutional Court, guarantees.



Reviewed by:

Mgs. Marco Antonio Aquino

ENGLISH PROFESSOR

C.C. 1753456134

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

El sistema constitucional ecuatoriano vigente hasta el año 1998 impedía, de forma categórica, la revisión de decisiones judiciales por medio de la entonces denominada acción de amparo. Es decir, durante dicho periodo, en el Ecuador, no existió un mecanismo o acción de jerarquía constitucional que posibilite rever los fallos emitidos por las autoridades jurisdiccionales que pudiesen haber vulnerado derechos.

A partir de la promulgación de la Constitución de 2008, el sistema de garantías se transformó de manera estructural. Así, con la nueva carta fundamental se abrió esa posibilidad de objetar las decisiones dictadas por la autoridad judicial. Esto, a través de la llamada acción extraordinaria de protección, misma que fue prevista en el artículo 94 del referido cuerpo normativo.

La acción extraordinaria de protección –en adelante se la denominará también como extraordinaria de protección, AEP o EP– se ha convertido, desde su incorporación al sistema jurídico, en la garantía jurisdiccional más usada en el Ecuador. En ese sentido, es también aquella sobre la cual se ha desarrollado la mayor cantidad de jurisprudencia vinculante.

Uno de estos precedentes constitucionales es, precisamente, el denominado “control de mérito” o, en otros términos, la posibilidad de que la Corte Constitucional revise los hechos de la causa subyacente a la extraordinaria de protección.

La implementación del referido control de mérito no ha estado exenta de críticas y controversias. Así, por ejemplo, varios profesionales del derecho han reprochado que la Corte Constitucional efectúe esta revisión puesto que, a su juicio, el Tribunal se estaría convirtiendo en un juez de instancia, desnaturalizando dicha garantía.

En contraste, hay quienes consideran que, por la naturaleza del sistema constitucional ecuatoriano y de sus garantías, es necesario que, en casos excepcionales, la Magistratura revise el mérito en los procesos de origen. Esto, en principio porque es precisamente la Corte Constitucional quien tiene la ineludible obligación de tutelar las vulneraciones de derechos que lleguen a su conocimiento.

En todo caso, el Órgano constitucional se ha inclinado por esta segunda alternativa; instituyendo así la doctrina del control o examen de mérito, con los límites y vínculos previamente determinados en su jurisprudencia.

Ahora, considerando que aparentemente el objeto de esta facultad sería la protección de derechos, conviene averiguar si es que, en efecto, el análisis de caso originario, con las salvaguardias y requisitos vigentes, puede ser considerado como una potestad compatible con el modelo garantista.

En este sentido, el referido conflicto será abordado en tres secciones. En la primera, se abordará la acción extraordinaria de protección, su definición, sus fundamentos y naturaleza jurídica, requisitos de admisibilidad y de procedencia, aspectos procesales y demás particularidades relevantes para la investigación. Esto, sobre todo, para tener claro el marco en el que opera esta garantía y las implicaciones que eventualmente tendría el permitir revisar el fondo de la causa subyacente.

En el segundo apartado se examinará esta facultad desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su evolución histórica. En particular, se profundizará sobre la vigente doctrina del “control de mérito”, sus requisitos de procedencia, sus características, su fundamento, y otras puntualidades. Y, para finalizar, se expondrá una reflexión sobre la aplicación concreta de esta atribución.

Continuando en esa línea, en la sección tercera se plantearán los presupuestos teóricos del modelo garantista, esto es, su definición, fundamentos y principios, particularmente lo referente a la rigidez constitucional y a las garantías. Se establecerá, también, cómo está conformado el sistema constitucional en el país; en especial, lo referente a los derechos, principios y garantías, la supremacía de la Constitución y el rol de la Corte Constitucional. Para culminar, se distinguirá cómo y dónde se encuentra materializada la teoría del garantismo en nuestro sistema constitucional.

Después de todo ello, en el capítulo de la discusión y resultados se tratará el control de mérito como facultad garantista. Esto implica plantear, en un primer momento, las críticas que la doctrina y el investigador pueden atribuir al examen del caso original, por ejemplo, las referentes a la desnaturalización de la garantía y a la discrecionalidad en su ejercicio, etc. Posteriormente, se efectuará una conciliación entre el examen de méritos y el sistema constitucional –visto desde una perspectiva garantista–. Para dicha armonización primero se expondrá las respuestas de la Magistratura a las críticas antes formuladas y, después, un análisis inédito de aquellas críticas que no han sido respondidas de manera expresa por la Corte Constitucional.

Con todo ello, se determinará si el control de mérito en la acción extraordinaria de protección es –o no– una facultad garantista ejercida por la Corte Constitucional.

1.1. Problema

La jurisprudencia constitucional sobre la acción extraordinaria de protección es, en general, cuantiosa y poco uniforme. Ciertamente, con la conformación de 2019 de la Corte Constitucional, varias líneas jurisprudenciales se han mantenido, pero otras tantas han cambiado.

La revisión del caso subyacente a la acción extraordinaria de protección se comenzó a ejercer, desde el año 2010, sobre la base de diferentes argumentos. En la actualidad, la línea jurisprudencial ha evolucionado, implementando desde 2019 lo que se denomina como control o examen de mérito.

El argumento actual de la Corte Constitucional para justificar que se permita revisar el fondo de la garantía originaria tiene su base en que, como máximo órgano de control interpretación y justicia constitucional, está habilitada para resolver cualquier conflicto de índole que llegue a su conocimiento –en este caso a través de la acción extraordinaria de protección–, aunque esto sea únicamente de modo excepcional.

En principio, esto parece adecuado, toda vez que el objeto de esa revisión sería tutelar derechos constitucionales. Sin embargo, los cuestionamientos surgen cuando se señala que esta facultad no está contemplada en el ordenamiento jurídico nacional. De ahí, se sigue que dicha potestad puede significar una desnaturalización de la EP, toda vez que se extiende su objeto constitucional. En adición, se critican los requisitos desarrollados por la Magistratura para limitar el ejercicio de esta atribución, pues se afirma que estos son poco –o nada– objetivos, provocando así una evidente discrecionalidad en el ejercicio de la facultad.

Para otro sector de la doctrina, en cambio, el control de mérito perfecciona el objeto de la acción extraordinaria de protección, toda vez que permite tutelar derechos cuando estos no han sido protegidos por los jueces constitucionales de instancia.

Ese es el problema: por una parte, tenemos críticas sobre la ausencia de legitimación formal clara, la posible desnaturalización de la EP, y la discrecionalidad de la que la Corte Constitucional para ejercer dicha potestad; y, por otro lado, tenemos el imperativo constitucional de justicia y de tutela de los derechos. Este antagonismo entre ilegitimidad y protección de derechos –hasta ahora no muy cuestionado– exige a la ciencia jurídica un análisis más riguroso y crítico que el que la doctrina ha planteado.

Por encima de esta dicotomía teórica están las consecuencias prácticas que tiene –o podría tener– una facultad de las características del control de mérito. Los justiciables son, en primera y última instancia, quienes resultan afectados –para bien o para mal– por el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la Corte Constitucional.

En definitiva, es importante destacar que esta investigación parte de la premisa de que el control de mérito se erige como una prerrogativa garantista en nuestro sistema jurídico y, precisamente debido a esta naturaleza garantista, se propone una contundente crítica a dicha facultad y sus criterios asociados. Por medio de este cuestionamiento a las ideas preexistentes, en una especie de proceso dialéctico reminiscente del enfoque hegeliano, se obtienen pensamientos más refinados y profundos que de los que se parte.

1.2. justificación

La acción extraordinaria de protección, de modo general, es una pieza sustancial del sistema constitucional ecuatoriano. Se trata, pues, de la garantía jurisdiccional más usada en a nivel nacional, y respecto la cual se ha producido y desarrollado la mayor cantidad de jurisprudencia. Ahí, precisamente, radica la importancia de que los profesionales del derecho conozcan las particularidades relativas a la EP, toda vez que ello servirá tanto para que patrocinen sus causas de forma efectiva, como para descongestionar la carga procesal de la Magistratura.

En particular, el control de mérito se constituye como uno de esos nuevos criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Constitucional que los abogados, en general, deberían conocer. Pero, además, el examen del caso subyacente se transforma en una oportunidad para que se reflexione, de manera crítica, sobre las actuaciones de la Magistratura respecto a esta nueva facultad.

Incluso más allá de la necesidad de que los abogados conozcan y discutan sobre el control de mérito, se debe reconocer que, en realidad, son los ciudadanos quienes están en el centro de este conflicto. Tanto las personas que han sufrido violaciones de derechos que no han sido tuteladas por los jueces constitucionales y que recurren a la Corte Constitucional, así como aquellos sujetos que, aunque no presentaron la EP, sí fueron parte procesal de la garantía originaria y también tienen derechos e intereses en disputa, son parte medular de esta disyuntiva.

De ahí que la ausencia de una base legal clara, la discrecionalidad en la aplicación de los requisitos, y la eventual desnaturalización de la acción extraordinaria de protección, producen un conflicto entre la legitimidad formal y sustancial que ha sido poco estudiado y del que no se reflexiona a cabalidad sobre sus posibles consecuencias.

En suma, esta investigación se justifica por la imperiosa y evidente necesidad de abordar un tema complejo y controvertido en el derecho constitucional ecuatoriano, mismo que tiene implicaciones significativas para la protección de los derechos de los ciudadanos y la legitimidad del sistema de justicia constitucional.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar si la potestad denominada control de mérito dentro de la acción extraordinaria de protección, que es ejercida por la Corte Constitucional del Ecuador, puede ser calificada como una facultad garantista.

1.3.2. Objetivos específicos

- Plantear las críticas propuestas por la doctrina al control de mérito en la acción extraordinaria de protección, principalmente la ausencia de legitimidad formal, la desnaturalización de esta garantía, y la discrecionalidad en el ejercicio de esta facultad.
- Definir la postura de la Corte Constitucional respecto al control de mérito y sus requisitos, así como a las críticas de la doctrina; todo esto por medio de la revisión de su jurisprudencia.
- Examinar el control de mérito en la acción extraordinaria de protección desde la perspectiva del paradigma garantista.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Estado del arte

En el año 2019, la Corte Constitucional desarrollo lo que se conoce como “control de mérito” en la acción extraordinaria de protección. De acuerdo con Dávila (2022), esta facultad implica que la Magistratura “no se limita a verificar los vicios contenidos en la decisión impugnada o en su trámite, sino que se extiende a realizar un análisis de los hechos que originaron la controversia de carácter constitucional” (p. 12).

Por una parte, un sector de la doctrina ha criticado este examen de mérito. Por ejemplo, el profesor Oyarte (2020) ha señalado que:

Lamentablemente esas aclaraciones [el control de mérito y sus requisitos], si se las quisieron hacer, no son tales y se deja a los justiciables en una situación similar a la previa: **el decisionismo del juzgador**, con la única diferencia de que, insisto, ahora la Corte expresamente señala que puede actuar así, pero **no fija ningún parámetro objetivo** para que los intervinientes en el proceso subyacente y el mismo accionante sepa si la Corte puede o no realizar una actuación semejante en su caso. (p. 502)

Se critica, entonces, que el estado de incertidumbre en el que se coloca al ciudadano por la indeterminación de requerimientos objetivos para la procedencia del control de mérito. Es decir, los requisitos vigentes reflejan la arbitrariedad de la Magistratura para ejercer esta facultad a su entera discreción en los casos que se ajusten a sus convicciones e intereses personales.

En el mismo sentido, para autores como Morales (2019), la extensión del objeto de la acción extraordinaria de protección que permite revisar el fondo de la causa subyacente a la AEP tiene como consecuencia que la Corte Constitucional termine “actuando como juez de instancia y desnaturalizando la garantía” (p. 51).

En contraposición a dicha visión, doctrinarios como Guapizaca y Rivas (2021) opinan que:

[...] la facultad de control de mérito permite, de manera particular, reforzar el objeto de la AEP y, en general, el objetivo del sistema de garantías constitucionales puesto que busca precautelar la tutela efectiva de derechos constitucionales y, en caso de vulneración, su efectiva reparación integral [...]. (p. 108)

Esta postura resulta antagonista con las que se mostraron antes, pues, según los autores recién citados, no solo no existe una desnaturalización de la acción extraordinaria de protección, sino que el examen del caso subyacente favorece la protección de derechos constitucionales.

Otros autores parecen estar en una línea intermedia, pues, aunque advierten contradicciones e inconvenientes en la institución del control de mérito, la corrección de estas daría paso a que esta facultad sea concordante con la Constitución. Así, por ejemplo, Cisneros (2020) comenta que:

El problema surge con la incertidumbre del accionante y el amplio margen de discrecionalidad y arbitrariedad de los jueces constitucionales para pronunciarse o no sobre la verificación de la excepcionalidad del caso. Concretamente, cuando el demandante solicite un análisis de fondo, se desconoce qué postura tomará el juez constitucional, este bien podría argumentar que dicho examen fáctico se ejecuta únicamente de oficio, negándose a motivar tal decisión. Esta posibilidad es totalmente contradictoria con la disposición del juez Herrería que, en el mismo fallo, indica que el control de mérito se realiza a petición de parte. (p. 222)

En definitiva, las críticas –positivas y negativas– que la doctrina ha realizado sobre el control de mérito son uno de los motivos principales por los que en la presente investigación se ha planteado la necesidad de analizar el examen del caso subyacente desde una perspectiva crítica para determinar si esta facultad puede o no ser calificada como garantista.

2.2. Marco teórico

2.2.1 LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

2.2.1.1. Antecedentes y fundamento jurídico

Durante la vigencia del sistema de garantías fundado por la Constitución Política de 1998 –en adelante también Constitución del 98–, estuvo vedada la posibilidad de acudir a la justicia constitucional para revisar las decisiones de la autoridad jurisdiccional.

Así, por ejemplo, la acción de amparo constitucional excluía de su ámbito de acción a “las decisiones judiciales adoptadas en un proceso” (Constitución Política del Ecuador [CPE], 1998 Art. 95). En la misma línea, para zanjar el asunto, la propia norma fundamental determinaba que las providencias de la Función Judicial no podrían ser objeto de control por parte del entonces Tribunal Constitucional (CPE, 1998, Art. 276 inciso final).

De esta manera, es incuestionable que el sistema constitucional ecuatoriano de 1998 no consideraba la posibilidad de que la autoridad pública –en el ejercicio de su facultad jurisdiccional– pueda vulnerar derechos; por lo tanto, tampoco preveía forma alguna en que los ciudadanos pudieran acceder a la justicia constitucional cuando creían que las actuaciones de los jueces vulneraban sus derechos, ya que ni siquiera se concebía esta posibilidad.

En el marco del proceso constituyente de 2008, por el contrario, ya se empezó a discutir la oportunidad de instaurar un mecanismo de rango constitucional que permita determinar si, en efecto, algún magistrado había violado o no derechos por medio de sus decisiones.

Varias fueron las opiniones vertidas por los expertos respecto de un mecanismo de tal naturaleza. Como nos recuerda Patricio Pazmiño Freire (2014), incluso la propia Corte Suprema de aquel entonces “manifestó su inconformidad con esta posibilidad [de que la justicia constitucional pueda revisar decisiones jurisdiccionales] [...] acusándola de alterar la seguridad jurídica, de atentar con la cosa juzgada, de incidir en la independencia judicial y retrasar los procedimientos” (p. 287).

En todo caso, el paradigma de las garantías jurisdiccionales en el Ecuador se transformó definitivamente con la Constitución de 2008. La acción extraordinaria de protección surgió, precisamente, como un mecanismo jurídico que permite a los ciudadanos objetar las decisiones judiciales ante el órgano constitucional cuando estas violan sus derechos.

De esta forma, el texto constitucional define a la acción extraordinaria de protección como aquella que procede “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución [...]” (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008, Art. 94).

Adicional a esto, el mismo instrumento señala que la Corte Constitucional –en adelante también Magistratura, Tribunal u Órgano constitucional–, como órgano encargado de conocer esta garantía, para admitir la acción debe verificar: “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”. (CRE, 2008, Art. 437).

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional –en adelante también LOGJCC– (2020) determina que la acción extraordinaria de protección “tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución” (Art. 58).

En definitiva, la acción extraordinaria de protección entró en vigencia desde 2008 y tiene su fundamento en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador. Además, como se verá a lo largo de esta investigación, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la encargada de regular otros aspectos de esta acción como la legitimación, los términos, el trámite, los requisitos, la admisibilidad, etc.

2.2.1.2 Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección debemos, necesariamente, recurrir a lo que determina la Constitución de la República del Ecuador (2008), particularmente en su artículo 94:

Art. 94.- La **acción** extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se **interpondrá** ante la Corte Constitucional. El **recurso** procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal (...). (la negrita y el subrayado me pertenecen)

Asimismo, la propia Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 437, señala que:

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

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

En principio, no cabe duda de que la acción extraordinaria de protección es una garantía constitucional y jurisdiccional, toda vez que la misma Constitución le atribuye esa calidad.

Ahora, la cosa no es tan clara cuando los artículos 94 y 437 de la Constitución denominan a esta garantía, de forma simultánea, como acción y recurso. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incurre en una contradicción similar, ya que en una parte de su texto se alude al “recurso extraordinario de protección” (LOGJCC, 2020, Art. 62 numeral 8), mientras que más adelante se vuelve a referir a la AEP como acción.

Para coadyuvar en esta confusión sobre la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección, el uso indistinto de términos procesales diferentes por parte del constituyente y el legislador, como “accionante” o “recurrente”, y “presentar” o “interponer”, tampoco aclara el panorama. Entonces, cabe preguntarse: ¿La acción extraordinaria de protección es un recurso o una acción?

El maestro Eduardo Couture (1958), por ejemplo, ha señalado que –salvando las distancias con otras acepciones de la palabra– acción es “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión” (p. 57). En otras palabras, una acción es la vía o mecanismo mediante

el cual una persona activa el sistema jurisdiccional con el objeto satisfacer su pretensión –con independencia de que aquella esté fundada o no–.

Por otra parte, “recurso” es el término procesal que se usa para referirse a la facultad que tienen las partes procesales de impugnar el fallo o decisión judicial. En este sentido, según el propio Couture (1958), “recurso quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida. Es un re-correr, correr de nuevo, el camino ya hecho” (p. 340).

Sobre la base de lo expuesto, aunque en principio parecería que la acción extraordinaria de protección es un recurso –porque, aparentemente, se estaría impugnando un fallo dictado dentro de un proceso–, en realidad, no es así. La acción extraordinaria de protección no devuelve el proceso al punto de partida, lo que es una característica propia de un recurso. Por el contrario, la EP inicia un nuevo procedimiento judicial, pero esta vez en la jurisdicción constitucional, donde se revisará la existencia o no de violaciones de derechos en la sentencia, mas no en el proceso de origen.

Vale aclarar que, como se ha dicho, las acciones, al activar los órganos jurisdiccionales –ordinario o constitucional–, se presentan o proponen justamente ante el órgano correspondiente para iniciar el proceso. En contraste, los recursos, al ser planteados dentro de un proceso, se interponen ante quien haya dictado la decisión que se impugna, para que después sea resuelto por la autoridad competente. Todo esto, a pesar de que la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional confundan los términos “interponer”, “presentar” y “proponer” en el caso de la acción extraordinaria de protección.

En suma, la acción extraordinaria de protección surge, no como una cuarta instancia que continua con la sustanciación de un proceso ordinario, sino como un proceso autónomo en la justicia constitucional. Esto, pese a las contradicciones terminológicas en las que incurre el constituyente y el legislador en los cuerpos normativos que regulan esta garantía.

2.2.1.3. Presentación, requisitos y admisión de la demanda

El conocimiento de la acción extraordinaria de protección corresponde, evidentemente, a la Corte Constitucional (CRE, 2008, Arts. 94 y 437). No obstante, la demanda debe ser presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión que se impugna. Consecutivamente, este órgano debe notificar a la contraparte con la demanda y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en el término de cinco días (LOGJCC, 2020, Art. 62). Una vez que el expediente arriba a la Corte, la Sala de Admisión tiene el término de diez días para verificar que la demanda cumpla lo señalado en el artículo 62 de la LOGJCC.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional está compuesta por tres tribunales que, a su vez, están conformados por tres magistrados de dicha Magistratura cada uno (Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional

[RSPCC], 2021, Art. 20); y es la encargada de calificar y “admitir la procedencia” de acciones constitucionales de acuerdo con la ley (LOGJCC, 2021, Art. 197).

En este sentido, a pesar de que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional disponga que la Sala de Admisión verifique el cumplimiento únicamente de los requisitos de admisibilidad del Art. 62 de la LOGJCC, la Sala también examina que esta acción cumpla con los requisitos relativos al contenido de la demanda del artículo 61 de la misma norma.

