

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La Ineficacia de la Acción Extraordinaria de Protección en el
Proceso Laboral**

Carlos Felipe Donoso Maldonado

Ab. José Irigoyen Arboleda. Director de Tesis

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Abogado

Quito, mayo 2015

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**La Ineficacia de la Acción Extraordinaria de Protección en el
Proceso Laboral**

Carlos Felipe Donoso Maldonado

Dr. Fabian Jaramillo
Presidente del Tribunal e Informante

Ab. José Irigoyen Arboleda
Director de Tesis

Dr. Jorge Vasquez
Informante

Luis Parraguez Ruiz, Dr.
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR/TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TÍTULO: *“La ineficacia de la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral”*

ALUMNO: Carlos Felipe Donoso Maldonado

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Dada la relevancia de las acciones de garantías jurisdiccionales, y en particular, la importancia de la acción extraordinaria de protección como un mecanismo que asegure la aplicación de los derechos constitucionales, resulta de singular importancia analizar unos de los principales problemas que ha provocado que tan relevante acción en muchos casos devenga en ineficaz. Esto, porque en la práctica en muchos casos está quedando carente de valor uno de los remedios constitucionales más importantes, lo que supone un tema trascendental dentro ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Todo lo cual, a su vez, se reviste de mayor importancia si se aplica este caso al régimen laboral como se hace en este trabajo, toda vez que parte fundamental de la justicia social es garantizar el cumplimiento de derechos laborales constitucionales, lo que no se logra si las principales acciones conferidas para tal fin no son eficientes para garantizar los derechos laborales contenidos en la Constitución.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el estudiante describe claramente el problema de ineficacia que se produce especialmente en el ámbito laboral con respecto a la acción extraordinaria de protección; pero más que eso, determina una clara solución basada en un acertado e interesante análisis de la doctrina y del Derecho Comparado, de manera tal, que corrige el problema de ineficacia presentado, por lo que evidentemente tendrá que concluirse que la hipótesis que se propone es valiosa.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

En líneas generales, los instrumentos utilizados para el desarrollo del trabajo son adecuadamente señalados, y tienen clara relación con la discusión que

se topa, por lo que los recursos empleados son los debidos para el desarrollo de una investigación como la que se ha pretendido.

De todas formas, bien podría intentarse una ampliación de fuentes, para un mayor desarrollo de la investigación; lo que de todas formas, no resulta una empresa sencilla en la medida que el tema que se trata es novedoso de manera tal que no existe doctrina que expresamente se refiera al tema.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). 48 puntos

Los argumentos que contiene la tesina, son directos, claros y precisos. Describen de una manera sucinta y a la vez diáfana el problema planteado, y crean una solución precisa, que analiza prolija y esquemáticamente las instituciones jurídicas que son relevantes para construir una resolución del problema planteado de una manera coherente y jurídicamente lógica.

FIRMA DIRECTOR:



Abg. José Ingoyen Msc.
18/03/2015

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: CARLOS FELIPE DONOSO MALDONADO

C. C. 1722488812

Lugar y fecha: Quito, mayo de 2015

A mis padres y hermanos quienes me han apoyado en el transcurso de mi carrera con todo su apoyo, cariño y paciencia.

Resumen:

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional incorporada en la Constitución del año 2008, la cual tiene como objeto proteger los derechos constitucionales vulnerados por cualquier órgano jurisdiccional en un auto o sentencia definitivo; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la norma que regula los procedimientos de todas las acciones constitucionales, dentro de esta norma el artículo 27 establece la prohibición de interponer conjunta o individualmente medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección, afectando esta prohibición a la eficacia de la acción extraordinaria de protección y creando un grave problema jurídico luego de la resolución de esta acción constitucional. En la presente tesina, se corroborará la ineficacia de esta acción interpuesta frente a una decisión que vulnera los derechos constitucionales dentro de un proceso laboral, luego de realizado el análisis conceptual de la falta de eficacia de la acción extraordinaria de protección y con el ejemplo empírico quedará demostrado la ineficacia de la misma frente a la violación de derechos constitucionales en un proceso laboral y se ofrecerá una solución a este problema jurídico, todo esto en aras de que dicha acción constitucional cumpla con todos los efectos jurídicos que la Constitución otorga y así beneficiar a todos los ciudadanos que hayan recibido una vulneración a sus derechos constitucionales por cualquier órgano jurisdiccional.

Abstract:

The extraordinary action of protection is a jurisdictional guarantee integrated in the Constitution of 2008, which aims to protect the constitutional rights from any court's sentence violation; The Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control is the rule governing the procedures of all constitutional actions, within this rule, Article 27 prohibits the filing jointly or individually of precautionary measures in the extraordinary action of protection, affecting the effectiveness of the extraordinary action of protection and creating a serious legal problem after the constitutional action's resolution. In the current dissertation, the ineffectiveness of the aforementioned action will be corroborated. This action is filed against a judge's decision which violates constitutional rights within a labor process; after the conceptual analysis of the ineffectiveness of the extraordinary action of protection and with the empirical example, it will be demonstrated the action's ineffectiveness against the infringement of constitutional rights in a labor lawsuit. Finally, a solution to this legal problem will be offered, all in the interest that the mentioned constitutional action obeys the Constitution's purposes for the benefit of all citizens, whom constitutional rights have been violated by any court.

Índice del Contenido:

Resumen:	6
Abstract:	7
Índice del Contenido:	8
Introducción:	13
1. CAPÍTULO 1: PROCESO LABORAL ECUATORIANO	16
1.1. Nociones Generales sobre Derecho Laboral	16
1.2. Proceso del Juicio Laboral en el Ecuador	19
1.3. El Proceso Laboral Verbal Sumario	20
1.3.1. Antecedentes del Proceso laboral Verbal Sumario	20
1.3.2. Naturaleza del Proceso Verbal Sumario	22
1.3.3. Normativa	22
1.4. Reforma Código de Trabajo e Incorporación del Proceso laboral Oral	24
1.4.1. Antecedentes del proceso laboral oral	24
1.4.2. Concepto	25
1.4.3. Marco jurídico para la creación del proceso oral	26
1.5. Desarrollo del Proceso Laboral Oral	27
1.5.1. Etapa de Instrucción	28
1.5.2. Audiencia Preliminar de Conciliación	29
1.5.3. Audiencia Definitiva	30
1.5.4. Sentencia	31
1.5.5. Los Recursos de Apelación y Casación	31
1.5.6. Ejecución de la sentencia en el proceso Laboral	32
1.6. Decisiones dentro del proceso Laboral recurribles mediante la Acción Extraordinaria de Protección.	33
1.6.1. Sentencias y Autos definitivos	34
2. Capítulo 2: Acción Extraordinaria de Protección	34
2.1. Consideraciones preliminares	34

2.2. Neo constitucionalismo	36
2.2.1. Antecedentes, neo constitucionalismo Europeo	36
2.2.2. Neo constitucionalismo Latinoamericano	38
2.2.3. Neo constitucionalismo en Ecuador	39
2.3. Teoría del Garantismo y las llamadas Garantías Jurisdiccionales	41
2.4. Concepto de acción extraordinaria de protección	43
2.5. Antecedentes de la acción extraordinaria de protección en legislaciones comparadas.....	43
2.5.1. Recurso de Amparo en España	43
2.5.2. Acción de Tutela en Colombia	47
2.5.3. Acción Amparo en Bolivia	53
2.6. Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección	56
2.7. Características de la acción extraordinaria de protección	60
2.8. Incorporación de esta una nueva garantía jurisdiccional en la legislación ecuatoriana su objeto y los requerimientos	61
2.9. Desarrollo del Proceso de interposición de la acción extraordinaria de protección dentro de la Corte Constitucional	63
2.9.1. Legitimación Activa y Pasiva	63
2.9.2. Requisitos de la demanda	64
2.9.3. Procedimiento en la Admisión de la acción extraordinaria de protección	66
2.9.4. Sentencia	68
2.10. Problemas de eficacia de la acción extraordinaria de protección	69
2.11. Medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección	72
2.12. La Constitución versus la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales	74
3. Capítulo 3 Medidas Cautelares.....	74
3.1. Concepto.....	74
3.2. Antecedentes	76

3.3. Naturaleza Jurídica de las medidas cautelares y presupuesto de adopción	77
3.4. Características	79
<i>Gravedad:</i>	79
<i>Urgencia:</i>	80
<i>Instrumentales:</i>	80
<i>Daño Inminente:</i>	80
<i>Independencia:</i>	81
<i>Provisorio o limitado</i>	81
<i>Homogeneidad y Mutabilidad:</i>	82
<i>Inaudita pars:</i>	82
3.5. Objeto general de las medidas cautelares	82
3.6. Tipos de medidas cautelares	83
3.7. Las medidas cautelares en el proceso laboral	85
3.8. Medidas Cautelares Constitucionales	87
3.8.1. Antecedentes de las Medidas Cautelares Constitucionales	87
3.8.2. Las medidas cautelares constitucionales en la Constitución del 2008	88
3.8.3. Objeto de las medidas cautelares constitucionales.....	90
3.8.4. Características.....	91
<i>Constitucional:</i>	91
<i>Adecuadas y proporcionales:</i>	91
<i>Exclusivas:</i>	92
<i>Objetivas:</i>	93
3.8.5. Adopción de medidas cautelares constitucionales.....	93
3.9. Problema jurídico de la eficacia en la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral	95
3.9.1. Constitución vs Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	96
3.9.2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vs Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	99
3.9.3. Constitución vs Constitución.....	99

4. Capítulo 4: Análisis Empírico del Problema Jurídico con relación al “Caso N° 0085-09-EP de la Corte Constitucional” y solución	101
4.1. Análisis del Juicio de Trabajo de Procedimiento Oral N.°17355-2006-0631	101
4.1.1. Consideraciones de la Jueza Quinto de Trabajo dentro de la Sentencia	103
4.1.2. Sentencia del proceso N.°17355-2006-0631:	105
4.2. Recurso de Apelación ante la Corte Superior de Justicia de Quito.- Primera Sala de la Laboral, Niñez y Adolescencia signada con el Proceso N.° 392-07-BA.....	105
4.2.1. Considerandos de la Corte Superior de Justicia de Quito.- Primera Sala de la Laboral, Niñez y Adolescencia	106
4.2.2. Sentencia la Corte Superior de Justicia de Quito.- Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia en el proceso N.° 392-07-BA.....	106
4.3. Interposición del Recurso de Casación ante LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- Primera Sala de lo Laboral y Social.....	107
4.3.1. CONSIDERANDOS: Examen de Admisibilidad Justicia la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia	108
4.3.2. Resolución de la sala de admisiones de la Corte Nacional de Justicia	109
4.4. Ejecución de la sentencia	109
4.5. Análisis del Caso de la Corte Constitucional N° 0085-09-EP.....	110
4.5.1. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional	111
4.5.2. Identificación de los problemas jurídicos	112
4.5.3. Sentencia pronunciada por la Corte Constitucional signada con el N° 042-12-SEP-CC	115
4.5.4. Voto salvado de la jueza constitucional Dra. Nina Pacari Vega	116
4.6. Planteamiento y resolución del principal problema jurídico de la eficacia en la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral.....	118
4.6.1. Problema Jurídico	118
4.6.2. Solución Jurídica	120
4.7. Otros problemas jurídicos que pueden afectar a la eficacia de la acción extraordinaria de protección.....	123
4.7.1. Primer problema jurídico secundario	123
4.7.2. Segundo problema jurídico secundario	125

5. Conclusiones y Recomendaciones.....	129
6. Bibliografía.....	133
7. Bibliografía electrónica.....	136
8. Plexo Normativo	136
9. Jurisprudencia	137

Introducción:

El Juicio Laboral en el Ecuador desde que se promulgo el primer Código de Trabajo en el año de 1938 se tramitaba por vía verbal sumaria, tras la reforma del 5 de agosto del 2003 mediante la Ley N°. 2003-13, se estableció al juicio oral como la nueva forma de sustanciar los procesos laborales. Con esta incorporación se buscaba disminuir la duración de los procesos laborales y también agilizar la justicia para las partes.

El 20 de octubre del año 2008 en el Ecuador entra en vigencia una nueva Constitución que declara al Ecuador como un Estado “Constitucional de Derechos y Justicia”, este nuevo modelo de Estado constitucionalista se caracteriza por otorgar varias garantías a los ciudadanos, con el fin de evitar que los derechos de estos no sean vulnerados y en caso de serlo puedan contar con los métodos idóneos para defenderlos.

Las garantías constitucionales incorporadas en la Constitución del año 2008 buscan ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela judicial efectiva de los derechos, por esta razón en la nueva Constitución existen varias garantías jurisdiccionales muchas de estas novedosas dentro del constitucionalismo ecuatoriano. Una de ellas y en la cual nos vamos a centrar en este trabajo es la llamada acción extraordinaria de protección que se incorpora en el Art 94 la cual 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.

La acción extraordinaria de protección es una acción que busca proteger los derechos constitucionales de las personas que acuden ante una instancia judicial y en la resolución existe una violación de un derecho constitucional por parte de cualquier autoridad jurisdiccional. Esta acción es subsidiaria y básicamente verifica que las actuaciones de los jueces ordinarios, pronunciadas dentro de las resoluciones no vulneren ningún derecho constitucional.

La demanda de la acción extraordinaria de protección de acuerdo al artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional únicamente será admitida cuando exista: un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata de la violación con la acción u omisión de la autoridad judicial; así como también si se justifica la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión.

En la misma Ley en el artículo 27 inconstitucionalmente se establece que las medidas cautelares no procederán cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección. Las medidas cautelares son remedios procesales que buscan conservar el

estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta y controvertida, evitando el peligro de que sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, mientras dure una acción principal.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al no permitir en su Art 27 la interposición de medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección atenta contra la supremacía de la Constitución pues en esta se establece en el artículo 87 que se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de cualquiera de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o la amenaza de violación de un derecho.

Al no poder evitar o hacer cesar la vulneración de los derechos constitucionales por las decisiones jurisdiccionales se produce una falta de eficacia de la acción extraordinaria de protección, debido a que evidentemente no cumple con su objeto garantista y la vulneración de derechos seguirá durante todo el tiempo que dure el proceso dentro de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, es importante mencionar que la finalidad de las medidas cautelares como prescribe la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 26 es evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución, uno de los objetivos principales de las medidas cautelares por lo tanto será la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación y la suspensión provisional del acto. Al no poder interponer medidas cautelares conjuntamente con la acción extraordinaria de protección sobre una decisión definitiva en un proceso laboral se podría vulnerar los derechos constitucionales del trabajador o del empleador siendo ineficaz la acción extraordinaria de protección como demuestro con el ejemplo empírico que incluyo en esta tesina.

En el Juicio laboral que cito en el cual la trabajadora demanda al empleador por despido intempestivo, conoceremos que en sentencia de primera instancia se ordena el pago a la actora de la indemnización por despido intempestivo, decisión que es ratificada por la Corte Provincial quien igualmente ordena el pago a la parte actora por despido intempestivo y la Corte Nacional de Justicia rechaza la casación por lo tanto la sentencia de Corte Provincial queda ejecutoria esperando que sea ejecutada.

La parte demandada sintiéndose perjudicada presenta una demanda de Acción Extraordinaria de Protección en la cual por sus características que vimos anteriormente no se puede interponer conjuntamente medidas cautelares por lo que la sentencia de la

Corte Provincial sigue en proceso de ejecución y la parte actora del proceso laboral cobra la indemnización laboral.

Tres años después la Corte Constitucional resuelve la acción extraordinaria de protección aceptando la demanda y dejando sin efecto las sentencias emitida por el juzgado de trabajo; la Corte Provincial de Pichincha; así como también el auto de la Corte Nacional de Justicia donde se rechaza el recurso de Casación. La Corte Constitucional en sentencia declara que existió vulneración de los derechos constitucionales por parte de los órganos jurisdiccionales en contra de la parte demandada.

Como podemos analizar en la sentencia de la Corte Constitucional se declaro que existió vulneración de derechos constitucionales en las decisiones judiciales de primera y segunda instancia así como también en casación, por lo que se dejó sin efecto las sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia, la Corte Provincia y el Juzgado Quinto de Trabajo. Existe claramente una falta de eficacia de la acción extraordinaria de protección y por lo mismo los derechos constitucionales se siguieron vulnerando por un mayor tiempo cuando lo correcto sería que se suspendiera la ejecución de la sentencia inmediatamente interpuesta la acción extraordinaria de protección y se aceptaren todas las medidas cautelares pertinentes, actualmente y en este caso en concreto se perjudica no solo al empleador sino también al trabajador quien tendrá que devolver el dinero luego de otro proceso por vía contencioso administrativo.

Al demostrar con análisis y ejemplos que el problema jurídico de eficacia de la acción extraordinaria de protección es real y que esta acción no está cumpliendo con su objetivo el cual es preservar los derechos constitucionales de los ciudadanos propondré una solución jurídica para que este problema no se repita. Así planteo que se debería presentar una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por no guardar orden con la norma suprema del Estado que es la Constitución, lo que se reviste de mayor sentido si se considera que la norma legal atacada esta vaciando de contenido y efectividad a una de las garantías jurisdiccionales fundamentales del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1. CAPÍTULO 1: PROCESO LABORAL ECUATORIANO

En el presente capítulo, se realizará una aproximación al desarrollo del Derecho Laboral en el Ecuador y en particular el desarrollo del proceso laboral ecuatoriano desde la promulgación del Código de Trabajo que se encuentra vigente desde el año de 1938, hasta la actualidad. Del mismo modo, se hará énfasis en el estudio de las últimas reformas relevantes.

Una vez realizado este análisis, nos adentrarnos en el tema principal de esta investigación, el cual se refiere a la acción extraordinaria de protección en las decisiones laborales, y su desarrollo en el proceso constitucional llevado a cabo por la Corte Constitucional.

1.1. Nociones Generales sobre Derecho Laboral

El Derecho del Trabajo o Derecho Laboral es una rama del derecho que para muchos catedráticos especialistas en la materia ha provocado una infinidad de controversias. Varios autores sostienen que el desarrollo del Derecho Laboral tiene una estrecha vinculación con el Derecho Social, así, para el profesor ecuatoriano Carlos Vela Monsalve:

El Derecho Social es el conjunto de principios, normas e instituciones, encaminadas a remediar los males que afectan o pueden afectar a la sociedad con respecto al trabajo y a la injusta distribución de las riquezas, con objeto de establecer un orden mejor; o, más brevemente, el conjunto de principios normas e instituciones, encaminadas a remediar la mala organización del trabajo y la injusta distribución de las riquezas.¹

De igual forma para Alfredo Montoya Melgar, el Derecho Social sirve para dar soluciones “no solo a las graves deficiencias de la organización de trabajo, sino, más ampliamente, de la distribución del poder y la riqueza en el sistema social”²; siendo importante dejar expresado lo afirmado por el doctrinario Julio Cesar Trujillo quien señala que el Derecho Social es un “corpus que incluye no solo las normas jurídicas sino también los principios filosóficos y éticos que las inspiran y orienta”.³ Por lo mismo el doctrinario sostiene que el Derecho Social no es “sinónimo de Derecho del Trabajo ni se agota con

¹ Carlos Vela Monsalve. *Derecho Ecuatoriano de Trabajo*. Cuenca: Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1980, p.8.

² Alfredo Montoya Melgar. Citado en Julio Cesar Trujillo. *Derecho del Trabajo*. Quito: QualityPrintCia.Ltda., 2008, p.9.

³ Julio Cesar Trujillo. *Derecho del Trabajo. Op., cit.*, 2008, p. 9.

él, toda vez que las desastrosas consecuencias de la mala e injusta distribución de las riquezas no se limitan al campo de las relaciones laborales”.⁴

Tomando en cuenta las argumentaciones expuestas en el párrafo anterior, se puede concluir que el Derecho de Trabajo es solo un fragmento de lo que representa el Derecho Social. En este sentido, habiendo estudiado las características principales del Derecho Social y su vínculo con el Derecho Laboral, es necesario ahora definir con exactitud qué es el Derecho de Trabajo.

Analizando la infinidad de definiciones que los doctrinarios de la materia han expuesto, la de Gustavo Lagos Matus es clara al determinar que el Derecho de Trabajo es el “conjunto de normas jurídicas orientadas a organizar justamente la estructura económica social en todos los aspectos que se refieren al trabajo, en forma de garantizar la plenitud de sus derechos”.⁵ Del mismo modo, el jurista español Hernainz define al Derecho de Trabajo como “el conjunto de normas jurídicas que regulan, en la pluralidad de sus aspectos, la relación de trabajo, su preparación, su desarrollo, consecuencias e instituciones complementarias de los elementos personales que en ella intervienen”.⁶

Para estos autores el Derecho de Trabajo está ligado estrechamente a la normativa jurídica es decir tienen una concepción muy positivista de esta rama del derecho, no obstante también se encuentran definiciones mucho más allá del positivismo jurídico, así, el profesor chileno Héctor Escribar se separa de las corrientes positivistas y manifiesta que el Derecho de Trabajo “es el conjunto de doctrinas o teorías, normas e instituciones cuyo fin es la reivindicación y protección de los intereses y derechos del trabajador y de las clases sociales económicamente débiles”.⁷

Tomando en cuenta todas las definiciones aportadas anteriormente y su relación con las corrientes a las cuales estas responden es importante llegar a un consenso y apegarnos a las definiciones que el catedrático español Pérez Botija y el profesor Guillermo Cabanellas nos aportan. Pérez Botija manifiesta que el Derecho Laboral es “[e]l conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado a los efectos de la protección y tutela del trabajo”.⁸ Por otra

⁴*Ibíd.*

⁵Gustavo Lagos Matus. *El problema histórico del trabajo*. Citado en Carlos Vela Monsalve. *Derecho Ecuatoriano de Trabajo*. Óp. cit., p.12.

⁶Carlos Vela Monsalve. *Derecho Ecuatoriano de Trabajo*. Óp. cit., p.13.

⁷*Ibíd.*

⁸Eugenio Pérez Botija. *Curso de Derecho del Trabajo*. Citado en Jorge Vásquez. *Derecho Laboral Ecuatoriano Derecho Individual*. 1era ed. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2004, p. 52.

parte el profesor Guillermo Cabanellas en su Enciclopedia Jurídica de Derecho Usual más allá de simplemente definir el Derecho de Trabajo o Derecho Laboral, nos hace una precisión sobre su correcta denominación y escribe que para referirse a este ámbito “se ha optado, como más genuina y menos equívoca, por la de **derecho laboral**”⁹ (énfasis añadido), definición la cual nosotros adoptaremos en el desarrollo de este trabajo y que como precisa el doctrinario Guillermo Cabanellas el Derecho Laboral es:

Aquel que tiene por finalidad principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado, y, en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas o inmediatas de la actividad laboral.¹⁰

Por último, y para concluir con las definiciones acerca del Derecho Laboral no podemos dejar de mencionar la definición que el Código de Trabajo ecuatoriano nos aporta acerca del derecho laboral que en concordancia con su artículo primero, prescribe que esta codificación regula “las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo”.¹¹ En conclusión para nuestro Código, el Derecho Laboral regula las relaciones entre los empleadores y trabajadores, la forma como se acuerda la relación laboral y las condiciones en las cuales los trabajadores prestan sus servicios.

Una vez que se ha revisado las definiciones del Derecho Laboral, lo que nos da un conocimiento general sobre la materia, es importante complementar con un breve concepto sobre el objetivo que el Derecho Laboral tiene. El jurista Antokoletz de una manera sencilla y breve manifiesta que:

La legislación del trabajo tiene por objeto humanizar las condiciones del trabajo, en cuanto a salarios, duración de la jornada, días de descanso, trabajo nocturno, tareas insalubres, trabajo de mujeres y niños, protección de la maternidad, licencias o vacaciones, indemnización de accidentes, asociaciones gremiales, solución de conflicto, fuero del trabajo, etc.¹²

En concordancia con el párrafo anterior el doctrinario Guillermo Cabanellas manifiesta que el derecho laboral tiene una “doble finalidad de disciplinar las relaciones jurídicas que

⁹Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1979, p.603.

¹⁰*Ibíd.*

¹¹Código de Trabajo. Artículo 1. Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

¹²Antokoletz. *Tratado de legislación del trabajo y previsión social*, Título I. p. 14. Citado en Carlos Vela Monsalve. *Derecho Ecuatoriano de Trabajo*. Óp., cit., p.15.

tiene el trabajo por objeto y de regular la actividad del Estado en orden a la tutela de las clases trabajadoras”.¹³

En definitiva el Derecho Laboral es una rama del Derecho que parte del Derecho Social, y busca regular las relaciones entre empleadores y trabajadores salvaguardando en mayor medida los derechos de los trabajadores dependientes quienes se encuentran en desigualdad de condiciones frente al empleador y por lo tanto el Derecho Laboral si bien establece derechos y obligaciones para los trabajadores en mayor medida tiende a establecer mayor cantidad de obligaciones para el empleador y mayor cantidad de derechos para el trabajador para de esta manera intentar equiparar la desigualdad de condiciones entre ambos.

Para finalizar, y una vez que hemos definido y analizado el objeto del Derecho Laboral es pertinente adentrarnos a la parte central del tema de esta tesis que es el procedimiento que llevan los conflictos laborales en las diversas instancias judiciales a nivel nacional y la impugnación de estas decisiones por el medio constitucional de la acción extraordinaria de protección y si existe o no eficacia en la protección de los derechos de las partes procesales.

1.2. Proceso del Juicio Laboral en el Ecuador

El Derecho Laboral en el Ecuador, desde el año de 1938 se ha regido por el Código de Trabajo, este cuerpo legal con varios años de historia en el capítulo II del libro IV trata sobre la Administración de Justicia y contiene principios procesales propios del trabajo, los cuales son muy escasos y han sido reformados varias veces. El cuerpo en mención expresamente establece que en lo orgánico y procesal se rige por la Ley Orgánica de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil. El artículo 6 del Código de Trabajo prescribe que “[e]n todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil”.¹⁴ Estas leyes por lo mismo son leyes supletorias en los procesos laborales.

Uno de los factores por los cuales los procesos judiciales laborales han tenido varias trabas y no han podido ser resueltos ágilmente es por la falta de un Código de Procedimiento Laboral, el cual según la catedrática Isabel Robalino Bolle “a pesar de los varios intentos que se han hecho para formular un cuerpo de leyes que contenga las

¹³Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Óp. cit., p. 603.

¹⁴Código de Trabajo. Artículo 6. Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

normas procesales, no ha llegado a dictarse”¹⁵ y, supone que esto es producto del temor que sienten los trabajadores a que “a través de normas específicas de procedimiento, se restrinjan sus derechos en la materia”.¹⁶

El proceso laboral ha tenido dos procesos diferentes en toda la existencia del Código de Trabajo, por más de medio siglo los procesos laborales en Ecuador se desarrollaron por vía verbal sumaria y recién desde los últimos diez años se ha manejado en Ecuador un nuevo proceso que es la sustanciación de los procesos laborales de forma oral. De este modo, a continuación revisaremos la historia del proceso laboral en el Ecuador, para poner en contexto el tema que se analiza.