2.2.1.4. Requisitos sobre el contenido de la demanda

El primer requisito de la demanda extraordinaria de protección tiene que ver con la obligación de determinar la calidad en la que comparece la persona accionante (LOGJCC, 2020, Art. 61 numeral 1). En otras palabras, se trata de la necesidad de acreditar la legitimación activa. De esta manera, atendiendo a lo previsto en el Art. 59 de la LOGJCC, se debe señalar en el escrito de la demanda, si el accionante presenta esta acción como una persona –o grupo de personas– que ha sido parte del proceso original o, por el contrario, como una persona o grupo que debió ser parte de dicho proceso pero no lo fue. En ambos casos, se puede comparecer por medio de procuración judicial.

Por otra parte, el numeral 2 del Art. 61 de la LOGJCC exige como segundo requisito la constancia de que la sentencia –o auto– que se cuestiona está, en efecto, ejecutoriada. Sin embargo, en los casos en los que lo que se impugna no sea una sentencia o auto, no queda claro este requerimiento. De este modo, para evitar el ejercicio interpretativo que debe realizar el proponente, debería haberse precisado en la legislación la obligación de justificar que la decisión impugnada tiene fuerza de sentencia, cuestión que ya ha realizada la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

El tercer requisito ordena, igualmente, una demostración, pero esta vez del agotamiento de los recursos –ordinarios y extraordinarios– legalmente establecidos. No obstante, como en el derecho internacional de derechos humanos, esta obligación puede ser exceptuada en los casos en que los recursos que se exige agotar sean ineficaces o inadecuados o, incluso, que su falta de interposición no le fuere atribuible a la negligencia del sujeto que reclama la vulneración de sus derechos (LOGJCC, 2020, Art. 62 numeral 3). En este contexto, Pazmiño (2014) agrega que la negligencia “sólo puede achacarse no al titular del derecho violado, sino al que fue parte, porque el que no fue parte (aunque debió haberlo sido) no hubiera podido introducir recurso alguno (justamente, por no ser parte)” (p. 301).

El numeral 4 del Art. 61 de la LOGJCC, en cambio, dispone como cuarto requisito que en la demanda se señale la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria de derechos constitucionales. Ahora, tomando en cuenta que la EP se presenta ante el órgano que dictó la decisión, no parece tener mucho sentido este requerimiento. Cuestión distinta sería si es que esta garantía debiera ser presentada de forma directa ante la Corte Constitucional.

Finalmente, el numeral 5 del Art. 61 de la LOGJCC requiere al accionante que identifique el derecho constitucional violado por la decisión judicial. En la misma línea, en caso de que la vulneración de derechos haya ocurrido durante el proceso, el numeral 6 del Art. 61 de la LOGJCC, por su parte, exige que en la demanda se indique el momento en que alegó la violación de derechos ante el juez. No está por demás aclarar que esta última obligación –indicar el momento en que se alegó la transgresión de derechos– se aplica únicamente a quien fue parte del caso de origen; pues si el accionante de la EP no fue parte del proceso –debiendo serlo–, mal podría exigírsele que se haya pronunciado en un proceso del que no fue parte.

2.2.1.5. Requisitos de admisibilidad

Al contrario de lo que ocurre con los requisitos de la demanda, el Art. 62 de la LOGJCC expresamente ordena a la Sala de Admisión de la Corte Constitucional que, en el término de diez días, realice lo que se conoce como “análisis de admisibilidad”, esto es, la verificación de ciertos requisitos necesarios para admitir a trámite la garantía. Aunque, dicho sea de paso, en algunos casos esta revisión es realizada rigurosamente y, en otros, con demasiada laxitud.

El primer requisito para la admisión de la EP es “que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso” (LOGJCC, 2020 Art. 62 numeral 1). En este sentido, la Sala de Admisión tiene la obligación de constatar que la formulación de cargos realizada por accionante en su demanda cumpla con la carga argumentativa necesaria.

A decir de la Corte Constitucional (2020) en la Sentencia No. 1967-14-EP/20, la referida carga argumentativa se puede verificar si concurren los siguientes tres elementos:

18.1. Una **tesis o conclusión**, en la que se afirme cuál es el derecho fundamental cuya vulneración se acusa (el "derecho violado", en palabras del art. 62.1 de la LOGCC).

18.2. Una **base fáctica** consistente en el señalamiento de cuál es la "acción u omisión judicial de la autoridad judicial" (referida por el art. 62.1 de la LOGCC) cuya consecuencia habría sido la vulneración del derecho fundamental. Tal acción u omisión deberá ser, naturalmente, un aspecto del acto judicial objeto de la acción.

18.3. Una **justificación jurídica** que muestre por qué la acción u omisión judicial acusada vulnera el derecho fundamental en forma "directa e inmediata" (como lo precisa el art. 62.1 de la LOGCC). (párr. 18) (negrita en el texto original)

Al mismo tiempo, la Corte Constitucional enfatiza en que este esquema de la carga argumentativa no siempre es explícito, sino que algunas veces –quizá la mayoría– le corresponderá a la Sala de Admisión verificar si es que la demanda extraordinaria de protección, de manera implícita, cumple o no con la argumentación completa.

De cualquier manera, la inexistencia de un argumento claro sobre el derecho vulnerado implica que la Magistratura no pueda realizar el análisis del caso concreto, pues justamente sobre estos cargos es que los jueces constitucionales revisan la existencia o no de derechos violados.

Por otra parte, el segundo requisito de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección es “que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión” (LOGJCC, 2020, Art. 62 numeral 2).

Entonces, cabe preguntarse: ¿cuándo estamos frente a un asunto de relevancia constitucional? La verdad es que no hay un esquema que nos permita vislumbrar inequívocamente cuando un problema jurídico o una pretensión tiene o no relevancia constitucional. Ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han definido esta expresión, por lo que, una vez más, se debe recurrir a la jurisprudencia.

La Corte Constitucional, para dar una pauta sobre la relevancia constitucional, ha formalizado la existencia de lo que denomina garantías propias e impropias del debido proceso. En general, el debido proceso es un principio constitucional que, a su vez, implica un conjunto de reglas constitucionales de garantía –garantías propias–, cuya infracción *per se* significa una vulneración del derecho constitucional al debido proceso. Además de estas reglas de orden constitucional, el debido proceso también involucra una serie de reglas de trámite –garantías impropias– cuya transgresión u omisión, según la Magistratura, no siempre conlleva la vulneración de la garantía del debido proceso (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2020, Sentencia No. 740-12-EP/20).

En otras palabras, para la Corte la relevancia constitucional se produce cuando el debido proceso, como principio, es quebrantado; lo que deviene de la violación de las garantías propias que, a su vez, puede –o no– originarse por la violación de las normas de trámite o garantías impropias.

Si bien esta propuesta de la Magistratura puede ayudarnos *prima facie* a distinguir entre un asunto de mera legalidad y uno de relevancia constitucional; la verdad es que esta distinción indefectiblemente supone cierto grado de complejidad y discrecionalidad. Por ejemplo, siguiendo la propuesta de la Corte Constitucional, se puede decir que: (i) la violación del debido proceso, como principio, implica el incumplimiento de las reglas constitucionales de garantía –garantías propias–; (ii) una garantía propia del debido proceso es la señalada en el Art. 76.3 de la CRE que dice: “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”; (iii) las garantías impropias son, justamente, todas las normas que regulan el trámite de cada procedimiento; (iv) en consecuencia, toda inobservancia de las reglas de trámite implica una vulneración de una garantía propia –Art. 76.3 de la CRE– y, por tanto, la violación del debido proceso como principio constitucional.

De todos modos, con lo dicho en el párrafo anterior no se pretende desconocer que, en efecto, existen causas que carecen de relevancia constitucional y que deben ser de plano inadmitidas para evitar que la AEP se transforme en una cuarta instancia. Sin embargo, es necesario caer en cuenta en que la actual posición de la Corte Constitucional puede ser usada precisamente para justificar cualquier inobservancia de la norma procesal como violación de las garantías del debido proceso y del mismo como principio. Incluso, a pesar de que la misma Magistratura ha precisado que no toda inaplicación normativa tiene relevancia constitucional.

En síntesis, la determinación de que un asunto es de mera legalidad o si tiene relevancia constitucional depende, indefectiblemente, de la voluntad y discrecionalidad de la Magistratura. En todo caso, la línea que divide los asuntos de legalidad y relevancia constitucional parece igual de estrecha y opaca que antes.

Otro de los requisitos de admisibilidad de la demanda extraordinaria de protección es que “el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia” (LOGJCC, 2020 Art. 62 numeral 3). En este sentido, según Rafael Oyarte (2020) esta disposición legal:

[...] no es estricta al condenar los argumentos que sobre el error o la injusticia en el fallo impugnado se realicen en la demanda [...], pues, según este precepto, lo rechazable es que su fundamento se *agote solamente* en esa clase de señalamiento, sin que se argumente sobre el derecho violado”. (p. 415-416) (cursiva en el original)

Es decir, una cuestión es que el accionante argumente cómo la decisión impugnada viola derechos y que, simultáneamente, también se haga referencia a que de dicha transgresión es considerada injusta; y, otro asunto es que en la demanda agote sus argumentos en la injusticia o equivocación del fallo. De cualquier manera, como suele ocurrir, en algunos casos la Corte Constitucional aplica y exige el cumplimiento de este requisito con vehemencia y, en otros, ni se refiere a ello.

Por otra parte, el Art. 62 numeral 4 de la LOGJCC (2020) determina como cuarto requisito de admisibilidad que “el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley”. En este sentido, la Corte Constitucional (2019) en la Sentencia No. 1448-13-EP/19 ha sido clara en manifestar que:

El evaluar la correcta o incorrecta aplicación de normas jurídicas sin que esta sea causa o consecuencia directa de la vulneración de un derecho constitucional [...] escapa de la competencia de esta Corte, por cuanto son asuntos de legalidad ajenos al objeto de la acción extraordinaria de protección. (párr. 33)

En otros términos, según la jurisprudencia constitucional, intentar revisar cargos de errónea aplicación de la ley desnaturalizaría la acción extraordinaria de protección, pues se estaría interfiriendo en las funciones de la jurisdicción ordinaria, transformando a la EP en una suerte de cuarta instancia.

A pesar de lo dicho, la Corte Constitucional, en casos en los que la aplicación o inaplicación de una norma está sujeta a cierto grado de interpretación de la autoridad jurisdiccional, ha referido que lo que corresponde es revisar si esa interpretación ha sido realizada respetando la seguridad jurídica, es decir, si fue arbitraria o no. Considerando eso, no se quiere decir que la Magistratura deba determinar la corrección o incorrección de la interpretación efectuada por el órgano jurisdiccional, sino que esta se haya realizado sin arbitrariedad. (CCE, 2020, Sentencia No. 1742-13-EP/20)

El quinto requisito de admisión implica que “el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez” (LOGJCC, 2020, Art. 62 numeral 5). A ese respecto, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en precisar que inspeccionar la corrección o incorrección de la valoración de la prueba escapa del ámbito de la acción extraordinaria de protección; pues esta valoración es facultad de los jueces de instancia.

Ahora bien, una cosa es la valoración de la prueba y otra es la obtención y actuación de la prueba; cuestiones que sí tienen relevancia constitucional y que corresponde revisar en la AEP. En esta línea, la prueba ilícita que ha servido de base para dictar una decisión puede y debe ser revisada en la acción extraordinaria de protección. Asimismo, la actuación de la prueba en general debe hacerse siguiendo las reglas del debido proceso, por ejemplo, en materia civil, debe, en primer lugar, ser anunciada en la demanda, puesta en conocimiento de la contraparte y, posteriormente, actuada en la respectiva audiencia. Además de lo dicho, se debe hacer referencia al derecho de presentar pruebas y de contradecirlas, cuestión que, indudablemente, también encaja en el marco de acción de la extraordinaria de protección.

De otro lado tenemos el sexto requisito de admisión: “que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley [...]” (LOGJCC, 2020, Art. 62 numeral 6). Por su parte, el Art. 60 de la LOGJCC (2020) señala que el término para la presentación de esta garantía es de “veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia”.

No obstante, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional [RSPCC] (2021) precisa que:

El cómputo del término de veinte días establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se contará a partir de que la última decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional o del debido proceso se encuentre ejecutoriada. (Art. 46 inc. 4)

Con esto claro, también corresponde explicar que el término de veinte días señalado en el Art. 60 de la LOGJCC excluye los días no hábiles –feriados, sábados y domingos–, a pesar de que, según la Constitución, en materia de garantías todos los días son hábiles.

El penúltimo requisito de admisibilidad de la EP refiere que “la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante el período electoral” (LOGJCC, 2020, Art. 62 numeral 7). La Corte Constitucional, al respecto, señala que la referida disposición legal no puede ser interpretada en sentido restrictivo, es decir, de modo que se impida ejercer un control constitucional sobre las decisiones jurisdiccionales dictadas por el Tribunal Contencioso Electoral –en adelante también TCE– de manera absoluta, aun cuando se trate de un periodo electoral.

Para la Magistratura, todas las decisiones que cumplan con los requisitos de los artículos 94 y 437 de la Constitución son susceptibles de ser impugnadas mediante acción extraordinaria de protección, aunque estas provengan del Tribunal Contencioso Electoral. En este sentido, se debe efectuar un análisis completo de las acciones extraordinarias de protección propuestas contra decisiones del TCE, verificando que:

[...] la acción no debe tener una relación directa con un proceso electoral con la potencialidad de afectar su continuidad o desarrollo normal, especialmente con los actos de la etapa electoral, protegidos por la Constitución, el Código de la Democracia y el artículo 62.7 de la LOGJCC, y debe cumplir simultáneamente con los demás requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 62 de la LOGJCC. (CCE, 2020, Sentencia No. 1651-12-EP/20, párr. 70)

Dicho esto, queda claro, entonces, que el Tribunal Constitucional –al menos en su actual conformación– no permitirá la aplicación e interpretación rígida de este requisito de admisión. Al contrario, la postura adoptada es que la supremacía constitucional exige al TCE que adecúe sus decisiones a la Constitución y, de igual manera, requiere a la Corte Constitucional ser el máximo órgano de control y justicia constitucional, por lo que “no cabe restringir la protección de derechos constitucionales selectivamente a determinados espacios de tiempo, ni de forma general a todos los actos electorales en dichos periodos” (CCE, 2020, Sentencia No. 1651-12-EP/20, párr. 67).

Finalmente, el octavo y último requisito es que “el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional” (LOGJCC, 2020, Art. 62 numeral 8). Sobre esto, poco o nada vale añadir, pues no es más que una reiteración de los requisitos legales y constitucionales de la acción extraordinaria de protección ya citados.

2.2.1.6. La decisión de la Sala de Admisión

Como ya se ha dicho, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional es la encargada de calificar la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, en los términos legales y constitucionales.

Del examen de admisibilidad se desprenden dos posibilidades: la inadmisión o la admisión de la demanda extraordinaria de protección. En el primer supuesto lo que sucede es que se archiva la causa y se devuelve el expediente al órgano jurisdiccional de origen.

Esta decisión –auto de inadmisión– dictada por la Sala causa ejecutoria, pues que no es susceptible de recurso alguno.

De otro lado tenemos la posibilidad de que se admita la garantía. En dicho escenario se efectúa un sorteo con el objeto de elegir al juez sustanciador de la causa. Ocurrido aquello, el juez ponente debe elaborar un proyecto de sentencia, que posteriormente será remitido al Pleno de la Corte para su conocimiento y eventual decisión. Adicionalmente, se debe anotar que la decisión de la Sala de admitir la EP a trámite no suspende la ejecución del fallo impugnado.

En este contexto, vale hacer notar que la Corte Constitucional –a través de su jurisprudencia indiscutiblemente cambiante–, ha estipulado como regla jurisprudencial *erga omnes* que, una vez que la Sala de Admisión admite a trámite una EP, el Pleno de la Corte está en la obligación de dictar una sentencia sobre el fondo de la controversia, puesto que, a pesar de que pudiera haberse cometido un error al admitir la causa, la fase para revisar los requisitos de admisibilidad ya habría precluido (CCE, Sentencia No. 037-16-SEP-CC, 2016).

Posteriormente, la nueva conformación de la Corte Constitucional (2019), en la Sentencia No. 154-12-EP/19, estableció una excepción a esta regla jurisprudencial según la cual:

[...] si en la etapa de sustanciación el Pleno de la Corte identifica, de oficio, que el acto impugnado no sea una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia, [...], la Corte no puede verse obligada a pronunciarse sobre el mérito del caso. (párr. 52)

Esto tiene sentido, toda vez que si el Pleno de la Magistratura soslayare el error de la Sala de Admisión y dictare una decisión sobre el fondo de la causa respecto de una decisión jurisdiccional que no cumple con los requisitos constitucionales para ser impugnada por esta vía, estaría de plano desnaturalizando la AEP por exceder su ámbito de acción.

A más de ello, la propia Corte Constitucional (2019), en la Sentencia No. 1944-12-EP/19, extendió nuevamente las excepciones a la referida regla, de modo que:

[...] si en la etapa de sustanciación el Pleno de la Corte identifica, de oficio, que en la especie no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios exigidos por la legislación procesal aplicable, la Corte no puede verse obligada a pronunciarse sobre el mérito del caso; salvo que el legitimado activo haya demostrado que tales recursos eran ineficaces, inapropiados o que su falta de interposición no fuera producto de su negligencia. (párr. 40)

En síntesis, las excepciones a la regla de preclusión establecidas mediante jurisprudencia son dos: (i) cuando la decisión impugnada no es una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia; y, (ii) cuando no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios legalmente establecidos. De este modo, el Pleno de

la Corte podría corregir los errores de la Sala de Admisión a pesar de haber precluido la fase de admisibilidad y omitir la obligación de dictar sentencia sobre el fondo de la causa.

No obstante la regla de preclusión, algunos requisitos de admisibilidad suelen ser revisados por el Pleno de la Corte –además de por la Sala de Admisión–, quizá por su parecido con los requisitos de procedibilidad de la acción. Así, por ejemplo, se ha visto como la Corte Constitucional, en varias sentencias, se pronuncia sobre la relevancia constitucional del problema jurídico, a pesar de que este es un requerimiento de admisibilidad –Art. 62 numeral 2 de la LOGJCC–; tal vez, porque esto tiene relación con la distinción entre vulneración de derechos constitucionales y asuntos de mera legalidad.

Además, el Pleno de la Magistratura también se ha pronunciado en fase de resolución sobre otros requisitos de admisión como la acción se fundamente en lo injusto o errado de la sentencia, o que las acciones hayan sido planteadas contra decisiones del TCE en periodo electoral; todo esto, a veces sin siquiera hacer referencia a la regla de preclusión.

En todo caso, considerando que la jurisprudencia constitucional no es inmutable, pareciera que el catálogo de excepciones a la regla de preclusión no está del todo zanjado. En cualquier momento la Corte podría, nuevamente, expandir las excepciones a su propio criterio jurisprudencial de preclusión.

2.2.1.7. Legitimación

En derecho procesal este es uno de los conceptos sobre los que la doctrina no ha hallado uniformidad. En términos muy generales, se puede afirmar que la legitimación es la facultad para acceder a los órganos jurisdiccionales con base en la relación entre los sujetos y el objeto de la causa. Además, vale distinguir entre legitimación *ad causam* y *ad processum*, como se verá en lo posterior. Al mismo tiempo, se divide en legitimación activa –quien está facultado para proponer la acción–; y en legitimación pasiva –la persona llamada a controvertir lo singularizado en la demanda–.

2.2.1.7.1. Legitimación activa

2.2.1.7.1.1. Legitimación en la causa

De acuerdo con la LOGJCC, la legitimación es un requisito de admisibilidad de la EP. Lo dicho ha sido ratificado por la Corte Constitucional (2021) en la Sentencia No. 838-16-EP/21, en la que señaló que “la *legitimación activa en la causa* [...] es una condición necesaria para la admisibilidad de una demanda de acción extraordinaria de protección” (párr. 23) (cursiva en el texto original).

De este modo, la acción de protección extraordinaria “puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial” (LOGJCC, 2020, Art. 59). Es decir, puede proponer una AEP: (i) quien fue parte del proceso de origen; y, (ii) quien debió ser parte de dicho proceso.

En el primer supuesto resulta evidente que el demandante fue parte del caso subyacente, pues ello se desprende del expediente procesal remitido a la Corte Constitucional. Empero, en el segundo escenario puede llegar a ser más complicado determinar –en un examen de admisibilidad– si el accionante, en efecto, debió participar en el proceso de original.

En un principio, según la jurisprudencia constitucional, la Sala de Admisión debe inadmitir una AEP cuando se cumplan dos condiciones: (i) que el accionante no haya sido parte del caso subyacente; y, (ii) que el accionante tampoco haya debido serlo. No obstante, puede ser complejo determinar

No obstante, si no es claro que el demandante haya debido ser parte del proceso, la Sala debe admitir a trámite la causa, para que el Pleno de la Magistratura esclarezca este punto en la fase de sustanciación (CCE, 2021, Sentencia No. 838-16-EP/21).