1.3. El Proceso Laboral Verbal Sumario

1.3.1. Antecedentes del Proceso laboral Verbal Sumario

El trámite verbal sumario en la legislación laboral ecuatoriana estuvo presente en casi todo el siglo XX, de un análisis de la legislación laboral nacional podemos notar que antes de que sea promulgado el primer Código de Trabajo ya existieron varias leyes laborales que tramitaban las controversias laborales por trámite verbal sumario; podemos por ejemplo citar la Ley de Procedimiento para las Acciones Provenientes del Trabajo expedida por el Dr. Isidro Ayora el 20 de octubre de 1933, la cual en su artículo 7 prescribía:

La liquidación de las indemnizaciones que un patrono deba a un obrero o empleado, o éstos a aquél, por causa de trabajo, se tramitara en juicio verbal sumario, ante el mismo Juez de la causa, o sea ante los determinados en el artículo segundo; pero el término probatorio no pasará de tres días perentorios.¹⁷

Compilando todo este tipo de leyes fue creado nuestro primer Código de Trabajo expedido por el General Alberto Enríquez Gallo, Jefe Supremo de la República, mediante el Decreto Supremo No. 210,¹⁸ el cual fue aprobado y declarado vigente por la Asamblea Nacional Constituyente en sesión del 11 de octubre de 1938. Incorporando así a la legislación nacional un importante cuerpo que regulaba las relaciones entre empleadores y trabajadores. Para Agustín Vaca Ruiz el Código de Trabajo no solo fue una recopilación o codificación sino fue “una nueva concepción legal en la que se plasmaron todas las experiencias vividas en nuestro país desde la expedición de la primera ley laboral, y las

¹⁵Isabel Robalino Bolle. *Manual de Derecho del Trabajo*. Quito: Editorial Mendieta, 1998, p. 46.

¹⁶*Ibíd.*

¹⁷Ley de Procedimiento para las Acciones Provenientes del Trabajo. Artículo 7. Registro Oficial No. 265 del 20 de octubre de 1933.

¹⁸Decreto de 5 de agosto de 1938. Registros Oficiales No. 78 a 81 del 14 al 17 de noviembre de 1938.

grandes corrientes doctrinales, legales y jurisprudenciales”.¹⁹ Podemos decir entonces que el Código en estricto sentido es una codificación de todas las leyes laborales previas más que una Ley nueva.

Años más tarde, en el gobierno de José María Velasco Ibarra, el Congreso Nacional expide la primera codificación laboral el 4 de septiembre de 1961,²⁰ “para lo cual se basa en veintisiete decretos reformativos y dos resoluciones interpretativas”²¹. La primera codificación en el artículo 513 prescribía que presentada la demanda, el juez ordenará la sustanciación de la controversia en juicio verbal sumario.

La segunda codificación se produce en el año de 1971 la cual fue realizada por la Comisión Jurídica el 7 de junio de 1971²², esta nueva codificación se fundamentó en “ocho decretos reformativos”²³. De este modo, el Código de Trabajo continuó manteniendo la sustanciación de las controversias en trámite verbal sumario como prescribe su artículo 531 “presentada la demanda, el juez ordenará la sustanciación de la controversia en juicio verbal sumario”²⁴.

La tercera codificación se produce en el año de 1978, la cual fue realizada por la Comisión de Legislación el 30 de junio de 1978, en base a “cincuenta decretos reformativos y tres resoluciones de la Corte Suprema de Justicia”.²⁵ Esta nueva codificación que introdujo varios artículos nuevos siguió con la tradición de sustanciación por trámite verbal sumario, y en su artículo 563 prescribía que presentada la demanda, el juez ordenará la sustanciación de la controversia en juicio verbal sumario.²⁶

La siguiente codificación elaborada en el año 1997 fue la penúltima codificación realizada en el Ecuador hasta la actualidad la última en establecer que la sustanciación de procesos se llevaría a cabo en trámite verbal sumario. De este modo, el artículo 584

¹⁹Agustín Vaca Ruiz. “La exención de responsabilidad patronal por los accidentes del trabajo”. *Accidentes del Trabajo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1981, p. 67.

²⁰Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 356 de 6 de noviembre de 1961.

²¹Agustín Vaca Ruiz. “La exención de responsabilidad patronal por los accidentes del trabajo”. *Óp. cit.*, p.71.

²²Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 239 de 7 de Junio de 1971

²³Agustín Vaca Ruiz. “La exención de responsabilidad patronal por los accidentes del trabajo”. *Óp. cit.*, p.72

²⁴Código de Trabajo. Artículo 531. Registro Oficial Suplemento No. 239 de 7 de Junio de 1971

²⁵Agustín Vaca Ruiz. “La exención de responsabilidad patronal por los accidentes del trabajo”. *Óp. cit.*, p.80.

²⁶Código de Trabajo. Artículo 563. Registro Oficial No.650 de 16 de agosto de 1978.

prescribía que “[p]resentada la demanda el juez ordenara la sustanciación de la presente controversia en juicio verbal sumario”.²⁷

1.3.2. Naturaleza del Proceso Verbal Sumario

Como hemos acotado anteriormente, en el Ecuador se expidió la primera codificación laboral en el año de 1938, y siguiendo la tradición de las anteriores leyes laborales prescribía que el trámite para cualquier conflicto laboral sea la vía verbal sumaria. Dicha disposición estuvo vigente durante todo el siglo XX y las posteriores codificaciones siguieron manteniendo esta disposición de los procesos escritos que eran una tradición global, esta codificación por lo tanto remitía todo el trámite procesal al Código de Procedimiento Civil. Para el profesor Prieto Castro el trámite verbal sumario es aquel:

Que se halla sujeto a limitaciones en el procedimiento y en los medios de ataque y de defensa que pueden esgrimir las partes (alegaciones y pruebas). Lo que lleva consigo la inherente restricción del conocimiento del asunto por el órgano jurisdiccional, a fin de que pueda resolver con mayor rapidez.²⁸

Para Isabel Robalino, los juicios de trabajo anteriormente se desarrollaban “conforme al trámite verbal sumario, previsto en el Código de Procedimiento Civil con las particulares establecidas en el Código de Trabajo. Particularidades como la forma de presentación de demanda que puede ser escrita o verbal”.²⁹ En definitiva el trámite verbal sumario que se disponía en el Código de Trabajo seguía la tradición escrita de los procesos del Código de Procedimiento Civil.

1.3.3. Normativa

La última codificación que prescribía la sustanciación de los procesos laborales en trámite verbal fue la del año 1997 la cual en el artículo 582 prescribía que “las controversias a que diere lugar un contrato o una relación de trabajo, serán resueltas por las autoridades establecidas por este Código, de conformidad con el trámite que el mismo prescribe”. El trámite que el Código prescribía se encontraba en el artículo 584 sobre la sustanciación de la controversia en donde se establecía que “presentada la demanda, el juez ordenará la sustanciación de la controversia en juicio verbal sumario”.

²⁷Código de Trabajo. Artículo 584. Registro Oficial No. 162 de 29 de septiembre de 1997.

²⁸Leonardo Prieto Castro. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aranzadi, 1985, p.45.

²⁹Isabel Robalino Bolle. *Manual de Derecho del Trabajo. Óp., cit.,* p. 46.

El proceso del trámite verbal sumario se encuentra plasmado en nuestro Código de Procedimiento Civil, desde el artículo 828 hasta el artículo 847. Este tipo de trámite se encuentra previsto solo para las demandas que:

Por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial.³⁰

Al igual que la mayoría de juicios, el trámite verbal sumario inicia con la propuesta de una demanda y el juez, de ser procedente el trámite verbal sumario, lo declarará así y dispondrá que se entregue al demandado la copia de la demanda. Inmediatamente después de practicada la citación, el juez señalará día y hora para la audiencia de conciliación, la cual tendrá lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días ni mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expida la providencia que la convoque.

El día en que se haya fijada la audiencia de conciliación esta comenzará por la contestación a la demanda, que contendrá las excepciones, dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado. Trabado así el litigio, el juez procurará la conciliación y, de obtenerla, quedará concluido el juicio. Si en la audiencia de conciliación no se obtuviere una conciliación y si se tratare de liquidación de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenada por sentencia ejecutoriada, en la que se hayan determinado las bases y el modo de practicarla, el juez hará la liquidación en la misma audiencia o dejará notificadas a las partes para practicarla dentro de los tres días siguientes, pudiendo asesorarse con un perito, que él nombrará y cuyo dictamen se agregará a la sentencia. De tratarse de cuestiones de puro derecho, expedirá sentencia en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes.

De ser necesario justificar hechos ante el juez, este en la misma audiencia de conciliación, abrirá la causa a prueba por un término de seis días. Una vez concluido el término de prueba, el juez dictará sentencia, dentro de cinco días. Para los efectos de la condena en costas, se aplicarán las disposiciones pertinentes del juicio ordinario.

Este es el proceso que se siguió en las controversias laborales hasta el año 2004, desde el 1 de enero del 2004 entró en vigencia la ley 13-2003 que reformó el proceso

³⁰Código de Procedimiento Civil. Artículo 828. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005.

laboral al procedimiento laboral en forma oral la disposición transitoria tercera del Código de Trabajo del año 2005 manifiesta que:

Tanto las causas sometidas a la jurisdicción y competencia de jueces ocasionales como las demandas que se hubieren presentado en el lapso comprendido entre el primer día laborable del 2004 hasta la fecha de vigencia de la presente Ley, se tramitarán en juicio verbal sumario; y, en consecuencia quedarán sin efecto las actuaciones que se hubieren realizado con sujeción a las disposiciones de la Ley No. 2003-13, publicada en el Registro Oficial No. 146 del 13 de agosto del 2003, mediante la cual se establece el procedimiento oral en los juicios laborales, con excepción de la citación al demandado.³¹

En suma, debo manifestar que el proceso verbal sumario en estricto sentido como se lo tenía concebido debía tener una duración máxima de primera instancia de 28 días hábiles. Termino que se cumplía en muy pocos casos, debido a las trabas y mala organización administrativa que tenían los juzgados laborales así como también por la falta de juzgadores para conocer este tipo de causas. A continuación luego de exponer el proceso laboral oral instaurando con la Ley 13-2003, se realizara una comparación entre ambos procesos para analizar si el problema en la tardanza de resolución de los procesos laborales se generaba por el tipo de trámite en el cual se sustanciaban las causas.

1.4. Reforma Código de Trabajo e Incorporación del Proceso laboral Oral

1.4.1. Antecedentes del proceso laboral oral

La oralidad en los procesos judiciales tiene una muy larga data, así, tanto el antiguo Derecho romano como el germano “dominaron la oralidad, al principio con particular rigor en cuanto a las palabras que debían emplearse”³² marcando desde esta época la necesidad de un abogado preparado para exponer de forma oral la controversia al tribunal buscando así contrarrestar “la fugacidad de la impresión de la palabra hablada, la posibilidad de que no sea oído algo importante o que sea olvidado; la dificultad de fijar la materia procesal, etc.”³³

La oralidad en los sistemas jurídicos del “commonlaw” ha sido pieza fundamental para el desarrollo de estos sistemas pero también en los sistemas civilistas la oralidad a tomado un papel importante y en donde se ha tenido que luchar por cambiar con la

³¹Código de Trabajo. Disposición Transitoria. Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

³²Leo Rosenberg. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Ángela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 396.

³³*Ibíd.*

escritura “desde el primer tercio del siglo XIX comenzó en Alemania la lucha por la introducción de la oralidad”.³⁴

En la actualidad en Alemania la “oralidad es considerada como un principio adicional del proceso, confiriéndole por lo tanto un carácter instrumental, el cual resulta aplicable por regla general a todos los procesos”.³⁵ De este modo, la oralidad como un principio adicional ha sido plasmada desde fines del siglo XX en las Constituciones ecuatorianas como veremos a continuación.

En el Ecuador, en principio se mantuvo la tradición española del trámite verbal sumario por varios años sin embargo se impuso una reforma el 05 de agosto del 2003 estableciendo el trámite de procedimiento oral como la nueva forma de sustanciar los procesos laborales.³⁶ De este modo para Milton Jijón, con la nueva ley:

Se impone una reforma que cree una nueva estructura administrativa de la justicia del trabajo, sobre la base de un fuero especial relativo a la jurisdicción del trabajo, la cual requiere brevedad y sencillez en los trámites y en la redacción de las resoluciones de jueces especializados.³⁷

El cambio del tipo de trámite en el procedimiento judicial oral fue una reforma emanada por parte del legislador, al haber observado que los juicios que se venían tramitando verbal y sumariamente, eran excesivamente demorosos y la duración que tomaba estos trámites era entre tres a seis años, hasta su total ejecución. Como se ha mencionado anteriormente se intento atribuir al tipo de trámite la demora en la resolución de los procesos cuando el problema en realidad se generaba por la incompetencia administrativa.

1.4.2. Concepto

La Enciclopedia Jurídica de Derecho Usual del profesor Guillermo Cabanellas define a la oralidad como:

Oralidad: En el procedimiento, tanto civil como penal, la tramitación en que predomina la presencia de las partes o sus representantes y las alegaciones de palabra, expresión de vida y de autenticidad que llega a los juzgadores en forma inmediata y más eficaz que la tediosa lectura de extensos escritos.³⁸

³⁴*Ibíd.*

³⁵Dolly Caguasango. *El nuevo Proceso Laboral, el principio de oralidad y la reformulación de las prácticas procesales*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, p. 16.

³⁶Ley N°. 2003-13. Registro Oficial No. 146 del 13 de agosto de 2003.

³⁷Milton Jijón Saavedra. *Derecho del Trabajo*. Guayaquil: Editorial Claridad S.A., 1995. p.201

³⁸Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Óp., cit., p.170

El mismo autor respecto al juicio oral manifiesta que este es aquel “que en sus periodos fundamentales, se substancia de palabra ante el tribunal que ha de resolverlo, sin perjuicio del acta sucinta donde se consigne lo actuado”.³⁹ En el mismo sentido, el juicio oral ha sido defendido como “suprema garantía del proceso penal y para mayor facilidad del proceso, puesto que el tribunal asiste, por decirlo así, a la reconstrucción del sumario y casi a la de los hechos”.⁴⁰

La oralidad, como menciona Leo Rosenberg tiene la ventaja de la “mayor claridad y energía, agilidad y naturalidad de la exposición; la posibilidad, más fácil, de adaptación al caso particular; la eliminación de las malas interpretaciones; el complemento y aclaración de la materia”.⁴¹

1.4.3. Marco jurídico para la creación del proceso oral

La Constitución Política del Ecuador promulgada el 11 de agosto de 1998 disponía en su artículo 194 que “[l]a sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación”.⁴² Por primera vez en la Constitución se establecía que los procedimientos judiciales en el Ecuador se los llevará conforme al sistema oral.

En las disposiciones transitorias de la Constitución del año 1998 se estableció en la disposición vigésima séptima sobre la Función Judicial que “[l]a implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema”.⁴³

Cumpliendo con lo dispuesto en la Constitución Política del año 1998 el Honorable Congreso Nacional expidió la Ley Reformatoria al Código del Trabajo,⁴⁴ mediante la cual se establece el procedimiento oral en los juicios laborales. Así, su artículo primero expresaba: “El artículo 584 del Código de Trabajo, dirá: Art. 584.- Las controversias individuales de trabajo se sustanciarán mediante procedimiento oral”, y a su vez los artículos siguientes establecieron la forma en que debía desarrollarse el trámite oral.

³⁹*Ibid.*

⁴⁰*Ibid.*, p. 32

⁴¹Leo Rosenberg. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Op. cit.*, p. 396

⁴²Constitución Política del Ecuador. Artículo 194. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

⁴³Constitución Política del Ecuador. Disposición Transitoria Vigésima Séptima. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

⁴⁴Ley Reformatoria al Código de Trabajo. Registro Oficial No. 146 de 13 de agosto de 2003.

Del mismo modo, el principio de oralidad es preponderante en la Constitución del Ecuador expedida en el año 2008, la cual en su artículo 168 prescribe que:

La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: "6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo."⁴⁵

El Código de Trabajo mientras tanto establece que las controversias a que diere lugar un contrato o una relación de trabajo, serán resueltas por las autoridades establecidas por este Código, de conformidad con el trámite que el mismo prescribe. Así, el trámite que prescribe el Código es el establecido en la Ley 13-2003 que en la actualidad por las múltiples reformas se encuentra en el artículo 575 y determina que las controversias individuales de trabajo se sustanciarán mediante procedimiento oral.

En consecuencia se puede analizar que las dos últimas Constituciones han otorgado un papel preponderante a la oralidad dentro de los procesos judiciales, al respecto debo manifestar que si bien generalmente se asume que los tramites orales son la forma más rápida y eficaz para resolver causas judiciales esto no siempre es así; ya que ni los procesos escritos son completamente tardos ni los procesos orales son completamente expeditos, todo depende de cómo se maneje administrativamente cada tipo de trámite.

En todo caso habrá que considerar que la oralidad se formula ante el trauma social provocado por el excesivo retardo en los procesos, de manera tal que se ha asumido que la oralidad supondrá per se la disminución de los tiempo de tramitación, lo que permite observar que en general con respecto a los procesos existe una clara intención de reducir el tiempo de tramitación de las causas que conoce la administración de justicia, lo cual en el caso de los procesos laborales incluso es más notorio. Tema que tiene que ser considerado de manera central dentro de este estudio, a la hora de entender la lógica detrás de la cual se organizan los procesos judiciales en el Ecuador.

1.5. Desarrollo del Proceso Laboral Oral

El desarrollo del Proceso Laboral Oral, es un proceso simplificado que busca aparte de salvaguardar el principio de oralidad, instaurar la celeridad en los Procesos Laborales. A continuación explicaremos como se desarrolla el Proceso Laboral Oral desde la expedición de la Ley 13-2003.

⁴⁵Constitución del Ecuador 2008. Artículo 168 numeral 9. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

1.5.1. Etapa de Instrucción

Tal como lo señala el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil todo juicio comienza con la presentación de una demanda, la cual debe regirse por los requisitos expuestos en el artículo 67 del Código en mención.⁴⁶ Una vez presentada la demanda y que el juez haya avocado conocimiento de la misma tendrá un término de dos días para calificar la demanda, citar al demandado y convocar a las partes para la realización de la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas.

Una vez que la demanda es calificada⁴⁷, se tiene que cumplir con un requisito transcendental de todo proceso que es la citación⁴⁸, de este modo para el catedrático Jorge Vásquez la reforma:

No determina claramente si será una sola citación o se adoptará el sistema anterior de entregar tres boletas si no se le encuentra en persona al demandado. Se entiende que para lograr los efectos de inmediatez y celeridad que tiene la ley reformativa, esta citación debería efectuarse por una sola boleta, ya que se menciona que se entregará “una copia de la demanda”.⁴⁹

Al respecto, debo manifestar que el Código de Trabajo establece, que en caso de existir duda se podrá recurrir a las leyes supletorias las cuales se encuentran establecidas en el artículo 6 del Código de Trabajo el cual prescribe que “[e]n todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil”.⁵⁰

Debido a los retrasos que anteriormente existían en el procedimiento de citación el mismo artículo 576 dispone una sanción para los empleados de la oficina de citaciones. Una vez que el Juez verifique que el demandado haya sido citado por la entrega de una boleta o por un extracto en la prensa, tiene la obligación de convocar a la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y presentación de pruebas,

⁴⁶Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005. [Art. 67.-La demanda debe ser clara y contendrá: 1.- La designación del juez ante quien se la propone; 2.-Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;3.-Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;4.-La cosa, cantidad o hecho que se exige;5.-La determinación de la cuantía;6.-La especificación del trámite que debe darse a la causa;7.-La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y, Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.]

⁴⁷Código de Procedimiento Civil. Artículo 69. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005. [Art. 69.- Presentada la demanda, el juez examinará si reúne los requisitos legales.]

⁴⁸Código de Procedimiento Civil. Artículo 73. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005. [Art. 73.- Citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.]

⁴⁹Jorge Vásquez López. *Derecho Laboral Ecuatoriano. Óp. cit.*, p. 269.

⁵⁰Código de Trabajo. Artículo 6. Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

audiencia que debe efectuarse en un término de veinte días contados desde la fecha en que la demanda fue calificada.

1.5.2. Audiencia Preliminar de Conciliación

Para el profesor Jorge Vásquez los objetivos de esta audiencia preliminar son tres propósitos básicos “la conciliación, la contestación a la demanda y la formulación de pruebas”.⁵¹ En esta audiencia preliminar, el juez procurará un acuerdo entre las partes que “no afecte a los intereses ni del trabajador ni del empleado, es decir deberá ser una transacción justa”.⁵² De darse este acuerdo, será aprobado por el juez en el mismo acto mediante sentencia que causará ejecutoria. Si no fuere posible la conciliación, en esta audiencia el demandado contestará la demanda.

Una vez que la audiencia preliminar sea iniciada por el juez, este comenzará concediendo la palabra al demandado para que realice la contestación de la demanda con **un documento escrito**,⁵³ sin perjuicio de su exposición oral, el demandado deberá presentar su contestación en forma escrita. De esta manera, la contestación en forma escrita contradice al principio de oralidad, creándose así un trámite mixto el cual no es completamente oral y nos indica que quedan rastros de la tradición escrita y del trámite verbal sumario.

En la misma audiencia preliminar de conciliación se realiza la práctica de pruebas, la cual sí presenta diferencias con el antiguo procedimiento verbal sumario y como acota el profesor Jorge Vásquez:

En el trámite verbal sumario las pruebas se formulan y evacúan dentro de un término señalado por la ley, de seis días, y la contraparte desconoce de las mismas hasta el

⁵¹Jorge Vásquez. *Derecho Laboral Ecuatoriano Derecho Individual. Óp., cit*, p. 271.

⁵²Mauricio Aguirre López. *Practica Laboral en los Juicios Orales*. Quito: Solugraf, 2007, p. 34.

⁵³Código de Procedimiento Civil. Artículo 102. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005. [Art. 102.- La contestación a la demanda contendrá:

1. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del demandado, comparezca por sí o por medio de representante legal o apoderado, y la designación del lugar en donde ha de recibir las notificaciones;
2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega; y,
3. Todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor.

La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten su representación si fuere del caso. La trasgresión a este precepto ocasionará la invalidez de la prueba instrumental de la pretensión.

El juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y los requisitos señalados en los números de este artículo, y, de encontrar que no se los ha cumplido, ordenará que se aclare o complete. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno.]

último día de este término; al cambiar el sistema, desde que se traba la litis, las partes tendrán conocimiento de los medios de prueba que utilizarán cada uno(...).⁵⁴

En la audiencia preliminar de conciliación el demandado también podrá reconvenir al actor, siempre que esta se trate de reconvencción conexas y éste podrá contestarla en la misma diligencia. La reconvencción se tramitará dentro del proceso observando los mismos términos, plazos y momentos procesales de la demanda principal.⁵⁵

1.5.3. Audiencia Definitiva

La audiencia definitiva deberá realizarse en un término máximo de veinte días, contados desde la realización de la audiencia preliminar, en esta audiencia participará el juez de la causa junto con las partes y sus abogados, así como los testigos que fueren a rendir sus declaraciones. Para el profesor Jorge Vásquez “la verdadera esencia del juicio oral está en esta diligencia, la misma que debe realizarse con la solemnidad del caso, en una sala apropiada, con las facilidades para las partes, sus abogados y el público en general”.⁵⁶

Una vez iniciada la audiencia definitiva el Juez en primer lugar recibirá las declaraciones de los testigos, después de recibidas las declaraciones de los testigos, en segundo lugar se procederá a la confesión judicial, y por último al juramento deferido del trabajador. Luego de esto, “el juez, preguntará a las partes si tienen una documentación adicional que agregar al proceso”.⁵⁷ Concluidas todas las diligencias previstas para esta audiencia, el Juez debe dejar constancia de todo lo actuado en las respectivas actas sumarias y se respaldarán con las grabaciones magnetofónicas, las mismas que serán agregadas al proceso. Estas actas y grabaciones ayudarán al juez a resolver la causa luego de que realice el estudio correspondiente como veremos a continuación.

⁵⁴*Id.*, p. 274.

⁵⁵Sobre la reconvencción conexas, *vid.* Juan Isaac Lovato. *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Casa de la Cultura, 1962, pp. 184 y 185. [La reconvencción es de dos clases: conexas e inconexas. Es conexas la que se deriva de la misma causa en que se funda la demanda, o que es de tal modo relacionada con ésta, que propuesta separadamente, daría lugar a la acumulación de autos. Es inconexas que no se encuentra en ninguno de esos casos. (...) Por la reconvencción, el demandado aumenta objetivamente el proceso inicial; no aumenta subjetivamente, porque los sujetos que intervienen en él, o sea las partes, siguen siendo los mismos. Por este aumento objetivo, el proceso comprende dos cuestiones principales, dos asuntos controvertidos: la demanda y la reconvencción. (...) Legalmente se proroga la competencia del juez de la acción para conocer la reconvencción. (...) Como la reconvencción es una verdadera demanda, ha de reunir los requisitos del Art. 74; y el reconveniente ha de tener todas las condiciones de capacidad de demandante.]

⁵⁶Jorge Vásquez. *Derecho Laboral Ecuatoriano Derecho Individual*. *Óp., cit.*, p.278.

⁵⁷Mauricio Aguirre López. *Práctica Laboral en los Juicios Orales*. *Óp. cit.*, p. 79.

1.5.4. Sentencia

Finalizada la audiencia definitiva el juez en el término de diez días deberá estudiar todo el proceso y dictarla respectiva sentencia,⁵⁸ en la que resolverá todas las excepciones dilatorias y perentorias. Los fallos expedidos en materia laboral se ejecutan en la forma señalada en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil el cual prescribe que si no tienen una forma especial de ejecutarse, “se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, siguiendo éste desde ese punto de partida”.⁵⁹

Una vez dictada la sentencia la parte que se considere perjudicada puede interponer recurso de apelación ante la Corte Provincial. Pero previo a ella podrá solicitar la ampliación y aclaración del fallo, si encuentra razón para ello.

1.5.5. Los Recursos de Apelación y Casación

Una vez que el juzgado de primera instancia expida la sentencia, las partes tienen tres días para presentar recurso de apelación⁶⁰ ante la Corte Provincial únicamente cuando la cuantía del juicio determinada por el actor sea superior a un mil dólares. Con excepción para el actor cuando el demandado haya rechazado en todo o en parte su demanda. Si así lo hiciera, la otra parte podrá adherirse al recurso hasta dentro de tres días de notificada con la providencia que lo conceda.

Presentado el recurso de apelación ante el juzgado de instancia dentro del término previsto, el proceso deberá ser remitido a la respectiva Corte Provincial, la cual resolverá en el término de veinte días. En caso de que se solicitare al juez o al tribunal ampliación o aclaración, aquella deberá ser despachada en el término de tres días, una vez que se pronuncie la contraparte en el término de dos días. **Se concederá recurso de apelación únicamente de la providencia que niegue el trámite oral o de la sentencia**, lo que evidencia la intención de que el proceso no se incidente, y sea en general expedito

Una vez dictada la sentencia de la Corte Provincial se podrá presentar Recurso de Casación ante la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia en el término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia. El Recurso de Casación

⁵⁸Código de Procedimiento Civil. Artículo 269. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005 [artículo. 269.-Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio.]

⁵⁹Código de Procedimiento Civil. Artículo 488. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005.

⁶⁰Código de Procedimiento Civil. Artículo 323. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005 [Art. 323.-Apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.]

no es una tercera instancia en donde se pueden revisar los hechos, en este recurso podrá fundarse únicamente en las causales previstas en el artículo 3 de la Ley de Casación⁶¹, en el caso de interponerse el Recurso de Casación, los Ministros de la Corte Nacional de Justicia que no despacharen un proceso en el término previsto en la Ley de Casación⁶² para el efecto, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia les impondrá la multa señalada para los casos anteriores. En general no hago análisis adicionales de este proceso, puesto que mayormente en el ámbito laboral no presente particularidades que sean relevantes para el tema en estudio.

1.5.6. Ejecución de la sentencia en el proceso Laboral

Una vez resuelto el recurso de apelación o el recurso de casación, el proceso retornará al juzgado de Instancia para su ejecución.⁶³ En la fase de ejecución de una sentencia definitiva dictada en un juicio de trabajo, el mandamiento de ejecución que deberá dictar el Juez respectivo únicamente contendrá el mandato de pagar la suma determinada de dinero que se ordene en el fallo o que se establezca en la respectiva liquidación, sin que el ejecutado esté facultado para dimitir bienes para embargo. A falta de pago, el acreedor podrá ejercer la facultad que le confiere el inciso primero del artículo 439 del Código de Procedimiento Civil, además del pago del interés legal que estuviere vigente.

⁶¹Ley de Casación. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 299 de 24 de Marzo de 2004 [Art. 3.- CAUSALES.- El recurso de casación solo podrá fundarse en las siguientes causales: 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. 2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. 3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto; 4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ellas todos los puntos de la litis; 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.]

⁶²Ley de Casación. Artículo 16. Registro Oficial Suplemento 299 de 24 de Marzo de 2004. [Art. 16.-La Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, despachará el recurso en el término de noventa días más un día por cada cien fojas, luego de lo cual a solicitud de parte, el recurso podrá ser remitido a la Sala de Conjuces que deberán despacharlo necesariamente en el término antes indicado]

⁶³Código de Procedimiento Civil. Artículos 58 y 302. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio del 2005. [Art. 58.- INSTANCIA es la prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso. Ante el superior, la instancia empieza con la recepción del proceso, y termina con la devolución al inferior, para la ejecución del fallo ejecutoriado. [...] Art. 302.- La ejecución de la sentencia corresponde, en todo caso, al juez de primera instancia, sin consideración a la cuantía.]

Después de haber estudiado todo el proceso laboral oral y siguiendo el análisis que realiza el profesor Jorge Vásquez podemos concluir que el desarrollo del proceso laboral oral será el siguiente:

La primera instancia se debería resolver en un término máximo de 55 días hábiles; la segunda instancia en 20 días; y como queda dicho la casación debería estar resuelta en ciento cinco días, es decir en un término máximo de ciento setenta y cinco días, que equivalen aproximadamente, a más de ocho meses. De ser así la justicia será oportuna, se cumplirá los principios constitucionales.⁶⁴

En pocas palabras y una vez analizadostanto el proceso laboral verbal sumario como el proceso laboral oral, con un ejercicio rápido y práctico podemos concluir que el proceso laboral oral tiene un mayor término para resolver este tipo de causas. Por lo tanto, y luego de haber transcurrido más de una década desde la implementación de este nuevo tramite para los juicios laborales se puede establecer nuevamente que el problema no es el tipo de tramite si no la administración, puedo manifestar que luego de haber participado en el proceso de depuración de las causas de los juicios de trabajo del Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha en el mes de mayo de 2014 aún se encontraban alrededor de 480 causas por resolver desde el año 2006 en adelante, volviendo al mismo problema que se vivía con anterioridad.

Sin embargo, debo puntualizar que desde el año 2008 existe una nueva forma de impugnación de un auto o sentencia definitiva cuando se hayan violado derechos constitucionales conocido como la acción extraordinaria de protección. A pesar de que esta acción es un proceso completamente separado y no frena la ejecución de la sentencia por lo que no alarga el trámite, en el futuro puede desencadenar un mayor problema y alargar aún más la justicia para las partes como se comprobará en este trabajo.

1.6. Decisiones dentro del proceso Laboral recurribles mediante la Acción Extraordinaria de Protección.

Finalizado el proceso laboral por un auto o sentencia definitiva, y si una parte se sintiera inconforme con el proceso y considera que ha existido violación a sus derechos constitucionales, esta podrá interponer la acción extraordinaria de protección previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República, siempre que la violación sea por acción u

⁶⁴Jorge Vásquez. *Derecho Laboral EcuatorianoDerecho Individual. Óp., cit., p 284*

omisión de algún órgano jurisdiccional. Esta acción se interpondrá ante la Corte Constitucional y el recurso únicamente procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

La acción extraordinaria de protección, deberá ser interpuesta en el término máximo de veintedías 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 sentencia.

1.6.1. Sentencias y Autos definitivos

Como analizamos anteriormente, la acción extraordinaria de protección se interpondrá contra sentencia y autos definitivos que hayan violado derechos constitucionales. El objeto de esta acción por lo tanto es 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.

Una vez interpuesta la acción extraordinaria de protección no se podrá interponer medidas cautelares por prohibición expresa de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Lo que conlleva a una ineficacia jurídica de la acción extraordinaria de protección en el Proceso Laboral que se estudiara más adelante en el desarrollo de este trabajo. En el siguiente capítulo se hará un análisis de esta nueva Garantía Jurisdiccional llamada acción extraordinaria de protección.

2. Capítulo 2: Acción Extraordinaria de Protección

2.1. Consideraciones preliminares

El jurista Guillermo Cabanellas define al Estado como “[l]a sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y de afirmar su personalidad y responsabilidad frente a similares en el exterior”.⁶⁵ El Estado tal como lo conocemos se caracteriza por tener poder, ordenamiento jurídico, población, territorio, soberanía, y sujetarse al imperio de la ley afirmado en la Constitución.

El Estado Moderno surge y se desarrolla desde la Edad Media con un significativo avance en el desarrollo de los derechos para los ciudadanos. Las diferentes formas de

⁶⁵Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Óp., cit., p. 219.

organización política se dan en un proceso que tiene una propia fisonomía para cada Estado en particular; para el profesor argentino Carlos Fayt la evolución del Estado Moderno se da de la siguiente forma:

A lo largo de su desarrollo histórico, el Estado moderno ha dado origen en los siglos XVI y XVII al Estado Monárquico absolutista; en los siglos XVIII y XIX y los primeros años del siglo XX al Estado Liberal; en la tercera década del siglo XX al Estado Totalitario, y finalmente, al Estado democrático-social.⁶⁶

De las diferentes formas de organización política planteadas por el catedrático argentino Carlos Fayt podemos notar que existe una forma de Estado a inicios del siglo XX conocida como el Estado Totalitario la cual no forma parte de fisonomía de nuestro país, el mismo profesor menciona que depende de la realidad e historia de cada Estado su desarrollo. Por su parte, el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría manifiesta que la evolución del Estado Moderno “se divide básicamente en tres: a) Estado absoluto b) Estado Social de Derecho, y c) el Estado Constitucional de Derecho”.⁶⁷

En este sentido, la República moderna del Ecuador fundada el 14 de junio de 1830 en la ciudad de Riobamba con la expedición de la primera Constitución Política nace como un Estado democrático-católico. A su vez, en la Constitución Política expedida en la misma ciudad, el Estado garantizaba en su artículo 7 que la forma de Gobierno del Estado del Ecuador “es popular, representativo alternativo, y responsable”.⁶⁸

En consecuencia y tomando en cuenta la división simplificada del profesor Ramiro Ávila Santamaría, podemos apuntar que el Ecuador durante la mayor parte del siglo XIX y XX ha pretendido ser un Estado Social de Derecho, el cual se caracteriza como un Estado de bienestar que garantiza y crea los derechos sociales para los ciudadanos. En esta forma de Estado se desarrolla la idea de la “procura existencial”, que busca brindar a los ciudadanos servicios básicos como educación, salud, vivienda para igualar oportunidades con el establecimiento de una discriminación positiva en los derechos económicos y sociales de los ciudadanos.

Es importante manifestar que la labor del Estado Social de Derecho no solo se centra en proteger los derechos de los ciudadanos, sino también en buscar su correcto desarrollo. En consecuencia este tipo de Estado se caracteriza por la sujeción del Estado y los ciudadanos a la ley.

⁶⁶Carlos Fayt. *Derecho Político*. Buenos Aires: Editorial Dipalma, 1962, p. 186.

⁶⁷Ramiro Ávila Santamaría. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.20.

⁶⁸Constitución Política del Ecuador. Artículo 194. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

A partir de la promulgación de la Constitución 2008, el Estado ecuatoriano se transforma y deja de ser un Estado Social de Derecho para convertirse a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. El artículo primero de la Constitución establece que:

Art. 1.-El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.⁶⁹

El cambio fundamental de esta transición hacia el Estado Constitucional de Derechos y Justicia se puede caracterizar porque la aplicación de la Constitución está por encima de todo y para hacerlo no se requiere de una norma inferior para ejecutarse. Además el Estado busca a su criterio el bienestar del ciudadano, separación relevante de ese aspecto del poder por el derecho y en consecuencia, distanciamiento del origen del poder. Fortaleciendo así la posición del Estado encaminado a garantizar derechos, tal vez confundiendo en cierto punto que el Estado nace del pueblo. Existiendo así, una contradicción ya que el Estado por si solo o a su “criterio” no puede determinar que esta bien y que esta mal, el Estado puede y debe proteger los derechos de los ciudadanos y buscar su correcto desarrollo siempre y cuando estén determinados por la voluntad del pueblo y no por la voluntad del Estado.

En consecuencia la nueva forma de Estado vigente en el Ecuador desde el año 2008 se vincula estrechamente con las pragmáticas de la corriente neo constitucionalista corriente que aparece en Europa a mediados del siglo XX como veremos a continuación.

2.2. Neo constitucionalismo

2.2.1. Antecedentes, neo constitucionalismo Europeo

El neo constitucionalismo, es una teoría del derecho que surge a partir de la postguerra en Europa “como consecuencia y respuesta a sistemas jurídicos fascistas que

⁶⁹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

se caracterizaron por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos”⁷⁰. El continente Europeo a mediados del siglo XX se encontraba devastado tras la segunda guerra mundial regímenes totalitarios como el alemán e italiano habían caído luego de cometer terribles violaciones a los derechos humanos y los nuevos políticos sabían que necesitan reconstruir los Estados no solo de manera física, sino también de una forma jurídica con un planteamiento de protección suprema de los derechos de los ciudadanos.

El primer Estado en adoptar esta nueva teoría de Derecho fue Italia, quien en la constitución del año 1948 introduce los “primeros postulados neo constitucionalistas”⁷¹ en el artículo segundo el cual establece que:

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, u exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social

El Estado Alemán quien fue responsable de las mayores violaciones a los derechos humanos y quien estuvo dominado por la idea del Estado Nacional Socialista del nazismo impulsado por Hitler fue otro de los Estados que implemento esta teoría de la corriente neo constitucionalista en su Ley Fundamental para la República Federal de 1949, garantizando en su artículo primero la dignidad del hombre y el deber del Estado de respetar y proteger a los ciudadanos reconociendo de esta manera los derechos inviolables e inalienables del hombre.

En lo posterior, España un Estado que había permanecido dominado por el franquismo desde antes de la segunda guerra mundial hasta el año de 1975, cuando muere el Dictador. Resultado de esta cruel dictadura, España se encontraba en una gran crisis económica y era uno de los países más pobres de Europa; en el año de 1975 España vuelve a constituirse como un Estado Social y Democrático de Derecho⁷², bajo la forma política de una Monarquía Parlamentaria donde el Rey es el Jefe de Estado y el gobierno es dirigido por el Presidente.

En esta etapa de transición de un Estado totalitario a un Estado Democrático, España se vio en la necesidad de promulgar una nueva Constitución que empezó a redactarse en

⁷⁰Ramiro Ávila Santamaría. *Neo constitucionalismo transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 53.

⁷¹SalimZaidán. *Neo constitucionalismo: teoría y práctica en el Ecuador*. Quito: Cevallos, 2012, p. 30.

⁷²Constitución Española. Artículo 1. 27 de Diciembre de 1978. [Artículo 1:1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.]

el año de 1978 por las Cortes Constituyentes y fue ratificada en un referéndum de gran aprobación por los españoles, esta nueva Constitución tenía influencias de las constituciones garantistas de Italia y Alemania; la Constitución aparte de reconocer mayores derechos a los ciudadanos incluía las formas legales e instituciones para precautelar estos derechos.

Como se ha analizado, en estos tres países Europeos después de los periodos totalitarios que vivieron se produce un cambio político y social que parte desde la expedición de nuevas constituciones garantistas conocidas como la corriente del neo constitucionalismo, estas constituciones tienen las siguientes características:

La parte conocida como dogmática de la Constitución, en la que se reconocen derechos y encabezan el texto, cobra inusitada importancia y se constituye en un fin para el Estado. La parte orgánica, que es la que tiene el énfasis en el derecho constitucional clásico, es funcional a la realización de los derechos. El parlamento, al igual que todo poder público y privado, está sometido a la Constitución. Para garantizar este sometimiento se crearon dos dispositivos; el uno tiene que ver con las dificultades para reformar la Constitución, mediante procedimientos ordinarios (rigidez o, como lo hemos conocido, el candado constitucional); el otro con la determinación de una autoridad judicial cuando se violen preceptos constitucionales.⁷³

En concordancia, los derechos de los ciudadanos emanados en la Constitución cobran vital importancia para el fin del Estado, y existe una sumisión de todos quienes forman parte del Estado hacia esta Constitución. Para poder precautelar los derechos de los ciudadanos las mismas constituciones establecen diversas acciones para que los ciudadanos puedan salvaguardar sus derechos, en nuestro país a esta diversidad de acciones se las conoce como garantías jurisdiccionales las cuales veremos más adelante.

2.2.2. Neo constitucionalismo Latinoamericano

En Latinoamérica se produce un proceso similar al europeo pero en diferentes épocas, la mayoría de Estados latinoamericanos expiden nuevas constituciones luego de la caída de las dictaduras militares que manejaron o influenciaron en los países en las décadas de los setenta y ochenta. Estas dictaduras militares como los gobiernos totalitarios europeos se caracterizaron por la violación sistemática de derechos humanos a los ciudadanos.

De este modo, una vez que las dictaduras fueron cayendo y se llevó a cabo la transición a Estados democráticos, los países latinoamericanos vieron la necesidad de

⁷³Ávila Santamaría, Ramiro. *Neo constitucionalismo transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Óp. cit., p. 54.

promulgar nuevas constituciones que garanticen los derechos de los ciudadanos y den mecanismos adecuados para poder precautelar estos derechos.

Las constituciones expedidas en Latinoamérica a finales del siglo XX, se alejan “del modelo europeo (Alemania, Italia y España) que establecía un control concentrado de constitucionalidad”.⁷⁴ Esto es que una sola autoridad como un Tribunal o Corte Constitucional conozca y decida sobre la constitucionalidad de las normas.

Así, en Latinoamérica se siguió un modelo mixto entre el control de constitucionalidad difuso de los Estados Unidos de América y el control concentrado de la tradición neo constitucionalista Europea creando así un híbrido más bien conocido como el neo constitucionalismo latinoamericano; al contar con sus propias características y sus propias maneras donde por un lado “los jueces y juezas en sus casos aplican directamente la Constitución pero, por otro, las cortes o tribunales constitucionales deciden de manera general y obligatoria para todos los casos”.⁷⁵

No obstante, en el último periodo, ciertos países latinoamericanos como Bolivia, Ecuador y Venezuela, se han alejado del constitucionalismo latinoamericano clásico y se han visto influenciados por el neo constitucionalismo europeo por lo que el desarrollo de sus constituciones “contienen normas que establecen control concentrado al estilo europeo”⁷⁶, al menos de manera preponderante.

2.2.3. Neo constitucionalismo en Ecuador

En el Ecuador desde el regreso a la democracia en el año de 1979 se han expedido tres constituciones, en el año de 1978 el Consejo Supremo de Gobierno en su plan de realizar una transición ordenada a la democracia establece un plan de reestructuración jurídica el cual debía ser elegido por los ciudadanos en un referéndum. En el año de 1998 en el Ecuador se instauró nuevamente una Asamblea Constituyente que expidió la décima octava Constitución y que estuvo vigente solamente por una década hasta el 2008, año en el que se expide la Constitución número décima novena vinculada a la teoría y corriente del neo constitucionalismo europeo.

En el año 2007 tras la llegada al poder del Presidente Rafael Correa se convocó a una consulta popular para instalar una Asamblea Nacional Constituyente de plenos

⁷⁴*Id.*, p. 63.

⁷⁵Ávila Santamaría, Ramiro. *Neo constitucionalismo transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Óp. cit., p. 64.

⁷⁶*Ibíd.*

poderes quien sería la encargada de redactar la nueva Constitución. En el proceso de redacción de la Constitución aprobada en el año 2008 existió la influencia de asesores internacionales específicamente de España que habían participado en procesos constituyentes en la Región como los de Venezuela o Bolivia.

Los asesores internacionales que se contrataron para la Asamblea Nacional Constituyente aportaron en consolidar la idea de una nueva Constitución con tintes neo constitucionalistas. Existiendo un cambio según los teóricos neo constitucionalistas del Estado legal al Estado constitucional. Como ya hemos mencionado en el Estado legal “la ley determina la autoridad y la estructura del poder [...]. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo”.⁷⁷

Con el cambio del Estado legal al Estado Constitucional de Derechos y Justicia “la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder”,⁷⁸ creando una Constitución estrechamente vinculada con las características de la teoría neo constitucionalista esto es que sea rígida, vinculante, de aplicación directa, garantista e interpretativa. Para Ramiro Ávila la Constitución del Ecuador es:

Fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del Derecho Constitucional.⁷⁹

Adicionalmente, es importante mencionar que la Constitución del año 2008 influenciada como hemos mencionado con las corrientes del neo constitucionalismo en su capítulo tercero sobre las Garantías Jurisdiccionales incluye seis tipos de acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan proteger sus derechos constitucionales vulnerados. Para Salim Zaidan con la expedición de la Constitución del año 2008 “tenemos nuevos derechos, otros aunque muchos se empeñen en decir lo contrario solamente han cambiado de membrete. Algunos derechos han sido reformulados generando una sobre expectativa en la ciudadanía”⁸⁰.

⁷⁷Ávila Santamaría, Ramiro. *Neo constitucionalismo transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Óp. cit., p. 108

⁷⁸*Ibid.*, p.111.

⁷⁹*Ibid.*

⁸⁰Zaidán, Salim. *Neo constitucionalismo: teoría y práctica en el Ecuador*. Óp. cit., p. 51.

Estos nuevos derechos o nuevas garantías jurisdiccionales nacen por la teoría del garantismo parte integral de la corriente neo constitucionalista que busca proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos; a continuación trataremos sobre esta teoría en la que se fundamentan las garantías jurisdiccionales establecidas en nuestra Constitución en su capítulo tercero.

2.3. Teoría del Garantismo y las llamadas Garantías Jurisdiccionales

La teoría del garantismo se encuentra estrechamente relacionada con la teoría del neo constitucionalismo, en Ecuador como ya hemos mencionado en el 2008 entra en vigencia una nueva Constitución a la cual se la promocionó como una Constitución garantista que se rige bajo los principios del neo constitucionalismo y declara al Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia.

El garantismo en la Constitución nos intuye a que uno de los fines de esta, es garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos, para la jurista Carolina Silva “[a]l invocar el término *garantía*, desde un punto de vista jurídico, dicha expresión está siempre vinculada con la idea de protección”.⁸¹ Por lo mismo, hablar de garantías en el lenguaje jurídico es un término amplio e impreciso que cubre un amplio espectro de garantías del Estado Constitucional.⁸² Pero el garantismo en la corriente del neo constitucionalismo se diferencia según Silva por “la puesta en práctica de los límites en el Estado constitucional, de ahí que Ferrajoli lo llame ‘la otra cara del constitucionalismo’”.⁸³

El jurista español Gerardo Pisarello, ubica como primera clasificación del constitucionalismo garantista o neo constitucionalismo a las “garantías institucionales y extra institucionales”.⁸⁴ Dentro de las garantías institucionales que no son más que aquellos “mecanismos de protección de los derechos encomendados a las instituciones o poderes públicos”⁸⁵ se encuentran las garantías jurisdiccionales que “son aquellas

⁸¹Carolina Silva Portero. “Las Garantías de los derechos ¿Invención o reconstrucción?”. *Neo constitucionalismo y sociedad*. Ramiro Ávila (ed.) *Óp., cit.*, p. 53.

⁸²Carolina Silva Portero. “Las Garantías de los derechos ¿Invención o reconstrucción?”. *Óp., cit.*, p. 63. [Entiéndase por Estado constitucional el cambio de estructura del sistema jurídico, puesto que supuso la introducción de un modelo en el cual la Constitución implanta límites y vínculos sustanciales, que no son más que los derechos fundamentales, al poder ejecutivo, judicial, y principalmente, al legislativo.]

⁸³Luigi Ferrajoli. “Sobre los derechos fundamentales”. Citado en María Daniela Dávalos Muirragui. “Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo”. *Neo constitucionalismo y sociedad*. En Ramiro Ávila (ed). Quito: V&M Gráficas, 2008, p.156

⁸⁴Gerardo Pisarello. Citado en Carolina Silva Portero. “Las Garantías de los derechos ¿Invención o reconstrucción?”. *Neo constitucionalismo y sociedad*. *Óp. cit.*, p.65.

⁸⁵*Id.*, p.69.

confiadas a tribunales independientes de los órganos políticos que pueden recibir denuncias y, por tanto, pueden imponer sanciones”.⁸⁶

Las garantías jurisdiccionales tienen su origen en el Imperio Romano donde se puede conocer que existía la garantía jurisdiccional *homineliberexhibendo* la cual “se constituía en una especie de acción popular encaminada a tutelar la libertad de cualquier ciudadano romano privado dolosamente de ella”.⁸⁷ También tenemos como precedente la Carta Magna de 1215 donde se incorporaron diferentes garantías jurisdiccionales para proteger a los nobles de la monarquía, posteriormente estas garantías se fueron expandiendo e incorporando a más ordenamientos legales.

En el caso ecuatoriano el Presidente de la Corte Constitucional Patricio Pazmiño Freire atañe que en cuanto a las garantías jurisdiccionales el Hábeas Corpus “fue la primera de las garantías instauradas en América Latina y siguiendo el ejemplo romano fue pensado para proteger y tutelar la libertad personal en contra de detenciones arbitrarias”.⁸⁸

En el Ecuador hasta el año 2008 no se hablaba de garantías jurisdiccionales dentro de las Cartas Políticas o Constituciones. Con la Constitución de 1998 se incorporaban dentro del capítulo de las “Garantías de los Derechos” al hábeas corpus, hábeas data y a la acción de amparo estas tres únicamente.

Las garantías jurisdiccionales incorporadas en la Constitución del año 2008,⁸⁹ como manifiesta Patricio Pazmiño Freire “nos conducen a ejercitar el derecho de acción

⁸⁶*Id.*, p.70.

⁸⁷Patricio Pazmiño Freire. *La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista*. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdfpp_p.4. (acceso: 17/7/2014).

⁸⁸*Ibid.*

⁸⁹Constitución del Ecuador 2008. Artículo 86. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

[Art. 86.-Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. 2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b) Serán hábiles todos los días y horas. c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban

para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces, lo que está estrechamente relacionado con el papel que cumplen los funcionarios judiciales en las democracias contemporáneas”.⁹⁰

2.4. Concepto de acción extraordinaria de protección

Como ya se ha mencionado, en la Constitución ecuatoriana existen varias garantías jurisdiccionales, muchas de estas son novedosas dentro del constitucionalismo ecuatoriano, una de ellas y en la cual nos vamos a centrar en este trabajo es la llamada acción extraordinaria de protección que se incorpora en el artículo 94 la cual “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”.⁹¹

De este modo, la acción extraordinaria de protección es un recurso constitucional que busca proteger los derechos constitucionales de las personas que acuden ante una instancia judicial y existe una violación constitucional dentro del proceso por una acción u omisión del Juez, Tribunal o Corte. Esta acción es estrictamente residual mediante la cual “se verifica que las actuaciones de los jueces ordinarios, dentro de las resoluciones que emitan durante los casos puestos en su conocimiento, no vulneren derecho constitucional alguno, en especial aquellos relacionados con el debido proceso”.⁹²

2.5. Antecedentes de la acción extraordinaria de protección en legislaciones comparadas.

2.5.1. Recurso de Amparo en España

En líneas anteriores se ha señalado que España fue uno de los países de Europa Occidental que más tardó en volver a la democracia alcanzándola finalmente en el año

cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.]

⁹⁰Patricio Pazmiño Freire. *La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista*. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdfpp_p.4 (acceso: 17/11/2014).

⁹¹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 94. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

⁹²Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz. *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*. Quito: V&M Gráficas, 2013, p. 142.

1979. Así, este país entró en una etapa de transición tras largos años de dictadura y violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos, resultado de esta oscura etapa se expide una Constitución con la influencia de las corrientes neo constitucionalista provenientes de Alemania e Italia.

En su búsqueda de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, se incorpora a su sistema normativo el Recurso de Amparo, institución que se encuentra reconocida en la Constitución de la Monarquía Parlamentaria Española dentro del capítulo cuarto de las garantías de las libertades y derechos fundamentales artículo 53 numeral 2 y en el artículo 161. 1 literal b:

53. 2.- Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

161.1. b.- 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

Esta garantía incorporada en la carta política de España busca proteger todos los derechos fundamentales y las libertades públicas que se puedan encontrar amenazadas por cualquier persona, institución o poder del Estado, por lo mismo tiene una doble instancia de protección que en primer lugar serían los tribunales ordinarios los cuales de preferencia y sumariedad deben en primera instancia salvaguardar los derechos fundamentales; y de manera extraordinaria ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional Español en sentencia del año 1981 establece que “la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección de los derechos y libertades (...) cuando las vías ordinarias han resultado insatisfactorias”.⁹³ Por lo tanto y citando al jurista español Francisco José Sospedra el recurso de amparo se “trata de un remedio extraordinario y subsidiario, de manera que su objeto está limitado a la protección de los derechos y libertades susceptibles de amparo”.⁹⁴

El objeto del recurso de amparo español se encuentra regulado dentro del capítulo primero acerca de la procedencia e interposición del recurso de amparo constitucional

⁹³Tribunal Constitucional Español. STC 1/198. Sentencia de 26 de enero 1981.