Dicho todo esto, la presente investigación considera errada la posición de la Corte según la que solo en determinados casos –cuando no sea claro que el accionante debió ser parte del proceso– la legitimación debe ser examinada en fase de sustanciación, toda vez que, como dice el tratadista Devis Echandía (2009), la legitimación en la causa:

[...] no es un presupuesto procesal, porque, lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés perseguido en el juicio. Es, pues, cuestión sustancial. (p. 339)

Claro está, entonces, que la legitimación en la causa es un aspecto sustancial en todos los procesos, puesto que precisamente esa relación entre sujeto y derecho es la que se va a discutir en juicio, y sobre la que el juez –o, en este caso, el Pleno de la Corte Constitucional y no la Sala de Admisión– ha de pronunciarse a través de sentencia.

Partiendo de esa base teórica, la referida postura de la Corte presenta un inconveniente: cuando la Sala de Admisión analiza la legitimación, a su vez, también estaría revisando –y hasta pronunciándose– sobre aspectos de fondo de la causa.

Por ejemplo: la Sala de Admisión decide que el accionante de una AEP, que no fue parte del proceso de origen, en realidad sí debía serlo. Para arribar a esa conclusión, la Sala debe revisar aspectos de fondo como la relación entre el sujeto proponente y el derecho reclamado, e incluso la existencia o titularidad de dicho derecho, cuestión que, por ser sustancial, corresponde ser examinada por el Pleno de la Corte.

El juez constitucional Enrique Herrería (2021) concuerda con esta crítica, y en su voto concurrente a la Sentencia No. 838-16-EP/21 señaló:

[...] no comparto con que la legitimación en la causa constituye, en todos los supuestos, un requisito de admisión de la demanda de acción extraordinaria de protección, pues ello comportaría que en un auto de admisión la Corte Constitucional pudiese pronunciarse sobre cuestiones de fondo para dilucidar la

relación del accionante con el derecho sustancial discutido, cuando aquella materia obedece a un análisis de fondo y no de requisitos formales de admisibilidad. (párr. 6)

No obstante, para la Corte Constitucional la legitimación en la causa es, en general, un requisito de admisibilidad; y solo excepcionalmente –cuando no es claro que el accionante haya debido ser parte del proceso subyacente– debe ser analizada como cuestión sustancial.

De lo precisado surge otra incongruencia teórica aparentemente inadvertida por la Corte: cuando el Pleno de la Magistratura revisa la legitimación en la causa, en los casos en que dicho órgano considera que es un requisito de admisibilidad, estaría transgrediendo su propia regla de preclusión.

Así, por ejemplo, en la Causa No. 838-16-EP la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dictó un auto admitiendo la acción a trámite. El referido auto estima cumplidos los requisitos de admisibilidad de los artículos 61 y 62 de la LOGJCC –uno de ellos la legitimación activa–; y, además, precisa que el análisis efectuado no implica un pronunciamiento sobre el fondo de la causa.

Ocurrido aquello, según la regla de preclusión asentada por la propia Magistratura, los requisitos de admisión no pueden volver a ser examinados en la fase de sustanciación –salvo las dos excepciones ya estudiadas–, por lo que la Corte está obligada a dictar sentencia sobre el fondo. Pese a esto, la Corte Constitucional en el mencionado proceso, ignorando su propia jurisprudencia, se pronuncia sobre la inexistencia de la legitimación en la causa y dicta sentencia de rechazo, absteniéndose de juzgar el fondo de la causa.

En el contexto de ese y otros procesos, pareciera que los Magistrados comprenden que la legitimación en la causa es un asunto sustancial, pues reconocen incluso que se trata de una condición para dictar sentencia de fondo; sin embargo, la Corte Constitucional ha soslayado los conflictos teóricos que han sido planteados en párrafos anteriores y ha preferido no aclarar ni argumentar sobre el alcance real de la legitimación activa como requisito de admisibilidad – y como cuestión sustancial o necesaria para dictar sentencia sobre el mérito de la causa–.

En definitiva, ambas críticas presentadas en esta investigación podrían haber sido resueltas por la Magistratura precisando lo siguiente: (i) el análisis de la legitimación como requisito de admisibilidad –a falta de una expresión más adecuada– le corresponde a la Sala de Admisión y comprende únicamente la verificación de que el accionante fue parte del proceso subyacente o, en su defecto, de que ha planteado argumentos sobre la afirmación de que debió serlo –limitándose, claro está, a la mera comprobación de la existencia de los argumentos, y no a la calidad o razón de los mismos–; y, (ii) que la legitimación *ad causam* es, por definición, un aspecto sustancial necesario para dictar sentencia sobre el fondo, por lo que corresponde al Pleno su revisión en todas las causas; por tanto, en caso de determinarse su inexistencia en la fase de sustanciación, la Corte no puede verse obligada a dictar sentencia de mérito.

2.2.1.7.1.2. Legitimación en el proceso

La legitimación *ad processum* o legitimación de personería es un presupuesto procesal –y no sustancial– para la validez de las actuaciones jurídico-procesales, y “mira a la adecuada representación y a la habilidad litigiosa de las partes” (Devis Echandía, 2009, pp. 556-557).

De esta forma, de acuerdo con el Texto constitucional en su Art. 437, quienes pueden plantear una acción extraordinaria de protección, en general, son los ciudadanos, tanto en forma individual como colectiva. En adición, el Art. 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que la AEP puede ser presentada por cualquier persona, por sí misma o por medio de procurador judicial.

En otras palabras, el legitimado *ad causam* –quien afirma ser titular del derecho que alega vulnerado– puede comparecer por sí mismo a una AEP, lo que lo convertiría a su vez en legitimado *ad processum* o, por el contrario, podría enviar a un tercero a que lo represente, lo que se haría mediante procuración judicial, convirtiendo a este tercero en el legitimado *ad processum* –y no legitimado *ad causam*–, pues ha sido habilitado específicamente para ese proceso.

2.2.1.7.2. Legitimación pasiva

Como ya se ha puntualizado, la legitimación pasiva pertenece a quien, en el fondo, le corresponde contradecir las pretensiones formuladas por el demandante. En este sentido, el legítimo contradictor de una acción extraordinaria de protección es, naturalmente, la autoridad jurisdiccional que dictó la decisión que se considera violatoria de derechos, tal como lo precisan los artículos 94 y 437 de la CRE y el numeral 4 del artículo 61 de la LOGJCC.

La legitimación pasiva no es una simple formalidad procesal, pues se trata de un aspecto sustancial para que se dicte una decisión sobre el fondo de la causa. Así como quien no es titular del derecho reclamado en una AEP no está habilitado para recibir sentencia de mérito, tampoco puede suceder aquello cuando el demandado no ostenta la calidad de legitimado pasivo.

Además debe considerarse que la Corte Constitucional, como decisión dentro de una AEP, puede obligar, en principio, únicamente al actor o al demandado, pues, como dice Rafael Oyarte, la determinación de la legitimación pasiva “condiciona las posibilidades de decidir: el juez solo puede disponer respecto de los justiciables” (p. 119). Aunque esto, en la realidad, no es del todo así, como se verá más adelante.

Ahora bien, también es importante referirse a la contraparte del proceso de origen, pues, aunque esta no está legitimada en pasiva dentro de la acción extraordinaria de protección, sí puede intervenir en el proceso como “parte coadyuvante del accionado”, tal como se precisa en el artículo 12 inciso segundo de la LOGJCC.

2.2.1.8. Decisiones impugnables

De acuerdo con los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, a través de acción extraordinaria de protección es posible impugnar sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por su parte, constriñe al demandante a que deje constancia de que la decisión impugnada está ejecutoriada –Art. 61 numeral 2–, y a que señale cuál es la autoridad jurisdiccional de la que emana esa decisión –Art. 61 numeral 4–.

En otras palabras, tanto la Constitución como la LOGJCC requieren, directa o indirectamente, que el accionante identifique la decisión que impugna mediante acción extraordinaria de protección. Esto tiene relación, además, con el principio procesal previsto en el numeral 4 del artículo 4 de la LOGJCC, que determina que, salvo disposición legal en contrario, los procesos en materia constitucional inician a petición de parte.

Según Oyarte (2020) el principio procesal constitucional de instancia de parte es concomitante con “la regla *en (sic) eat iudex ultra petita partitum*, que impide a los jueces constitucionales pronunciarse sobre actos que no se encuentran expresamente impugnados por el accionante [...]” (p. 125); por lo que de ello surge la obligación de identificar la decisión impugnada.

Partamos, pues, por precisar que una sentencia “es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso” (COGEP, Art. 88 inciso segundo, 2023). En ese sentido, toda sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales previstos en el artículo 178 de la Constitución es impugnable mediante acción extraordinaria de protección.

Por otra parte, la Corte Constitucional (2019) ha esquematizado la definición y alcance de los autos definitivos en los siguientes términos:

12. Según esto, estamos ante un auto definitivo si este (1) pone fin al proceso, o si no lo hace, si este (2) causa un gravamen irreparable. A su vez, un auto pone fin a un proceso siempre que se verifique uno de estos dos supuestos: o bien, (1.1) el auto resuelve sobre el fondo de las pretensiones con autoridad de cosa juzgada material, o bien, (1.2) el auto no resuelve sobre el fondo de las pretensiones, pero impide, tanto la continuación del juicio, como el inicio de uno nuevo ligado a tales pretensiones. (párr. 12)

En ese sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el auto objetado debe cumplir con esos requisitos para que sea definitivo, pues de no hacerlo, si la Magistratura resolviera el caso, implicaría una desnaturalizar la acción extraordinaria de protección.

Además de aquello, la propia Constitución habilita a ciertos órganos –por fuera de la Función Judicial– para que ejerzan potestades jurisdiccionales. Así, por ejemplo, tenemos la justicia indígena –Art. 171 CRE– o el Tribunal Contencioso Electoral –Arts. 217, 220, 221 CRE–. A eso podemos sumar las resoluciones provenientes de los medios alternativos de solución de conflictos –Art. 190 CRE–, como son los laudos arbitrales, las actas de mediación, etc.

Finalmente, vale hacer una precisión: tenemos una lista amplia de decisiones impugnables mediante AEP, por lo que es necesario clasificarlas en dos grupos: (i) decisiones provenientes de la justicia ordinaria; y, (ii) decisiones provenientes de garantías jurisdiccionales. Esto se lo hace considerando, como primera medida, la naturaleza propia de los procesos de los que provienen las decisiones –esfera constitucional u ordinaria–; y, en segundo lugar, el enfoque de la presente investigación.

2.2.1.9. La sentencia

Resulta evidente que toda acción extraordinaria de protección que haya sido presentada ante el Órgano constitucional y, además, que haya sido admitida a trámite por la Sala de Admisión, debe terminar con una sentencia. En esta se puede ocurrir dos cosas: (i) se rechaza la garantía o (ii) se la acepta. No obstante, vale hacer unas precisiones al respecto.

2.2.1.9.1. Sentencia que rechaza la garantía

En el primer supuesto, esto es, cuando la AEP ha sido rechazada, se entiende qué, a juicio de la Magistratura constitucional, no existe vulneración de derechos. Por lo tanto, tampoco hay mayor consecuencia para las partes procesales, recordando que no se suspende la ejecución de la decisión cuestionada por la admisión –ni mucho menos por la mera presentación– de esta garantía (LOGJCC, 2020, Art. 62).

Sin embargo, la casuística constitucional refleja que el Órgano constitucional también rechaza acciones extraordinarias de protección porque la demanda incumple requisitos de admisibilidad, a pesar de que estos ya fueron revisados por la Sala de Admisión. Para ilustrar este punto se puede citar a la Corte Constitucional (2019), que en la ya referida Sentencia No. 154-12-EP/19, señaló que:

54. En el presente caso, la acción extraordinaria de protección ha sido planteada en contra de una resolución que no es definitiva, en tanto no pone fin a proceso alguno, no contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, ni causa un gravamen irreparable debido a la inexistencia de una vía procesal idónea. Toda vez que no está cumplido uno de los requisitos de objeto de la acción extraordinaria de protección, pese a que el caso fue admitido a trámite, la Corte no se pronuncia sobre los méritos del caso y rechaza la demanda por improcedente. (párr. 54)

Sin duda, no se puede dejar de resaltar lo curioso que resulta que el Tribunal rechace la demanda por improcedente, pero que la argumentación esté encaminada a un incumplimiento de requisitos de admisibilidad.

De igual modo, es notable que en otros casos la Magistratura actúa diferente, pues soslaya el incumplimiento de requisitos de admisión y se resuelve el fondo de la causa. Así mismo, se ha visto también que la Corte a veces es estricta al señalar que los requisitos de admisión no son revisables en sentencia, pero, después de todo, termina implícita o explícitamente refiriéndose a ellos como una razón para desestimar la acción.

2.2.1.9.2. Sentencia que acepta la garantía

La Corte Constitucional expide una sentencia aceptando la AEP cuando, a su juicio, existe vulneración de derechos constitucionales. Ahora, la consecuencia de aquello es la obligación de reparar integralmente a la víctima, considerando el caso concreto y en el marco de lo previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La doctrina, por su parte, ha referido que los efectos de la sentencia –o lo que en esta se disponga– dependerá de si la decisión impugnada deviene de una transgresión del derecho al debido proceso, o si la decisión, por sí misma, viola derechos constitucionales.

En el primer escenario, la reparación integral implica retrotraer el proceso hasta el momento en el que se produjo la vulneración del derecho al debido proceso, dejando sin efecto las actuaciones posteriores a ese momento procesal. Esto, además, conlleva a que el proceso continúe desde el estado previo a la transgresión de derechos, pero, claro está, observando esta vez el debido proceso.

El otro supuesto, es decir, que se declare que la sentencia impugnada viola, *per se*, derechos constitucionales, tiene efectos un tanto diferentes. En términos generales, el producto de ello es que las cosas vuelvan al estado anterior a la emisión del fallo que vulnera derechos, lo que implica dejar esa decisión sin efecto y la consecuente necesidad de volverlo a dictar, observando esta vez lo señalado por la Corte Constitucional.

Sin embargo, en ciertos casos la Magistratura constitucional estima que, como única forma de reparación integral, se deje sin efecto la sentencia objetada. De aquello surge la duda de si es posible que se vuelva a emitir una sentencia –y de quién debería hacerlo–, o si es factible activar la vía jurisdiccional nuevamente.

Además de lo dicho, se presentan casos en los que la Corte Constitucional ha resuelto acciones extraordinarias de protección de forma diferente, verbigracia, dictando sentencia de reemplazo –aquella que también resuelve la causa subyacente–, o disponiendo respecto de terceros ajenos a la acción constitucional –generalmente la contraparte del caso principal–.

Ambas cuestiones han sido criticadas por los doctrinarios, pues consideran que esto –dictar sentencia de reemplazo o imponer órdenes a terceros– contraviene las disposiciones jurídicas y la naturaleza misma de esta garantía.

El profesor Oyarte (2020), respecto de la posibilidad de que el Órgano constitucional dicte sentencia de reemplazo, ha dicho que al ser la AEP “una acción y no de un recurso, mal podría dictarse una sentencia de reemplazo [...], pues esta garantía no constituye instancia adicional, por lo que su alcance se limita a la vulneración de derechos [...]” (pp. 492-493).

En efecto, en secciones previas ya se aclaró que la acción extraordinaria de protección no es un recurso. De ahí que dictar sentencia de reemplazo en una EP implica volver a revisar los hechos sobre los cuales ya se tomó una decisión en las instancias legalmente previstas para el aquello. En otros términos, las sentencias de reemplazo, *a priori*, trastocan el objeto de la AEP.

En cambio, sobre la segunda forma de actuar de la Magistratura –dar órdenes a terceros–, el propio Oyarte (2020) opina que:

No es posible, jurídicamente, dar órdenes a quienes no fueron parte del proceso, [...] porque no se puede tomar una decisión que afecte a quien no ha ejercido el derecho de defensa (art. 76, N° 7, CE), lo que, naturalmente, es aplicable para la acción extraordinaria de protección. (p. 494)

A pesar de este criterio, la Corte Constitucional se ha comportado de ese modo en varios procesos. Precisamente esta discusión sobre la imposición de órdenes a quien no fue parte de la EP –y la eventual vulneración del derecho a la defensa de estos sujetos– es un tema que se lo tratará con mayor profundidad en apartados posteriores.

En todo caso, conviene precisar que estas actuaciones controversiales dentro de la AEP han ocurrido cuando el proceso de origen es una garantía, particularmente, acción de protección.

2.2.2. EL CONTROL DE MÉRITO EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

2.2.2.1. Definición

La acción extraordinaria de protección procede, *grosso modo*, en la eventualidad de que la autoridad judicial haya vulnerado derechos constitucionales. Ahora, la Corte Constitucional, al conocer esta acción, se ha permitido también revisar la existencia de vulneración de derechos en el caso subyacente –cuando este proviene de garantías jurisdiccionales–, resolviendo así el fondo del proceso de origen. Precisamente esa facultad es la que el propio Órgano constitucional, a partir de 2019, ha denominado control de mérito.

Revisar y decidir sobre el caso de origen es algo que la Magistratura constitucional ha hecho desde 2010, aunque el argumento o fundamento constitucional para ello haya sido diferente al que hoy en día se esgrime para sostener el control de mérito.

Es necesario, pues, repasar –al menos superficialmente– los argumentos superados por la Corte Constitucional, pero, sobre todo, conocer el fundamento vigente que ofrece dicha Magistratura para realizar un análisis del caso subyacente dentro de una acción extraordinaria de protección. Para el efecto, y con intención didáctica, me permito clasificar dichos argumentos en dos grupos: (i) los argumentos superados; y, (ii) el argumento vigente. En ese orden de ideas, a continuación se expondrá, de forma crítica, ambas posiciones.

2.2.2.2. Argumentos de la Corte Constitucional superados

2.2.2.2.1. Protección de derechos

La idea de revisar la causa de origen de una acción extraordinaria de protección parece haber surgido en la Causa No. 0014-09-EP, puesta en conocimiento de la Corte Constitucional. Aquí, los jueces de la Corte, Manuel Viteri y Edgar Zárate, en su voto salvado, extienden el alcance de la acción extraordinaria de protección, al revisar si el accionante de la EP –el IESS–, ha vulnerado derechos. Así, dichos jueces señalan que:

En virtud de lo mencionado, es evidente que **el IESS ha vulnerado el derecho a habeas data del peticionario**, señor José Elías Andrade, fallecido, **el derecho a la igualdad, el derecho a la verdad**, entre otros, y en consecuencia procede la adopción de las medidas necesarias para enmendar los vicios administrativos y de gestión del IESS, claramente señalados en la presente sentencia, con la finalidad de **reparar los daños producidos al señor José Elías Andrade** [...]. (CCE, 2009, voto salvado a la Sentencia No. 019-09-SEP-CC, p. 38) (la negrita y el subrayado me pertenecen)

En resumen, estos jueces declararon que, quien presentó la acción extraordinaria – IESS–, vulneró los derechos del actor del proceso subyacente. Con ello se abrió la posibilidad de que, en el futuro, algo de ese tipo pueda ocurrir en un voto de mayoría.

En efecto, esta forma de resolver la causa se concretó cuando la Corte Constitucional (2010), en la Sentencia No. 003-10-SEP-CC, señaló que:

[...] en la resolución, objeto de la presente acción extraordinaria de protección, existe vulneración a los derechos constitucionales; sin embargo, **también se ha vulnerado el derecho que le asiste al actor del proceso contencioso administrativo de percibir una remuneración conforme el cargo que estaba desempeñando**, por lo que el pago de las remuneraciones desde su posesión como Director General de Auditoría Interna hasta su separación debe realizársela proporcionalmente conforme al cargo que desempeñaba. (p. 38) (la negrita y el subrayado me pertenecen)

En definitiva, como se observa, el Órgano constitucional usó el argumento de la protección de derechos para exceder su actuación dentro de las acciones extraordinarias de protección y, así, declarar la vulneración de derechos en los casos subyacentes.

2.2.2.2. *Iura novit curia*

En igual sentido que antes, la Corte Constitucional ha extendido su margen de acción –ahora con el argumento del *iura novit curia*–, al revisar el fondo de los procesos originarios de la acción extraordinaria de protección.

Así, por ejemplo, tenemos que la Corte Constitucional (2015), en la Sentencia No. 138-15-SEP-CC, señaló que:

Empero, es necesario precisar que dada la naturaleza de la garantía y en observancia del principio *iura novit curia* [cursiva en el texto original], este organismo constitucional **puede resolver respecto de las pretensiones del accionante en su acción de protección**, con el fin de tutelar adecuadamente la posible vulneración de derechos constitucionales, para lo cual el presente análisis estará dirigido a determinar si en el caso sub examine se han violado derechos de naturaleza constitucional o si versa sobre asuntos de legalidad. (p. 17) (la negrita y el subrayado me pertenecen)

Es decir, a decir de la Magistratura el principio *iura novit curia* le permite revisar y resolver sobre el fondo de la causa que originó la acción extraordinaria, a pesar de que ello va más allá del objeto constitucionalmente previsto para esta garantía.

Como esta hay muchas otras sentencias en las que la Corte argumenta este principio para justificar lo que hoy se conoce como control de mérito. Tanto así, que en algunos casos decide incluso revisar sentencias o decisiones no impugnadas, con el objeto de descubrir si en esos casos existen o no vulneraciones de derechos constitucionales.