⁹⁴Francisco José Sospedra Navas. *Justicia Constitucional y procesos Constitucionales*. Madrid: Civitas, 2011, p. 329.

específicamente en los artículos 41 al 44 de la Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español,⁹⁵ el artículo 41. 2 establece que:

2. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Es fundamental además mencionar que la vinculación del recurso de amparo español con nuestro tema de estudio se produce porque este recurso se puede interponer contra cualquier acto de poder público del Estado; y expresamente el artículo 44 de la Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español establece que:

44.1.- Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un **acto u omisión de un órgano judicial**, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. **[Énfasis añadido]**

Una vez que hemos podido presenciar que en España al igual que en el Ecuador se puede interponer un recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional por una violación de los derechos constitucionales por parte de un órgano jurisdiccional, se nos hace imprescindible observar si conjuntamente a la presentación del recurso de amparo el accionante o el interesado puede interponer algún tipo de medida cautelar.

Dentro de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español en el capítulo sobre el recurso de amparo se permite la interposición de medidas cautelares y aunque en primer lugar el artículo 56 establezca que “[l]a interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados”.⁹⁶ El mismo artículo prevé en los siguientes numerales las causas en las cuales se puede interponer medidas cautelares contra actuaciones de los órganos jurisdiccionales. En primer lugar se podrá suspender la sentencia:

⁹⁵Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español. Mayo del 2007.

⁹⁶Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español. Artículo 56. Mayo del 2007.

56.2 Cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

Para la suspensión del acto o sentencia impugnado se debe cumplir ciertos requisitos para que estos no incurran en una violación de derechos fundamentales hacia la otra parte, por lo tanto en la solicitud de suspensión debe razonarse sobre la concurrencia de los requisitos para que se dé lugar a la misma, para el doctrinario español Francisco José Sospedra son “el fumus o apariencia de buen derecho y, sobre todo, el periculum in mora, concretado en la existencia de perjuicios de imposible o muy difícil reparación derivados de la ejecución de la resolución impugnada en amparo”.⁹⁷

Por otra parte, la interposición de medidas cautelares también se encuentran previstas en este artículo 56 dentro de su numeral 3 donde determina que “la Sala o la Sección podrá adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad”.⁹⁸ Estas medidas tienen como fin buscar siempre la preservación de los derechos y el cese de la vulneración de los derechos constitucionales reclamados por el accionante.

Dentro de este articulado en el numeral quinto, se deja abierta la posibilidad de condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de las medidas cautelares si el interesado rinde “la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieren originarse. Su fijación y determinación podrá delegarse en el órgano jurisdiccional de instancia”.⁹⁹

Por último es importante mencionar que el mismo artículo 56 en su último numeral establece que la adopción de la “suspensión y de las medidas cautelares y provisionales podrá efectuarse en la resolución de la admisión a trámite. Dicha adopción podrá ser impugnada en el plazo de cinco días desde su notificación, por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas”.¹⁰⁰

⁹⁷Francisco José Sospedra Navas. *Justicia Constitucional...Óp. cit.*, p. 329.

⁹⁸Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español. Artículo 56 numeral 3. Mayo del 2007.

⁹⁹Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español. Artículo 56. Mayo del 2007.

¹⁰⁰Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español. Artículo 56. Mayo del 2007.

Como hemos podido analizar, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español es una ley que complementa el espíritu garantista de la Constitución española y permite en gran medida la efectiva protección de los derechos vulnerados, la actuación esmerada del Tribunal Constitucional Español “en las varias decenas de miles de casos de amparo sometidos a su resolución ha formado una solida jurisprudencia de espíritu garantista[...]”.¹⁰¹ El recurso de amparo ha devenido, así, en “una de las instituciones claves en la estructuración del Estado Constitucional español”.¹⁰²

A continuación se revisará la influencia de la corriente neo constitucionalista y de las prácticas garantistas europeas en Latinoamérica en particular en la Constitución colombiana del año 1991 que en principio desarrolla una institución parecida al recurso de amparo español.

2.5.2. Acción de Tutela en Colombia

El pueblo colombiano en el año de 1990 eligió la propuesta de una Asamblea Nacional Constituyente para crear un cambio político y jurídico, en este año fueron elegidos 70 delegatarios encargados de emanar una nueva carta política reemplazando a la Constitución de 1886, en el año de 1991 la Asamblea Nacional Constituyente promulga la nueva Constitución de la República de Colombia.¹⁰³

Dentro de esta carta política, Colombia se define como un Estado social y democrático de derecho. La nueva Constitución colombiana empezó a conocerse como la Constitución de los derechos humanos, ya que mantiene un espíritu de reconocimiento a los derechos fundamentales, la democracia y a la igualdad social. Públicamente la Asamblea Nacional Constituyente estuvo influenciada por el constitucionalismo contemporáneo también conocido como la corriente del neo constitucionalismo por lo que incorporó garantías específicas para la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Dentro de la incorporación de estas nuevas garantías específicas para la defensa de los derechos, según el profesor Néstor Iván Osuna “consta en las actas de la Asamblea Constituyente el influjo que el recurso de amparo español tuvo en la configuración de las atribuciones de la Corte Constitucional y en el diseño de la acción de tutela”.¹⁰⁴

¹⁰¹Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 1998, p. 57.

¹⁰²*Ibid.*

¹⁰³Constitución de la República Colombiana. 4 de julio de 1991.

¹⁰⁴Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos*. *Óp., cit.*, p. 58

La acción de tutela se plasma dentro de la Constitución de Colombia dentro del artículo 86 el cual prescribe:

Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.¹⁰⁵

De la reflexión que citamos de Osuna y como nosotros podemos apreciar, esta acción constitucional se encuentra influenciada por el recurso de amparo español y tiene casi las mismas características como son la preferencia y sumariedad, la subsidiariedad y la lesión de un derecho fundamental como presupuesto procesal características que a continuación se detallan más detenidamente.

Entre las similitudes que se destacan del recurso de amparo español y la acción de tutela colombiana encontramos que ambos se desarrollan bajo los principios procesales de preferencia y sumariedad ante la jurisdicción ordinaria. En Colombia, como explica el catedrático Néstor Iván Osuna la preferencia se refiere a que “por medio de ella se busca la rapidez del procedimiento no se vea obstaculizada por la tramitación de otros asuntos a cargo del mismo órgano judicial”¹⁰⁶ y por sumariedad explica que “se refiere a la agilidad y rapidez del procedimiento y la decisión”.¹⁰⁷

Por otra parte, la subsidiariedad que es otra característica de la acción de tutela colombiana se plasma en el artículo 86 cuando expresamente menciona que “[e]sta acción sólo procederá cuando al afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”,¹⁰⁸ es decir la acción de tutela es subsidiaria cuando ya no exista otro medio de defensa judicial por lo tanto todos los recursos y medios ordinarios deben haberse agotado. Es evidente entonces que este tipo de acciones no pretenden reemplazar la

¹⁰⁵Constitución de la República Colombiana. Artículo 86. 4 de julio de 1991.

¹⁰⁶Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos. Óp., cit.*, p. 34.

¹⁰⁷*Id.*, p. 35.

¹⁰⁸Constitución de la República de Colombia. Artículo 86. 4 de julio 1991.

resolución de conflictos por la vía judicial ordinaria, aunque esto por otra parte no puede suponer que esas acciones finalmente devengan en una suerte de ineficacia patológica, como se verá más adelante.

Otra de las características de esta acción es la existencia de una lesión de un derecho fundamental garantizada por la propia Constitución, el artículo 86 prescribe que la tutela opera “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando cualquiera de éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.¹⁰⁹

Una vez que hemos analizado brevemente las características generales de la acción de tutela colombiana es importante analizar cuál fue el desarrollo legal y jurisprudencial de la acción de tutela. En noviembre de 1991 el Presidente de la República de Colombia expidió el Decreto número 2591 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia.¹¹⁰

En el artículo 1 del decreto 2591/1991 se estableció que el objeto de la acción de tutela se da por la facultad que tiene:

Art 1. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.¹¹¹

Como podemos apreciar, la acción de tutela se puede interponer cuando exista una vulneración por acción u omisión de cualquier autoridad pública, como explica Osuna tanto de la Constitución como el Decreto 2591/1991 no puede deducirse “una voluntad expresa en el sentido de excluir del concepto de autoridades públicas, a efectos de tutela, a los órganos judiciales”.¹¹²

El Decreto presidencial 2591/1991 claramente regula la interposición de una “acción extraordinaria” en contra de las actuaciones atentatorias contra los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos emitidas por cualquier autoridad pública

¹⁰⁹Constitución de la República de Colombia. Artículo 86. 4 de julio 1991.

¹¹⁰Presidencia de la República Colombiana. Decreto No. 2591 de noviembre de 1991.

¹¹¹Presidencia de la República Colombiana. Artículo 1. Decreto No. 2591 de noviembre de 1991

¹¹²Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos. Óp., cit.*, p. 126.

incluyendo dentro de estas a las autoridades jurisdiccionales. Del mismo modo, en sus artículos 11, 12 y 40 se explican la forma en la que se puede interponer la acción de tutela en contra de las decisiones judiciales cuando ellas hayan menoscabado un derecho fundamental.

El artículo 11 del mencionado Decreto colombiano establece el plazo en el cual se puede interponer la acción antes de que esta entre en un estado de caducidad es así como prescribe que “[l]a acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente”.¹¹³ Por lo mismo, la persona que se crea perjudicada con la sentencia o providencia que ponga fin a un proceso judicial puede interponer la acción de tutela hasta dos meses después de la notificación caso contrario perdería este derecho.

En concordancia, el artículo 12 sobre los efectos de la caducidad prescribe que “[l]a caducidad de la acción de tutela no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación mediante otra acción, si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley”.¹¹⁴ Es decir la caducidad de la acción de tutela no cierra las puertas para una eventual reclamación por otra vía o medio.

Por último el artículo 40 que explica la competencia especial sobre quién debe conocer la acción de tutela en los casos que exista vulneración de derechos fundamentales por parte de un órgano jurisdiccional claramente establece que:

Artículo 40. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, *amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.* Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el *Magistrado que le siga en turno*, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección. Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, *conocerá la sala o sección que le sigue en orden*, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma Corporación.

Parágrafo 1º. La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá *cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado.* Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente. Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, *podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.* También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro *de los 60 días siguientes a la*

¹¹³Presidencia de la República Colombiana. Decreto No. 2591 de noviembre de 1991.

¹¹⁴Presidencia de la República Colombiana. Artículo 12. Decreto No. 2591 de noviembre de 1991.

firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso. La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

Parágrafo 2º. El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte del apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

Parágrafo 3º. La presentación de la solicitud *de tutela no suspende la ejecución de las sentencias o de la providencia que puso fin al proceso.*

Parágrafo 4º. No procederá la tutela contra fallos de tutela. (Las cursivas son mías)¹¹⁵

Del articulado expuesto anteriormente, claramente se evidencia en primer lugar la competencia de la acción de tutela, la cual radica en los mismos tribunales ordinarios. Asimismo se entiende que debe existir una vulneración de un derecho fundamental y que no existe otro mecanismo idóneo para salvaguardar estos derechos vulnerados, nuevamente expone que la acción únicamente se podrá interponer hasta 60 días después de notificada la sentencia o providencia que de fin al proceso y que la presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de las sentencias o de la providencia que puso fin al proceso.

En relación al párrafo tercero del artículo 40, si bien expresamente manifiesta que la interposición de la acción de tutela no suspende la ejecución de las sentencias, el artículo 7 sobre las medidas provisionales para proteger un derecho establece que:

Art 7. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.¹¹⁶

En concordancia, el Decreto no limita la interposición de medidas cautelares en el caso de la acción de tutela en contra de sentencias o providencias que den fin a un proceso, por lo tanto si es permitido que el juez de oficio o a petición de parte, dicte cualquier medida cautelar para conservar los derechos que se encuentran en riesgo.

¹¹⁵Presidencia de la República Colombiana. Artículo 40. Decreto No. 2591 de noviembre de 1991.

¹¹⁶Presidencia de la República Colombiana. Artículo 7. Decreto No. 2591 de noviembre de 1991.

Como hemos apreciado, la acción de tutela en la Constitución de Colombia del año 1991, tiene una gran vinculación con el recurso de amparo español y estas garantías para la preservación de los derechos de los ciudadanos se encuentran ligadas a las corrientes garantistas y neo constitucionalistas, lamentablemente el Decreto estuvo vigente por muy poco tiempo en Colombia y por cuestiones políticas se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12, y 40 por parte de la misma Corte Constitucional.¹¹⁷

La Corte Constitucional Colombiana renunció en amplia medida a su carácter de garante supremo de los derechos fundamentales al declarar en sentencia la inconstitucionalidad de los artículos antes mencionados. El profesor Néstor Iván Osuna al respecto manifiesta que “el carácter desnudamente político de la polémica que se decidía por vía de inconstitucionalidad. No viene al caso, por tanto, un análisis de tipo jurídico sobre este importante fallo no viene al caso”.¹¹⁸

Pero a pesar de esta renuncia de parte de la Corte Constitucional, esta también ha revisado su postura y ha elaborado una doctrina que permite la impugnación de algunas actuaciones judiciales, para esto ha incurrido en ciertas figuras jurídicas conocidas en Colombia como las vías de hecho, como actos susceptibles de impugnación, en cualquier caso, mediante la acción de tutela.

Las vías de hecho son una figura jurídica elaborada por la Corte Constitucional colombiana que determina los casos cuando se permite la interposición de la acción de tutela en contra de sentencias o providencias que pongan fin al proceso judicial. En este desarrollo la Corte Constitucional ha considerado la existencia de dos modalidades la vía de hecho formal y la vía de hecho material, que por igual abren la puerta de la acción de tutela.

El jurista Néstor Iván Osuna al respecto manifiesta que la vía de hecho formal se la puede recurrir cuando se actúa con “manifiesta incompetencia, o cuando se utiliza u omite una formalidad procesal en forma notoriamente contraria a su naturaleza jurídica”¹¹⁹. Estos casos ocurrirán cuando por ejemplo “se llevan a cabo las fases procesales sin

¹¹⁷Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C 543-1992 [Consideración: excede el alcance fijado por el constituyente a la acción de tutela (art.86), quebranta la autonomía funcional de los jueces (arts. 228 y 239), obstruye el acceso a la administración de justicia (art 229), rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones (Tít. VIII), impide la preservación de un orden justo (Preámbulo de la Carta), y afecta el interés general de la sociedad (Art 1), además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico.]

¹¹⁸Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos. Óp., cit.,* p. 127.

¹¹⁹Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos. Óp. cit.,* p.128.

citación del demandado o se niega el envío del expediente al ad quem a efectos de recursos interpuestos por el demandado.”¹²⁰

Por otra parte, se incurriría en vía de hecho material como establece en sentencia T-231/ 1994 el Tribunal Constitucional Colombiano cuando exista:

Notoria falsedad en la apreciación de los hechos, manifiesta ruptura de la igualdad, mayúscula desproporcionalidad e irracionalidad en la aplicación del derecho y en la estimación de los hechos determinantes que corresponden al supuesto tenido en cuenta en las normas, burda desviación del juez que sacrifica irrazonablemente los principios jurídicos constitucionales y legales que marcan los derroteros y fines del derecho en los distintos campos, vulneración de los derechos fundamentales de las personas reconocidos en la Constitución, iniquidad manifiesta, mala fe.¹²¹

Para finalizar es importante mencionar que las vías de hecho para la acción de tutela son de carácter excepcional y restrictivo, por lo tanto no toda sentencia o providencia que ponga fin a un proceso judicial y vulnere algún derecho fundamental podrá ser planteado como acción de tutela, sino que las vías de hecho restringen a que exista una violación del derechos fundamentales en lo formal o material.

Por lo tanto y a pesar de que se haya declarado la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591/1991 es posible “acudir a esta garantía para la protección de los derechos fundamentales en casos de vulneración manifiesta y ostensible de los mismos por parte de los órganos judiciales”.¹²²

Al respecto no hay ninguna norma que restrinja las medidas provisionales en las vías de hecho por lo que el juez si considera necesario podrá interponer una medida provisional para salvaguardar los derechos fundamentales cuando exista una violación que conlleve a una vía de hecho formal o vía de hecho material, que como vimos las dos por igual abren la puerta a la acción de tutela y tienen eficacia en la búsqueda de preservar los derechos de los ciudadanos vulnerados por acciones u omisiones de los órganos jurisdiccionales.

2.5.3. Acción Amparo en Bolivia

A pesar de que la última Constitución de Bolivia se expidió con posterioridad a la del Ecuador, es importante mencionar que su redacción se realizó con anterioridad de la redacción de la Constitución ecuatoriana y al igual que la Constitución española y

¹²⁰*Id.*, p. 128.

¹²¹Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 231/ 1994. Citada en Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos. Óp. cit.*, p.129.

¹²²Néstor Iván Osuna. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos. Óp. cit.*, p.129.

colombiana tiene fuertes corrientes neo constitucionalistas. Por lo tanto, es importante dentro de este trabajo no solo analizar cómo la acción de amparo se incorpora dentro de la Constitución boliviana sino también para apreciar cómo se desarrollara esta nueva garantía en el marco legal boliviano.

En la República de Bolivia al igual que en el resto de naciones estudiadas con anterioridad se convocó a una Asamblea Constituyente con el fin de promulgar una nueva Constitución política. La Asamblea Constituyente boliviana se instaló en funciones a mediados del año 2006, un año antes que la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, y el texto definitivo de la Constitución fue aprobado el 9 de diciembre de 2007 por la Asamblea Constituyente igualmente con anterioridad al texto definitivo de la Constitución ecuatoriana del 2008, pero por trabas políticas se tardó más de un año para que entrara en vigencia luego de una “ardua confrontación política”,¹²³ para finalmente poder llamar a referéndum el 25 de enero de 2009 el cual aprobó que entrara en vigencia la nueva Constitución a partir del 9 de febrero de 2009.

La Constitución de la República Plurinacional de Bolivia consagra la acción de amparo constitucional como garantía de los derechos en el artículo 128:

Art. 128.-La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.¹²⁴

De este modo, la acción de amparo en Bolivia tiene lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos sin realizar un detalle de qué tipos de servidores públicos, por lo tanto dentro de esta definición entraría los actos y omisiones ilegales o indebidas por parte de los servidores públicos judiciales.

Esta apreciación es ratificada por el artículo 129 de dicha Constitución cuando menciona que “[...]III. La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial”.¹²⁵ Incluyendo por lo tanto la oportunidad de reclamar por este medio algún acto u omisión que acarren vulneración de derechos constitucionales por parte de la administración de justicia.

¹²³Salvador Schavelzon. *El Proceso Constituyente en Bolivia (2006-2009): Entre el Acuerdo Moderado y la Ruptura Revolucionaria*. http://www.academia.edu/449393/El_Proceso_Constituyente_En_Bolivia_2006-2009_Entre_El_Acuerdo_Moderado_Y_La_Ruptura_Revolucionaria Fecha de Acceso: (20-11-2014)

¹²⁴Constitución de la República Plurinacional de Bolivia. Artículo 128. 7 de febrero del 2009

¹²⁵Constitución de la República Plurinacional de Bolivia. Artículo 129. 7 de febrero del 2009

Por su parte, el Código Procesal Constitucional boliviano, regula las “acciones de defensa”,¹²⁶ que en nuestro país como vimos se conocen como garantías jurisdiccionales y dentro de estas acciones se encuentra la acción de amparo constitucional. Así, el artículo 51 prescribe el objeto de la acción de amparo constitucional el cual es el de “garantizar los derechos de toda persona natural o jurídica, reconocidos por la Constitución Política del Estado y la Ley, contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de las y los servidores públicos o particulares que los restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir”.¹²⁷

Así mismo el artículo 55 en relación con la Constitución establece el plazo para la interposición de la acción contra cualquier funcionara público la cual se efectuará de la siguiente manera:

Art. 55 I.La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de conocido el hecho. II.Para los casos de solicitud de complementación, aclaración y enmienda de una decisión judicial o administrativa, el plazo se computará desde la notificación con la resolución que la conceda o rechace.¹²⁸

El Código de Procedimiento Constitucional establece las normas comunes de procedimiento en acciones de defensa en el artículo 33 sobre los requisitos para la acción se establece dentro del numeral 6 “[s]olicitud, en su caso, de medidas cautelares”. Asimismo y con relación a las medidas cautelares el artículo 34 prescribe que:

Art 34. En todo momento, la Jueza, Juez o Tribunal podrá determinar de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de la restricción, supresión o amenaza de restricción, del derecho o garantía constitucional que, a su juicio, pueda crear una situación irreparable.¹²⁹

En relación con lo manifestado, el Código de Procedimiento Constitucional boliviano permite interponer en cualquier momento sea desde la presentación de la acción de amparo o posterior alguna medida cautelar como la suspensión de la ejecución de la sentencia para prevenir que se siga vulnerando los derechos de los ciudadanos. Finalmente, los efectos de la resolución según el artículo 57 serán los siguientes:

Art 57. I. La resolución que conceda el amparo ordenará la restitución de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados con restringir o suprimir, y podrá establecer indicios de responsabilidad civil o penal de la accionada o accionado, de conformidad a lo establecido en el Artículo 39 del presente Código. II. Si la acción

¹²⁶Código Procesal Constitucional (Bolivia). Artículo 51. 5 de julio del 2012.

¹²⁷Código Procesal Constitucional (Bolivia). Artículo 51. 5 de julio del 2012.

¹²⁸Código Procesal Constitucional (Bolivia). Artículo 55. 5 de julio del 2012.

¹²⁹Código Procesal Constitucional (Bolivia). Artículos 33 y 34. 5 de julio del 2012.

fuese promovida por un acto ilegal o indebido, que restrinja, suprima o amenace con restringir o suprimir derechos, la sentencia determinará la nulidad del acto y la restitución del derecho. III. Si la acción fuese promovida por una omisión ilegal o indebida, que restrinja, suprima o amenace con restringir o suprimir derechos, la sentencia ordenará el cese de la omisión ilegal o indebida.¹³⁰

Una vez que se analizó el recurso de amparo en España, la acción de tutela y las vías de hecho en Colombia y la acción de amparo en Bolivia podemos resumir que en todos estos países la incorporación de estas garantías busca proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos vulnerados por acciones u omisiones de los servidores de justicia.

Pero siempre en todos estos casos, en el desarrollo normativo de estas acciones o recursos por medio de leyes, decretos o códigos se permite la interposición de medidas cautelares para preservar los derechos constitucionales de las personas afectadas y que no se siga causando mayor perjuicio por lo tanto estas medidas buscan brindar eficacia en la protección de derechos y el cese de la vulneración de las violaciones.

En el Ecuador lamentablemente y a pesar de que tenemos como antecedente de la acción extraordinaria de protección todas las instituciones estudiadas anteriormente, en el desarrollo normativo se obstaculizó la interposición de medidas cautelares por parte de los agraviados, -bajo la defensa a ultranza de una no siempre bien entendida celeridad- permitiendo que la vulneración de derechos constitucionales en el proceso ordinario se ejecute, sin que exista posibilidad de interponer medidas cautelares que lo eviten y volviendo ineficaz a esta acción, a continuación se hará una aproximación más cercana al tema central de este estudio que es la acción extraordinaria de protección y su ineficacia en los procesos laborales.

2.6. Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

En el Ecuador al igual que en el resto de países estudiados anteriormente se convocó a un proceso nacional constituyente el cual fue encabezado por la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi en el año 2007. En dicha Asamblea, participaron como asesores, juristas relacionados con la corriente neo constitucionalista en especial provenientes de España los cuales ya habían participado en otros procesos constituyentes en la región como Venezuela y Bolivia.

¹³⁰Código Procesal Constitucional (Bolivia). Artículos 57. 5 de julio del 2012.

Debido a esta influencia internacional podemos definir a nuestra Constitución como ya hemos dicho con anterioridad como una Constitución garantista la cual establece que el Ecuador es “un Estado constitucional de derechos y justicia[...]”,¹³¹ donde existe una doctrina de garantizar los derechos de los ciudadanos por sobre todas las cosas y el Estado de ser el velador supremo del bien común.

Para salvaguardar los derechos constitucionales de los ciudadanos la propia Constitución establece ciertas garantías constitucionales con el fin de “garantizar la dignidad del ser humano o las comunidad, pueblos y nacionalidades”.¹³² Las garantías constitucionales se dividen en una serie de instituciones jurídicas las cuales se las conoce como garantías jurisdiccionales dentro de estas garantías jurisdiccionales se encuentra la acción extraordinaria de protección objeto de este trabajo.

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional orientada a proteger derechos de los ciudadanos vulnerados en cualquier proceso jurisdiccional por actos u omisiones de los jueces, tribunales o corte nacionales dentro de un proceso. En la Constitución del Ecuador se establece que:

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.¹³³

En consideración podemos afirmar que la propia Constitución establece la figura necesaria para garantizar la supremacía constitucional, y del control constitucional sobre todas las personas y el Estado. Por lo tanto, incluir dentro de esta revisión las decisiones de la función judicial era totalmente necesario, así el artículo 437 de la Constitución prescribe que “[l]os ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia”.¹³⁴

¹³¹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹³²Constitución de la República del Ecuador. Artículo 84. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹³³Constitución de la República del Ecuador. Artículo 94. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹³⁴Constitución de la República del Ecuador. Artículo 437. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Para la presentación de esta acción, el mismo artículo establece que la Corte Constitucional dentro de su proceso de admisión deberá constatar el cumplimiento de dos requisitos esenciales: en primer lugar que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; y, en segundo lugar 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 implementación de esta garantía jurisdiccional como no podía ser de otra manera, estuvo plasmada de críticas y controversia por partes opositoras quienes veían a la incorporación de esta garantía como un atentado a “la cosa juzgada, la seguridad jurídica y el principio de independencia judicial”.¹³⁵ Del mismo modo, se decía que esta institución era algo único y excéntrico de nuestra Constitución por la sola idea de que se puedan impugnar decisiones judiciales definitivas, pero en realidad y como manifiesta Agustín Grijalva:

La institución de control constitucional de decisiones judiciales no es, como algunos han dicho, una novelería o extravagancia. Por el contrario, la institución existe en muchos países con sistemas jurídicos similares al nuestro. Así, por ejemplo existe con mayor o menor amplitud en todos los demás países de la Comunidad andina, así como también en Chile, España o Alemania por citar algunos[...].¹³⁶

Con relación a los mismos argumentos de Agustín Grijalva, la Asamblea Constituyente en el acta 84 que contiene el informe de segundo debate de la mesa 8 sobre garantías jurisdiccionales menciona que:

Uno de los avances más importantes constituye la creación del recurso extraordinario de protección, acción que ahora podrá interponerse contra decisiones judiciales cuando se vulneren el debido proceso u otro derecho constitución. Este recurso legal y técnicamente adecuado existe en todos los países del área andina, con excepción de Ecuador, como ya lo ha resaltado con preocupación la Comisión Andina de Juristas en varios de sus informes. Así también lo encontramos en varios países latinoamericanos y europeos. Varios son los casos que han llegado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en búsqueda de justicia que el Ecuador no les pudo otorgar, casos en los que nuestro país fue declarado responsables por violentar derechos fundamental, y en especial, los artículos ocho y veinticinco del Pacto de San José que se refieren a los derechos y garantías judiciales y a la protección judicial. Recordemos que en un Estado Constitucional de derechos, todas las autoridades públicas, y digo todas las autoridades, también los jueces deben estar sometidos a la Constitución. Una vez que entre en vigencia la Constitución, los jueces además de ser garantes de la Constitución están

¹³⁵Sebastián López Hidalgo. “La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia García Escobar (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie justicia y derechos humanos, 2010, p.681.

¹³⁶Agustín Grijalva. “Perspectiva y desafíos de la Corte Constitucional”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia García Escobar (ed.). *Óp., cit.*, p. 270.

llamados a procurar la protección de derechos humanos y estarán sometidos al control de constitucionalidad”.¹³⁷

Como hemos visto a lo largo de este trabajo esta institución existe con la misma esencia pero con diferentes nombres en diferentes países, hemos dicho que en España se llama recurso de amparo, en Colombia acción de tutela actualmente vías de hecho y en Bolivia acción de amparo. En el Ecuador a esta institución se le implemento con el nombre de Acción Extraordinaria de Protección, por lo tanto es relevante en este momento analizar la diferencia entre acción y recurso.

Por su parte, según Guillermo Cabanellas el recurso es definido como la “autonomasia, en lo procesal, la reclamación que concedida por la ley o reglamento, formula quien se cree perjudicada o agraviado por la resolución de un juez o tribunal, para ante el mismo o el superior inmediato, con el fin de que la reforme o revoque”.¹³⁸ Por lo tanto el recurso es un medio, de procedimiento extraordinario, para el maestro Carnelutti, “los recursos no son otra cosa, que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto”.¹³⁹

La acción según Carnelutti es “[u]n derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio”¹⁴⁰. Por otra parte en la concepción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo “la acción es tan solo la posibilidad, jurídicamente encuadrada de recabar los procedimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo; y, en su caso la ejecución de una pretensión litigiosa”.¹⁴¹

En definitiva y citando al profesor Juan Montaña Pinto la institución que en el Ecuador permite impugnar autos definitivos o sentencias que pongan fin a un proceso judicial es una acción porque:

- a) No tiene por objeto discutir la pretensión jurídica original, sino que su objeto es la verificación de si se ha violado o no derechos constitucionales en la providencia jurisdiccional cuestionada; b) No es una fase o instancia dentro del trámite del

¹³⁷Patricio Pazmiño Freire. *La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista*. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdfpp_p.4 (acceso: 17/11/2014).

¹³⁸Guillermo Cabanellas. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, 2003, p. 443.

¹³⁹María Mercedes Lema. “La acción extraordinaria de protección: naturaleza, competencia y procedimiento”. *Apuntes de Derechos Procesal Constitucional*. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (ed.). Quito: Corte Constitucional Jornadas de capacitación en justicia constitucional, 2008, p.133.

¹⁴⁰Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. *Óp. cit.*, p. 71.

¹⁴¹Niceto Alcalá Zamora y Castillo. *Nuevos Estudios del Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 1980, p.71.

proceso, sino que implica el inicio de un nuevo procedimiento, de índole constitucional.¹⁴²

En resumen, la naturaleza de la acción extraordinaria de protección está determinada por ser una acción de carácter tutelar de derechos, con el fin de garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos por la vía de una acción ante la Corte Constitucional para que en un nuevo proceso resuelva sobre la posible vulneración de derechos en los procesos jurisdiccionales ordinarios donde debe existir una serie de requisitos que vienen acompañados de las características peculiares que tiene esta acción las cuales veremos a continuación.

2.7. Características de la acción extraordinaria de protección

La acción constitucional extraordinaria de protección presenta las siguientes características: independiente, excepcional, constitucional, especialidad, extraordinaria, residual; a continuación veremos cada característica por separado:

Independencia: Es independiente de cualquier otra garantía jurisdiccionales, y del proceso de la jurisdicción ordinaria que acarrea la presentación de una acción extraordinaria de protección.

Excepcionalidad: la acción extraordinaria de protección únicamente “procede contra determinadas actuaciones judiciales, y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad establecidos por la misma norma constitucional.”¹⁴³

Constitucional: es constitucional por que fue creada por la Constitución, “procede de ella y allí consta su definición, su estructura, su objeto, su función, su procedencia y el órgano competente para conocerla y tramitarla”.¹⁴⁴

Especialidad: es especial por que únicamente se la puede accionar cuando existe el requisito previo de la violación a un derecho constitucional en un proceso jurisdiccional, y cumpliendo con los requisitos establecidos.

Extraordinaria: la acción extraordinaria de protección, como su propio nombre lo indica es extraordinaria porque en primer lugar existe una acción ordinaria para la

¹⁴²María Mercedes Lema. “La acción extraordinaria de protección: naturaleza, competencia y procedimiento”. *Apuntes de Derechos Procesal Constitucional*. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (ed.) *Óp. cit.*, p.133

¹⁴³Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. “Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *Apuntes de Derechos Procesal Constitucional*. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (ed.) *Óp. cit.*, p. 132.

¹⁴⁴Luis Cueva Carrión. *Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva-Carrión, 2011, p. 63.

violación de derechos constitucionales al existir una acción ordinaria donde no constan las violaciones de derechos constitucionales provenientes de órganos jurisdiccionales se necesita la implementación de una acción extraordinaria el doctrinario Luis Cueva Carrión manifiesta:

Esta acción constitucional tiene el carácter de extraordinaria, además, porque procede contra resoluciones, autos y sentencias definitivas; porque, mediante ella, la Corte Constitucional, ejerce el control de la constitucionalidad, protege el principio de supremacía de la Constitución, uniforma la aplicación del Derecho y tiene la facultad para dejar sin efecto los autos y sentencias arbitrarias, en un último y definitivo recurso. Toda esta actividad especial excepcional es exclusiva de la Corte Constitucional y de ninguna otra corte de justicia.¹⁴⁵

Por último tiene el carácter de *Residual o subsidiario* “porque únicamente cabe cuando se han agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de impugnación de las decisiones jurisdiccionales cuestionadas”.¹⁴⁶ Es decir no debe existir ningún otro medio de impugnación debe haberse agotado todos los recursos.

2.8. Incorporación de esta una nueva garantía jurisdiccional en la legislación ecuatoriana su objeto y los requerimientos

Como analizamos anteriormente esta garantía jurisdiccional se incorporó en la Constitución de 2008 con el fin de garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos ante violaciones por parte de actos u omisiones del poder jurisdiccional.

El objeto de esta acción según el profesor Luis Cueva Carrión se enmarca en:

La protección de los derechos reconocidos por la Constitución y el debido proceso. Esta acción sirve para reparar las violaciones cometidas por los órganos judiciales del Estado ecuatoriano contra derechos reconocidos por la Constitución, cuando se hubieren agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios y no exista otro mecanismo idóneo para reparar el derecho constitucional violado.¹⁴⁷

Por otra parte la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 58 prescribe que el objeto de la acción extraordinaria de protección es “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.”¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Id.*, p. 64.

¹⁴⁶ Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. “Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *Óp. cit.*, p. 132.

¹⁴⁷ Luis Cueva Carrión. *Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. *Óp. cit.*, p. 13.

¹⁴⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 58. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009.

En definitiva, el objeto de la acción extraordinaria de protección según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no versa únicamente sobre la protección de derechos constitucionales si no que también incluye dentro de esta acción al debido proceso, derecho que a pesar de ya encontrarse incluido entre los derechos constitucionales fundamentales la ley establece particularmente.

Una vez que se analizado la naturaleza, las características y el objeto de la acción extraordinaria de protección es importante discutir de los requerimientos que se necesitan para que un ciudadano pueda interponer esta acción, citando al jurista ecuatoriano Luis Cueva Carrión podemos conocer que se deben observar 5 requerimientos para interponer la acción extraordinaria de protección.

En primer lugar se necesita que exista una vulneración en contra de un derecho constitucional por una acción u omisión de un órgano jurisdiccional; “en este caso, de aquellos que tiene por destinatario el juez, en su función de interpretar y aplicar el derecho y que a su vez generen obligaciones, ya sea de hacer o no hacer, cuyo incumpliendo no puede carecer de vías de exigibilidad”¹⁴⁹.

En segundo lugar, es indispensable que esta vulneración se produzca como expresamente dice el artículo 94 de la Constitución en “autos o sentencias definitivos”, es decir que sea haya producido en la parte resolutive del proceso y que sobre el auto o la sentencia no exista otro mecanismo idóneo para reclamar.

En tercer lugar, como manifiesta Luis Cueva Carrión “la violación contra un derecho constitucional, ya sea por acción y omisión, puede ser deducida de manera clara y directa, manifiesta, ostensible y evidente”.¹⁵⁰

En cuarto lugar, la violación a este derecho constitucional ya sea por la acción u omisión por parte de órgano jurisdiccional “excluye la posibilidad de practicar pruebas, a fin de determinar el contenido y alcance de la presunta violación a un derecho constitucional”¹⁵¹ ya que en realidad no se trata de una nueva instancia, y como se ha visto ni siquiera es una continuación del proceso ordinario, aunque sin duda debe considerar su existencia, en la medida que lo que se resuelva se verá afectado por la ejecución del proceso ordinario que se hubiese ejecutado.

¹⁴⁹Luis Cueva Carrión. *Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. Óp.cit., p. 19.

¹⁵⁰*Ibíd.*

¹⁵¹*Ibíd.*

En quinto y último lugar, se debe apreciar el requerimiento del artículo 94 sobre haber “agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal a menos que la falta de interposición de estos recursos no fueran atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.¹⁵² Es decir no debe existir ningún otro mecanismo idóneo de defensa judicial para reclamar este derecho constitucional vulnerado aparte de la acción extraordinaria de protección.

2.9. Desarrollo del Proceso de interposición de la acción extraordinaria de protección dentro de la Corte Constitucional

La interposición de la acción extraordinaria de protección, es supuestamente un proceso simplificado, extraordinario el cual busca inmediatez para salvaguardar los derechos constitucionales vulnerados por alguna acción u omisión de algún órgano jurisdiccional a continuación explicaré cómo se desarrolla el Proceso en la Corte Constitucional de una acción extraordinaria de protección.

2.9.1. Legitimación Activa y Pasiva

La legitimación procesal según Guillermo Cabanellas es “la facultad de poder comparecer y actuar en juicio como demandante, demandado, tercero o representante de cualquiera de ellos”.¹⁵³ Por otra parte y diferenciando de la legitimación procesal existe la legitimación en la causa que para Chiovenda “es una condición para una sentencia favorable, distinta de la legitimación procesal, presupuesto genérico del proceso”.¹⁵⁴

La legitimación para la interposición de la acción extraordinaria de protección se encuentra prescrita en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el cual establece que “La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial.”

Por otra parte tomando en cuenta las disposiciones constitucionales relativas a las garantías jurisdiccionales en el artículo 86 se establece que las garantías jurisdiccionales se regirán en general por las siguientes disposiciones: 86.1 “Cualquier persona, grupo de

¹⁵²Constitución de la República del Ecuador. Artículo 94. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹⁵³Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Óp. cit., p. 174.

¹⁵⁴*Ibid.*

personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”¹⁵⁵

Para María Mercedes Lema esto significa que la acción extraordinaria de protección “a diferencia del resto de acciones constitucionales no es en estricto sentido una acción popular, pues requiere la demostración del interés directo del demandante en el proceso donde se generó la providencia cuestionada.”¹⁵⁶

En definitiva, la legitimación activa para interponer la acción extraordinaria de protección puede ser por cualquier persona natural, persona jurídica o institución pública que haya sido parte en un proceso. Por otra parte y citando al Presidente de la Corte Constitucional Dr. Patricio Pazmiño Freire, la legitimación pasiva comprende “las sentencias, autos, resoluciones con fuerza de sentencia, firmes, definitivos y ejecutoriados provenientes de judicaturas, salas o tribunales en los que se hayan vulnerado por acción u omisión derechos constitucionales o debido proceso”.¹⁵⁷

2.9.2. Requisitos de la demanda

Tal como lo señala el artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional los requisitos que la demanda debe contener son los siguientes:

En primer lugar, se debe exponer la calidad en la que comparece la persona accionante. Es decir si comparece por sus propios derechos o en representación de una persona jurídica o institución, así como también la calidad que tuvo en el proceso objeto al cual esta interponiendo la acción extraordinaria de protección.

En según lugar, se debe dejar constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada¹⁵⁸. El auto o la sentencia ejecutoriada según el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano surten efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.

¹⁵⁵Código de Procedimiento Civil. Publicado en Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. [Art. 296.-La sentencia se ejecutoria: 1. Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal; 2. Por haberse desistido del recurso interpuesto; 3. Por haberse declarado desierto el recurso; 4. Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso; y, 5. Por haberse decidido la causa en última instancia.]

¹⁵⁶María Mercedes Lema. “La acción extraordinaria de protección: naturaleza, competencia y procedimiento”. *Óp. cit.*, p.134

¹⁵⁷Patricio Pazmiño Freire. *La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista*. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdfpp_p.4 (acceso: 17/11/2014).

¹⁵⁸Código de Procedimiento Civil. Publicado en Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio del 2005. [Art. 296.-La sentencia se ejecutoria: 1. Por no haberse recurrido de ella dentro del término legal; 2. Por haberse desistido del recurso interpuesto; 3. Por haberse declarado desierto el recurso; 4. Por haberse declarado abandonada la instancia o el recurso; y, 5. Por haberse decidido la causa en última instancia.]

En tercer lugar, se debe demostrar que se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.

En cuarto lugar y como no puede ser de otra manera por el fin de esta acción se debe señalar la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.

En quinto lugar, debe existir una identificación precisa del derecho constitucional vulnerado en la decisión judicial. Es importante en este punto determinar la relación causal del derecho vulnerado con el acto u omisión definitiva que se produjo por el órgano jurisdiccional.

Por último, si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa. En este punto es también indispensable identificar el nexo causal que desemboca en la vulneración concreta de los derechos constitucionales.

Por otra parte es también importante tomar en cuenta los requisitos generales que establece el artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como disposiciones comunes a todas las garantías jurisdiccionales:

Art. 10.- Contenido de la demanda de garantía.- La demanda, al menos, contendrá:

1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
 2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
 3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
 4. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
 5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere.
 6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.
 7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.
 8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.
- Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla.

De todos los requerimientos comunes para interponer las garantías jurisdiccionales hay un punto que no se aplica en la interposición de la acción extraordinaria de protección como es la solicitud de medidas cautelares, tema central de este estudio el cual detallaremos más adelante a profundidad. Debo aclarar así mismo que lo que se ataca en la demanda es la sentencia del órgano jurisdiccional que vulnero los derechos constitucionales de la parte afectada.

2.9.3. Procedimiento en la Admisión de la acción extraordinaria de protección

La etapa de admisión de la acción extraordinaria de protección se encuentra establecida en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Para comenzar la acción extraordinaria de protección será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; una vez que el órgano jurisdiccional reciba la demanda éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. La sala de admisión de la Corte Constitucional en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

En primer lugar, verificará 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; por lo mismo como vimos anteriormente es importante en la demanda establecer claramente el nexo causal entre el derecho violado y la acción u omisión de la autoridad jurisdiccional.

El siguiente requisito que verificará la sala de admisión de la Corte Constitucional es que el recurrente justifique con argumentos válidos, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión; es decir se debe explicar con evidencias como la violación del derecho constitucional acarrea el problema jurídico y la pretensión que se tiene.

En tercer lugar, el recurrente debe manifestar que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia sino también exponer todo el perjuicio que acarrea esa violación constitucional por parte de la judicatura, sala o tribunal.

La siguiente observación que realizará en la sala de admisión es que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley; ya que eso puede ser objeto de revisión ordinaria con la presentación del recurso de casación, y

la Corte Constitucional únicamente debe analizar la violación de un derecho constitucional que efectivamente genere un grave perjuicio a la parte accionante.

En quinto lugar, se revisará que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez; como explicamos anteriormente la acción extraordinaria de protección busca precautelar los derechos constitucionales que efectivamente se hayan vulnerado completamente, ya que este no es un proceso ordinario donde se puedan valor nuevos elementos probatorios, debido a que lo que realmente se determina es si las decisiones judiciales han observado la protección de los derechos constitucionales.

En sexto lugar, la sala de admisiones revisará que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que prescribe lo siguiente:

Art. 60.- Término para accionar.- El término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia.¹⁵⁹

El siguiente requerimiento que revisará la sala de admisiones es que la que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales, ya que la Corte Constitucional durante un proceso electoral no tiene competencia para conocer estas acciones. En virtud de la independencia que se le quiere conferir a los procesos electorales, de manera tal que no puedan ser atacados por vías ajenas a sus instituciones.

Por último, la sala de admisiones analizará 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. No puede pues además cualquier causa ser valorada por la Corte Contitucional, sino por el contrario una que se revista de trascendencia, por lo que resulta fundamental que aquello que se resuelva dentro de la acción extraordinaria de protección sea eficaz.

Por consiguiente, si la sala de admisiones declara admisible la demanda se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y

¹⁵⁹Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 60. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009.

remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión. Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión. Así mismo la Jueza o el juez ponente, o el Pleno de la Corte Constitucional podrán solicitar informe de parte de “la jueza o juez de instancia donde presuntamente se produjo la vulneración del derecho”.¹⁶⁰ Informe que los jueces obligatoriamente deberán remitir a la Corte Constitucional al ser esta el máximo órgano de control constitucional.

Pero si la sala declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación.

Una vez que hemos revisado todas las premisas que la sala de admisiones de la Corte Constitucional revisa al momento de admitir o no una acción extraordinaria de protección es importante mencionar que la admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción, ya que existe una prohibición expresa en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sobre los requisitos para que procedan las medidas cautelares donde establece que “[...] No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”.¹⁶¹ Persistiendo por lo tanto la vulneración de los derechos constitucionales y preservando la violación, afectando la eficacia de esta acción como se verificará más adelante y en los siguientes capítulos.

2.9.4. Sentencia

La Corte Constitucional, órgano responsable de conocer y resolver la acción extraordinaria de protección, con fundamento en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determinará si en la sentencia se han vulnerado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.

Para resolver la acción extraordinaria de protección la Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente. La sentencia

¹⁶⁰Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional. Artículo 37. Registro Oficial Suplemento No. 127 de 10 de febrero de 2010.

¹⁶¹Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción.

Para el presidente de la Corte Constitucional la sentencia de esta acción extraordinaria de protección puede:

- 1) Dejar sin efecto la sentencia impugnada, aceptando total o parcialmente la demanda.
- 2) Disponer que se retrotraiga el proceso a un momento procesal donde se produjo la vulneración de derechos reclamada.
- 3) Disponer que el juez a quo diferente al que emitió la decisión judicial objeto de la acción, proceda a dictar una nueva en respecto a los derechos constitucionales y debido proceso.¹⁶²

En definitiva, la acción extraordinaria de protección de lo que hemos analizado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es un proceso extraordinario que busca “proteger” los derechos constitucionales de las personas vulnerados por acciones y omisiones por parte de los administradores de justicia.

2.10. Problemas de eficacia de la acción extraordinaria de protección

El jurista Guillermo Cabanellas define a eficacia como el “resultado adecuado; éxito de un procedimiento, sistema, medio o recurso”.¹⁶³ Por otra parte manifiesta que la eficacia del orden jurídico:

Consiste en el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden. Pero también puede considerarse la eficacia del orden jurídico en relación con la efectiva aplicación de las sanciones por los órganos encargados de aplicarlas, en los casos en que se transgrede el orden vigente. La importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico sólo es válido cuando es eficaz; el orden jurídico que no se aplica deja de ser tal, extremo que se evidencia en el reconocimiento que de los distintos órdenes hace el Derecho Internacional.¹⁶⁴

Con relación a la definición de eficacia del orden jurídico que realiza Guillermo Cabanellas me parece relevante en su definición cuando manifiesta que “un orden jurídico sólo es válido cuando es eficaz”,¹⁶⁵ si analizamos la definición de eficaz podemos

¹⁶²Patricio Pazmiño Freire. *La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista*. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdfpp_p.4 (acceso: 17/11/2014)

¹⁶³Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Óp. cit., p. 32.

¹⁶⁴*Id.*, p.180.

¹⁶⁵*Ibid.*

observar que un ordenamiento o institución es eficaz cuando es “propio, adecuado o efectivo para un fin”.¹⁶⁶

Según el propio presidente de la Corte Constitucional Patricio Pazmiño en su artículo académico “La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista” menciona en un capítulo que existen varios problemas de eficacia en la Acción Extraordinaria de Protección. En primer lugar, existen problemas conceptuales sobre el fin de esta acción pensando erróneamente que es un recurso adicional u otra instancia y no que es un proceso diferente como menciona el Presidente de la Corte Constitucional “[u]n recurso siempre estará dentro de un proceso, sin embargo una acción sólo inicia un nuevo proceso”.¹⁶⁷

En segundo lugar, existen problemas estructurales donde se refiere que uno de los efectos que se consiguen con la acción extraordinaria de protección, es “verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional. Consecuentemente, si la Corte hallare tal violación, deberá declararla en sentencia y adoptar medidas para su reparación integral”.¹⁶⁸

Por último, Pazmiño manifiesta los problemas en la práctica refiriéndose expresamente a la parte procesal detallada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en específico su artículo 62 que trata sobre el procedimiento de admisión de la acción donde menciona que “la ley no determina de manera expresa que es lo que el juez debe hacer para continuar con la ejecución de la sentencia, toda vez que la acción extraordinaria de protección no detiene el proceso o causa”.¹⁶⁹

Al respecto manifiesta que se abre una interrogante sobre la obligación ya que la judicatura al tener que remitir el expediente original a la Corte Constitucional tendrá como reacción la suspensión de la competencia hasta que reciban de nuevo el proceso.

Esto está ocasionando problemas en la práctica pues los jueces no han comprendido que su competencia no está suspendida, aunque está en el ambiente y en la mente del juez la pregunta ¿qué pasa si la Corte le concede la acción extraordinaria? Pues esa es una interrogante que oportunamente la Corte deberá resolver por medio de su jurisprudencia, mas no configura un problema del juez a *qua*. El inciso tercero del numeral 8 del artículo en análisis establece que “/a admisión de la acción no suspende los efectos del auto o

¹⁶⁶*Id.*, p. 32.

¹⁶⁷*Ibid.*

¹⁶⁸Patricio Pazmiño Freire. *La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista*. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdfpp_p.4 (acceso: 17/11/2014).

¹⁶⁹*Ibid.*

sentencia objeto de la acción"; cuando debió referirse a que la presentación de la acción no suspende los efectos de la providencia accionada y decir de manera contundente que el juez ejecutor del auto o sentencia materia de la acción extraordinaria, seguirá sustanciando con copias certificadas del proceso o en su defecto remitir las copias certificadas a la Corte Constitucional.¹⁷⁰

En relación a los problemas de eficacia mencionados por Patricio Pazmiño, podemos afirmar que en realidad existen estos problemas y muchos más que no son objeto de este trabajo. Conocemos que existen problemas en la práctica pero no coincido con su solución a los problemas de eficacia que la acción extraordinaria de protección actualmente tiene.

De este modo, Patricio Pazmiño acierta cuando menciona que la acción extraordinaria de protección tiene como presupuesto de base “el hecho de que las personas acudieron a la justicia ordinaria para reclamar la violación de sus derechos o que dentro del trámite del proceso se violaron los mismos, sin que dicha vía haya resultado efectiva para garantizarle el derecho a la tutela judicial”.¹⁷¹ Por lo tanto, se acercan a la vía constitucional en otro proceso totalmente diferente que por lo tanto no es un recurso y que no se puede interponer como una cuarta instancia.

Debido a la errónea interpretación y conocimiento sobre esta acción por parte de los abogados, la mayoría de las demandas de acción extraordinaria de protección son inadmitidas en la Corte Constitucional. A manera de ejemplo, en el periodo comprendiendo entre el 06 de noviembre de 2012 y el 30 de septiembre de 2013 la sala de admisión admitió 505 casos de 2616 es decir el 19, 3% de las demandas son admitidas.¹⁷²

No obstante, al parecer el problema que existe por el desconocimiento del uso de esta acción extraordinaria de protección no solo se encuentra en los abogados, sino que también en los legisladores quienes probablemente para manifestar que la acción extraordinaria de protección no es una “cuarta instancia” erróneamente incorporaron en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dentro del artículo 27 sobre los requisitos para que procedan las medidas cautelares, que estas “[n]o procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias,

¹⁷⁰*Ibíd.*

¹⁷¹*Ibíd.*

¹⁷²Corte Constitucional. *Informe de Gestión.* Periodo 2012-2013. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/informe_2013.pdf. (acceso: 17/12/2014)

cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”.¹⁷³

Como manifiesta Patricio Pazmiño los jueces en muchas ocasiones no saben qué hacer cuando se ha interpuesto una acción de protección si al entregar todo el proceso se suspende la ejecución o si debe seguirse con la ejecución de la sentencia así sea con una copia certificada del proceso, si bien es cierto el artículo 62 inciso tercero del numeral 8 establece que “*la admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción*”¹⁷⁴(énfasis añadido). Una vez que la acción es aceptada se debería poder interponer cualquier tipo de medida cautelar entre ellas la suspensión de la ejecución de la sentencia para precautar los derechos constitucionales violados por la acción u omisión del órgano jurisdiccional.

Si la acción extraordinaria de protección es un proceso totalmente aparte del proceso que vulnera los derechos constitucionales anteriores, este nuevo proceso debería tener íntegramente todas sus características y medidas que buscan la eficacia de su objeto que es precautar los derechos constitucionales vulnerados por acciones u omisiones de los órganos jurisdiccionales el artículo 27 al prohibir expresamente la interposición de medidas cautelares no genera más que la ineficacia de la acción pues con la ejecución de la sentencia se estaría vulnerando efectivamente los derechos y perdurando por más tiempo la vulneración de los mismos eliminando a la acción las características de independiente, excepcional, extraordinaria y eficaz.

2.11. Medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección

Las medidas cautelares como afirma Calamandrei son “necesarias para evitar que la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal y una vana ostentación de lentos artificios destinados, como la guardia en la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde”.¹⁷⁵ Por otra parte el doctrinario Rocco en su libro tratado de derecho procesal civil sostiene que la acción cautelar no es más:

[q]ue una acción tendiente a obtener una resolución, llamada cautelar, que al conservar el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho

¹⁷³Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009.