2.2.2.3. La dimensión objetiva

La protección de derechos constitucionales y la aplicación del principio *iura novit curia* no son los únicos argumentos que la Corte Constitucional utilizó para fundamentar el análisis de fondo en esta garantía. El tercer razonamiento, y quizás el más extraño y reprochable, es el de la existencia de una dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección. En ese sentido, la Corte Constitucional (2014), en su Sentencia No. 113-14-SEP-CC, expuso lo siguiente:

Por estas particularidades, y considerando que se trata de la primera decisión en materia de acción extraordinaria que se relacionaría con decisiones jurisdiccionales de justicia indígena, por no existir precedentes en la materia dentro del constitucionalismo ecuatoriano, esta Corte, conforme lo previsto en los artículos 11 numeral 8, 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, y 62 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, **asumirá también la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección y establecerá un precedente en la materia**. (p. 10) (la negrita y el subrayado me pertenecen)

Como se observa, sin dar explicación sobre lo qué significa o lo que implica asumir esa dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección, la Magistratura se limita a declarar esa premisa.

No habría mayor explicación al respecto sino hasta después de más de ocho meses, cuando la Corte Constitucional (2015), en la Sentencia No. 119-15-SEP-CC, señaló que:

Cabe destacar que la acción extraordinaria de protección tiene una doble dimensión dentro del constitucionalismo ecuatoriano: por un lado, tiene una **dimensión subjetiva** respecto a la tutela de los derechos de las personas que alegan las **vulneraciones en las sentencias y/o el proceso** y por otro lado, una **dimensión objetiva** asociada con el establecimiento de **precedentes jurisprudenciales** en determinados patrones fácticos, es decir, la interpretación constitucional que deben observar los operadores jurídicos cuando exista analogía fáctica. (p. 14)

De todos modos, las razones que la Corte solía esgrimir para revisar el caso subyacente, era una mezcla de todas, por ejemplo, algunas veces se llegaba al punto de asegurar que, amparada en el principio *iura novit curia*, y con el objeto de proteger derechos constitucionales y, además, bajo la figura de la dimensión objetiva, le correspondía analizar el mérito del caso original.

Todo esto despertó muchas críticas en la comunidad jurídica del país, toda vez que la Corte era poco clara al especificar cuando procedía o no este examen sobre el fondo. Además, se reprochó al Órgano jurisdiccional por aparentemente desnaturalizar la acción extraordinaria de protección, pues, de uno u otro modo, terminaba actuando como una suerte de cuarta instancia en los casos provenientes de garantías jurisdiccionales. (Morales, 2019)

2.2.2.3. La doctrina vigente del control de mérito y sus requisitos

Con la conformación de 2019, la Corte Constitucional empezó a separarse de algunos de sus precedentes. Uno de esos cambios fue, precisamente, el alejarse de la dimensión objetiva, aunque manteniendo la posibilidad de revisar el caso originario de una AEP.

La Corte Constitucional (2019), en la Sentencia No. 176-14-EP/19, reconoce nuevamente la posibilidad de evaluar la vulneración de derechos cuando la extraordinaria de protección proviene de una garantía, y señala lo siguiente:

55. Considerando lo anterior y que esta Corte es el máximo Organismo de administración de justicia constitucional, encargado de enmendar las vulneraciones de derechos puestas a su conocimiento, **excepcionalmente y de oficio podría revisar lo decidido en el proceso originario de una garantía jurisdiccional**, es decir, realizar un **control de méritos**, cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) que la autoridad judicial inferior haya **violado el debido proceso u otros derechos** de las partes en el fallo impugnado o durante la prosecución del juicio, lo cual es propio del objeto de la acción extraordinaria de protección; (ii) que *prima facie* [cursiva en el original], los hechos que dieron lugar al proceso originario **puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados** por la autoridad judicial inferior; y, (iii) que el caso **no haya sido seleccionado** por esta Corte para su revisión. (párr. 55) (el subrayado y la negrita me pertenecen)

Adicionalmente, la Magistratura establece como cuarto criterio la concurrencia de al menos uno de los siguientes preceptos: “gravedad del asunto, novedad del caso, relevancia nacional o la inobservancia de precedentes establecidos por este Organismo” (CCE, 2019, Sentencia No. 176-14-EP/19. párr. 56). Justamente, parámetros muy similares a los consolidados en el Art. 25 numeral 4 de la LOGJCC para la selección de causas.

Así, la Corte Constitucional afinca, al menos, los requisitos para que proceda el control de mérito; no obstante, estos han sido criticados por un sector de la doctrina, principalmente por el amplio margen de discrecionalidad que salvan para que la Magistratura se pronuncie en la casuística, dejando así en la incertidumbre a los justiciables.

El primer requisito, por ejemplo, no representa nada nuevo ni significativo. Exigir que la autoridad judicial haya vulnerado el debido proceso o derechos constitucionales es un requisito de procedencia de la EP; por lo tanto, como dice Oyarte (2020), “no diferencia en nada cuándo la Corte Constitucional puede actuar como tribunal de alzada respecto de la impugnación de fallos de garantía y cuándo no” (p. 502).

Por otro lado, el requerimiento de que los hechos del caso subyacente, *prima facie*, puedan constituir una transgresión de derechos es, cuanto menos, tendencioso. Principalmente porque no se trata de un parámetro objetivo que pueda ser determinado con cierto grado de certeza tanto por el juzgador como por el justiciable. Nada obsta que la Magistratura valore un caso con rigurosidad y otro con laxitud –como ya ha sucedido–, incluso tratándose de hechos similares. Esto, como se dijo, somete a los ciudadanos a condiciones de inseguridad y desconfianza respecto de la manera en que la Corte tratará su causa.

Además de lo dicho, resulta bastante curioso que para efectuar un control de mérito, es decir, para revisar los hechos del caso subyacente, sea necesario que la Corte deba revisar *prima facie* los hechos del caso subyacente. En palabras más breves, la Corte debe revisar los hechos del caso originario para revisar los hechos del caso originario.

Así las cosas, no quedan claro, por ejemplo, ¿cómo la Corte define o entiende, de forma objetiva, la valoración “*prima facie*”? ¿cuánto rigor se puede y se debe exigir a la Magistratura en esa evaluación “*prima facie*”? ¿los casos en los que la violación de derechos no es tan “evidente” no merecen una revisión de fondo y, eventualmente, una reparación?, ¿basta para los justiciables la simple aseveración de que, “*prima facie*” no existe vulneración de derechos en el caso original? La Corte Constitucional, de modo conveniente, soslaya esas preguntas.

Posteriormente, la Corte Constitucional (2021), en la Sentencia No. 2137-21-EP /21, extendió ese segundo requisito en los siguientes términos:

111. Ahora bien, esta Corte considera oportuno además establecer que si bien hasta el momento el examen de mérito se ha centrado, principalmente, en casos

en los que *prima facie* se observan vulneraciones de derechos que oportunamente no fueron tuteladas por el órgano jurisdiccional que conoció el proceso de origen (requisito ii), **resulta necesario hacerlo también en situaciones en las que, prima facie, se observe una notoria desnaturalización de las garantías jurisdiccionales respecto de las cuales se deba corregir y emitir jurisprudencia vinculante** conforme al artículo 436 numeral 6 de la CRE. (párr. 111) (énfasis añadido)

Es decir, se extiende esa evaluación *prima facie* también a una eventual desnaturalización de las garantías jurisdiccionales, cuestión que le permitiría a la Magistratura enmendar esos errores, inclusive llegando a disponer medidas disciplinarias en contra de las autoridades judiciales que incurrieron en aquello.

De otro lado tenemos que el tercer requisito, es decir, que el caso no haya sido seleccionado para revisión, también resulta cuestionable, “pues el demandante de protección extraordinaria cuenta con veinte días para presentar la demanda y no podrá saber, dentro de ese lapso, si el fallo que impugna será o no objeto de selección” (Oyarte, 2020, p. 503), aunque conociere que su caso cumple con esos criterios para ser seleccionado –y para el control de mérito–.

Adicionalmente, en torno a este tercer requerimiento surge también otra dificultad, pues, según el inciso final del Art. 28 del RSPCC, se podría dejar insubsistente la selección de un proceso. En esa línea, queda la duda respecto de lo que podría ocurrir cuando en una AEP se rechaza el control de mérito porque el caso fue seleccionado, pero se termina revocando esa selección (Gallegos, 2022, 48m03s).

Para finalizar, el cuarto requisito determinado por la Corte Constitucional es que se cumpla al menos uno de los criterios previstos para la selección de causas. Algunos tratadistas opinan que esto tendría como objeto corregir el error de la Sala de Selección producido cuando un caso, debiendo ser seleccionado, no lo fue (Oyarte, 2020); sin embargo, esto parece ser más sustancial que ello.

Estos cuatro criterios son, quizá, un poco, y solo un poco, menos discrecionales que los otros requisitos para el examen de mérito, pues en cierta medida han sido delimitados por la jurisprudencia constitucional; sin embargo, todo esto carece de valor cuando lo primero que se exige para la procedencia del control es una determinación “*prima facie*” que es cualquier cosa menos objetiva.

Evaluable lo anterior, resulta que no importa mucho que en el caso subyacente exista una violación de derechos no tutelada que deba ser atendida –lo que se supone es la razón de ser de esta facultad– sino que, lo que en verdad interesa, es que el caso cumpla el criterio de novedad, gravedad, relevancia o inobservancia de precedentes, como si la selección del caso fuese el objeto del control de mérito.

Después de establecer los requisitos del examen de mérito, la Magistratura reflexionó sobre las implicaciones de esta facultad. El Órgano observó que, quien formó parte del

proceso original y no planteó la EP, no es parte procesal en esta garantía, aunque con el control de mérito podría decidirse sobre sus intereses. En ese sentido, la Corte Constitucional (2019), en la ya citada Sentencia No. 176-14-EP/19, señaló que:

63. En consecuencia, en los casos excepcionales, la contraparte en el proceso originario **recibirá el tratamiento de parte procesal dentro de la acción extraordinaria de protección** para que ejerza su derecho a la defensa. Esto implica que cuando el juez ponente advierta prima facie que pueda tratarse de un caso excepcional durante la sustanciación de la causa, dispondrá que la **contraparte del proceso originario sea notificada con los impulsos procesales y demás providencias**, así como, será **convocada a audiencia** junto con la autoridad judicial demandada para que pueda presentar sus descargos. (párr. 63) (énfasis añadido)

En otras palabras, la Corte Constitucional decidió garantizar el derecho a la defensa de quien, siendo parte procesal en la causa originaria, no es parte en la acción extraordinaria de protección, permitiéndole presentar argumentos en la audiencia.

Finalmente, también vale indicar que, como dice Cisneros (2020), “se advierte una aparente o real contradicción en cuanto un aspecto referido en esta novel jurisprudencia” (p. 221). Por una parte, la Magistratura señala que el control de mérito es una facultad ejercida de oficio; no obstante, ello entra en franca contradicción con lo señalado por la propia Corte Constitucional (2019) en la Sentencia No. 176-14-EP/19:

[...] por regla general en la acción extraordinaria de protección le corresponde limitarse a verificar las vulneraciones del debido proceso o de otros derechos constitucionales por parte de la autoridad judicial. Esto, al [sic] menos que el accionante **haya solicitado un control de méritos**, en cuyo caso la Corte **verificará si se cumplen los presupuestos para determinar la excepcionalidad del caso**. (párr. 65) (énfasis añadido)

Por una parte, se afirma que la Corte Constitucional, a petición de parte, debe verificar los requisitos para efectuar un control de mérito; sin embargo, se advierte previamente que esta es una facultad que la Magistratura la ejerce de oficio. En este punto se repara, una vez más, en la discrecionalidad del Órgano constitucional. En particular, Cisneros (2020) opina que ello sucede porque “se desconoce qué postura tomará el juez constitucional [cuando se solicita un control de mérito], [pues] este bien podría argumentar que dicho examen fáctico se ejecuta únicamente de oficio, negándose a motivar tal decisión” (p. 222); dejando sin valor la solicitud hecha por el demandante de protección extraordinaria y, a la vez, contraviniendo lo expuesto por la misma Corte.

2.2.2.4. Aplicación concreta del control de mérito

Son varios los casos relevantes que en los que la Corte Constitucional ha efectuado un control de mérito. En ese sentido, se realizó una consulta en el buscador de sentencias y casos, a fecha 20 de octubre de 2023, filtrando las sentencias que contengan las palabras “control de mérito” o “examen de mérito”, y se encontró como resultado 226 decisiones

acciones extraordinarias de protección. De esas sentencias, a continuación se presenta una tabla que contiene las más importantes, con su breve resumen.

Tabla 1

Casos relevantes sobre el control de mérito

Sentencia No.	Breve resumen
108-14-EP/20	Protección laboral reforzada a mujer embarazada.
328-19-EP/20	Atención médica a personas con discapacidad.
689-19-EP/20	Protección laboral reforzada a trabajadores sustitutos.
1000-17-EP/20	Vulneración de derecho a la identidad por duplicación de cédula.
2919-19-EP/2	Habeas data para eliminación de datos crediticios erróneos.
751-15-EP/21	Estereotipos sobre la vestimenta que promueven trato desigual.
1234-16-EP/21	Compensación por vulneración del derecho de mujeres embarazadas.
593-15-EP/21	Protección laboral reforzada a mujeres embarazadas.
1342-16-EP/21	Inobservancia de precedente sobre desvinculación de personas con discapacidad con nombramiento provisional.
956-14-EP/21	Acción de protección contra juntas de agua.
2622-17-EP/21	Habeas corpus y vulneración de plazo razonable.
2951-17-EP/21	Acción de protección contra particulares que prestan servicios de salud (Caso Clínica la Primavera).
2064-14-EP/21	Habeas data para evitar divulgación de fotos íntimas.
2167-21-EP/22	Medio ambiente sano, patrimonio cultural, ciudad (Río Monjas).
839-14-EP/21	Imprudencia de la acción de acceso a la información pública para pedir datos de un tercero.
2137-21-EP/21	Desnaturalización de la AP para conocer infracciones legales en procesos de control político.

1101-20-EP/22	Desnaturalización de la acción de protección para extinguir obligación crediticia/error inexcusable
2496-21-EP/23	Vulneración del derecho al refugio y el principio y derecho de no devolución, y el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en procesos que les afectan.
533-15-EP/23	El derecho al agua frente a particulares.
145-17-EP/23	Derecho a la seguridad social de personas que forman parte de un grupo de atención prioritaria, y del derecho a la atención prioritaria.
2366-18-EP/23	Derecho de acceso a la información pública y derecho a la verdad (Caso Gabela).

Fuente: buscador web de la Corte Constitucional
Elaboración propia

Ahora, más allá de estos casos –evidentemente importantes– tenemos muchos otros en los que no se realiza un control de mérito, aunque hubiere razones para hacerlo. Por ejemplo, tenemos la Sentencia No. 860-12-EP/19, en la que la Corte Constitucional (2019) señaló que:

33. En el presente caso, no se cumplen el segundo y cuarto requisito. El segundo requisito, dado que de los hechos que dieron lugar al proceso originario **no se observa una vulneración grave a la seguridad jurídica**, en los términos alegados por la Asociación; y el cuarto, porque la revisión liminar de los antecedentes del proceso originario **no revela una violación de una intensidad grave, trascendente**, tampoco muestra el incumplimiento de precedentes o hechos que amerite un pronunciamiento urgente por parte de la Corte. (párr. 33) (énfasis añadido)

Como se explicó antes, el segundo requisito del examen de méritos es que, *prima facie*, los hechos del caso original puedan comportar una violación de derechos que no tutelada. En ese contexto, vemos que la Corte, al valorar ese requisito, advierte que no existe una vulneración de derechos grave –cuestión que no formaría parte de este requisito–, lo que claramente revela una vez más la subjetividad de ese requerimiento y la discrecionalidad con la que la Magistratura aprecia a primera vista los hechos del caso.

Sobre el cuarto requisito, vemos que no existe mayor explicación que la determinación de que los hechos no denotan gravedad, trascendencia o inobservancia de precedentes, mas no se nota un razonamiento de por qué esto es así.

En general, los casos en los que se rechaza efectuar el control de mérito se motivan en los mismos términos que el caso expuesto. Es decir, la Corte se limita a señalar que el caso discutido no cumple con los presupuestos para el examen de fondo, por lo que no se

lo realiza. Esto sucede incluso en los casos en los que el accionante solicita que se ejerza esa facultad.

Como se ha observado, lo habitual es que la Corte Constitucional rechace o acepte efectuar un control de mérito; no obstante, también existen casos fuera de lo convencional que merecen ser observados en esta investigación. Por ejemplo, la Corte Constitucional, en la Sentencia No. 367-19-EP/20, resolvió un caso que parece entrañar un inconveniente sobre la aplicación del control de mérito que merece ser tratada.

El caso de origen es una acción de protección presentada por un trabajador de una empresa pública, puesto que, según él, fue despedido sin considerar que esta persona tenía una hija con discapacidad, violando así su derecho al trabajo y a la atención prioritaria.

La Corte Constitucional, aplicando el principio *iura novit curia*, declaró que se vulneró el derecho a la seguridad jurídica, aduciendo que los jueces de la causa principal inobservaron de precedentes constitucionales respecto de las personas con discapacidad, principalmente en lo relativo al hecho de que la discapacidad de una persona no está supeditada al reconocimiento del Estado.

El problema radica en que para determinar que los juzgadores *a quo* inobservaron un precedente constitucional, la Magistratura debió realizar, de facto, un control de mérito. Esto, puesto que para arribar a esa decisión se efectuaron “valoraciones de fondo previas, como lo es el acreditar la calidad de sustituto del accionante y entrar a afirmar que la entidad accionada habría sido notificada de esta situación, cuestiones que fueron disputadas y controvertidas en el proceso de origen” (CCE, 2020, Voto Salvado a la Sentencia No. 367-19-EP/20. párr. 3).

En conclusión, de acuerdo con el razonamiento expuesto por los jueces Corral y Herrería en su voto salvado, la sentencia de mayoría habría efectuado, en la práctica, un control de mérito sin que se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos para el examen de fondo.

Tenemos, entonces, el inconveniente de que la Magistratura realiza, de facto, un examen de méritos incluso cuando no existe una violación de derechos constitucionales en la sentencia impugnada, para, justamente, terminar declarando una supuesta vulneración de derechos en esa decisión judicial.

Otro de los casos que merece ser traído a colación es el que se resuelve en la Sentencia No. 1221-13-EP/20 y sus votos salvado y concurrente. Este caso nos demuestra que el control de mérito –al menos en los términos que ha sido definido– no es una facultad objetiva.

El caso inicial es una acción de protección en contra del Municipio de Guayaquil, en la que se alega la vulneración del derecho a la libertad de expresión por la supuesta censura previa en un certamen nacional de pintura. En primera y segunda instancia la

acción fue negada. Respecto de esas decisiones se propone una acción extraordinaria de protección alegando la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

El voto de mayoría considera, sin más, que no existió vulneración de derechos en la sentencia y que la EP estaba orientada a que la Corte se pronuncie sobre lo correcto o incorrecto de la decisión judicial. Así mismo, se determina la improcedencia del control de mérito por no cumplirse el primer requisito.

Por otro lado, el voto salvado de los jueces Andrade, Ávila, Grijalva y Salazar disiente de esa postura y establece que los accionantes sí se refirieron a las disposiciones invocadas por los jueces provinciales y que, en consecuencia, cuestionaron el razonamiento de los jueces sobre el cargo de vulneración del derecho a la libertad de expresión. En consecuencia, los jueces hallan que la sentencia impugnada no efectuó un análisis sobre la vulneración de derechos, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva. Al final, también se colige que el control de mérito era procedente por el cumplimiento de los requisitos fijados en la jurisprudencia.

El voto concurrente del juez Lozada, por su parte, concuerda con la decisión de rechazar la extraordinaria de protección, pero cuestiona las razones. Por ello, el juzgador hace un esfuerzo razonable por determinar si los cargos imputados podrían, de algún modo, conllevar a una violación de derechos; no obstante, concluye que no es posible arribar a esa determinación. También evalúa otros argumentos sobre la base del principio *iura novit curia*, pero no halla en ellos una razón para declarar que la sentencia transgrede derechos. Adicionalmente, cuestiona la tesis del voto salvado y señala algo que llama mucho la atención:

14. Para que el sistema procesal pueda otorgar este mínimo de certeza debe fijar límites para resolver una controversia: esta debe acotarse dentro de límites materiales, personales, espaciales y temporales. En nuestro sistema procesal, la procedencia de una acción extraordinaria de protección es excepcional y, dentro de esta acción, el control de mérito es, nuevamente, de excepción, por lo que no cabe reexaminar una causa cuando no se cumplen sus requisitos. En el caso, **si no se satisfizo la primera de las condiciones para realizar un control de mérito, este, simplemente, no puede efectuarse, aunque mis convicciones constitucionalistas me hagan apreciar la innegable relevancia de la controversia del conflicto envuelto en la acción de protección de origen.** (CCE, 2020, voto concurrente a la Sentencia No. 1221-13-EP/20, párr. 14) (la negrita y el subrayado me pertenecen)

En definitiva, como se puede observar, en el caso expuesto ni los mismos jueces concuerdan en la procedencia del control de mérito, entonces, resta preguntarse: ¿cómo se supone que los justiciables tengan certeza de la eventual procedencia de esa facultad en sus casos concretos? Lo cierto es que no hay esa certidumbre, que es mucho peor cuando el control es solicitado por el accionante y la respuesta es un simple “no se cumplen los presupuestos”; por ello, vale también preguntarse: ¿la evidente discrecionalidad al ejercer esa potestad no exige que la Corte motive la negativa de la revisión del caso subyacente más allá del mero rechazo?