¹⁷⁴Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009

¹⁷⁵Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimento cautelari*, Padua. 1936. Citado en Verónica Jaramillo Huilcapi. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 63.

y jurídica, incierta y controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras esté pendiente un proceso en previsión de proceso futuro.¹⁷⁶

La finalidad de las medidas cautelares como prescribe el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución, uno de los objetivos principales de las medidas cautelares por lo tanto será la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación y la suspensión provisional del acto. Al no poder interponer medidas cautelares en una acción extraordinaria de protección dentro de un proceso laboral la ejecución de la sentencia es inminente y podrías obtener este vacío legal el cual sustento a continuación con un ejemplo empírico.

En el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

Como podemos ver hasta el momento el artículo 27 reconoce que las medidas cautelares se podrán interponer siempre que la jueza o juez constitucional tengan conocimiento de un inminente violación de un derecho constitucional pero limita la interposición de estas medidas cuando determina que estas, no procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.

El legislador en esta parte no solo viola la finalidad de las medidas cautelares que son evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución sino que también viola la finalidad de la acción extraordinaria de protección que es el de garantizar los derechos constitucionales vulnerados por acciones u omisiones de cualquier órgano jurisdiccional y consecuentemente convierte a esta acción en una acción ineficaz en la búsqueda de precautelar los derechos constitucionales violados en un proceso laboral.

¹⁷⁶Ugo Rocco. *Tratado de derecho procesal civil*. Citado en Roberto Villareal. *Medidas Cautelares Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, p.149.

2.12. La Constitución versus la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales

Como vimos anteriormente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 27 establece que las medidas cautelares no procederán cuando se “interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”¹⁷⁷, contraviniendo expresamente el artículo 87 de la Constitución el cual establece que “[s]e podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.¹⁷⁸

Este problema creado por el legislador al emanar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puede ser resuelto por la inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el cual evidentemente viola el régimen constitucional al irse en contra de una norma expresamente establecida en la Constitución, en el capítulo siguiente se analizará la importancia de las medidas cautelares en las acciones, los recursos que buscan precautelar los derechos de los ciudadanos y la ineficacia de los mismos si no se pueden interponer dichas medidas.

3. Capítulo 3 Medidas Cautelares

3.1. Concepto

El profesor Agustín Grijalva manifiesta que “[l]as medidas cautelares son medidas urgentes y provisionales orientadas a evitar o cesar el daño resultante de la violación de un derecho constitucional”,¹⁷⁹ es decir su finalidad deriva siempre en la existencia de un peligro de daño inminente el cual debe ser frenado de manera urgente y provisional hasta que exista la emisión de una decisión definitiva.

Por su parte, para el autor Rocco, la interposición de medidas cautelares también conocidas como acción cautelar “no es más que una acción tendiente a obtener una resolución, llamada cautelar”¹⁸⁰ la cual tiene como fin:

¹⁷⁷Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009.

¹⁷⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹⁷⁹Agustín Grijalva. “La acción extraordinaria de protección”. *Óp., cit.*, p.673.

¹⁸⁰Ugo Rocco. Tratado de Derecho procesal civil, V, p, 89. Citado en Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares*. Ediciones Jurídicas Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998., p. 23.

Conservar el estado de hecho y de derecho, determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta y controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso en previsión de un proceso futuro.¹⁸¹

En relación a la definición expuesta se puede mencionar que las medidas cautelares buscan obtener una resolución por parte de un órgano competente que frene de manera urgente y provisional las posibles vulneraciones de derecho. Esta medida es provisional por que solo estará vigente durante el tiempo que dure el proceso en previsión o el proceso futuro que se piensa plantear por la afectación objetiva que ha existido hacia el titular de la acción cautelar.

De esta manera las medidas cautelares son, como menciona la profesora Verónica Jaramillo, “instituciones que emergen del Derecho procesal”¹⁸². Para el doctrinario Enrique Vescovi se puede definir a las medidas cautelares “como instrumentos de carácter provisional e informal que surgen del peligro de un daño jurídico y tienen por objeto evitar, impedir o hacer cesar la transgresión de un derecho reconocido”.¹⁸³

Por consiguiente estas instituciones que emergen del Derecho Procesal Civil son de vital importancia dentro de los procesos judiciales y dentro de las garantías de derechos de los ciudadanos pues permiten que los afectados de manera urgente puedan solicitar que por vía sumaria, se suspenda la vulneración o la posible vulneración de derechos fundamentales.

Por otra parte, el doctrinario García de Enterría define a la solicitud de medidas cautelares en el Derecho Administrativo de la siguiente manera “[l]a acción interdictal no pretende resolver el problema litigioso de fondo, sino exclusivamente, mantener la situación provisional existente en un momento dado hasta tanto se resuelva sobre la titularidad del derecho en litigio en el juicio declarativo correspondiente”.¹⁸⁴

Para resumir, y como afirma Calamandreilas medidas cautelares son “necesarias para evitar que la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal y una vana

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Verónica Jaramillo Huilcapi. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Óp., cit.*, p. 116.

¹⁸³ Augusto Mario Morello, y Enrique Vescovi, *Medidas Provisionales y Medidas cautelares*. Citados en Verónica Jaramillo Huilcapi. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Óp, cit.*, p.149.

¹⁸⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. *Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas*, 2008, p.803.

ostentación de lentos artificios destinados, como la guardia en la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde”.¹⁸⁵

3.2. Antecedentes

Las medidas cautelares son una institución de larga data que aparecen en Roma con los llamados “interdictos posesorios”, esta antigua institución es susceptible de comparación con las medidas cautelares actuales. Los interdictos u órdenes del juez o magistrado disponían la prohibición de alterar una situación controvertida, pero igualmente y con posterioridad se pueden decretar otras acciones. Justamente como una medida que permita garantizar la eficacia de las decisiones que se dicten dentro de los procesos.

Del mismo modo, en Roma existía otra institución nombrada como la “manusiniectio”, en esta institución un individuo al contraer una obligación comprometía su persona. Por lo tanto se otorgaba al acreedor un derecho de dominio sobre el deudor en caso de que éste incumpliese con su obligación. Esta medida básicamente es “la aprehensión material que el acreedor o ejecutor hace de su deudor o de su ejecutado, esto recae sobre la persona del deudo, cuando ha sido condenado al pago de una cantidad determinada y no puede cumplirse sobre los bienes del deudor”.¹⁸⁶ Más adelante esta institución evoluciona y se crea la “Pignoris Capio”, la cual se encuentra presente hasta la actualidad. Esta nueva figura cambia la aprehensión personal, es decir en vez de tomar al deudor, ahora toma los bienes del deudor en garantía del crédito constituyéndose entonces una aprehensión material.

En Roma al fundamentarse el sistema jurídico en la llamada “legisaction”, la cual implicaba entre otras cosas que para la práctica de una medida cautelar no era necesario el interés particular, sino exclusivamente se tenía que reconocer el derecho quebrantado mediante declaración judicial.

Posteriormente estas medidas cautelares que surgieron en Roma fueron adoptadas en España en las Siete Partidas donde ya se trata sobre el secuestro de bienes como medida cautelar. A su vez en nuestro país las medidas cautelares están presentes en varios cuerpos legales entre ellos el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, Código de Trabajo, etc.

¹⁸⁵Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimento cautelare*, Padua. 1936, p. 144. Citado en Verónica Jaramillo Huilcapi. *Las Garantías Jurisdiccionales*. *Óp., cit.*, p.152.

¹⁸⁶José García Falconí. *Las Medidas Cautelares en Materia Civil*. Quito: Rodin, 2008., p.43.

Como hemos visto las medidas cautelares son una vieja institución jurídica, fueron conocidas y desarrolladas en el Derecho Procesal Civil y en el Derecho Procesal Penal: pero, entre nosotros, actualmente, se representan en forma novedosa dentro del Derecho Procesal Constitucional, tema fundamental de esta tesis y las cuales veremos más adelante en este capítulo.

3.3. Naturaleza Jurídica de las medidas cautelares y presupuesto de adopción

Básicamente las medidas cautelares son instituciones procesales de garantía de derecho las cuales son accesorias a un proceso o pretensión principal. Como menciona Jorge Fábrega “las medidas cautelares son jurisdiccionales, y su finalidad es evitar que se frustrate un proceso, concretamente para lograr la efectividad de la ejecución de la sentencia”.¹⁸⁷

La función cautelar es complementaria de la pretensión jurisdiccional. Se trata, así, de una tutela que tiene por finalidad asegurar o garantizar los resultados del proceso ante los peligros que entraña la duración del proceso: el “periculum in mora”. La cautela es como un puente entre la cognición y la ejecución. Como agrega Rocco, el proceso cautelar se introduce como “tertiumgenus” de proceso contencioso, junto a las otras dos formas de proceso, y es contencioso porque su presupuesto es el litigio; y es diferente porque su finalidad no es la declaración de certeza de la relación jurídica.¹⁸⁸

De esta manera la “tutela cautelar es un instrumento indispensable para la satisfacción de los intereses jurídicos”.¹⁸⁹ Es indispensable pues garantiza no solo los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que también garantiza la ejecución de la sentencia y su eficacia; además podemos decir que así como esta institución es necesaria también resulta complicada para el juzgador ya que “[l]as dificultades del juicio cautelar derivan de la necesidad de otorgar con urgencia la protección de unos derechos sobre los que todavía no se sabe si son tales”.¹⁹⁰ Pero que por su relevancia buscan ser garantizados incluso antes de que se declare de manera tal que una probable resolución afirmativa sea ejecutable, ya que de lo contrario se corre el riesgo de que desaparezca el objeto tutelado por los derechos antes de que se resuelva la acción que los garantiza.

Por consiguiente las medidas cautelares no buscan una resolución concreta y específica del contenido principal por el cual se solicitan puesto que su único objetivo se

¹⁸⁷Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares*. Óp., cit., p. 29.

¹⁸⁸*Id.*, p. 30.

¹⁸⁹*Id.*, p. 31.

¹⁹⁰Miguel Ángel Montañés. *Las Medidas Cautelares en los Procesos Constitucionales*. Citado en Pablo Pérez Tremps. “La admisión en los procesos constitucionales”. *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005, p.97.

dirige a proteger al actor de estas medidas de un grave daño, independientemente de la resolución que se tome en el futuro. Por lo mismo si en la resolución final se llega a otra conclusión no importa ya que la pretensión de las medidas sea diferente a la acción principal pudiendo estas medidas levantarse en cualquier momento.

Debido a la naturaleza propia y peculiar de las medidas cautelares estas tiene varios presupuestos de adopción como son *Periculum in mora* y *lafomusbonis iuris*. A continuación veremos estos presupuestos de adopción que se vinculan con la naturaleza de las medidas cautelares:

Periculum in mora: la doctrina considera como *periculum in mora* al daño que pueda sobrevenir por razón de la lentitud del proceso. Es decir el *periculum in mora* es el peligro que existe durante la tramitación de un proceso hasta que llegue a su resolución definitiva. En consecuencia, Rocco explica que el peligro es considerado como posibilidad de un daño, en otras palabras es “la potencia o la idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de pérdida o disminución de un bien, o el sacrificio o la restricción de un interés jurídico, para tomar, aun de oficio, providencias provisionales de prevención, en el carácter de prejudiciales”¹⁹¹, por lo tanto las medidas cautelares se dirigen a evitar la posibilidad de que este peligro de daño ocurra o pueda ocurrir.

En consecuencia, podemos afinar que el *periculum in mora* como presupuesto de las medidas cautelares busca evitar como menciona el profesor Jorge Fábrega que “la lentitud del procedimiento que pueda dar lugar a estas contingencias, se contrarreste con las medidas cautelares, ya que pueden ocurrir actos [...] que desmejoren, reduzcan o extingan el bien o su valor”.¹⁹² Es decir, este presupuesto se adelanta a los probables y reales perjuicios que pueden existir dentro de un proceso de mayor duración para frenar esta afectación. Del mismo modo, como vimos con anterioridad en España la Ley Orgánica Tribunal Constitucional expresamente señala que para los procesos de amparo procede la suspensión cautelar “cuando la ejecución hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad”.¹⁹³

Fomusbonis iuris: este presupuesto literalmente se lo traduce como “humo de buen derecho” o también como la apariencia de buen derecho; se basa en que la parte que solicita alguna medida cautelar “aporte al solicitarse la medida una prueba sumaria-a

¹⁹¹Ugo Rocco. Citado en Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares. Óp. cit.*, p. 39.

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³Ley Orgánica Tribunal Constitucional de España. Artículo 56. Mayo de 2007.

veces indiciaria- del derecho que se espera obtener mediante la tutela cautelar, esto es, *fumusboni iuris*, una apariencia de derecho”.¹⁹⁴ Este presupuesto se aplica solo en reducidos casos, ya que no se puede acreditar en todos los procesos que se solicita medidas cautelares, debido a que podría sobrevenir un grave daño si no se aplican las medidas cautelares. Al respecto Jorge Fábrega manifiesta que no se “requiere un acreditamiento pleno, porque entonces como señala Calamandrei, sobraría el proceso principal”.¹⁹⁵

Por lo tanto, el presupuesto *Fomusbonis iuris*, se aplica en reducidos casos. Así, en lo que respecta a la ley española, el artículo 56 de la Ley Orgánica Tribunal Constitucional español no menciona como criterio que haya que tomarse en consideración a la hora de realizar el juicio ponderativo que toda decisión cautelar implica, lo cual pueda explicarse, como manifiesta Chinchilla Marín, “por la naturaleza extraordinaria y subsidiaria del recurso de amparo”.¹⁹⁶

Una vez que se analizado los presupuestos que se establecen para las medidas cautelares debido a su naturaleza, es importante puntualizar las características especiales que las medidas cautelares tienen.

3.4. Características

Las medidas cautelares presentan las siguientes características únicas tales como gravedad, urgencia, instrumentalidad, daño inminente, independencia, provisorias, homogeneidad y mutabilidad, y por último *inaudita pars*. A continuación veremos cada uno de las características por separado.

Gravedad: El Estado para permitir la concesión o adopción de medidas cautelares, requiere que la amenaza o presunta violación de un derecho, sea grave, producto de lo cual se puede generar daños irreversibles. Para el tratadista Sergio García Ramírez la gravedad constituyen los “hechos o situaciones que pongan en peligro derechos humanos fundamentales, es decir aquellos que bajo ningún concepto pueden verse menoscabados o limitados en su ejercicio ni siquiera en situaciones de emergencia constitucional”.¹⁹⁷

¹⁹⁴Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares*. Óp. cit., p. 39.

¹⁹⁵*Ibid.*

¹⁹⁶Carmen Chinchilla Marín. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, pp. 888-892 Citado en Pablo Pérez Tremps. “La admisión en los procesos constitucionales”. Óp., cit., p.116.

¹⁹⁷ Verónica Jaramillo Huilcapi. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Óp. cit., p.119.

En relación a la característica de la gravedad de la situación podemos definir a esta característica como una forma de apreciar aquella situación que de modo real amenaza con vulnerar no solo derechos constitucionales sino también derechos humanos fundamentales, por lo tanto los jueces deben hacer un ejercicio de métodos de interpretación, para establecer el presupuesto de la gravedad.

Urgencia: Otra de las características que presenta las medidas cautelares es la urgencia para la concesión y adopción de aquellas medidas, lo que se pretende “es que el juez valore las circunstancias y las consecuencias, que devendrían, merced al tiempo de espera hasta que se dicte una sentencia definitiva que declare la violación de un derecho”.¹⁹⁸ Por lo tanto esta característica está estrechamente vinculada a la gravedad ya que si es grave se vuelve imposible esperar la decisión final, por esta razón es apremiante que los jueces dispongan la adopción de acciones para precautelar los derechos de los ciudadanos.

Instrumentales: las medidas cautelares son instrumentos de carácter provisional e informal que como mencionamos anteriormente surgen por la gravedad de un hecho que pueda amenazar o violar un derecho. Cumpliendo con su propósito garantista, tienen por objeto “evitar, impedir o hacer cesar la transgresión de un derecho reconocido por la Constitución o los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos”¹⁹⁹. Por lo tanto, estas medidas no buscan por sí mismo la determinación de un derecho, sino que buscan proteger un derecho, así como también asegurar otro proceso previniendo la eficacia y ejecución de esta resolución. En relación, la instrumentalidad afirma Jorge Fábrega consiste en “la relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre fondo y que la medida cautelar es un medio al servicio de la función jurisdiccional: es un instrumento del instrumento que es el proceso”.²⁰⁰

Daño Inminente: la inminencia es un hecho que además de estar próximo a suceder se puede presumir que este hecho puede acontecer. En las medidas cautelares este hecho inminente supone un peligro real y concreto; al respecto el doctrinario Ferucio Tommasseo manifiesta:

La referencia a la inminencia del perjuicio significa que el temor de daño no debe estar ligado a eventos todavía lejanos en el tiempo, sino como ha sido dicho, “interés con cercana probabilidad (...) Sin embargo, el adjetivo “inminente” no es atribuido solamente

¹⁹⁸ *Id.*, p.120.

¹⁹⁹ *Id.*, p.117 .

²⁰⁰ Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares. Óp., cit*, p. 41.

a eventos de cualquier forma futuros, sino vale también como sinónimo de “apremiante” o de “inaplazable”: es inminente, en consecuencia, también un perjuicio actual al cual sea urgente ponerle remedio (...)”.²⁰¹

Por consiguiente, para la concesión y adopción de las medidas cautelares es preponderante que el juzgador aprecie que el daño inminente no es el que ya se ha producido previamente y por el cual versa la pretensión principal, sino que es una consecuencia relacionada a la vulneración ya producida y que va a suceder un daño futuro siendo este un efecto real y concreto del daño existente. En relación la profesora Verónica Jaramillo Huilcapi menciona que el daño inminente:

Implica y exige que se establezca objetivamente el cúmulo de elementos futuros dañosos, y que tal expectativa no sea exclusivamente por la apreciación subjetiva o a priori, o por un temor genérico sino porque en una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular que presta servicios públicos, se produzcan manifestaciones reales convincentes de que, se está por afectar gravemente a un derecho reconocido por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos.²⁰²

Independencia: A pesar de su carácter instrumental, las medidas cautelares en cuanto a su objetivo son autónomas e independientes, para el profesor Jorge Fábrega “[e]sta autonomía se refiere al objeto de la pretensión más no cuanto a la estructura del proceso”.²⁰³ En relación a la autonomía, el autor Allorio en su ensayo titulado “Per nozione del proceso cautelare”, explica la independencia del proceso cautelar y de la acción cautelar afirmándose en los siguientes motivos:

1. El ejercicio de la acción cautelar no es contemporánea del derecho principal. Es viable que se ejercite la acción cautelar, antes de que el derecho principal sea sometido a proceso.
2. A quien ejerce la acción cautelar no se le puede oponer la inexistencia del derecho principal.
3. La oposición a la medida cautelar se funda principalmente en la falta de uno de los presupuestos propios y específicos, independientes del derecho principal.²⁰⁴

Provisorio o limitado: Las medidas cautelares tienen una característica de provisorios o limitadas en la duración de sus efectos, debido a la subordinación que estas medidas tienen con la pretensión principal. Como explica Calamandrei no es temporal porque:

Temporal es simplemente, lo que no dura siempre: lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; provisorias en cambio, lo

²⁰¹Tommaseo, Ferucio. Citado en Verónica Jaramillo Huilcapi. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Óp., cit., p.121.*

²⁰²Verónica Jaramillo Huilcapi. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Óp., cit., p. 122.*

²⁰³Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares. Óp., cit., p. 44.*

²⁰⁴Allorio. Per nozione del proceso cautelare. Citado en Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares. Óp., cit., p.44.*

que está destinado a durar hasta tanto que sobrevengan un evento sucesivo, en vista y espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino, ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede en el evento esperado.²⁰⁵

En este sentido podemos decir que es provisorio porque las medidas cautelares están vigentes hasta que se extingan o modifiquen o se resuelva la pretensión principal.

Homogeneidad y Mutabilidad: Como hemos visto con anterioridad las medidas cautelares están orientadas a asegurar la ejecución, la Homogeneidad por lo tanto existe entre la medida cautelar y la ejecución el catedrático Jorge Fábrega al respecto manifiesta que “[l]a medida cautelar asegura la ejecución más que la propia cognición. En la cautela ha de existir una convergencia, una correlación, entre la ejecución; de otra suerte, no la asegura”. Por otra parte conocemos que la resolución que decreta la medida cautelar no es inmutable, en concordancia esta puede ser modificada en cualquier etapa del proceso eliminándose o sustituyéndose la medida.

Inaudita pars: Por último, el proceso cautelar se substancia *In oida parte*, esto quiere decir que solo la parte que solicita la medida cautelar conoce de la interposición de dicha acción, hasta que esta sea aceptada y se corra traslado a la otra parte para que conozca de la medida cautelar. Una vez que la medida cautelar es dictada y conocida por la otra parte puede ser impugnada; debido a que este es un proceso el cual se lleva sin contradicción se ha discutido en varios ordenamientos su legalidad. Al respecto se ha llegado a establecer que la oportunidad de impugnación posterior satisface el debido proceso y que es una ponderación entre principios constitucionales de igual jerarquía, siendo el fin de las medidas cautelares buscar la efectividad del proceso.

Una vez que se analizó las características generales de las medidas cautelares, las cuáles permiten entender su alcance y objeto es preciso en este momento definir el objeto general y los diferentes tipos de medidas cautelares que existen en nuestra legislación.

3.5. Objeto general de las medidas cautelares

Luego de haber definido y detallado el concepto, la naturaleza, los antecedentes, y las características de las medidas cautelares es necesario precisar el objeto de las medidas cautelares. Así, en forma simple podemos decir que su fin es crear un estado jurídico que

²⁰⁵Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Citado en Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares. Óp., cit.*, p. 36.

garantice provisionalmente los derechos que pudieran vulnerarse si no se aplicasen estas medidas.

Al respecto Carnelutti manifiesta de manera sencilla que el objeto de las medidas cautelares se trata simplemente de “crear un estado jurídico provisional que dura hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo”.²⁰⁶ Por otra parte el tratadista Coutere manifiesta que con las medidas cautelares “se procura en vía meramente preventiva y mediante un conocimiento preliminar el aseguramiento de los bienes o de las situaciones que de hecho serán motivo de un proceso ulterior”.²⁰⁷

De este modo, podemos decir que las medidas cautelares tienen tres objetivos básicos dentro del sistema jurídico que son la necesidad de impedir, eliminar o anticipar el cambio probable o posible de una situación. En este sentido, el autor José García Falconí manifiesta que “el fin último de las medidas cautelares, es asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento”.²⁰⁸

Por esta razón las medidas cautelares por sí mismas no tendrían razón de ser pero conjuntamente con otra pretensión cumple la finalidad de garantizar los derechos, dando así a las resoluciones judiciales el respeto y eficacia que se merecen asegurando el resultado práctico de las sentencias que deben recaer en los procesos. Podemos resumir así que:

Su fundamento es el peligro de daño al que están expuestos los ciudadanos con ciertas actuaciones judiciales; como es conocido todo proceso judicial dura mucho tiempo en su trámite y es posible que durante él ocurran hechos que hacen imposible el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia definitiva; y así Calamandrei dice que para evitar el daño producido por la inobservancia que el derecho resulta agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional, está pre ordenada precisamente la actividad cautelar, la cual mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisionalmente sus previsibles efectos o sea que está destinada a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra.²⁰⁹

3.6. Tipos de medidas cautelares

Existen varias clasificaciones de las medidas cautelares dependiendo de los autores, de forma general se puede hablar por lo tanto de una primera clasificación de medidas cautelares que tiene dos categorías medidas sobre personas y medidas sobre bienes; una

²⁰⁶ José García Falconí. *Las Medidas Cautelares en Materia Civil. Óp. cit.*, p. 47.

²⁰⁷ *Id.*, p. 48.

²⁰⁸ *Id.*, p. 50.

²⁰⁹ *Id.*, p. 59.

segunda clasificación igualmente con dos categorías divide a medidas cautelares en generales y especiales; y una tercera clasificación que divide en tres categorías a las medidas cautelares pudiendo ser estas personales o reales, conservativas o innovativas y nominadas o innominadas a continuación veremos las tres clasificaciones con sus diferentes categorías.

La primera clasificación realiza dos categorías de medidas cautelares, la primera sobre bienes y la segunda sobre personas al respecto el doctrinario Jorge Fábrega realiza una clasificación de las principales medidas cautelares previstas en nuestra legislación:

- a. Sobre bienes
 - Secuestro
 - Suspensión de operaciones
 - Anotación de la demanda en el registro público
 - Aseguramiento de bienes hereditarios
- b. Sobre personas
 - suspensión de operaciones
 - desapoderamiento en los proceso de quiebra y de concurso
 - .prohibición del quebrado de ausentarse de su domicilio ²¹⁰

Respecto a la segunda clasificación que divide a las medidas cautelares en generales y especiales, José García Falconí manifiesta que dentro de las medidas cautelares generales tenemos “la intervención y administración judiciales, las anotaciones preventivas como inscribir la demanda, prohibición de enajenar etc”.²¹¹ Por otra parte, y refiriéndose a las garantías especiales establece que estas son las “relativas a las cuestiones de estado de familia y, las medidas cautelares en los procesos universales, interdicción por demencia etc”.²¹²

En cuanto a la tercera clasificación que divide a su veza las medidas cautelares en tres categorías tenemos que: la primera categoría en *medidas cautelares personales o reales*, según recaigan sobre bienes o personas como ya hemos visto en la primera clasificación.

La segunda categoría de *conservativas e innovativas* es asumida como una clasificación que estudiada junto a las medidas conservativas, Calamendrei manifiesta que “tratan de evitar u obstaculizar una modificación de la situación preexistente que impida u obstaculice la ejecución”²¹³, por otra parte mediante las medidas

²¹⁰*Id.*, p. 27

²¹¹*Id.*, p. 56

²¹²*Id.*, p. 56

²¹³Calamandrei, *Introduzioneallostudiosistematicodeiprovvedimenticautelari*. Citado en Jorge Fábrega. *Medidas Cautelares. Op., cit.,p.* 36.

innovativas menciona que “se dirigen a obtener una modificación en el estado de las cosas, cuando ello es necesario para asegurar la eficacia práctica de la sentencia”.²¹⁴ Es decir según tiendan a mantener o a modificar el estado de las cosas anterior al proceso principal.

Por último, la tercera categoría sobre las *medidas cautelares innominadas* puede significar “una medida específica que el juzgador puede decretar a un poder genérico del juzgador para decretar las medidas pertinentes con el fin de asegurar las condiciones necesarias para la ejecución de la futura y probable sentencia en el proceso principal”.²¹⁵

Para efectos de este trabajo puede clasificarse a las medidas generales como dos, las cuales por norma general serían las medidas para asegurar el resultado de una sentencia con respecto a bienes y las medidas para asegurar el resultado de una sentencia con respecto a las personas. Al respecto José García Falconí claramente establece sus diferencias, en primer lugar están “[l]as medidas para asegurar bienes; y, entre estas las que tienden a asegurar la ejecución forzada: embargo, secuestro, etc.; de las que persiguen mantener un status que respecto de bienes o cosas, como: prohibición de enajenar, inscripción de la demanda etc”.²¹⁶ Por otra parte las medidas para asegurar personas serían las “que pueden a su vez tener por objeto la guarda provisional de aquellos y la satisfacción de sus necesidades urgentes”.²¹⁷

3.7. Las medidas cautelares en el proceso laboral

Como se estudió anteriormente podemos encontrar varios tipos de medidas cautelares en los diferentes cuerpos normativos del Ecuador como en el Código Civil o el Código de Procedimiento Civil, pero en materia laboral también se han establecido ciertas medidas cautelares las cuales podemos encontrar incorporadas dentro del Código de Trabajo.