Se debe resaltar que este no es el único caso en el que no existe consenso respecto del ejercicio del control de mérito, *verbi gratia*, tenemos también la Sentencia No. 839-14-EP/21, en la que al contrario de la anterior, en esta la sentencia de mayoría sí efectúa el examen, pero nuevamente el juez Lozada expresó su disconformidad y señaló que “la justicia es un imperativo constitucional (art. 1) que esta Corte debe buscar siempre, pero esta búsqueda debe hacerse a través, y no al margen, del Derecho” (CCE, 2021, voto salvado a la Sentencia No. 839-14-EP/21, párr. 12)

2.2.3. EL GARANTISMO Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

2.2.3.1.El garantismo

2.2.3.1.1. Definición y fundamentos del garantismo

El paradigma garantista es un concepto extenso y enrevesado que puede ser examinado desde varias perspectivas (Taruffo, 2020). En primer lugar, la génesis del garantismo tiene lugar en el campo penal, y surgió con el objeto de tratar la discrepancia entre el modelo normativo constitucional y su efectividad en las jerarquías normativas menores, pues ello implicaba que las disposiciones constitucionales fueran un mero frente sin ninguna función ni utilidad real frente al ejercicio del poder (Ferrajoli, 1995).

Aunque el inicio del garantismo se dio en el ámbito penal, lo cierto es que el desarrollo teórico expandió estas ideas a otras esferas. Luigi Ferrajoli (2014) señaló que, en términos generales, el garantismo es “un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos” (p. 29). Es decir, el paradigma garantista propugna que el poder está sujeto a la obligación de asegurar el ejercicio de los derechos.

Ahora, la relación entre el paradigma constitucional y el garantista es evidente, pues el primero, en la medida en que contiene el sistema de garantías diseñado por la Constitución, equivale al segundo. En ese contexto, una de las características del garantismo es la rigidez constitucional y el sistema de garantías. (Ferrajoli, 2013). A continuación se explicará con mayor profundidad la rigidez constitucional y el tema de las garantías constitucionales.

2.2.3.1.2. La rigidez constitucional

En sentido estricto, la rigidez constitucional no es una garantía propiamente dicha, sino más bien una característica fundamental de las constituciones –debido a su origen en un proceso constituyente– que implica que estas tienen una jerarquía normativa superior a las demás leyes que provienen, justamente, de ella.

Las constituciones son, *per se*, rígidas, pues si estas pudiesen ser reformadas por procesos –flexibles– previstos en leyes infraconstitucionales, carecerían de cualquier carácter de supraordenación respecto de estas, teniendo como resultado una equivalencia entre la constitución y la ley, cuestión que es naturalmente intolerable. Así, al hablar de

este tema, según el paradigma garantista, lo apropiado es referirse a grados de rigidez constitucional.

La rigidez constitucional se presenta, pues, como un punto neurálgico en la teoría garantista y en el constitucionalismo propiamente dicho. Así, al hablar de la modificación de la constitución tenemos un aparente conflicto entre los derechos y la soberanía, cuestión que es abordada tanto por el garantismo como por otras teorías.

Por un lado tenemos la tesis de que la soberanía popular no puede ser limitada por ninguna norma o principio previo, lo que ocurriría si consideramos la rigidez de la constitución. No es tolerable entonces que existan disposiciones constitucionales inmodificables, pues ello atenta contra la irrestringible voluntad popular constituyente de las próximas generaciones.

En contraposición está la propuesta del garantismo. Según los doctrinarios, en realidad “la rigidez de la constitución es una garantía esencial de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los poderes de las futuras mayorías” (Ferrajoli, 2014, p. 64). Esto, en el sentido de que es inadmisibles permitir que se revisen –y que eventualmente se retrotraigan– los principios fundamentales del estado constitucional de derecho, lo que incluye la democracia misma.

La primera tesis argumenta, en síntesis, que la rigidez constitucional ata de manos a las generaciones futuras, impidiéndoles crear su propio Derecho. Al contrario, la teoría garantista asume que la rigidez de la constitución “ata las manos de las generaciones presentes [...], para impedir que estas amputen las manos de las generaciones futuras” (Ferrajoli, 2014, p. 64).

En definitiva, la rigidez constitucional está relacionada con las garantías de los derechos fundamentales positivados en las constituciones. Es por esto que también se hace necesario referirse a las garantías constitucionales, tal como ocurrirá a continuación.

2.2.3.1.3. Las garantías constitucionales

En el sentido más amplio, el modelo garantista “se caracteriza esencialmente por ser un sistema de límites, vínculos y controles impuestos a cualquier poder, en garantía primaria y secundaria de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli, 2014, p.62).

Esa es, precisamente, una cuestión medular en el garantismo: las garantías constitucionales. Para decirlo con el maestro Ferrajoli (2014):

La efectividad de los derechos [principios e institutos] establecidos [...] depende de la observancia de las garantías constitucionales, ya sean primarias, es decir, consistentes en las obligaciones y en las prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos [principios e institutos] establecidos en las constituciones, o secundarias, esto es, consistentes en la reparación judicial de las violaciones de las garantías primarias. (p. 62)

De ahí surge, entonces, la ineluctable relación entre las garantías constitucionales y los derechos, principios e institutos positivados establecidos en las constituciones. Ahora,

según la doctrina, una clasificación más precisa de las garantías es la siguiente: (i) garantías constitucionales primarias negativas; (ii) garantías constitucionales primarias positivas; y, (iii) garantías constitucionales secundarias. En líneas posteriores se definirá cada una de ellas y, además, se establecerá su relación con las lagunas y antinomias según corresponda.

2.2.3.1.3.1. Garantías constitucionales primarias negativas y las antinomias

Las garantías constitucionales primarias negativas “consisten en la prohibición, para el legislador ordinario, de modificar o derogar los principios y los derechos [principios e institutos] constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli, 2011, p. 40). Dicho de otro modo, los derechos positivados en el texto constitucional – como producto de la rigidez de la constitución– imponen al legislador una especie de prohibición de regresión.

Según la doctrina, estas garantías constitucionales son vinculantes en la medida en que la revisión de un derecho sea prevista en la norma fundamental. Por ejemplo, pueden ser una prohibición absoluta cuando la constitución no prevé una forma para revisar o modificar el derecho, o puede ser una prohibición relativa cuando la carta magna previere algún modo de hacerlo.

Como un ejemplo de lo anterior, en el caso ecuatoriano tenemos que el Art. 441 de la Constitución impide las reformas constitucionales que alteren su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que establezcan restricciones a los derechos y garantías, o que modifiquen el procedimiento de reforma de la Constitución.

Más allá de que las constituciones expliciten o no los límites de revisión de los derechos positivos, también se reconocen estas restricciones pueden estar implícitas en el contenido mismo de las disposiciones de la norma fundamental. No obstante, ese “carácter implícito y relativamente indeterminado de tales límites o prohibiciones y su reconocimiento solamente doctrinal y jurisprudencial hacen frágil e incierto su papel de garantía” (Ferrajoli, 2014). Por esa razón, según el modelo garantista es deseable que todas esas eventualidades sean plasmadas de forma taxativa.

En el escenario de que la constitución no explicita ningún procedimiento de revisión de un derecho y pero sí un control jurisdiccional de constitucionalidad, “la rigidez de la constitución sería absoluta, dado que cualquier modificación resultaría susceptible de ser invalidada como inconstitucional” (Ferrajoli, 2014, p. 68).

La concepción de garantías primarias negativas, entonces, propugna la idea de que el legislador está vedado de producir normas –de jerarquía legal– que contravengan los derechos –de jerarquía constitucional–, sobre la base de la rigidez constitucional –supraordenación–. En definitiva, este tipo de garantía implica que la Función Legislativa no puede generar antinomias –conflicto de jerarquía entre normas constitucionales y legales– (Ibáñez, 2008). Si ocurriese una antinomia, siempre queda la vía jurisdiccional constitucional para resolver el conflicto, como se explicará más adelante.

Aunque, quizá, la mayor significación de las garantías negativas radica justamente en su noción más dilatada: todo poder, público o privado, está vedado de la posibilidad de

invalidar los preceptos del texto constitucional –derechos, principios, institutos, etc.– en el ejercicio de sus potestades.

2.2.3.1.3.2. Garantías constitucionales primarias positivas y las lagunas

Por otra parte, las garantías constitucionales primarias positivas “consisten en la obligación, también a cargo del legislador ordinario, de producir una legislación de actuación de los derechos constitucionalmente establecidos, es decir, de introducir las correspondientes garantías primarias y secundarias así como las correspondientes funciones e instituciones de garantía” (Ferrajoli, 2011, p. 41). En pocas palabras, estas garantías imponen un deber: desarrollar legislativamente los derechos constitucionalmente positivados. Por ejemplo, si una constitución determina que la salud pública es derecho, le corresponde al legislador, sobre la base de las garantías primarias negativas, regular el ejercicio del derecho a salud pública.

Llegados a este punto surge la necesidad de explicar el concepto de garantías débiles y fuertes. Las primeras corresponden a la obligación, exigible al legislador, de garantizar los derechos según su contenido constitucional –a través de garantías primarias y secundarias–. Las garantías fuertes, en cambio, comprenden la obligación de las instituciones estatales de conceder prestaciones concretas derivadas de las garantías débiles –por ejemplo, salud, educación, etc.– (Ferrajoli, 2014).

De ahí que las garantías primarias positivas pueden también ser calificadas como garantías débiles. Primero, porque estas implican una obligación hacia la Función Legislativa de emitir leyes que regulen los derechos positivos. Y, en segunda instancia, porque resulta más complejo hacer que dichas garantías se cumplan mediante la activación de las garantías secundarias (Ferrajoli, 2014).

Y es que, a ver, pensemos, por ejemplo, que una constitución estipula el derecho a la salud. Esto, más allá de ser un derecho constitucional como tal, también es una garantía débil. En primer lugar, porque que constriñe al legislador a normar el ejercicio de ese derecho –es decir, a crear garantías fuertes–. Y, en segundo término, porque, en caso de no existir tal regulación –garantías primarias y secundarias–, sería mucho más complejo hacer exigible el derecho judicialmente. Ahora, supongamos que el Legislativo cumplió con su obligación –garantía débil– y produjo normas que regulan el acceso al sistema de salud. Esa ley podría ser considerada como una garantía fuerte porque, como se explicó, materializa la posibilidad acceder al derecho a través del desarrollo de los derechos.

Siguiendo el ejemplo anterior, digamos que los assembleístas, senadores, o diputados –o la denominación que se le quiera dar– omiten la producción de leyes que regulen el derecho a la salud –garantía débil–. Según algunos doctrinarios, eso implicaría la inexistencia del derecho; sin embargo, el garantismo refuta esa idea. La realidad es que estamos frente a una laguna, pues, aunque no se haya introducido normativa regulatoria, ello no implica que este derecho no esté constitucionalmente garantizado, ni que no exista la obligación de normar el derecho. Lo que se puede admitir es que el ejercicio de esos derechos, si no existiere garantías primarias o secundarias, estaría prácticamente

destinado al permanecer en el papel, pero, insisto, eso no desdice su positivación ni la obligación impuesta al Legislativo.

2.2.3.1.3.3. Garantías constitucionales secundarias

El garantismo, como se expuso en apartados previos, figura como el sistema de sujeción del poder a los derechos constitucionales. De igual manera, ya se explicó la idea de las garantías primarias. Ahora, cuando estas garantías primarias son inobservadas, por acción u omisión, aparecen las garantías secundarias como una forma de corregir o anular estas transgresiones, a través de la activación de la jurisdicción (Ferrajoli, 2006).

La principal garantía secundaria que conformada en los actuales sistemas constitucionales de derecho es, probablemente, el control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas producidas por el Legislativo. Aunque, en general, el control de constitucionalidad no se restringe a la producción normativa, sino que también abarca “el examen de conformidad [...] de los actos de los poderes constituidos con la Constitución” (Álvarez, 2023, p. 19). Y es que, claro, el poder, cualquiera que este sea, está naturalmente sujeto a la fuente de su producción.

Vale recordar que, sobre esta irresuelta discusión del tipo de control de constitucionalidad en el Ecuador, Storini, Masapanta, & Guerra (2022) han señalado que existe una “necesidad imperiosa y urgente de que la CCE tome en serio todos estos problemas, construya un sistema de control constitucional garantista y eficaz y en el camino pueda ir alejándose de todos los precedentes anteriores que solo generan ambigüedad” (p. 25).

Ciertamente, no se puede esperar que el modelo garantista establezca un catálogo taxativo de garantías jurisdiccionales. La positivación de derechos en las constituciones, la concreción de garantías primarias positivas y negativas a cargo del legislador, y el contexto propio de las violaciones de derechos, han abonado a la creación de nuevos institutos de protección de derechos, es decir, de garantías jurisdiccionales.

En ese contexto, aunque el garantismo nació en el medio europeo, es incuestionable que sus ideas han calado en la comunidad jurídica latinoamericana. De ahí que estos ordenamientos tengan sus propias garantías secundarias que, probablemente, no han sido desarrolladas en la misma medida en Europa.

2.2.3.1.4. Postulados o principios del modelo garantista

El modelo garantista se funda en cuatro principios o postulados interrelacionados. El primer principio es el de legalidad, que, entendido en su máxima expresión, es el sometimiento de todos los poderes a los preceptos constitucionales. De ahí justamente que el legislador esté en la obligación de desarrollar las garantías –primarias y secundarias– de acuerdo con los establecido en la constitución. Y, también, que el poder público esté constreñido al respeto de los derechos normativamente determinados.

La segunda proposición es el de la plenitud deóntica. Este principio plantea que los derechos constitucionalmente positivados enlazan la correlativa obligación de introducir las garantías necesarias para efectivizar el cumplimiento de estos. La ausencia de

desarrollo normativo de los derechos implicaría que estos, en realidad, no son considerados con la seriedad que deberían, relegando su existencia al papel. De ahí nace precisamente la necesidad de colmar las lagunas estructurales (Torres, 2017).

Sobre lo anterior, es preciso recordar de forma breve que la Corte Constitucional, en la Sentencia No. 1965-18-EP/21, encontró una laguna estructural respecto del derecho al doble conforme, por lo que dispuso a la Asamblea Nacional que emita la correspondiente regulación para llenar ese vacío normativo.

El principio de jurisdiccionalidad, por otra parte, es el tercer pilar del paradigma garantista. De acuerdo con Ferrajoli (2014), esta proposición implica que “donde existan normas y garantías primarias deberán también existir, contra sus posibles violaciones, normas secundarias, que predispongan la intervención de garantías secundarias o jurisdiccionales” (p. 59).

En ese sentido, es importante también reconocer que asuntos como la positivación de los derechos en la constitución y su justiciabilidad, el desarrollo de los sistemas de justicia supranacionales, las nuevas formas de criminalidad y de vulneración de derechos, etc., han excedido los límites de la justicia ordinaria, dando como resultado la expansión del rol de la justicia constitucional (Ferrajoli, 2014). Con todo eso, el hecho de que las transgresiones de derechos puedan ser ventiladas en sede jurisdiccional constituye, *per se*, una garantía y un principio del garantismo.

La última columna del garantismo es el principio de accionabilidad. El sistema legocéntrico concebía este tema –desde una visión individualista y de aparente igualdad entre las partes– como la posibilidad que tendría el titular de un derecho vulnerado de presentar una acción legal para tutelar esa transgresión. El modelo garantista, por otro lado, advierte que esa postura es insuficiente para proteger derechos sociales, intereses colectivos o bienes fundamentales.

En ese contexto, el garantismo reconoce que las democracias constitucionales han producido una extensa variedad de acciones o institutos jurisdiccionales que permiten el acceso a la justicia cuando se vulneran derechos, así, por ejemplo, tenemos las conocidas acciones populares y colectivas, y las acciones de tutela de derechos establecidas en la tradición latinoamericana (Ferrajoli, 2014).

Merece la pena, finalmente, resaltar que los sistemas jurídicos latinoamericanos han implementado dos instituciones de garantía inaplicados en la tradición europea. Una de ellas es la encargada de permitir el acceso a la defensa técnica penal a todas personas –sobre todo a quien no pueda costearla–. La otra, en cambio, tiene como objeto garantizar los derechos de los ciudadanos, pudiendo incluso activar la vía jurisdiccional haciendo uso de las garantías constitucionales.

2.2.4. El sistema constitucional ecuatoriano

2.2.4.1. Breve reseña sobre el constitucionalismo ecuatoriano

Aunque la Constitución Política de 1998 ya mostraba signos de lo que la doctrina denomina nuevo constitucionalismo latinoamericano, el paradigma constitucional en el Ecuador se vio ineludiblemente alterado por la Constitución del 2008.

La fundación del Estado de derechos y justicia, la positivación de un extenso catálogo de principios, derechos y garantías, la supraordenación –rigidez– de la Constitución, la creación de un nuevo órgano de control constitucional, y la reconcepción de la organización social y del fin del Estado, fueron, tal vez, los cambios más significativos en el modelo normativo nacional.

Estas transformaciones en el sistema constitucional, según Celi (2017), fueron aupadas por “juristas ecuatorianos vinculados a las izquierdas” (p. 54), quienes habrían impulsado que el proceso constituyente de Montecristi tenga como uno de sus principales fines el “fortalecimiento de un órgano supremo de control constitucional y la expansión de las garantías constitucionales a los derechos humanos” (Ávila, 2007, p. 138).

La doctrina, además, ha deducido que estas innovaciones de la Constitución ecuatoriana corresponden o se adecúan a la teoría del neoconstitucionalismo. Así, para el experto Celi (2017) el “neoconstitucionalismo ecuatoriano es un paradigma normativo periférico que, por medio de intelectuales del derecho, logró influir en el diseño de la Constitución” (p. 89).

En suma, para decirlo con Grijalva (2011), el constitucionalismo ecuatoriano ha receptado, entre otras, “tendencias neoconstitucionalistas y garantistas” (p. 262) que amplían la discusión jurídica nacional en torno a estos temas.

2.2.4.2. Derechos, principios y garantías

El artículo 1 de la Constitución define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia. Esto, ciertamente, denota la importancia que nuestra norma fundamental confiere a los derechos, teniéndolos incluso como un elemento constitutivo de la República.

Para corroborar lo mencionado basta con observar lo que dispone el Art. 3 numeral 1 de la Constitución:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. (CRE, 2008, Art. 3 núm. 1)

En el mismo sentido, la propia carta magna prescribe que el “más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (CRE, 2008, Art. 11 núm. 9). Así, por ejemplo, el Art. 84 CRE exige a la Asamblea Nacional a

adecuar las leyes a los derechos y a la Constitución, el Art. 85 CRE prohíbe que las políticas públicas –a cargo del Ejecutivo– vulneren derechos, el Art. 172 CRE constriñe a los jueces y juezas a la Constitución y a los derechos, el Art. 204 CRE encarga la protección de derechos a la Función de Transparencia y Control Social, y el Art. 217 CRE dispone que la Función Electoral debe garantizar los derechos de participación política.

Las normas antes expuestas son una clara muestra de lo que el profesor Ferrajoli definió como garantías primarias, pues por un lado implican una prohibición de violación de derechos y, por el otro, una obligación de actuación de conformidad con estos. En definitiva, existen varias disposiciones constitucionales que se comportan de la misma manera, de hecho, al menos los 74 artículos del Título II –derechos– pueden ser calificados como garantías primarias.

Los principios, de igual manera, son parte sustancial de la Constitución. Verbigracia, el Art. 11 CRE señala que el ejercicio de los derechos se rige por los siguientes principios: igualdad y no discriminación, aplicación directa e inmediata, no restricción, favorabilidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad, progresividad, etc. (CRE, 2008, Art. 11).

En adición a lo anterior, a lo largo del texto constitucional se establecen otras disposiciones que regulan la actuación del Estado, por ejemplo: principios de participación en democracia –participación y organización individual y colectiva–, principios de la administración de justicia y de la Función Judicial –independencia, autonomía, unidad jurisdiccional, gratuidad, publicidad, etc.–, principios de la administración pública –descentralización, desconcentración, calidad, eficacia, eficiencia, transparencia, etc.–, entre muchos otros.