Como ya he definido el Derecho Laboral es aquel que tiene por finalidad regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y su relación con el Estado, así la Constitución del Ecuador en su artículo 33 garantiza que “el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Id.*, p.57

²¹⁷ *Ibid.*

economía (...)”²¹⁸. Este derecho que se encuentra incorporado dentro del capítulo segundo sobre los Derechos del buen vivir es de suma importancia para el fin del ser humano y del Estado, también es consagrado en el capítulo sexto sobre los Derechos de libertad específicamente en el artículo 66 de la Constitución.²¹⁹

En el mismo sentido garantista la Constitución en su artículo 326 numeral 3 establece que en “[e]n caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”.²²⁰ Prescribiendo expresamente y de rango constitucional el principio *In dubio pro operario* el Código de Trabajo en su artículo 7 igualmente tipifica este principio y prescribe que “[e]n caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores”.²²¹

Como se ha declarado en este capítulo y en los anteriores capítulos los derechos de los trabajadores son de suma importancia para la legislación ecuatoriana, refiriéndonos a las medidas cautelares el Código de Trabajo debido a la importancia que tienen los derechos laborales en su artículo 594 prescribe sobre las medidas precautelatorias aplicables en los procesos laborales donde establece que “[l]a prohibición, el secuestro, la retención y el arraigo, podrán solicitarse con sentencia condenatoria, así no estuviere ejecutoriada”.²²²

En razón de la importancia e independencia del proceso laboral en relación a los otros procesos y ordenamientos jurídicos la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de junio de 1973 dictaminó que:

El Art. 538 del Código del Trabajo (actual 594) dispone que las medidas precautelatorias de prohibición, secuestro, retención y arraigo podrán solicitarse con sentencia condenatoria así no estuviere ejecutoriada.- Siendo dos sistemas diferentes los que dejo analizados, estimo que las medidas preventivas en cuestiones laborales, pueden ordenarse sin observar las disposiciones de los Arts. 968 a 974 y 983 del Código de Procedimiento Civil.²²³

²¹⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²¹⁹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. [Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.]

²²⁰Constitución de la República del Ecuador. Artículo 326. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²²¹Código de Trabajo. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

²²²Código de Trabajo. Artículo 594. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

²²³Código de Trabajo. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005.

En definitiva, el legislador ha brindado al proceso laboral sus propias medidas precautelatorias, las cuales están establecidas en el Código de Trabajo con el único fin de garantizar los derechos laborales. Estas medidas por lo tanto se aplicarán cuando puedan existir riesgos que durante el transcurso del proceso existan posibles o probables situaciones que amenazan un derecho laboral, siendo las medidas cautelares como hemos visto una forma meramente preventiva de garantizar la pretensión principal para que en el futuro se pueda cumplir con la eficacia de la sentencia.

3.8. Medidas Cautelares Constitucionales

3.8.1. Antecedentes de las Medidas Cautelares Constitucionales

La Constitución ecuatoriana como estudiamos anteriormente proviene de una corriente neo constitucionalista, esta corriente se ha implantado en otras constituciones alrededor del mundo, como la Constitución de España, Colombia y Bolivia; aparte de seguir esta corriente se encuentran estrechamente ligadas a la teoría garantista del Estado. Por esta razón, en estas constituciones se han establecido métodos idóneos para garantizar la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos vulnerados por cualquier persona o poder del Estado incluye el poder jurisdiccional, métodos tales como el recurso de amparo en España, la acción de tutela o vías de hecho en Colombia y la acción de amparo en Bolivia, para tener una protección efectiva dentro del desarrollo legal de estas garantías constitucionales se han establecido la posibilidad de interposición de medidas cautelares constitucionales con el único fin de precautelar eficazmente los derechos constitucionales.

En España como hemos visto la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español en su artículo 56 capítulo tercero sobre la resolución de los recursos de amparo constitucional y sus efectos, contempla la posibilidad de que la Sala pueda adoptar cualquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad entre ellas la suspensión de la sentencia impugnada, para minimizar los eventuales daños y perjuicios que pudieren originarse mientras dure la pretensión principal .

En Colombia, por otra parte el artículo 7 del decreto 2591/1991 faculta al juez para que de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, pueda cesar en

cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado. En concordancia, el decreto no limita la interposición de medidas cautelares, por lo tanto si es permitido que el juez de oficio o a petición de parte, dicte cualquier medida cautelar para conservar los derechos que se encuentran en riesgo.

Por otra parte en Bolivia el Código de Procedimiento Constitucional establece en el artículo 34 que

En todo momento, la Jueza, Juez o Tribunal podrá determinar de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de la restricción, supresión o amenaza de restricción, del derecho o garantía constitucional que, a su juicio, pueda crear una situación irreparable.

En otras palabras se permite interponer en cualquier momento sea desde la presentación de la acción de amparo o posterior alguna medida cautelar como la suspensión de la ejecución de la sentencia para prevenir que se siga vulnerando los derechos de los ciudadanos.

En lo que respecta a Ecuador podemos decir que existe un antecedente de medidas cautelares constitucionales en la Constitución de 1998, en donde el artículo 95 prescribía sobre la acción de amparo constitucional, muchos juristas consideran que se aplicaron las medidas cautelares en el amparo constitucional el cual autorizaba al juez constitucional a decretar la suspensión provisional del acto y omisión impugnados, pero cabe recordar que el amparo no era procedente contra resoluciones judiciales. En el mismo orden, autores ecuatorianos y fallos del Tribunal Constitucional de la época establecieron que la acción de amparo era de naturaleza “cautelar”, no le correspondía entrar a resolver el asunto de fondo. Al respecto el jurista Marco Morales en referencia a los fallos del Tribunal Constitucional los cuales para él determinaban los efectos “suspensivos y no definitivos, al no resolver el fondo del asunto impugnado”.²²⁴

De este modo, a continuación veremos las medidas cautelares constitucionales implantadas expresamente en el Ecuador en la Constitución del 2008.

3.8.2. Las medidas cautelares constitucionales en la Constitución del 2008

Las medidas cautelares constitucionales son una institución jurídica novedosa que se incorpora dentro de la Constitución de 2008, en el artículo 87 el cual prescribe que “[s]e

²²⁴Marco Morales. "Actualidad de la Justicia Constitucional". *Justicia Constitucional en la actualidad*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2002, p. 132.

podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.²²⁵ Es importante determinar que existe una gran diferencia entre las medidas cautelares constitucionales de las demás, estas medidas cautelares constitucionales no son similares, porque existen objetivos y características específicas que las distinguen y las diferencian.

Las medidas cautelares constitucionales se introducen de forma amplia y extensiva en la Constitución del 2008 para proteger de forma efectiva, segura y rápida los derechos reconocidos por la Constitución, estos derechos constitucionales son la preexistencia de esta institución ya que la actuación de las medidas cautelares constitucionales comienza luego de la existencia de derechos constitucionales siendo una relación de causa y efecto entre ambos. Estas medidas cautelares constitucionales son un conjunto de garantías prescritas jurídicamente para que la persona titular de un derecho garantice en forma oportuna, su derecho a fin de prevenir un daño o peligro. Por lo tanto, las medidas cautelares “hacen posible que la justicia descienda a quien la demanda en forma eficaz y oportuna para evitar la indefensión. Son medidas que nos conducen hacia la defensa de los derechos y la realización de la justicia en forma oportuna, expedita y cierta”.²²⁶

De tal manera las medidas cautelares constitucionales no crean derechos, sino que garantizan y protegen en forma directa los derechos constitucionales, actuando únicamente cuando exista una amenaza objetiva a la violación de derechos constitucionales o si estuvieren siendo vulnerados para cesar esa vulneración. Así, estas medidas aparte de proteger los derechos fundamentales garantizan también el derecho a la tutela judicial efectiva, por esta razón son de beneficio oportuno y seguro para los ciudadanos que se encuentran o van a discutir una pretensión en un órgano jurisdiccional.

A propósito el doctrinario Luis Cueva Carrión manifiesta que las medidas cautelares constitucionales constituyen un auténtico derecho fundamental al que todos los sujetos tiene derecho de acceder y que, “correlativamente, existe el deber jurisdiccional de conceder la medida de conformidad con los estándares internacionales de proporcionalidad establecidos”.²²⁷

²²⁵Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Publicada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²²⁶Luis Cueva Carrión. *Medidas Cautelares Constitucionales*. Óp cit., p. 78.

²²⁷*Id.*, p. 73

Al ser las medidas cautelares un derecho fundamental al que todos los sujetos tienen derecho a acceder, se han incorporado en la Constitución del 2008 con un fin y espíritu garantista vinculado con la corriente neo constitucionalista que tiene la Constitución, estas medidas cautelares constitucionales por lo tanto se definen en la Constitución como garantías constitucionales que actúan para prevenir, impedir o hacer cesar una vulneración de derechos fundamentales.

De este modo, al definir al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la Constitución fortalece esa posición del Estado encaminado a garantizar derechos y buscar el buen vivir de los ciudadanos, por esta razón debe ofrecer diversos mecanismos para que las personas puedan defender sus derechos. Las medidas cautelares por lo mismo reafirman estas ideas y protegen todos los derechos de cualquier forma de agresión de manera inmediata, tales como la seguridad de su efectividad y de su goce. Las medidas cautelares “[e]n la Constitución del 2008 amplían su radio de acción y en esta nueva forma están destinadas a prevenir, impedir o interrumpir, la violación de los derechos reconocidos por la Constitución. Es decir, adoptan forma de garantías constitucionales”.²²⁸

En concordancia, para Luis Cueva Carrión debido a la ubicación normativa de las medidas cautelares, estas son “auténticas garantías, garantías de nivel similar a la acción constitucional ordinaria de protección y a las demás, pero muy eficaces por la rapidez en su adopción”.²²⁹

En pocas palabras las medidas cautelares constitucionales en el Ecuador son garantías constitucionales que tienen una alta relevancia jurídica y están destinadas a proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos y evitar o cesar cualquier vulneración de derechos que pueda estar ocurriendo.

3.8.3. Objeto de las medidas cautelares constitucionales

Como he mencionado anteriormente las medidas cautelares constitucionales tienen un objeto amplio dentro del ordenamiento, según el catedrático Luis Cueva Carrión estas medidas sirven para realizar las siguientes acciones:

- a) prevenir la violación de un derecho constitucional;
- b) interrumpir la violación de un derecho constitucional;
- c) evitar la amenaza de violación de un derecho constitucional;

²²⁸Luis Cueva Carrión. *Medidas Cautelares Constitucionales*. Óp cit., p 43.

²²⁹*Id.*, p. 76.

- d) hacer cesar la amenaza de violación de un derecho constitucional;
- e) evitar la violación de un derecho constitucional.²³⁰

En relación al objeto el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prescribe “[l]as medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”.²³¹ En definitiva el objeto de las medidas cautelares constitucionales es proteger los derechos, no decláralos; por eso, en la práctica profesional, es una herramienta poderosa que actúa con rapidez y eficacia.

3.8.4. Características

Las medidas cautelares constitucionales presentan casi las mismas características que los otros tipos de medidas cautelares como son la: gravedad, urgencia, instrumentalidad, daño inminente, independencia, provisorias, homogeneidad, mutabilidad e *inaudita pars*; pero tiene ciertas características típicas de las medidas cautelares constitucionales como son: constitucionales, adecuadas y proporcionales, exclusivas, y objetivas; a continuación veremos cada uno de las características enunciadas.

Constitucional: las medidas cautelares tienen la característica de constitucional porque fueron creadas por la constitución en el artículo 87 expresamente prescribe que “se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.²³²

Adecuadas y proporcionales: las medidas cautelares constitucionales deben ser adecuadas con el derecho violado, esto se produce cuando esta medidas son lo suficientemente aptas y eficaces para hacer cesar la amenaza de violación de un derecho o para detener la violación. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional expresamente en su artículo 26 establece que:

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos.²³³

²³⁰Luis Cueva Carrión. *Medidas Cautelares Constitucionales*. *Ópcit.*, p. 79.

²³¹Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²³²Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²³³Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

Las medidas cautelares por lo tanto son adecuadas cuando con rapidez y eficacia evitan o detienen la vulneración del derecho constitucional.

Por otra parte la proporcionalidad guarda relación con aquello que se quiere obtener, es decir que la medida corresponda al resultado, se dice que es proporcional cuando es lo suficientemente apto para realizar algo, pero no excede del resultado que se busca. En este caso las medidas cautelares deben ser proporcionales con el derecho que se quiere salvaguardar, ya que si excede esta proporcionalidad estaría violando otros derechos. Al respecto en el mismo artículo 26 de La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que “[e]n ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”.²³⁴

Las medidas cautelares constitucionales por lo mismo deben ser adecuadas y proporcionales siempre que sean interpuestas, para el profesor Luis Cueva Carrión denomina a esta característica como la “materia constitucional cautable, porque lo adecuado y proporcional deben está conexión directa con la situación o con la materia cautable”.²³⁵

Exclusivas: las medidas cautelares constitucionales deben adoptarse cuando exista un hecho que amenace, de modo inminente y grave, con violar un derecho exclusivamente constitucional. El artículo 27 de La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que “[l]as medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho[...]”²³⁶. El artículo 27 establece así que para el juez adopte medidas cautelares debe existir dos características en el hecho, que sea 1) inminente y, 2) grave. Por inminente podemos entender que es “lo que amenaza, lo que va a suceder pronto; lo que está por ocurrir”²³⁷; por otro lado respecto a lo grave la misma ley define esta característica y considera “grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”.²³⁸

²³⁴Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²³⁵Luis Cueva Carrión. *Medidas Cautelares Constitucionales*. Óp cit., p.44.

²³⁶Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²³⁷Luis Cueva Carrión. *Medidas Cautelares Constitucionales*. Óp cit., p. 87

²³⁸Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

En relación a las medidas cautelares constitucionales son exclusivas porque únicamente se adoptan cuando exista una amenaza de modo inminente y grave hacia un derecho constitucional es decir no se pueden aplicar por cualquier asunto.

Objetivas: por último, las medidas cautelares son objetivas ya que la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 27 se refiere a un “hecho” que debe ser objetivo, real, no imaginado ni supuesto. Al respecto Luis Cueva Carrión manifiesta que:

Toda medida cautelar debe fundarse en datos objetivos que demuestren, por ejemplo, el hecho que amenaza, en forma inminente y grave, con violar un derecho o que esté violando un derecho; asimismo, debe haber objetividad en la manifestación de la gravedad del hecho mediante su irreversibilidad, su intensidad o su frecuencia, tal como lo exige el mencionado art. 27.²³⁹

Una vez que hemos visto las características generales de las medidas cautelares y las características específicas de las medidas cautelares constitucionales, es pertinente ver los efectos de las medidas cautelares constitucionales en los procesos constitucionales.

3.8.5. Adopción de medidas cautelares constitucionales

La Constitución del Ecuador en el artículo 87 permite que se puedan “ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.²⁴⁰ Este artículo por lo tanto admite que dentro de las acciones constitucionales para la protección de derechos como son: acción de protección, acción de hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de hábeas data, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección puedan ser ordenadas medidas cautelares.

Del mismo modo, en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución se establece la obligación que tiene la Asamblea Nacional para que en el lapso de 360 días apruebe la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control constitucional establecidos en la Constitución.²⁴¹ Dentro del lapso de este

²³⁹Luis Cueva Carrión. *Medidas Cautelares Constitucionales. Óp cit.*, p. 93

²⁴⁰Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁴¹Constitución de la República del Ecuador. Disposiciones Transitorias. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. [PRIMERA.-El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución aprobará la ley que desarrolle el régimen de soberanía

mandamiento constitucional la Asamblea Nacional envía al Registro Oficial la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la cual es publicada el 22 de octubre de 2009, que tiene como objeto “regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional”.²⁴² Por lo tanto esta ley ajusta la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos, de su naturaleza y de la supremacía constitucional.

En consecuencia dentro de esta normativa legal se regula la disposición constitucional estipulada en el artículo 87 de la Constitución que permite ordenar las medidas cautelares conjunta o independiente de las acciones constitucionales de protección de derechos. Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su capítulo segundo regula las medidas cautelares estableciendo la finalidad, requisitos, efectos, y su procedimiento. Respecto al procedimiento, la misma ley establece que este será “informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. La jueza o el juez tendrá la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado.”²⁴³ Para solicitar las medidas cautelares el artículo 32 establece la forma de petición que puede ser encaminada por:

Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez. (...) **La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución**, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley. El peticionario deberá declarar si ha interpuesto otra medida cautelar por el mismo hecho.²⁴⁴ (Énfasis añadido)

alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. En el plazo máximo de trescientos sesenta días, se aprobarán las siguientes leyes: 1. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad.]

²⁴²Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²⁴³Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²⁴⁴Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 32. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

Respecto al procedimiento, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional guarda orden con la Constitución al permitir interponer la petición de medidas cautelares constitucionales conjuntamente con el requerimiento de cualquier de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución. Sin embargo, esta misma Ley vulnera el principio de supremacía de la Constitución y realiza una modificación al principio constitucional en el artículo 27 sobre los requisitos de las medidas cautelares cuando expresamente establece que las medidas cautelares constitucionales “[...] No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales **o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos**”.²⁴⁵ (Énfasis añadido)

Al establecer una restricción a la orden constitucional, esta Ley atenta contra el orden normativo del Estado y contra el principio de supremacía Constitucional establecida en el artículo 424 de la Constitución que establece que “[...] 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.”²⁴⁶ Creando de este modo, un problema jurídico que afecta además explícitamente a la eficacia de la garantía jurisdiccional conocida como acción extraordinaria de protección y vulnerando derechos constitucionales de los ciudadanos.

3.9. Problema jurídico de la eficacia en la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral

Una vez que se ha estudiado el proceso laboral, la acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares en el Ecuador es necesario puntualizar los problemas de eficacia que tiene la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral. Del estudio realizado en el presente trabajo se puede establecer que existen contradicciones graves respecto a esta acción extraordinaria de protección entre La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; entre los artículos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y; entre los mismo artículos de la Constitución. Por lo mismo, a continuación se analizarán las contradicciones

²⁴⁵Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²⁴⁶Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

que existen entre los diferentes articulados los cuales derivan en la ineficacia de la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral, lo cual se podrá demostrar empíricamente en el siguiente capítulo.

3.9.1. Constitución vs Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

La acción extraordinaria de protección como se ha analizado es una garantía jurisdiccional prescrita en el capítulo tercero de la Constitución 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, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.²⁴⁷

A su vez, dentro del capítulo tercero, sección primera existen disposiciones comunes para todas las acciones constitucionales donde expresamente en el artículo 87 establece que se “podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.²⁴⁸

No obstante, sin guardar ninguna relación y violando el principio de supremacía constitucional, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las medidas cautelares constitucionales “[...]No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales **o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos**”.²⁴⁹(Las negrillas son mías)

Con relación y justamente porque la vulneración de derechos puede provenir de una decisión judicial, la Constitución del 2008 introdujo la acción extraordinaria de protección, pues el daño producido por una decisión judicial puede también ser inminente y grave como lo establece el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

²⁴⁷Constitución de la República del Ecuador. Artículo 94. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

²⁴⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

²⁴⁹Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

Control Constitucional en su inciso primero y segundo para la concesión de medidas cautelares:

Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.²⁵⁰

En este sentido, Agustín Grijalva manifiesta al respecto del artículo 27 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que “[e]sta norma entendida de forma absoluta es inconstitucional”.²⁵¹ El artículo 87 de la Constitución establece que “[s]e podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.²⁵²

Así, el artículo 87 como vimos anteriormente está dentro de las disposiciones comunes a todas las garantías constitucionales. Esta situación es resaltada igualmente por Agustín Grijalva quien menciona que “[e]sta norma está incluida en las disposiciones comunes a todas las garantías constitucionales incluidas a partir del artículo 85 de la Constitución. La Constitución no incluye aquí ninguna exclusión de la acción de protección, como si la ha hecho el legislador”.²⁵³

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al limitar la interposición de medidas cautelares en la Constitución crea un estado de inseguridad jurídica en los procesos tramitados en la Corte Constitucional mediante acción extraordinaria de protección, y además vuelve ineficaz a la acción extraordinaria de protección porque los derechos van a violarse o van a continuar violándose hasta que se resuelva la pretensión principal, incluso si existe clara evidencia de la violación inminente de un Derecho

Aparte de la contradicción estudiada anteriormente la cual a mi parecer es la más grave y que modifica totalmente la intención del constituyente, existe otra contradicción entre el artículo 437 de la Constitución con el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El artículo 437 establece que:

²⁵⁰Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²⁵¹Agustín Grijalva. *La acción extraordinaria de protección*. Ópcit., p. 673.

²⁵²Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Artículo 87. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²⁵³Agustín Grijalva. *La acción extraordinaria de protección*. Ópcit., p. 673.

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 ejecutoriadas.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

A simple vista podemos apreciar cómo la voluntad del constituyente de crear acciones constitucionales con procedimiento sencillo, rápido y eficaz se encuentra plasmada en este artículo el cual únicamente establece dos requisitos para que la Corte Constitucional tenga competencia para conocer de la acción extraordinaria de protección.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 62 al manifestarse sobre los requisitos de admisión de la acción extraordinaria de protección nuevamente vuelve a modificar la intención del constituyente y luego de varios requisitos en el numeral 8 sobre los requisitos que deberá observar la sala de admisiones establece que:

Art 62: [...] 8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional. [...] ²⁵⁴

Si la sala de admisiones únicamente admite las demandas que puedan “corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional” o los procesos que sentencien “sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”, evidentemente se está cambiando la voluntad del constituyente y de la Constitución la cual crea la acción extraordinaria de protección para que los derechos de cualquier ciudadano común que haya sido vulnerado por una decisión jurisdiccional pueda ser garantizado. Por lo tanto, esta acción no busca emitir sentencias de alta relevancia y trascendencia nacional sino más bien proteger los derechos constitucionales de cualquier ciudadano común vulnerados por el Estado en este caso por parte del poder jurisdiccional.

En relación se puede decir que la Constitución no limita la acción extraordinaria de protección ya que el fin garantista que tiene la Constitución presupone que siempre la vulneración de un derecho constitucional puede ser defendida frente a un órgano supremo de control de constitucional el cual en nuestro país es la Corte Constitucional.

²⁵⁴Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

Asimismo dentro de los requisitos para presentar una acción extraordinaria de protección, la Constitución establece únicamente dos y ninguno limita como si lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 62 numeral 8 cuando establece que el admitir un recurso extraordinario de protección podrá la Corte Constitucional sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional. Por lo tanto podemos ver que existe una contraposición clara por parte de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la Constitución.

3.9.2. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vs Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su capítulo segundo, sección segunda se expresa acerca del procedimiento de las medidas cautelares estableciendo en el artículo 32 que la petición puede ser encaminada por “cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, (...) **La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución**”,²⁵⁵[énfasis añadido]siempre que esta petición tenga por objeto detener la violación del derecho.

Vemos entonces que este artículo es contrario al artículo 27 que se pronuncia sobre los requisitos que establecía que no se podía interponer la petición de medidas cautelares cuando se interponga la acción extraordinaria de protección.

3.9.3. Constitución vs Constitución

Por último, puedo manifestar que existe una contradicción entre las normas de la propia Constitución, el artículo 94 por una parte establece que la “acción extraordinaria de protección procederá contra sentencia o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”.²⁵⁶ El planteamiento de la acción extraordinaria de protección se interpondrá ante la Corte Constitucional, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, por lo tanto no pone ninguna restricción a la interposición de la acción extraordinaria de protección aparte de

²⁵⁵Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 32. Registro Oficial Suplemento de 22 de octubre de 2009.

²⁵⁶Constitución de la República del Ecuador. Artículo 94. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

que se hayan agotado todos los recursos y que exista la vulneración de derechos constitucionales por parte de un órgano jurisdiccional, al no tener ninguna restricción el número de acciones que pueden interponerse a la corte es bastante grande; por otra parte, el artículo 436 determina las atribuciones que tiene la Corte las cuales son diez, dentro de estas en el numeral 6 se encuentra la atribución de:

Art 436 (...)

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.²⁵⁷

Por lo tanto la cantidad de trabajo que tiene la Corte es bastante extenso en comparación con el número de miembros que la componen, de este modo el artículo 432 de la Constitución establece que la Corte “estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley.”²⁵⁸

Lo que sin duda provocará, como en efecto ha sucedido que las decisiones de la Corte Constitucional no sean tan expeditas, como la relevancia de los problemas que tratan lo requieren; todo lo que genera a su vez otro inconveniente en cuanto a la eficacia de lo que se decida en la acción extraordinaria de protección, ya que no solo que no existen medidas cautelares para evitar la vulneración inminente de un derecho constitucional, sino que también la forma en que administrativamente se encuentra constituida la Corte Constitucional garantiza la existencia de procesos constitucionales lentos, que hacen más urgente la existencia de mecanismo que preserven la existencia del derecho, y la vigencia de las decisiones constitucionales, mientras dura el muchas veces largo y tortuoso proceso ante la Corte Constitucional.

En el siguiente capítulo de forma empírica mostraré como estos problemas de contradicciones entre las diferentes normas afectan en la eficacia de la acción extraordinaria de protección y se propondrá una solución para solventar todos los problemas de eficacia que actualmente tiene la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral.

²⁵⁷Constitución de la República del Ecuador. Artículo 436. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

²⁵⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 432. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

4. Capítulo 4: Análisis Empírico del Problema Jurídico con relación al “Caso N° 0085-09-EP de la Corte Constitucional” y solución

En el presente capítulo se hará un análisis sucinto del proceso detallado en el subtítulo mencionado, esto es el Caso N° 0085-09-EP de la Corte Constitucional. Con el estudio de la sentencia del caso en cuestión, se podrá analizar y demostrar cómo los impedimentos legales afectan a la eficacia de la acción extraordinaria de protección. Una vez que se detalle el problema en concreto con un ejemplo práctico se propondrá una solución para solventar los problemas de eficacia de la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral.

4.1. Análisis del Juicio de Trabajo de Procedimiento Oral N.° 17355-2006-0631

Ante la Sala de Sorteos, la señora PATRICIA JATIVA BARRERA presenta una demanda laboral por Despido Intempestivo en contra del Gerente General de la Empresa Metropolitana de Aseo “EMASEO” y del Procurador General del Estado. En esta demanda la actora aduce que desde el 04 de noviembre del 2001, mediante contrato de trabajo, con la tercerizadora E.T.T., ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales, en EMASEO; que después de seis meses, firmó un nuevo contrato, con la empresa SEMAD; y desde el 02 de enero del 2003, mantuvo una relación laboral directa con EMASEO; en calidad de Asistente 2, realizando labores de secretaria oficinista de la Gerencia General.