Por otra parte, la Constitución reserva todo el Título III para las garantías constitucionales, y las divide en tres categorías: (i) garantías normativas, (ii) garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y, (iii) garantías jurisdiccionales.

Respeto de la primera, esto es, de las garantías normativas, el texto constitucional determina lo siguiente:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. (CRE, 2008, Art. 84)

La norma recién citada no es más que la explicitación del concepto de garantías primarias negativas y positivas descrito por el maestro Ferrajoli. En primer lugar tenemos la prohibición de crear normas que atenten contra los derechos establecidos –crear antinomias–. En segunda instancia está la obligación de desarrollar los derechos constitucionales –colmar lagunas–. Para el garantismo estas son cualidades intrínsecas a

los derechos previstos en la Constitución; no obstante, una vez más se aprecia que el constituyente ha decidido positivar esta concepción de garantías.

Las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, en cambio, han sido definidas así:

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. (CRE, 2008, Art. 85)

Se puede decir, entonces, que estas garantías de algún modo también se comportan como garantías primarias positivas y negativas, pero, esta vez, la Función Ejecutiva –y cualquier otro órgano que se encargue de formular políticas públicas o de prestar servicios públicos– es quien está obligada a observar los derechos y prohibida de vulnerarlos.

El tercer grupo, el de las garantías jurisdiccionales o secundarias, está conformado por las siguientes figuras jurídicas: (i) medidas cautelares –Art. 87 CRE–; (ii) acción de protección –Art. 88 CRE–; (iii) habeas corpus –Arts. 89 y 90 CRE–; (iv) acción de acceso a la información pública –Art. 91 CRE–; (v) acción de habeas data –Art. 92 CRE–; (vi) acción por incumplimiento –Art. 93 CRE–; y, (vii) acción extraordinaria de protección –Arts. 94 y 437 CRE–.

Las citadas garantías secundarias, por disposición constitucional, deben ser sencillas, ágiles y eficaces, lo que implica que a estos procesos son inaplicables las formalidades o condiciones innecesarias que las retarden. Así mismo, estas acciones pueden ser propuestas por cualquier persona o grupo de personas –incluyendo comunidades, pueblos o nacionalidades–. También pueden ser presentadas sin la necesidad de un abogado patrocinador –aunque en la práctica ello no suele suceder–. Otra particularidad de estos procesos es que se invierte la carga de la prueba, teniendo como consecuencia que el accionado deba demostrar que las vulneraciones de derechos no han ocurrido. En general, el fin de estas acciones constitucionales es tutelar los derechos vulnerados (CRE, 2008, Art. 86).

2.2.4.3. Supremacía y rigidez constitucional

La supraordenación de la norma fundamental, como se explicó, es una característica propia de las constituciones. Así, tenemos que el Art. 424 de la Constitución del Ecuador señala:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

No es novedad la supremacía constitucional, pues, como ya se manifestó, este es un rasgo intrínseco de las constituciones –y del modelo garantista–. Lo que causa impresión es que la Constitución concede rango constitucional a los instrumentos internacionales que contengan derechos más favorables. Según la doctrina, esto se conoce como bloque de constitucionalidad y debe ser entendido como “una herramienta para mejorar la garantía de derechos mediante la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos como complemento a la Constitución” (Correa, 2022, p. 185). En suma, lo expuesto es otra señal de la relevancia que tienen los derechos y principios constitucionales en nuestro sistema jurídico y la sujeción de los poderes públicos a la Constitución.

La rigidez constitucional, por otra parte, tiene relación con el grado de rigor necesario previsto en la Constitución para modificar su contenido. Tenemos, pues, dos formas de hacer eso: (i) mediante enmienda –Art. 441 CRE–; y, (ii) a través de reforma parcial –Art. 442 CRE–.

El procedimiento de enmienda constitucional resulta ser el menos agravado pero el más restrictivo: lo primero debido a que puede aprobarse mediante referéndum o por votación afirmativa de dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional; y, lo segundo, porque a través de esta no se puede alterar la estructura fundamental de la Constitución, el carácter y elementos constitutivos del Estado, no es posible restringir derechos y garantías, ni tampoco modificar el procedimiento de reforma de la Constitución (CRE, 2008, Art. 441).

Por otra parte, la reforma parcial es más agravada pero menos restrictiva: lo primero porque solo puede aprobarse mediante referéndum; y, lo segundo, porque solo prohíbe la modificación del procedimiento de reforma y la restricción de derechos y garantías (CRE, 2008, Art. 442).

Como vemos, ni los derechos constitucionalmente positivados ni el procedimiento de reforma constitucional están sometidos a la voluntad de las mayorías en la Asamblea Nacional o de las mayorías en un referéndum. Ahí precisamente reside la rigidez de nuestra Constitución y, por lo tanto, su carácter garantista. Ferrajoli (2014) ha llamado a

esto la esfera de lo no decible: “lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados” (p. 20).

2.2.4.4. La Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha sido prevista como “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia” (CRE, 2008, Art. 429). Esta institución tiene varias facultades, pero una de las principales es la de ser “la máxima instancia de interpretación de la Constitución [...], a través de sus dictámenes y sentencias [vinculantes]” (CRE, 2008, Art. 436 núm. 1). También es potestad de la Magistratura “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (CRE, 2008, Art. 436 núm. 6). Además, es competencia del Órgano constitucional conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección puestas en su conocimiento (CRE, 2008, Arts. 94 y 437).

Tenemos, pues, que la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación y justicia constitucional, tiene como una de sus funciones la de dictar jurisprudencia vinculante respecto de las garantías jurisdiccionales. Ahora, estas garantías –que ya fueron revisadas en apartados anteriores– pueden ser clasificadas en dos grupos: (i) las que conoce la Corte Constitucional; y, (ii) las que conocen los jueces constitucionales de instancia. Respecto de las primeras, la Magistratura emite jurisprudencia al resolver la causa, pero, en las segundas, lo hace mediante la facultad de selección y revisión, lo que permite “unificar los criterios de las acciones que no son competencia directa de la CC” (Aguirre, 2019, p. 222).

La mentada facultad de selección y revisión, contemplada en el Art. 436 numeral 6 de la Constitución, “no se convierte en una instancia de apelación, dado que esta competencia no se enfoca a la reparación exclusiva de derechos subjetivos; por el contrario, su objetivo radica en la generación de derecho objetivo mediante el desarrollo de jurisprudencia vinculante” (Aguirre, 2019, p. 225). A pesar de ello, la Magistratura ha determinado que, “si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, la Corte Constitucional se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración” (CCE, 2010, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, párr. 29 letra a). En definitiva, mediante la referida potestad, la Corte está en la posibilidad de dictar jurisprudencia vinculante y, a la vez, de resolver el caso subyacente.

Vale precisar que, según la profesora Pamela Aguirre (2019), esta facultad de selección y revisión tiene origen en la “ideología del proceso de constitucionalización del derecho judicial ecuatoriano en el cual los jueces deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas; [por lo que] en caso de no hacerlo, la CC [Corte Constitucional] podría intervenir potestativamente” (p. 225).

Por otra parte, también es competencia de la Corte Constitucional resolver las acciones extraordinarias de protección. Las reglas y requisitos relativos a esta garantía ya se analizaron previamente, por lo que no se repetirá tal explicación. No obstante, sí resulta pertinente acotar que, según un sector de la doctrina, en primera instancia, la EP no debería proceder contra de sentencias dictadas dentro de garantías, pues el Art. 86 numeral 3 de la Constitución prevé que estos culminan con la apelación, por lo que estos procesos han de llegar a conocimiento de la Magistratura es a través de la selección y revisión (Aguirre, 2019). Pero, bien sabemos que en la práctica judicial no sucede aquello.

Para concluir, otra de las facultades del Órgano constitucional es la de resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma –Art. 436 núm. 2–, y la de declarar la inconstitucionalidad por omisión –Art. 436 núm. 10–. Dicho en otras palabras: ejercer el control de constitucionalidad. Todo esto, claro, también según lo desarrollado en los Arts. 74 y 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.2.5. El garantismo en el constitucionalismo ecuatoriano

De la exposición y análisis de los fundamentos y características del garantismo, así como de la evaluación del sistema constitucional ecuatoriano, observamos como resultado que existen evidentes coincidencias entre el modelo garantista y la Constitución del Ecuador.

Una de las principales proposiciones de las que parte el paradigma garantista es la rigidez constitucional. No cabe duda de que esta es una característica inherente a nuestra Constitución, pues, como se vio en apartados anteriores, los procedimientos previstos para la modificación constitucional –enmienda y reforma parcial– son lo suficientemente agravados como para impedir una trasmutación regresiva del contenido de los derechos y del proceso de reforma por una mayoría en la Función Legislativa o, inclusive, por una mayoría en un referéndum. En consecuencia, ciertamente se puede afirmar que el sistema constitucional ecuatoriano posee este rasgo inicial del garantismo.

Después, también vimos que la teoría garantista propugna un sistema de vínculos y límites que someten al poder a la Constitución y a los derechos. Dichas restricciones y lazos están presentes a lo largo y ancho de toda nuestra norma fundamental –v. gr., los Arts. 1, 3, 84, 85, 141, 172, 204, 217 y otros CRE–.

La referida proposición, además, tiene una estrecha relación con la supraordenación de la Constitución. Esa jerarquización normativa superior de la Constitución tiene fundamento en el Art. 424 CRE. De ahí que exista precisamente esta irrefutable y estricta subordinación de todas las funciones del Estado a la Constitución y, mejor dicho aún, a los derechos positivados en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

Así mismo, el concepto de las garantías constitucionales, que también es un eje medular del garantismo, se puede claramente apreciar en el constitucionalismo ecuatoriano. Ya se advirtió en una sección anterior que el artículo 1 de la Constitución

concibe al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia; elevando a los derechos al nivel de un elemento constitutivo de nuestra República.

En ese orden, también se esclareció que el Estado, en general, se erige como el principal garante de los derechos constitucionales. Eso queda evidenciado, sobre todo, cuando se afirma que uno de los deberes primordiales del Estado ecuatoriano es “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales [...]” (CRE, 2008, Art. 3 núm. 1). Además, existe un extenso catálogo de derechos positivados en la Constitución –Título II– que también se comportan como las garantías primarias positivas y negativas de Ferrajoli.

Igualmente, las garantías constitucionales previstas en el Título III de la Constitución indican ese carácter garantista de nuestra norma fundamental. Las garantías normativas y de políticas públicas no son otra cosa que la consolidación de las garantías primarias de Ferrajoli llevadas quizá a su máxima expresión. Las garantías jurisdiccionales, o positivas según el citado autor, son las siete acciones previstas en la Constitución ya expuestas: (i) medidas cautelares; (ii) acción de protección; (iii) habeas corpus; (iv) acción de acceso a la información pública; (v) habeas data; (vi) acción por incumplimiento; y, (vii) acción extraordinaria de protección.

Estas garantías jurisdiccionales, como se dijo, tienen cabida cuando las garantías normativas no han surtido efecto y se ha vulnerado algún derecho constitucional, por lo que se torna necesario acudir a la vía jurisdiccional constitucional para reparar esa vulneración, justamente para lo que ha sido advertidas en la Constitución.

CAPITULO III. METODOLOGÍA

En la presente investigación se ha utilizado el método lógico de tipo hipotético – deductivo. Este implica partir de una hipótesis obtenida de conocimientos previos y confrontarla con información nueva, lo que permite establecer si es que dicha hipótesis, al final, ha sido aceptada o refutada por el investigador.

3.1. Tipo de investigación

3.1.1. Investigación documental bibliográfica

Esta investigación es de tipo documental-bibliográfica, en la medida en que busca contrastar los argumentos y contrargumentos que se han presentado a favor y en contra del control de mérito desde la perspectiva del garantismo. Esto, a través de la revisión y análisis de fuentes documentales como las sentencias de la Corte Constitucional, las leyes, la doctrina, etc.

3.1.2. Investigación descriptiva

De igual manera, esta investigación es de carácter descriptiva, toda vez que se describirá y reseñará las características o rasgos particulares del objeto de estudio que se ha planteado.

3.2. Diseño de la investigación

El diseño de la investigación adoptado fue de naturaleza no experimental, toda vez que esta no implicó la manipulación deliberada de las variables. En otras palabras, el tema del control de mérito en la acción extraordinaria de protección fue abordado sin ningún tipo de intervención directa por parte del investigador.

3.3. Técnicas de recolección de datos

En concordancia con el tipo y diseño de investigación, la técnica de recolección de datos usada en este proyecto es la denominada "revisión bibliográfica" o "revisión de la literatura". Esta consiste en la recopilación y análisis de información y datos provenientes de fuentes documentales o bibliográficas, tales como libros, normas jurídicas, artículos científicos, tesis y, principalmente, sentencias de la Corte Constitucional.

3.4. Población de estudio y tamaño de muestra

Al tratarse de una investigación de tipo documental y bibliográfica, y de diseño no experimental, no ha sido necesario establecer una población de estudio y un tamaño de muestra. Esto, además, porque la investigación tiene carácter descriptivo.

3.5. Métodos de análisis

En la presente investigación el principal método de análisis es el hermenéutico. Este implica la interpretación de textos, y ofrece la posibilidad de estudiar un objeto y comprenderlo desde el análisis de sus partes y del texto que lo describe y conforma. Por sus características es muy utilizado en la ciencia jurídica y, justamente por ello, ha sido empleado en este proyecto.

3.6. Procesamiento de datos

El procesamiento de los datos tiene relación con la forma en que esta es conectada y organizada a efectos de identificar la información que se adecúa al objeto de la investigación y que permite generar conocimiento de manera crítica. En ese sentido, la información obtenida de la revisión de fuentes bibliográficas ha sido procesada de modo sistematizado, es decir, clasificando la información relevante para la investigación y excluyendo la intrascendente; asimismo, se lo ha hecho de modo analítico y comparativo, esto implica procesar los datos de manera reflexiva y contrastando la información con diferentes fuentes.

CAPITULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Planteamiento de las críticas propuestas por la doctrina al control de mérito

Para averiguar si el control de mérito es una facultad tendiente al garantismo y acorde a la Constitución, debemos partir de una reflexión crítica sobre los argumentos que ha presentado la doctrina sobre esta potestad. Por lo que, a continuación, se realizará una síntesis de las críticas más relevantes sobre la atribución de la Corte Constitucional para efectuar un examen del caso subyacente dentro de un proceso de AEP.

4.1.1. Ausencia de validez o legitimación formal

La primera crítica que surgió en torno a la posibilidad de que la Corte Constitucional resuelva una garantía originaria de una acción extraordinaria de protección, aunque no como al control de mérito como tal, fue la ausencia de una norma expresa que le faculte para ese efecto.

En el año 2010, mientras la Corte Constitucional para el periodo de transición resolvía una AEP, se encontró con una violación de derechos no tutelada por los jueces constitucionales de instancia –Sentencia No. 003-10-SEP-CC–. Surgió entonces un dilema: por una parte, no existía ninguna disposición que le permitiera a la Magistratura decidir sobre esa supuesta vulneración de derechos subyacente; y, por otro lado, en su calidad de máxima instancia de justicia constitucional, tenía la obligación constitucional de amparar esos derechos transgredidos.

A pesar del conflicto teórico que suponía resolver ese caso, la Corte Constitucional declaró que hubo vulneración de derechos en el caso subyacente, sin reparar en el dilema jurídico planteado, sobre todo, en su falta de legitimación formal para declarar esa vulneración.

El Órgano constitucional continuó ejerciendo la jurisdicción del mismo modo: soslayando arbitrariamente la sujeción de los jueces a la ley, supuestamente, en favor de la tutela de derechos. Ese sacrificio de la legitimación formal le valió duros y merecidos cuestionamientos a la Magistratura de aquel entonces, cuestión que terminó por minar la credibilidad y legitimidad de la institución.

Posteriormente, en el año 2014, la Corte Constitucional reconoció la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección, que de algún modo está asociada a la posibilidad de revisar el fondo del caso original. Después, en el año 2019, la propia Magistratura se apartó de esa línea jurisprudencial y desarrolló la vigente doctrina del control de mérito. En todo caso, surge una interrogante: ¿puede la Corte Constitucional facultarse a sí misma para decidir sobre el fondo de la garantía originaria de una AEP? Más adelante se responderá esta pregunta.

4.1.2. Desnaturalización de la acción extraordinaria de protección

La naturaleza jurídica de la extraordinaria de protección, como ya se examinó en secciones previas de esta investigación, radica precisamente en su calidad de garantía jurisdiccional y de acción constitucional.

Lo primero resulta irrefutable, pues la propia Constitución distingue a la EP como una garantía jurisdiccional. Además de ello, conforme se manifestó previamente, estas garantías secundarias intervienen en caso de la violación de las garantías primarias o de los derechos, cuestión que justamente es la razón de ser de la acción extraordinaria de protección: amparar judicialmente los derechos vulnerados en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sobre lo segundo, ya se comentó que la EP es una “acción” y no un “recurso”, pues, a pesar de la ambigüedad terminológica que existe en la Constitución y en la ley, se trata de un proceso autónomo que activa la jurisdicción constitucional, en el que lo que se discutirá es la existencia de una transgresión de derechos en la decisión acusada o en el procedimiento, más no una eventual vulneración de derechos en la causa de origen.

Lo dicho ha sido ratificado por la Corte Constitucional (2023) en varias de sus decisiones, por ejemplo, en la reciente Sentencia No. 899-17-EP/23, dicho Órgano precisó que:

[...] según lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución y 58 de la LOGJCC, las acciones extraordinarias de protección tienen por objeto determinar si una actuación judicial adoptada en el proceso de origen vulneró directamente el debido proceso u otro derecho de jerarquía constitucional, sin que para ello la Corte pueda revisar el fondo de las decisiones adoptadas en el proceso de origen, pues este Organismo no constituye una tercera instancia a los procesos de garantías constitucionales. (párr. 25)

Tenemos, entonces, que la acción extraordinaria de protección, según la Constitución, tiene como único objeto revisar si un juzgador, en algún punto del proceso, vulneró algún derecho constitucional, o si ocurre lo propio en la sentencia. En definitiva, la AEP no tiene otro fin más que tutelar derechos transgredidos por un juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Ahora, cuando se extiende ese objeto constitucionalmente determinado, estamos frente a una desnaturalización. Así, pues, consentir la posibilidad de que la Corte Constitucional revise el caso subyacente en una extraordinaria de protección, aunque ello suceda en procesos originados en la justicia constitucional, es justamente eso: desnaturalizar la referida garantía.

Esto es más grave y notorio cuando reflexionamos que, de acuerdo con el Art. 86 numeral 3 de la Constitución, la última instancia de las garantías jurisdiccionales es la apelación, cuya resolución corresponde a las cortes provinciales. Es decir, permitir que la Corte Constitucional examine el fondo de la garantía original implica, a su vez, acceder a que este Órgano se comporte como tribunal de alzada.

4.1.3. La discrecionalidad en el ejercicio del control de mérito

Desde que la Magistratura constitucional comenzó a revisar y decidir sobre el fondo de las garantías dentro de los procesos de acción extraordinaria de protección, la comunidad jurídica ha cuestionado la discrecionalidad con la que se ejerce dicha facultad.

En la actualidad tenemos cuatro requisitos que determinan la procedencia o improcedencia del control de mérito: (i) que exista una vulneración de derechos por parte del juez en la sentencia o en el proceso; (ii) la determinación, *prima facie*, de que (ii.1) los hechos subyacentes puedan constituir una violación de derechos no tutelada, o de que (ii.2) se observe una desnaturalización de las garantías jurisdiccionales; (iii) que el caso no haya sido objeto de selección; y, (iv) que se cumpla al menos uno de los siguientes criterios (iv.1) gravedad del asunto, (iv.2) novedad del caso, (iv.3) relevancia nacional o (iv.4) inobservancia de precedentes constitucionales (CCE, 2019, Sentencia No. 176-14-EP/19 y Sentencia No. 2137-21-EP /21).

Estas previsiones, como se expuso en apartados anteriores, conceden un amplio margen de discrecionalidad para que la Corte Constitucional maniobre en los casos concretos, provocando inseguridad jurídica en los justiciables.

El requisito que más abona a esta incertidumbre, y en el que se centrará esta crítica, es el segundo: la determinación, *prima facie*, de que los hechos subyacentes pudieran constituir una violación de derechos no tutelada, o de que se observe una notoria desnaturalización de las garantías jurisdiccionales.

Se presenta, entonces, una importante inquietud: ¿cómo es una valoración *prima facie* del caso subyacente? La verdad es que no existe un criterio objetivo que nos permita averiguar en qué consiste este tipo de evaluación. Por lo tanto, queda en manos de los jueces la determinación de lo que, en primera instancia, parecería una transgresión de derechos o una desnaturalización de las garantías.

Ahora bien, es entendible que los juzgadores puedan tener cierto margen de maniobra al momento de resolver las causas, eso no se niega, pero sí se cuestiona el ostensible exceso de discrecionalidad. En principio porque, al tratarse de una potestad que la Corte Constitucional se ha concedido a sí misma, conviene, al menos, exigir límites transparentes respecto del ejercicio de esta. En segundo lugar, porque los justiciables merecen conocer cuándo su caso podría ser objeto de un control de mérito, esencialmente porque ello le permitiría ofrecer argumentos a favor o en contra; lo contrario pone al ciudadano en una posición de inseguridad jurídica. Y, en último término, porque soportar esa indeterminación implicaría dejar la puerta abierta a que el control de mérito se convierta en una forma del “garantismo espurio” que, en lugar de realmente tener como objeto la protección y garantía de los derechos, se presente como una máscara que cubre la arbitrariedad de los jueces al resolver conforme sus convicciones y moralidad.

Para aclarar lo anterior, vale señalar que la expresión “garantismo espurio” ha sido usada para referirse a la subversión del paradigma garantista que, aunque surgió como “una concepción orientada para reducir el decisionismo judicial [...], en manos de algunos jueces constitucionales, se está transformando en un ardid para escapar de los vínculos constitucionales e impartir ‘justicia’ desde la arbitrariedad moral o política” (Salazar et al., 2009, p. 20-21).

El citado autor, Salazar et al., (2009), ha señalado que el garantismo “puede ser un pretexto para disimular la arbitrariedad detrás de una decisión que –más allá de su

(in)justificación concreta– implicaría adoptar criterios de interpretación que deberían valer para otros casos similares (pero a los cuales se les trata diversamente)” (p. 22-23). Y, como vimos antes, suele ser muy común que la Corte Constitucional trate unos casos con excesiva rigurosidad y otros con asombrosa laxitud, lo que hace temer que esto pueda también suceder al ejercer el control de mérito.

Por otra parte, un resquicio más de discrecionalidad parece producirse cuando la Corte Constitucional afirma, por una parte, que la revisión del caso subyacente no se efectúa a petición de parte, pero, pocos párrafos después, señala que la solicitud de control de mérito obliga a la Magistratura a verificar si se cumplen los requisitos para tal efecto. Esto parece ser una cuestión terminológica, aunque podría tener implicaciones graves para el accionante, sobre todo cuando se use el primer criterio para evitar ofrecer una explicación de por qué el caso en estudio no sería excepcional. En todo caso, es algo que debe ser resuelto por la Corte Constitucional para no dejar dudas al respecto.

4.1.4. Vulneración del derecho a la defensa de los intervinientes en la garantía original

Desde que la Magistratura constitucional comenzó a revisar la causa subyacente dentro de una acción extraordinaria de protección, se advirtió de una eventual vulneración del derecho a la defensa de alguna de las partes procesales de la garantía originaria.

Para graficar esta situación se ofrece el siguiente ejemplo: Francisco Martínez presenta un habeas data en contra del Registro Civil, y pierde el juicio en primera y segunda instancia. El señor Martínez propone una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de apelación. Tenemos, entonces, que el legitimado activo de la AEP es Francisco Martínez, y el legitimado pasivo es el juez de apelación. En ese escenario, si la Corte Constitucional decide revisar el habeas data subyacente, el Registro Civil –que no es parte procesal de la AEP– no tendría oportunidad alguna de formular argumentos respecto del habeas data. Estando así las cosas, resulta evidente que se vulnera el derecho a la defensa de la autoridad pública al no ser parte procesal de la acción extraordinaria de protección.

Justamente esa es la crítica: ampliar las competencias de la Corte Constitucional, permitiendo que se revise el fondo de la garantía original dentro de una acción extraordinaria de protección, vulnera el derecho a la defensa de quien, siendo parte del proceso subyacente, no lo es en la AEP.

No obstante, estas que han sido lesionadas en su derecho a la defensa, se han visto en la necesidad de hacerse escuchar ante la Corte Constitucional de algún modo, por lo que han recurrido a las figuras de “*amicus curiae*” o “parte coadyuvante del accionado” previstas en el Art. 12 LOGJCC; sin embargo, esto no es ni adecuado ni suficiente.

En el primer caso, según Morales (2020) “quien presente un *amicus curiae* no tiene derechos que estén en juego dentro de esa controversia, por lo que no tendrá una verdadera afectación de la decisión” (p. 36). Es decir, el uso del “*amicus curiae*” no

resulta adecuado para que estos sujetos puedan hacer valer sus derechos ante la Corte Constitucional.

La figura denominada como “parte coadyuvante del accionado” tampoco es conveniente, puesto que ha sido prevista como una opción y no como una obligación (Morales, 2020), cuestión que la gravedad del control de mérito exige. Además, resulta inadecuada porque, como dice Morales (2020), “al tercero le corresponde jugar un papel de apoyo a la pretensión del juez, convirtiéndose casi en su abogado, respaldando su sentencia” (p. 38), impidiéndole así formular sus propias pretensiones.

En definitiva, la afectación al derecho a la defensa de quien no es parte procesal en la acción extraordinaria de protección es evidente, por lo que resulta pernicioso tolerar la extralimitada facultad de la Corte Constitucional para revisar el fondo del caso subyacente.

4.2. Posición de la Corte Constitucional sobre las críticas al control de mérito

En la sección previa han sido expuestas las críticas más fervientes de la doctrina al control de mérito. Ahora, en cambio, corresponde examinar si la Corte Constitucional ofrece argumentos respecto a dichas diatribas, y si es que estas justifican la existencia del examen de mérito en nuestro sistema constitucional, adaptándose de ese modo al paradigma garantista.

4.2.1. Criterios explícitos de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha ofrecido una contestación clara y directa solo a una de las diatribas planteadas previamente. En ese sentido, a continuación se desarrollará la respuesta del Órgano constitucional a la crítica referente a la vulneración del derecho a la defensa de las partes procesales de la garantía subyacente.

4.2.1.1. Sobre la vulneración del derecho a la defensa

Cierto es que desde que la Corte Constitucional comenzó a revisar el fondo de la garantía subyacente en una AEP, por allá en el año 2010, se produjo un inconveniente: la transgresión del derecho a la defensa de los intervinientes en el caso original.

La conformación de 2019 de la Corte Constitucional, al instaurar la doctrina del control de mérito, resolvió esa incorrección y determinó lo siguiente:

63. En consecuencia, en los casos excepcionales [en los que procede el examen del caso subyacente], **la contraparte en el proceso originario recibirá el tratamiento de parte procesal dentro de la acción extraordinaria de protección para que ejerza su derecho a la defensa.** (CCE, 2019, Sentencia No. 176-14-EP/19. párr. 56).

En suma, el Organismo constitucional reconoció que efectuar un examen de méritos implica rever la situación jurídica que quien, naturalmente, no es parte procesal en la extraordinaria de protección. Por esta razón, se establece la obligación de notificar a estos sujetos los actos procesales y de convocarlos a la respectiva audiencia.

Refiriéndose al proceso penal, el maestro Luigi Ferrajoli (1995) expresó una frase profunda y llena de significado: “si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores” (p. 603). La segunda parte de dicha frase, considero, refleja también la situación del proceso constitucional ecuatoriano en cuanto a la acción extraordinaria de protección. Cuando la Magistratura decide revisar el fondo del caso subyacente sin brindar el trato de partes procesales a quienes merecían ser tratadas de ese modo, comete un grave error procesal que deviene en la vulneración del derecho a la defensa de estas personas.

Eso fue advertido por la Corte Constitucional, en 2019, y provocó justamente que se adopten las referidas previsiones tendientes a garantizar el derecho a la defensa de las partes del proceso original. En definitiva, el control de mérito, al menos en cuanto a este aspecto, se adecúa a las normas constitucionales y al paradigma garantista.

4.2.2. Criterios implícitos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como se manifestó, la Magistratura ha contestado solo una de las cuatro críticas planteadas en la sección anterior. No obstante, existen criterios implícitos en la jurisprudencia constitucional que responden a las críticas sobre el control de mérito. En ese sentido, a continuación se presentan esos criterios implícitos.

4.2.2.1. Sobre la validez o legitimación formal

La crítica respecto a la validez o legitimación formal del control de mérito es simple: no existe en el ordenamiento jurídico ninguna disposición expresa que faculte a la Corte Constitucional para decidir sobre el fondo de una garantía jurisdiccional a través de una acción extraordinaria de protección.

La referida validez formal del derecho, en general, está relacionada con la observancia de las normas jurídicas que rigen su producción. En palabras del profesor Luigi Ferrajoli (2014), “es derecho todo y solo aquello que es puesto o producido a través del ejercicio de poderes conferidos por la ley y en las formas, cualesquiera que fueren, establecidas por ella” (p. 30).

Dicho eso, aunque la Magistratura no ha exteriorizado un análisis detallado acerca de su “legitimación formal” para fundar el control de mérito, dicho razonamiento está implícito en sus decisiones, y radica principalmente en las funciones conferidas por la Constitución.

La Corte Constitucional es “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia” (CRE, 2008, Art. 429). En ese sentido, tiene entre sus atribuciones las siguientes:

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

[...] 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. (CRE, 2008, Art. 436 núm. 6)

Lo transcrito quiere decir que la Magistratura, por disposición de la norma suprema, tiene la potestad de emitir jurisprudencia respecto de las garantías constitucionales, entre las cuales, claro, se halla la acción extraordinaria de protección. Vale añadir, además, que uno de los presupuestos de admisión de la acción extraordinaria de protección es justamente que permita establecer precedentes constitucionales –Art. 62 núm. 8–.

Esta atribución –emitir jurisprudencia– ha sido, en general, profusamente practicada por la Corte Constitucional. En el caso particular de la extraordinaria de protección, los doctrinarios señalan que “es la garantía que mayor desarrollo jurisprudencial ha recibido [...], [aunque esta sea] a veces farragosa y, otras tantas más, contradictoria” (Oyarte, 2020, p. 27).

Pero, más allá de las objeciones que se puedan ofrecer en contra del contenido de los precedentes constitucionales –algunos ciertamente muy controvertibles–, la verdad es que nadie cuestiona la capacidad y legitimidad de la Corte Constitucional para dictar jurisprudencia vinculante, menos aún respecto de las garantías jurisdiccionales.

Por lo tanto, la conclusión plausible es que la revisión del caso subyacente tiene sustento formal en los Arts. 429 y 436 núm. 6 de la Constitución, lo que, en igual medida, es compatible con la visión del modelo garantista.

4.2.2.2. Sobre la desnaturalización de la acción extraordinaria de protección

Por supuesto, puede ocurrir que se presente una potencial desnaturalización de la acción extraordinaria de protección cuando la Corte Constitucional, aparentemente, se exceda en el ejercicio de sus facultades legales y constitucionales respecto de esta garantía.

Precisamente la crítica planteada en una de las secciones anteriores era esa: la naturaleza jurídica de esta garantía radica en su función de proteger o tutelar los derechos constitucionales que hayan sido violados por un juez durante el trámite de una causa o directamente por su decisión; por lo tanto, permitir que la Magistratura evalúe también el caso subyacente, implica extender ese objeto, desnaturalizando así la AEP; lo que provoca, además, que la Corte termine actuando como una instancia adicional en estos casos.

En una de las primeras secciones de esta investigación se advirtió respecto de la ambigüedad terminológica existente en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sobre la acción extraordinaria de protección.

Se concluyó, en ese mismo apartado, que la AEP es una acción y no un recurso, toda vez que esta inicia un nuevo procedimiento jurisdiccional ante la Corte Constitucional, mismo que tiene por objeto determinar la existencia de alguna vulneración de derechos constitucionales provocada por un juez, sin que lo dicho implique que la Magistratura puede volver a inspeccionar los hechos del caso originario.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado, en múltiples ocasiones, que:

25. Al respecto, cabe señalar que, según lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución y 58 de la LOGJCC, las acciones extraordinarias de protección

tienen por objeto determinar si una **actuación judicial** adoptada en el proceso de origen **vulneró directamente el debido proceso u otro derecho** de jerarquía constitucional, **sin que para ello la Corte pueda revisar el fondo de las decisiones adoptadas en el proceso de origen**, pues este Organismo **no constituye una tercera instancia** a los procesos de garantías constitucionales. (CCE, 2023, Sentencia No. 899-17-EP/23, párr. 25) (la negrita y el subrayado me pertenecen)

Queda claro, entonces, que la extraordinaria de protección, como acción, está constreñida únicamente a la determinación de una eventual vulneración de derechos cometida por un juez con su decisión o durante el trámite de la causa. Empero, la propia Magistratura, con paradoja aparente, sostiene también que, “[...] excepcionalmente, la Corte [sí] puede revisar el fondo de lo resuelto [en la garantía subyacente]” (CCE, 2023, Sentencia No. 899-17-EP/23, párr. 26).

Se produce, pues, una incongruencia al afirmar simultáneamente (i) que la extraordinaria de protección no es una instancia adicional y (ii) que, de manera excepcional, sí se puede revisar el fondo de la garantía originaria. Esto, sin duda, no abona a despejar las críticas respecto a una contingente desnaturalización de la AEP.

Dicho eso, para un sector de la doctrina, restringir el control de mérito a casos especiales y fijar sus requisitos, basta para asegurar que esta potestad no desnaturaliza la extraordinaria de protección. Pero, partiendo de una postura crítica, se puede señalar que esas restricciones no tienen como consecuencia que la Corte Constitucional deje de actuar como tribunal de alzada, sino que lo que produce es que ese tipo de actuaciones –como instancia adicional– ocurran en casos puntuales.

Entonces, resulta incontestable que el ejercicio del examen de méritos excede el alcance natural de la AEP y la transforma en una suerte de recurso, principalmente porque (i) la Corte decide nuevamente respecto de un conflicto ya fue resuelto en las fases previstas legalmente para el efecto y (ii) porque, en esos casos, las partes procesales de la AEP terminarían siendo las mismas concurren al proceso original.

En ese contexto, para que este instituto creado por la Corte Constitucional cobre un sentido armónico con la Constitución, la Magistratura debería aclarar el inconveniente conceptual antes planteado; para lo que se propone la siguiente argumentación.

Partamos por señalar que el primer requisito del examen de méritos es, justamente, que la Corte Constitucional declare que el juez accionado ha vulnerado algún derecho. Ahora bien, la Magistratura, con esa declaración, deja sin efecto la decisión y el proceso impugnados. Así las cosas, es plausible afirmar que la Corte Constitucional, en dichos casos, actúa como sustituto del juzgador que ha transgredido derechos constitucionales en el proceso judicial, y no como una instancia adicional, por lo que no se desnaturaliza la EP.

Por el contrario, si es que el examen de mérito pudiese ser efectuado sin esa declaración, estaríamos frente a una clara desnaturalización de la acción extraordinaria de protección, pues la Magistratura ahí sí estaría actuando como instancia adicional.

En definitiva, aunque la desnaturalización de la acción extraordinaria de protección es una crítica permanente al control de mérito, el Órgano constitucional no ha explicitado un argumento como el propuesto por el investigador para aplacar esa diatriba. En todo caso, resulta cuanto menos deseable que la Magistratura exprese cual es el motivo por el cual el análisis del caso subyacente no desnaturaliza la AEP, cuestión que puede ser explicada con el razonamiento presentado en esta sección.

Además de lo dicho, también vale reflexionar sobre la calidad de garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección, y lo que ello implica en nuestro sistema jurídico y en la teoría constitucional.

En efecto, la acción extraordinaria de protección, además de una acción constitucional, es también una garantía jurisdiccional. Esto, en principio, por propia disposición constitucional, pues la AEP se encuentra ubicada en el Capítulo Tercero del Título III, denominado como “garantías jurisdiccionales”. Pero, más allá de esa caracterización, el objeto de la EP encaja en la definición de garantías jurisdiccionales o secundarias propuesta por el profesor Luigi Ferrajoli, tal como se explicó en uno de los apartados anteriores.

El principal objetivo que tienen las garantías jurisdiccionales –cualesquiera que estas sean– es “reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos” (Ferrajoli, 2014, p. 26). Sobre esa base, aunque la acción extraordinaria de protección haya sido concebida para tutelar la violación de derechos provocada por una autoridad jurisdiccional, lo cierto es que la casuística nacional obliga a la Corte Constitucional a recurrir a la esencia de las garantías jurisdiccionales para tutelar los derechos que no fueron tutelados por los jueces que debieron hacerlo.

Ciertamente lo deseable es que la Corte Constitucional no estuviese en la posición de verse obligada a corregir los yerros de los jueces de instancia. Esa problemática debería ser atacada desde la raíz –por ejemplo, capacitando a los jueces en materia constitucional y en derechos humanos, etc.–, pero, hasta tanto, no se puede o debe sacrificar los derechos de los justiciables, quienes acuden al sistema constitucional para reparar las vulneraciones a sus derechos.

Para finalizar, si consideramos ambos argumentos planteados en esta sección, vemos que el control de mérito no desnaturaliza la acción extraordinaria de protección. Sin embargo, esos argumentos no han sido explicitados por la Corte Constitucional, cuestión que resulta al menos inconveniente para la legitimidad del ejercicio de las funciones de la Magistratura.

4.3.Examen del control de mérito desde la perspectiva del paradigma garantista.

4.3.1. Sobre la discrecionalidad en el ejercicio del control de mérito

En la sección previa correspondiente se trató la crítica respecto a la discrecionalidad de los requisitos para la procedencia del examen de méritos; primordialmente, en lo que se refiere al segundo requisito: la determinación, *prima facie*, de si los hechos del caso subyacente implican una vulneración de derechos no tutelada o una desnaturalización de las garantías.

La Corte Constitucional instituyó el control de mérito como solución a la disyuntiva producida por la existencia de una vulneración de derechos en la garantía subyacente a la extraordinaria de protección: por una parte, la Magistratura no estaba legalmente facultada para decidir, dentro de la EP, sobre la sustancia del proceso originario; y, por otra parte, tenía la obligación, como máxima instancia de justicia constitucional, de tutelar los derechos en los procesos que fueren puestos en su conocimiento.

El referido dilema surgió a causa del imperfecto desarrollo de las garantías en el ordenamiento infraconstitucional. Esto obligó a que la Corte Constitucional intervenga en la regulación de la acción extraordinaria de protección para resolver el conflicto.

Ahora bien, el ejercicio de la potestad jurisdiccional –a través de la cual se implementó el control de mérito–, según el paradigma garantista, está sujeto a dos condiciones de legitimidad: una formal y otra sustancial.

Según el profesor Ferrajoli, la primera de estas formas de legitimación –formal– “es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley” (p. 918). Mientras que la segunda –sustancial– “es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos” (p. 918).

Estas dos fuentes pueden entrar en conflicto en todos los sistemas jurídicos –y más en los que son tan imperfectos como el nuestro–. Esto, sin duda, provoca roces institucionales y pone en entredicho la propia legitimidad de la administración de justicia.

Precisamente eso es lo que ocurre en el caso del control de mérito. Por un lado, la legitimidad formal de la Corte Constitucional para revisar la garantía subyacente en la EP es débil, pues no existía una regulación normativa infraconstitucional que legitime esta facultad. Y, al mismo tiempo, el rol de la Corte Constitucional como máximo órgano de justicia constitucional, le exige adecuar sus actuaciones a la tutela de los derechos fundamentales.

El tan citado profesor Ferrajoli (1995) previó teórica y genéricamente estas disyuntivas entre la legitimidad formal y sustancial de los jueces, y señaló:

Quando la jurisdicción pueda al menos servirse de algún apoyo legal, aunque sea vago e impreciso, las dos fuentes de legitimación pueden entrar en conflicto entre sí, ya que, de un lado, la tutela sustancial de los derechos fundamentales sancionados por la Constitución exige del juez una discrecionalidad y hasta una inventiva judicial que haga posible de algún modo la justiciabilidad de los mismos incluso más allá de la letra y de las lagunas de la ley ordinaria, pero, de otro lado, la falta de articulaciones legales en la atribución de los derechos y la sujeción del juez a la ley hacen débil e incierta la legitimidad formal (además de la probabilidad) de tal inventiva. (p. 919)

En principio, frente al dilema planteado, Corte Constitucional resolvió soslayar radicalmente la ausente –o, al menos, débil– legitimación formal para resolver la causa subyacente. Así, prefirió tutelar los derechos recurriendo esa “inventiva judicial” y discrecionalidad señalada por Ferrajoli. Subsiguientemente, el Tribunal constitucional se

confeccionó una legitimidad formal más fuerte a partir de su facultad para regular las garantías jurisdiccionales a través de la jurisprudencia constitucional, y así creó la doctrina del control de mérito, con las limitaciones y requisitos que conocemos actualmente.

Considerando lo expuesto, se puede señalar que se redujo al mínimo el conflicto entre la legitimación formal y sustancial de la Corte Constitucional para ejercer el examen de mérito. Por una parte, se armonizó, en la medida de lo posible, la fuente formal de esta potestad con la sustancia del rol jurisdiccional. No obstante, siguen quedando resquicios de discrecionalidad en la aplicación concreta de esta facultad, tal como se presentó en una de las secciones anteriores.

De acuerdo con el maestro Luigi Ferrajoli (1995), la función jurisdiccional “no es solamente cognoscitiva sino también, en alguna medida, potestativa, a causa de la discrecionalidad que siempre interviene en la interpretación de la ley, en la valoración de las pruebas, [y] en la connotación del hecho [...]” (p. 547).

En definitiva, “la actividad jurisdiccional, en la medida en que es potestativa [...] carece de legitimación tanto formal como sustancial [...]” (Ferrajoli 1995, p. 547), y tampoco es susceptible de justificación o legitimación de tipo político. En otras palabras, la función jurisdiccional “resulta políticamente ilegítima y se configura como un residuo de absolutismo” (Ferrajoli 1995, p. 547). Esto implica que, al carecer de legitimación democrática –y legal–, dicha facultad jurisdiccional no es garantista.

Entonces, si la naturaleza misma de la actividad judicial entraña un inevitable espacio de discrecionalidad –antagónico al garantismo–, lo que corresponde es reducir esta arbitrariedad a su mínima expresión. Esto, para decirlo con Ferrajoli (1995), puede darse a través de algunos correctivos, entre los que están, por ejemplo:

[...] la referencia a los valores constitucionales, de los principios de libertad al de la tutela de los sujetos más débiles; el principio del *favor rei* y su corolario *in dubio pro reo*; la exposición de todas las actividades jurisdiccionales al control público a través de la máxima publicidad y el constante ejercicio, en sede científica y política, de la crítica a las desviaciones judiciales. (p. 547)

En el caso concreto del control de mérito, precisamente esta crítica a la discrecionalidad planteada previamente, debe ser tomada como un intento de reducir la arbitrariedad a su mínima expresión, con el objeto de que esa facultad sirva, según ha sido concebida, para tutelar los derechos que no han sido tutelados por los jueces constitucionales de instancia.

Para los magistrados de la Corte Constitucional –y para un sector de la doctrina–, la determinación de los requisitos de procedencia del examen de mérito es suficiente para reducir esa arbitrariedad al grado inferior. Sin embargo, no se reflexiona que, cuando dichos requerimientos son prácticamente comparables a la mera voluntad del juzgador, estos no restringen en lo absoluto el margen de discrecionalidad de la Magistratura.

Me refiero, en el párrafo anterior, al segundo requisito del examen de méritos: que, *prima facie*, los hechos de la causa subyacente puedan constituir una vulneración de derechos o una desnaturalización de las garantías. Vale preguntarse, pues, ¿cómo es una determinación *prima facie*? Indudablemente, esa determinación no es más que una valoración subjetiva del juzgador de los hechos del caso original. Esa subjetividad es, prácticamente, la definición y el ejemplo de la discrecionalidad judicial antagónica al modelo garantista.

Los jueces –en este caso de la Corte Constitucional– “no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino que, por el contrario, [estos] deben someterse a las leyes aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones” (Ferrajoli, 1995, p. 925).

En ese contexto, este segundo requisito se presta para solapar esa subjetividad de los jueces y, de algún modo, legitimar sus actuaciones arbitrarias. El control de mérito no es discrecionalidad, es el cumplimiento de requisitos estrictos, pueden señalar los jueces de la Magistratura; pero, uno de esos requisitos no es más que la voluntad del juzgador.

Así mismo, vale señalar, llegados a este punto, que el hecho de que el control de méritos sea una facultad que se ejerce de oficio implica que los argumentos propuestos por el accionante –para justificar la excepcionalidad de su caso y la necesidad de efectuar un análisis de fondo– pueden ser usados por la Sala de Admisión como una excusa para inadmitir la extraordinaria de protección, aludiendo que no se ha justificado la relevancia constitucional del caso –Art. 62 núm. 2 LOGJCC–.

Lo dicho es particularmente preocupante, sobre todo, porque las Salas de Admisión de la Corte Constitucional han demostrado su abierta actitud decisionista al momento de calificar la (in)admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, llegando incluso a exigir el cumplimiento de requisitos como el de “novedad” que no están determinados en la LOGJCC y mucho menos en la Constitución.

4.4. ¿Es el control de mérito una facultad garantista?

Ahora, sobre la base de lo expuesto, este investigador no niega que el ejercicio del control de mérito deba, por la naturaleza misma del ejercicio de la facultad jurisdiccional, ser un poco discrecional; no obstante, sí se critica que la Corte Constitucional no haya buscado reducirla al mínimo, por lo que se determina que, actualmente, el examen del caso subyacente no es una facultad que pueda ser calificada como garantista.

Así las cosas, para aplacar, en algo, la discrecionalidad en el ejercicio de esta facultad y hacerla compatible con el garantismo, este investigador propone reformar la doctrina del control de mérito, particularmente considerando lo siguiente:

- (i) Suprimir el segundo requisito del examen de méritos. La consecuencia de esto es que, en toda acción extraordinaria de protección que se declare la violación de un derecho por parte del juzgador, se deba revisar automáticamente si es que el caso subyacente cumple con alguno de los cuatro criterios: gravedad, novedad, relevancia nacional o inobservancia de precedente.

- (ii) Permitir que los accionantes, una vez que hayan cumplido su obligación de acreditar en la demanda los requisitos de procedencia de la AEP, puedan presentar argumentos para justificar la excepcionalidad de su caso: gravedad, novedad, relevancia nacional o inobservancia de precedente.

La formulación de este tipo de argumentos respecto a la gravedad, novedad, relevancia nacional o inobservancia de precedente, no puede incidir en la (in)admisión de la EP.

Para rechazar este tipo de argumentos se requiere una respuesta motivada del juzgador.

Si los argumentos sobre el caso subyacente no están enfocados en justificar la gravedad, novedad, relevancia nacional o inobservancia de precedente, la Corte Constitucional no está obligada a pronunciarse sobre estos.

Con esas previsiones se aclaran, de algún modo, las reglas del juego. Ya no depende exclusivamente de la voluntad de los jueces de la Corte Constitucional revisar el fondo de la garantía subyacente, sino que estos también están constreñidos por los argumentos presentados por los accionantes. Aunque, ciertamente, que los accionantes no esgriman dichos argumentos no obsta que los magistrados de la Corte Constitucional observen y dictaminen que el caso cumple con estos presupuestos.

En ese orden de cosas, este investigador considera que se ha podido reducir la discrecionalidad de la Corte Constitucional al ejercer el control de mérito, por lo que, en la medida en que se adopten estas sugerencias, dicha facultas puede ser calificada como garantista.

Finalmente, merece la pena llamar la atención a un pronunciamiento del presidente de la Corte Constitucional, Alí Lozada, quien parece ser el juez que tiene más claro lo pernicioso que puede llegar a ser la arbitrariedad judicial que puede producirse al ejercer el control de mérito:

[...] se debe considerar que los principios constitucionales no son solo los sustantivos o materiales sino también los formales: la dimensión institucional del derecho implica la articulación de procedimientos para otorgar un mínimo de certeza a las personas para organizar en torno a ellas sus acciones y proyectos, es decir, ejercer su autonomía. (CCE, 2020, voto concurrente a la Sentencia No. 1221-13-EP/20, párr. 13)

Aunque la protección y tutela de los derechos es la sustancia del oficio del juez, y a veces el ejercicio de la jurisdicción implica cierta discrecionalidad, “si [es que] no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva [...] es imposible y no cabe otra solución que la denegación de justicia” (Ferrajoli, 1995, p. 919).

Este apoyo legal o formal que requiere la Magistratura para legitimar el control de mérito radica primero, a juicio del investigador, en la determinación de los requisitos de procedencia y, segundo, en que estos no mantengan latente la discrecionalidad.

En términos concretos, los vigentes requisitos (i) (iii) y (iv) del control de mérito no reflejan, al menos a simple vista, una arbitrariedad que deba ser corregida, por lo que esta facultad debe sujetarse a esos requisitos. Considerando, además, lo señalado respecto a la posibilidad de permitir argumentos sobre la excepcionalidad del caso y la consecuente responsabilidad argumentativa de la Corte para desecharlos eventualmente.

4.5. Discusión

En principio, se han propuesto las críticas que la doctrina ofrece en contra del control de mérito: (i) la ausencia de legitimación formal; (ii) la desnaturalización de la acción extraordinaria de protección; (iii) la discrecionalidad en el ejercicio de la facultad; y, (iv) la vulneración del derecho a la defensa de los intervinientes en la causa original.

Cada una de estas objeciones han sido sistematizadas de acuerdo a la posición que han tomado varios sectores de la doctrina constitucional. Sin embargo, se ha llegado a determinar que unas tienen mayor fundamento que otras. Verbigracia, la crítica sobre la vulneración del derecho a la defensa, ya no resulta suficientemente fundada actualmente, esto porque la jurisprudencia constitucional ha decidido tomar cartas en el asunto: se debe contar con la participación de las partes del proceso original en la EP.

Después, se ha determinado cómo la Corte Constitucional ha abordado estas críticas, partiendo del análisis de la jurisprudencia constitucional. De ahí se ha deducido que, en unos casos, la Magistratura ofrece argumentos explícitos sobre las críticas a la revisión del caso subyacente –por ejemplo, el caso de la transgresión del derecho a la defensa– y, en otros, los argumentos en contra de estas objeciones están implícitos –por ejemplo, en el caso de la ausencia de legitimación formal–.

Posteriormente, se ha analizado el control de mérito, sus requisitos, y las críticas desde la postura del modelo garantista. Sobre todo, se ha profundizado en la crítica sobre la discrecionalidad de la Corte Constitucional para ejercer esta facultad. Por una parte, las críticas de la doctrina se enfocan en que los requisitos del examen de fondo no son objetivos y da lo mismo que no existieran; mientras que otro sector de la doctrina asegura que estos se adecúan al carácter excepcional del control de mérito y de la misma acción extraordinaria de protección.

Así, al final se plantea la pregunta: ¿el control de mérito es una facultad garantista? La respuesta no es sencilla. Ciertamente existe la necesidad de implementar un mecanismo que coadyuve a la tutela de los derechos no tutelados por los jueces constitucionales de instancia; no obstante, también es necesario cuidar que la forma en que esa potestad se ejerza respete los límites que la Constitución ha determinado para la Corte Constitucional.

De ahí que los cuestionamientos al control de mérito son también necesarios. Así mismo, resulta ineludible la obligación de la Corte Constitucional de adecuar sus decisiones a los límites y vínculos que le impone la Constitución.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

1. La primera determinación respecto del control de mérito, en función de las críticas planteadas por la doctrina y del modelo propugnado por el garantismo, es que esta facultad no puede ser considerada como garantista, toda vez que los requisitos vigentes instituidos por la Corte Constitucional propician el ejercicio arbitrario de esta potestad.
2. Las críticas que la doctrina propone en contra del control de mérito tienen mayor o menor sustento en función de su objeto. Las críticas sobre la violación del derecho a la defensa, la inexistencia de legitimación formal, y la desnaturalización de la garantía, han sido contenidas por la doctrina. No obstante, la crítica sobre la discrecionalidad de la Magistratura en el ejercicio de esta potestad, es mucho más grave y profunda de lo que la doctrina ha reflexionado, y no ha sido discutida lo suficiente.
3. La Corte Constitucional ha progresado en el desarrollo de su jurisprudencia respecto del control de mérito. Así, los principales avances que se han producido es la determinación de que se trata de una facultad excepcional que procede cuando se cumplen ciertos requisitos. Esto incluye, sobre todo, la exigencia de garantizar el derecho a la defensa de las partes de la garantía subyacente, debiendo estas ser notificadas con las providencias y participar en la respectiva audiencia.
4. Partiendo de la teoría desarrollada por el garantismo, el control de mérito eventualmente podría ser considerado como una facultad garantista siempre y cuando la discrecionalidad de la Corte Constitucional para ejercer esta potestad sea reducida a su mínima expresión.

5.2. Recomendaciones

1. Partiendo de que el control de mérito, en la actualidad, no puede ser considerado como garantista, se sugiere revisar y reformar los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para el ejercicio de dicha facultad. Resulta trascendental que se pueda definir con la mayor precisión posible los límites del control de mérito, toda vez que eso evitaría que esta potestad sea ejercida de forma arbitraria o, en otras palabras, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica.
2. Resulta crucial que los estudiosos y profesionales del derecho profundicen sobre la discrecionalidad en el control de mérito. Por ello, se recomienda fomentar un debate académico riguroso en el que se reflexione tanto sobre los alcances y límites de dicha discrecionalidad, así como de las consecuencias que esta puede tener en la práctica jurídica. Vale resaltar que para esto es fundamental involucrar a todos los sectores de la profesión jurídica, desde los estudiantes de Derecho hasta los magistrados de las altas cortes.
3. El desarrollo jurisprudencial del control de mérito se convierte en la herramienta más adecuada y eficaz para que institutos jurídicos como el control de mérito sean perfeccionados. Por esta razón, se sugiere y promueve el desarrollo de bases sólidas para dicha facultad, partiendo desde una reflexión más profunda acerca de las críticas soslayadas; hasta llegar al punto neurálgico: la subjetividad de los requisitos vigentes.
4. Con el objeto de que el control de mérito pueda ser considerado como una facultad garantista, se recomienda explorar estrategias que reduzcan la discrecionalidad al mínimo. Esto podría implicar la eliminación del segundo requisito vigente del control de mérito; y, que se permita a los accionantes proponer argumentos respecto de la excepcionalidad de su caso, con las correspondientes consecuencias que ello trae. Resulta importante recordar y entender que el objeto que se debe perseguir es el equilibrio entre la discrecionalidad judicial y la protección de los derechos individuales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, P. (2019). *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. Universidad Andina Simón Bolívar & Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Álvarez García, I. (2023) *El control de constitucionalidad en Ecuador y su incidencia en las actuaciones judiciales* [Tesis de Grado, Universidad Nacional de Chimborazo]. <http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/10604>
- Ávila, R. (2007). *Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: Propuesta de reformas para la constituyente*. Foro: Revista de Derecho 7. (p. 135-158).
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Editorial Abya-Yala & Universidad Andina Simón Bolívar.
- Buelvas, V. y Rodríguez, U. (2021). *Manual del tesista*. UVR Correctores de textos.
- Cajas, A. (2015). *El garantismo en el constitucionalismo ecuatoriano*. [Tesis Doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. <http://hdl.handle.net/10644/4523>
- Celi, I. (2017). *Neoconstitucionalismo en Ecuador ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?* Universidad Andina Simón Bolívar - Corporación Editora Nacional.
- Cisneros, J. (2020). *Control de mérito en la Acción Extraordinaria de Protección*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020. (p. 211-225).
- Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. 22 de mayo de 2015 (Ecuador). Última modificación: 23 de febrero de 2021.
- Constitución de la República del Ecuador [Const]. 20 de octubre de 2008 (Ecuador).
- Constitución Política de la República del Ecuador [Const]. 20 de octubre de 1998 (Ecuador).
- Correa, J. (2022). *El bloque de constitucionalidad y su aplicación en el constitucionalismo ecuatoriano*. [Tesis Doctoral, Universitat de València]. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/86220/Tesis%20Doctoral%20Jose%20cc%81%20Correa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Corte Constitucional del Ecuador. (02 de octubre de 2019). Sentencia No. 1162-12-EP/19, Caso No. 1162-12-EP. Juez ponente: Daniela Salazar Marín.
- Corte Constitucional del Ecuador. (02 de septiembre de 2020). Sentencia No. 1651-12-EP/20, Caso No. 1651-12-EP. Juez Ponente: Teresa Nuques Martínez.
- Corte Constitucional del Ecuador. (03 de febrero de 2016). Sentencia No. 037-16-SEP-CC, Caso No. 0977-14-EP. Juez Ponente: Patricio Pazmiño Freire.
- Corte Constitucional del Ecuador. (04 de diciembre de 2019). Sentencia No. 860-12-EP/19, Caso No. 860-12-EP. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.

Corte Constitucional del Ecuador. (04 de diciembre de 2019). Sentencia No. 860-12-EP/19, Caso No. 860-12-EP. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.

Corte Constitucional del Ecuador. (05 de noviembre de 2019). Sentencia No. 1944-12-EP/19, Caso No. 1944-12-EP. Juez Ponente: Teresa Nuques Martínez.

Corte Constitucional del Ecuador. (06 de agosto de 2009). Voto Salvado a la Sentencia No. 019-09-SEP-CC, Caso No. 0014-09-EP. Jueces Sustanciadores: Manuel Viteri Olvera y Edgar Zárate Zárate.

Corte Constitucional del Ecuador. (07 de octubre de 2020). Sentencia No. 740-12-EP/20, Caso No. 740-12-EP. Juez Ponente: Alí Lozada Prado.

Corte Constitucional del Ecuador. (07 de octubre de 2020). Voto Salvado a la Sentencia No. 367-19-EP/20, Caso No. 367-19-EP. Jueces ponentes: Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet.

Corte Constitucional del Ecuador. (08 de marzo de 2023). Sentencia No. 899-17-EP/23, Caso No. 899-17-EP. Juez ponente: Teresa Nuques Martínez.

Corte Constitucional del Ecuador. (09 de junio de 2021). Sentencia No. 838-16-EP/21, Caso No. 838-16-EP. Juez Ponente: Alí Lozada Prado.

Corte Constitucional del Ecuador. (10 de febrero de 2021). Voto Salvado a la Sentencia No. 839-14-EP/21, Caso No. 839-14-EP. Juez ponente: Alí Lozada Prado.

Corte Constitucional del Ecuador. (13 de enero de 2010). Sentencia No. 003-10-SEP-CC, Caso No. 0290-09-EP. Juez Ponente: Ruth Seni Pinoargote.

Corte Constitucional del Ecuador. (13 de febrero de 2020). Sentencia No. 1967-14-EP/20, Caso No. 1967-14-EP. Juez Ponente: Alí Lozada Prado.

Corte Constitucional del Ecuador. (13 de julio de 2020). Voto Salvado a la Sentencia No. 1221-13-EP/20, Caso No. 1221-13-EP. Juez ponente: Alí Lozada Prado.

Corte Constitucional del Ecuador. (15 de enero de 2020). Sentencia No. 1742-13-EP/20, Caso No. 1742-13-EP. Juez Ponente: Teresa Nuques Martínez.

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de octubre de 2019). Sentencia No. 1534-14-EP/19, Caso No. 1534-14-EP. Juez Ponente: Alí Lozada Prado.

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de octubre de 2019). Sentencia No. 176-14-EP/19, Caso No. 176-14-EP. Juez ponente: Enrique Herrería Bonet.

Corte Constitucional del Ecuador. (20 de agosto de 2019). Sentencia No. 154-12-EP/19, Caso No. 154-12-EP. Juez Ponente: Daniela Salazar Marín.

Corte Constitucional del Ecuador. (20 de julio de 2022). Sentencia No. 1101-20-EP/22, Caso No. 1101-20-EP. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet.

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de abril de 2015). Sentencia No. 119-15-SEP-CC, Caso No. 0537-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. (25 de noviembre de 2020). Sentencia No. 2072-15-EP/20, Caso No. 2072-15-EP. Juez Ponente: Karla Andrade Quevedo.

Corte Constitucional del Ecuador. (26 de noviembre de 2019). Sentencia No. 1448-13-EP/19, Caso No. 1448-13-EP. Juez Ponente: Daniela Salazar Marín.

- Corte Constitucional del Ecuador. (29 de abril de 2015). Sentencia No. 138-15-SEP-CC, Caso No. 0414-12-EP.
- Corte Constitucional del Ecuador. (29 de septiembre de 2021). Sentencia No. 2137-21-EP /21, Caso No. 2137-21-EP. Juez ponente: Karla Andrade Quevedo.
- Corte Constitucional del Ecuador. (30 de julio de 2014). Sentencia No. 113-14-SEP-CC, Caso No. 0731-10-EP.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (3ª ed.). Roque Depalma Editor.
- Dávila, L. (2022). *El control de mérito como mecanismo para garantizar la tutela de los derechos* [Tesis de Maestría, Universidad de las Américas]. <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/14554>
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. (2ª ed.). Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris: Teoría de la democracia*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (4ª ed.). Editorial Trotta.
- Gallegos, D. [LATIN IURIS]. (14 de septiembre de 2022). *Dr. Daniel Gallegos - Control de mérito en la Acción Extraordinaria de Protección* [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=-qJtVuLksGw>
- Grijalva, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador*. (1ª ed.). Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Guapizaca, E. y Rivas, A. (2021). *La incorporación jurisprudencial de la sentencia de mérito ¿desnaturaliza o refuerza el objeto de la acción extraordinaria de protección?* *Derecho Constitucional: teoría y práctica – Universidad de Otavalo*. (pp. 77-113).
- Ibáñez, P. (2008). *Valores de la democracia constitucional*. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 31. (p. 207-212).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. 22 de octubre de 2009 (Ecuador). Última modificación: 03 de febrero de 2020.
- Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional [RSPCC]. 22 de junio de 2021 (Ecuador).
- Salazar, P., Aguiló, J., Presno, M. (2009). *Garantismo espurio*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- Storini, C., Masapanta, C. & Guerra, M. (2022). *Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje*. Foro: Revista de Derecho 38. (p. 7-27).
- Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Zela Grupo Editorial – Editorial CEJI.
- Torres, J. (2017). *La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo*. Revista de Derecho 47, (p. 138-166).