La actora ha prestado sus servicios lícitos y personal a EMASEO en su puesto de Asistente 2 por varios años hasta el 31 de agosto del 2006, día en que el Gerente General de EMASEO le entrega el memorando de N° 1054- GRH-06, en el cual se indica la supresión de la partida y que iba a recibir la indemnización correspondiente por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. La actora manifiesta que mediante este memorando se le ha despedido intempestivamente.

La parte actora en los fundamentos de derecho alega se le indemnice por: despido intempestivo conforme a lo dispuesto en el Art. 188 del Código del Trabajo; bonificación por desahucio establecida en el Art. 185 del Código del Trabajo; Indemnización conforme a lo dispuesto en el Art. 43 del Quinto Contrato Colectivo; Indemnización conforme a lo dispuesto en el Art. 233 del Código del Trabajo por encontrarse en trámite el Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, pago de la Decimo Tercera remuneración, pago de la Decimo Cuarta Remuneración y vacaciones; la cuantía la fija en SESENTA Y CINCO MIL DOLARES.

El juzgador de instancia, una vez que por sorteo recayó la demanda en el Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha procedió a la calificación, y admisión conforme el trámite dado a esta causa, es decir por procedimiento oral según lo establecido en el Art. 575 del Código del Trabajo. Tras calificar la demanda se convocó a las partes a la respectiva Audiencia de conciliación y contestación a la demanda, al no existir conciliación se procedió a la contestación de la demanda por parte de EMASEO y de la Procuraduría General del Estado.

En primer lugar, contestó a la demanda el Gerente General de EMASEO quien propuso las siguientes excepciones: "1.- Incompetencia del Juez en razón de la materia. 2.- Improcedencia de la acción. 3.- Falta de derecho de la actora."²⁵⁹ En segundo lugar y en el mismo sentido el Procurador General del Estado contesta a la demanda, proponiendo las siguientes excepciones:

1.- Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. 2.- Improcedencia de la demanda y falta de derecho de la actora. 3.- Alega falta de competencia del Juez de Trabajo, en razón de que la servidora se hallaba amparada por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. 4.- Alega plus Petition. 5.- Alega prescripción de la acción y la caducidad del derecho de la actora. 6.- No se allana a ninguna de las omisiones de solemnidades sustanciales y nulidades de que se encuentre viciado este proceso.²⁶⁰

En consideración, se puede observar que en ambas contestaciones se alega incompetencia del juez en razón de la materia, improcedencia de la acción y falta de derecho de la actora por no existir una relación laboral y hallarse amparada por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y no por el Código de Trabajo y menos por el Contrato Colectivo de Trabajo que ella aduce.

Una vez trabada la litis, se convocó a las partes a la Audiencia definitiva. En esta diligencia se practicaron las pruebas solicitadas en la audiencia preliminar; esto es, confesión judicial y juramento deferido rendidos por la actora; presentación de documentos y las exposiciones en derecho de las partes. Todo lo mencionado se grabó en las respectivas actas sumarias y se respaldó en grabaciones magnetofónicas y sus transcripciones.

²⁵⁹Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631de 15 de marzo de 2007

²⁶⁰Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631de 15 de marzo de 2007

4.1.1. Consideraciones de la Jueza Quinto de Trabajo dentro de la Sentencia

La señora Jueza Quinta de Trabajo de Pichincha dicta sentencia el 15 de marzo de 2007 e inicia su exposición haciendo un análisis acerca de la existencia de la relación jurídica contractual entre la parte demandada y la actora a la fecha de su separación, estuvo sujeta al Código del Trabajo o al Derecho Administrativo, parte trascendental para demostrar si existió el Despido Intempestivo que alega la actora.

En primer lugar, la señora jueza hace mención al Art. 35, inciso último del numeral 9, de la Constitución Política de la República del año 1998, que señalaba lo siguiente:

“Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y que pueden ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, las relaciones con los trabajadores se regulan por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamento o equivalentes, las cuales estarán sujetas al derecho administrativo”²⁶¹

Al respecto se puede ver cómo la Constitución del año 1998 que tenía otra concepción de modelo y forma de Estado permitía que las instituciones del Estado puedan delegar sus funciones al sector privado es decir, se podía privatizar los servicios y las relaciones con los trabajadores se regulaban por el Código de Trabajo, excepto las funciones directivas o de asesoría en pocas palabras los cargos administrativos los cuales se sujetarían por el derecho administrativo.

En el mismo sentido y siguiendo el mismo cuerpo legal la juzgadora cita el artículo 118 que prescribe que son instituciones del Estado “[l]as personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.”²⁶² En este caso la Empresa Metropolitana de Aseo EMASEO, demandada en este juicio, se encuentra sometida al principio constitucional antes referido, y puede delegar como en efecto lo ha hecho a las compañías CORPCYS S.A. y al Consorcio Quito Limpio, para que realicen los objetivos de EMASEO; por esta razón “no es difícil concluir que los actos que realiza la entidad demandada para el cumplimiento del objeto para el que fue creada, son susceptibles de ser delegado”.²⁶³

Una vez analizadas las disposiciones constitucionales vigentes a la fecha de celebración de contrato de la actora con las diferentes empresas y con EMASEO la jueza de instancia analiza el Quinto Contrato Colectivo de trabajo vigente en EMASEO a la

²⁶¹Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 35. 9. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

²⁶²Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 118. Publicada en Registro Oficial de 11 de agosto de 1998.

²⁶³Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631 de 15 de marzo de 2007.

fecha de separación de la actora, al respecto cita al Art. 5 que trata sobre el Ámbito De aplicaciónel cual prescribe: “El Contrato Colectivo ampara y protege a los trabajadores que prestan sus servicios a la EMASEO, sea a jornal o nombramiento; exceptuando a los comprendidos en el Art. 247²⁶⁴ del Código del Trabajo.”²⁶⁵

En relación a esto, se debe mencionar que la actora a pesar de tener nombramiento se encontraba amparada dentro del Contrato Colectivo pues el puesto que ocupaba de Asistente 2 no se incluye dentro de las excepciones del artículo 247 del Código de Trabajo el cual se atribuye a los funcionarios con nivel directivo o administrativo y, efectivamente una asistente 2 no tiene ni nivel administrativo peor aúndirectivo. Al respecto la señora jueza manifiesta que:

De lo anterior y analizada la prueba en su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, se viene en conocimiento de la Juzgadora que entre las partes, existió nexo jurídico contractual sujeto al Código del Trabajo; en virtud de que, el puesto desempeñado por la actora; esto es, el de Asistente 2, no es de aquellos que se encuentran taxativamente señalados en el inciso último del numeral 9, del Art. 35 de la Constitución Política; esto es, que las funciones desempeñadas por la actora como servidora inferior, no obstante desempeñar funciones de carácter administrativo, no son de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalentes, sujetas al derecho administrativo, para el caso que se analiza; como tampoco es aplicable lo dispuesto en el Art. 36 del Código del Trabajo, referido por el demandado en su alegato, por cuanto el cargo que desempeñaba la accionante, no era de directora, gerente, administradora, capitán de barco, y tampoco ejercía funciones de dirección y administración, a nombre de sus principales; como tampoco es aplicable lo dispuesto en el Art. 247 del Código del Trabajo; esto es, porque la actora no era funcionario con nivel directivo o administrativo; por lo que, la Juzgadora es competente para conocer y resolver la presente causa; pues, lo dispuesto en los Arts. 272 y 273 de la Constitución Política, prevalece sobre cualquier Ley, reglamento o resolución que se le oponga.²⁶⁶

Una vez establecida la relación laboral, se debe analizar si el memorando N° 1054-GRH-06 de 28 de agosto del 2006, mediante el cual se indica a la parte actora la supresión de la partida y se le solicita que se acerque a recibir su indemnización correspondiente, lo cual puede ser entendido como un despido intempestivo. Al respecto la juzgadora manifiesta “que existió la voluntad unilateral del empleador para dar por concluidas las relaciones laborales con su trabajadora; consecuentemente, la accionante tiene derecho al pago de las indemnizaciones por despido intempestivo”.²⁶⁷

²⁶⁴Código del Trabajo. [Artículo 247. Límite del amparo de los contratos colectivos.- Los contratos colectivos de trabajo no amparan a los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo de las entidades con finalidad social o pública o de aquellas, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales.]

²⁶⁵Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631de 15 de marzo de 2007.

²⁶⁶Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631de 15 de marzo de 2007.

²⁶⁷Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631de 15 de marzo de 2007.

Al constituirse la figura de despido intempestivo la señora Verónica Játiva debía ser indemnizada conforme lo establece el Código del Trabajo y el Contrato Colectivo vigente a la fecha de separación de la actora que es el Quinto contrato colectivo de trabajo y no el sexto como la actora solicita en la demanda. Así mismo la actora tenía todo el derecho de demandar por encontrarse dentro del plazo que establece la ley y su derecho no ha prescrito.

4.1.2. Sentencia del proceso N.º17355-2006-0631:

La señora Jueza en sentencia decide aceptar parcialmente la demanda y dispone que EMASEO pague a la actora, los siguientes valores:

a) Indemnización por despido intempestivo conforme a lo dispuesto en el Art. 188 del Código del Trabajo = 2,487.20; con la bonificación establecida en el Art. 185 del Código del Trabajo = 497.44 USD; b) Indemnización conforme a lo dispuesto en el Art. 43 del Quinto Contrato Colectivo = 48,749.12 USD. Sumados todos estos rubros, es igual a 51,733.76 dólares, menos 3,000 USD recibidos por indemnización; el valor total es igual a 48,733.76 USD.²⁶⁸

De este modo, la resolución de la jueza rechaza a la actora la indemnización por no existir fe de encontrarse en trámite de revisión el proyecto del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, y declara que el tiempo de servicios se tendrá desde el 4 de noviembre del 2001 hasta el 31 de agosto del 2006 y como última remuneración la suma de 497.44 USD.

En tal sentido, por ir en contra de los intereses del Estado, esta sentencia debe ir obligatoriamente a revisión del superior por lo que la jueza de oficio solicita se consulta al Superior, además de que las partes solicitan recurso de apelación ante el superior.

4.2. Recurso de Apelación ante la Corte Superior de Justicia de Quito.- Primera Sala de la Laboral, Niñez y Adolescencia signada con el Proceso N.º 392-07-BA

De la sentencia dictada el 15 de marzo de 2007 por la Jueza Quinta de Trabajo de Pichincha en el proceso N.º17355-2006-0631 por despido intempestivo, las partes interponen recurso de apelación el cual es conocido por La Corte Superior de Justicia de Quito, Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia. Establece el número de proceso N.º 392-07-BA el cual resuelve de la siguiente manera:

²⁶⁸Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631 de 15 de marzo de 2007.

4.2.1. Considerandos de la Corte Superior de Justicia de Quito.- Primera Sala de la Laboral, Niñez y Adolescencia

En primer lugar la Corte Superior estudia los hechos analizados en el juzgado de instancia con el fin de verificar la existencia entre la actora y EMASEO, frente a lo cual la Corte ratifica que efectivamente existió una relación laboral regida por el Código de Trabajo y no por el derecho administrativo como erróneamente pretendían hacer creer.

Con el mismo sentido pero a mayor profundidad, se analiza la alegación formulada por el Gerente General de EMASEO y el Procurador General del Estado sobre la falta de competencia en razón de la materia y si la relación de la actora con la parte demandada estaba sujeta al derecho administrativo al respecto la Corte manifiesta que:

Al haber cumplido la actora una función de las que no están excluidas en la norma laboral antes referida, su relación laboral ha estado tutelada por el Código de Trabajo, por lo cual de conformidad con el Art. 568 del Código Laboral, los jueces del trabajo son competentes para conocer y resolver esta causa, por lo que desestima la excepción de incompetencia del juez en razón de la materia y siendo el proceso se le ha dado el trámite previsto en el art 575 del Código del trabajo y no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, se declara la validez procesal.²⁶⁹

En segundo lugar la Corte analiza el memorando N° 156-GG-06 del 23 de agosto del 2006 dispuesto por la Gerencia General de la Empresa, en el cual avisana la parte actora de que su puesto ha sido suprimido, hecho que la parte demandada no lo niega y que al contestar la demanda lo admite expresando que a la actora se le indemnizó con la suma de USD 3.000.00 lo que le correspondía según la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Al respecto, la Corte manifiesta que al haber entregado la parte demanda a la actora el memorando antes referido, la relación laboral existente entre las partes ha concluido por decisión unilateral de la parte accionada, por lo que da lugar a las indemnizaciones por despido intempestivo según lo determinado en el Código de Trabajo y en el contrato colectivo de trabajo.

4.2.2. Sentencia la Corte Superior de Justicia de Quito.- Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia en el proceso N.° 392-07-BA

La Corte Superior de Justicia de Quito, en sentencia del 11 de septiembre de 2007 decide aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada

²⁶⁹Corte Superior de Justicia de Quito. Primera Sala de la Laboral, Niñez y Adolescencia. Causa N.° 392-07-BA, de 11 de septiembre del 2007.

en los términos de esta sentencia, y reforma la venida en grado y dispone que la parte demandada pague al actor lo siguiente:

- a) Art 188 del Código de Trabajo USD 2 232, 48
- b) Art 185 ibidem USD 418, 59
- c) Art 43 del Quinto Contrato Colectivo de Trabajo USD 53 579,52
- d) MENOS LOS USD 3000
- e) Decimo tercer sueldo: USD 418, 59
- f) Vacaciones: USD: 334, 87

En la forma como ha sido requerida la demandada debe pagar al actor la cantidad de USD 53.948 (cincuenta y tres mil novecientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América), más los intereses que la jueza de primer nivel deberá calcular la jueza de instancia.

La Corte asimismo en la sentencia niega el pago de 12 meses de indemnización por despido intempestivo de conformidad con el art. 23 del código de trabajo, por no constar del proceso que se haya cumplido con lo previsto en el art 223 del mismo cuerpo de leyes; niega también el pago de los intereses de conformidad con el art 44 inciso tercero del Quinto Contrato Colectivo, puesto que recién en esta sentencia se reconoce el despido intempestivo y niega el pago del decimo cuarto sueldo, por haber constancia procesal, de que se le ha pagado por este concepto mediante transferencia bancaria.

De este modo, por ir en contra de los intereses de ambas partes, esta sentencia es casada, y ambas partes interponen el recurso de casación para que la Corte Nacional de Justicia conozca de este proceso.

4.3. Interposición del Recurso de Casación ante LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- Primera Sala de lo Laboral y Social

De la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2007 por la Primera Sala de lo laboral, niñez y adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito, ambas partes interpusieron recursos de casación. Elevado el expediente ante la Corte Nacional de Justicia la Primera Sala de lo Laboral y Social tiene competencia para resolver lo que en derecho corresponda.

4.3.1. CONSIDERANDOS: Examen de Admisibilidad Justicia la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia

La Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional en primera lugar examina el recurso de casación interpuesto por la parte actora, y advierte que si bien lo ha presentado dentro del plazo correspondiente, no cumple con los requisitos de forma que para su admisibilidad al trámite imperiosamente exige el artículo 6 de la ley de casación.²⁷⁰

La Corte Nacional señala además que la recurrente cita una serie de disposiciones que estima han sido infringidas en la sentencia que ataca, pero no se detiene a precisar de qué manera dichos preceptos legales han sido transgredidos en el contexto de dicha resolución.

En otro orden, la Corte señala que la impugnante funda su inconformidad en las causales 1ra y 3ra del artículo 3 de la ley de la materia; esto es, al momento de fundamentar en la causal primera, no determina como estas violaciones han influido en la parte resolutive de la sentencia, señalando de manera clara y concreta de qué manera la transgresión de aquellas ha sido determinante en la parte dispositiva en la decisión que ataca, puesto que cuando la ley exige este requisito, lo que se espera del recurrente por medio de su defensor, es la explicación razonada del motivo o causa de las alegaciones o infracciones acusadas; además de la justificación lógica coherente para demostrar y puntualizar con absoluta precisión el modo en el que se infringió la norma jurídica.

Asimismo la Corte menciona que al respecto de la causal tercera, que se refiere a la violación indirecta de la norma sustantiva como consecuencia directa de la equivocación en la apreciación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de las pruebas, en incontables resoluciones dictadas por las salas de lo laboral y social de la Corte Suprema de Justicia se ha determinado:

(q)ue los recursos de casación fundados bajo la causal tercera de la ley de la metería, deben contener en forma clara y precisa la relación entre la infracción inmediata y la consecencial, dicho en otras palabras, deben expresarse los medios de prueba legalmente establecidos en la ley que han sido violentados, y luego debe precisarse que norma de derecho fue la que se infringió en forma indirecta, producto del error en la apreciación de la prueba, ya sea por equivocada aplicación o por falta de aplicación, nunca por errónea interpretación, como lo dispone la parte final de la causal tercera del artículo 3 de la ley de casación, esta relación causal, a la que hemos hecho referencia, no se ha efectuado

²⁷⁰Ley de casación. Artículo 6. Publicada en RO: 192 de 18-may-1993

Por otra parte examinando el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en este caso EMASEO, la Sala declara que si bien el recurrente nomina los artículos que considera han sido infringidos y como causales para basarse en la interposición del mencionado recurso, las establecidas en los numerales primero y tercero del art 3 de la Ley de Casación, sin embargo, no cumple con lo dispuesto en el art 6 numeral cuarto de la ley de casación esto es “ los fundamentos en que se apoya el recurso”²⁷¹; puesto que cuando la ley exige este requisito, lo que se espera del recurrente por medio de su defensor al fundar su escrito de interposición del recurso, es la explicación razonada del motivo o causa de las alegaciones o infracciones acusadas; la justificación lógica y coherente para demostrar y puntualizar con absoluta precisión el vacío que recayó al infringirse la norma jurídica y no solo enunciarlo.

En consideración y relacionándonos a la causal primera, no determina cómo estas violaciones han influido en la parte resolutive de la sentencia, señalando en forma clara y concreta de qué manera la transgresión de aquellas ha sido determinante en la parte dispositiva en la decisión que ataca, puesto que cuando la ley exige este requisito, lo que se espera del recurrente por medio de su defensor, es la explicación razonada del motivo o causa de las alegaciones o infracciones acusadas; la justificación lógica y coherente para demostrar y puntualizar con absoluta precisión el modo como se infringió la norma jurídica.

4.3.2. Resolución de la sala de admisiones de la Corte Nacional de Justicia

La Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional por lo tanto en decisión de 21 de enero del 2009 decide y manifiesta que sin ser necesaria otra consideración, rechaza los recursos de casación interpuestos por ambas partes y devuelve el proceso al inferior quedando ejecutoriada la sentencia.

4.4. Ejecución de la sentencia

Una vez que la Corte Nacional de Justicia devuelve el proceso al inferior, la sentencia de segunda instancia quedó ejecutoriada y el juez de instancia debía ejecutar la decisión calculando los intereses. El recálculo se realiza el 23 de abril del 2009 y se ordena que la demandada pague la suma de 54,167.55 USD en el término de veinte y cuatro horas. La

²⁷¹Ley de casación. Artículo 6. Publicada en RO: 192 de 18-may-1993

empresa EMASEO cumpliendo la disposición judicial realiza la transferencia a la cuenta del juzgado en el Banco Nacional de Fomento dentro del plazo legal establecido, el 15 de mayo de 2009 el juzgado quinto de trabajo envía el oficio No. 607-2009-JQTP solicitando al Gerente del Banco Nacional de Fomento que dentro del juicio laboral de procedimiento oral N° 631-2006-FR, se transfiera la suma de dinero depositada por EMASEO a la parte actora Sr. Verónica Játiva Barrera. Este oficio permitió a la parte actora cobrar la suma de 54, 167.55 USD correspondiente al monto calculado en sentencia de la Corte Superior de Quito más los intereses legales.

Es importante acotar en este momento que una vez que la Corte Nacional de Justicia rechazó los recursos de casación interpuestos por ambas partes, el demandado EMASEO a través de su Gerente General interpuso una acción extraordinaria de protección el 20 de febrero del 2009, causa signada con el N° 0085-09-EP, mediante la cual se impugna la sentencia ejecutoriada dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, dentro del proceso N°392-07-BA y por el Juzgado Quinto de lo Laboral de Pichincha con el N° 2006-0631, dentro del juicio laboral que siguió Verónica Patricia Játiva Barrera por despido intempestivo.

Como conocemos, la presentación de la acción extraordinaria de protección no impidió la ejecución del proceso laboral y el pago a la actora de la suma correspondiente en sentencia, es importante en este momento ver cómo se llevó a cabo el proceso el N° 0085-09-EP en la Corte Constitucional y cuál fue la decisión definitiva de la Corte Constitucional respecto al mismo el cual es crucial para la presente investigación pues además de que afecta directamente a las decisiones de las otras instancias impugnadas, se desencadena un problema de eficacia de la acción extraordinaria de protección y de seguridad jurídica, dejando así en indefensión efectivamente los derechos de trabajadores y empleadores en el derecho laboral.

4.5. Análisis del Caso de la Corte Constitucional N° 0085-09-EP

De lo analizado anteriormente conocemos que el día 20 de febrero de 2009, EMASEO presentó la demanda de acción extraordinaria de protección propuesta, signada con el N.º 0085-09-EP, mediante la cual impugna la sentencia ejecutoriada dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha. La sala de admisión de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, conoce de esta causa y luego de la revisión de la acción propuesta y de las piezas procesales, admite a trámite esta acción.

Los hechos de la relación laboral que mantenía la parte actora con EMASEO son los que ya conocemos y expuestos en las demás instancias, sin ninguna diferencia los cuales son recogidos y expuestos en la demanda de EMASEO quien además argumenta que:

Las sentencias dictadas tanto por el Juzgado Quinto del Trabajo de Pichincha, como por la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, incurrieron en evidente error al valorar los fundamentos de hecho, de derecho y de las pruebas presentadas, afectando de esta manera los intereses institucionales de EMASEO, al condenar al pago de indemnizaciones, por el supuesto despido intempestivo a la ex servidora administrativa, de cincuenta y tres mil novecientos ochenta y cuatro dólares, 05/100(USD. 53.984,05).²⁷²

La pretensión por lo tanto que tiene EMASEO en la acción extraordinaria de protección era en primer lugar que se declare la violación de los derechos constitucionales invocados por EMASEO. En segundo lugar solicitaba que se **suspenda la ejecución de las sentencias** expedidas por los ministros de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Superior de Justicia y por la Jueza Quinta de Trabajo de Pichincha, por último solicita que se oficie al Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha para que se remita a la Corte Constitucional el expediente completo, a fin de que se verifique la violación constitucional del debido proceso, que se ha señalado en la presente acción.

4.5.1. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

Los fundamentos que la Corte Constitucional para dictar la sentencia en este proceso de acción extraordinaria de protección fueron los siguientes:

En primer lugar, se examinó la competencia que tiene el pleno de la Corte Constitucional, según las atribuciones establecidas en los artículos 94 y 437 de la Constitución, que le otorga la debida competencia para conocer y pronunciarse sobre las acciones extraordinarias de protección, con el fin de establecer si las sentencias dictadas por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, y por el Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha, han violado o no sus derechos fundamentales.

En segundo lugar, la Corte analizó la naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección en el Ecuador y argumentó que:

Esta es una garantía constitucional que propende recoger el principio fundamental de la Carta Constitucional aprobada en el 2008, que declara al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, y que tiene como deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Carta Magna y en instrumentos internacionales.²⁷³

²⁷²Corte Constitucional. Sentencia No. 042-12-SEP-CC. Caso N° 0085-09-EP, de 20 de marzo del 2012.

²⁷³Corte Constitucional. Sentencia No. 042-12-SEP-CC. Caso N° 0085-09-EP, de 20 de marzo del 2012

El siguiente análisis que realiza la Corte Constitucional es la identificación de los problemas jurídicos que existieron para tomar las decisiones judiciales y al respecto la Corte analiza los siguientes puntos relevantes conexos a las relaciones laborales, analizando: la concepción de obrero o servidor; los tipos de actividades delegables; el contrato colectivo de trabajo; el manejo y cumplimiento de la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica; la solicitud de la interposición de medidas cautelares conjuntamente con la presentación de la demanda de la acción extraordinaria de protección. Es necesario mencionar que este último estudio realizado por la Corte Constitucional, es trascendental para el tema de mi tesis como se verificará en las líneas ulteriores.

4.5.2. Identificación de los problemas jurídicos

En relación a lo expuesto anteriormente, sabemos que el primer problema jurídico que la Corte analizó es la concepción de obrero o servidor, al respecto la Corte señala que la contratación que mantenía la parte actora con EMASEO se encontraba regulada por la Constitución de 1998, la cual señalaba en su artículo 35 numeral 9, inciso segundo:

Las relaciones laborales de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 118 y de las personas jurídicas creadas por la ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo.²⁷⁴

Al respecto, la Corte manifiesta que la concepción de obrero se refiere a la persona que realiza un trabajo relacionado con un esfuerzo físico o manual, especialmente en una industria o en el sector de la construcción y recibe un pago por ello. Esto no quiere decir que no exista esfuerzo intelectual en sus labores, sino sencillamente que prima el esfuerzo físico sobre el intelecto. En cambio, para la Corte en las actividades de servidor predominan las tareas intelectuales o de oficina como las de trámite, registro, archivo, entre otras similares. Por lo tanto, del análisis identifica que aquellas personas que realicen un trabajo administrativo como es el de secretaria o asistente administrativa se ajusta al concepto de servidor y no al de obrero. Era evidente pues en este caso que existía una clara apariencia de buen derecho de la accionante que sugería el impedir la ejecución de la sentencia dentro de la justicia ordinaria.

²⁷⁴Constitución de la República del Ecuador. Artículo 35.9. Publicada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

En segundo lugar, analiza si las actividades de EMASEO podían ser actividades delegables según lo que disponía la Constitución del año 1998, en su artículo 35 numeral 9 inciso 5: "Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y *que pudiesen asumidas por delegación total o parcial por el sector privado*, las relaciones con los trabajadores se regularán por el derecho del trabajo...".²⁷⁵ Así como también analiza el artículo 41 de la Ley de Modernización que establece que "El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, *saneamiento*, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar".²⁷⁶

En consideración del análisis normativo que la Corte Constitucional realiza puedo decir que en concordancia con la Constitución de 1998 y la Ley de Modernización, las actividades que desarrollaba EMASEO al ser de saneamiento, eran actividades que podían ser delegables y las relaciones con los trabajadores se regulaban entonces por el Código de Trabajo.

No obstante, para la Corte Constitucional si bien existe disposición constitucional expresa, manifiesta que estas sí eran reguladas por el Código de Trabajo pero se excluía las actividades meramente administrativas como son las de asistente o secretaria, las cuales no pueden ser delegables. Con este análisis se concluye que la parte actora venía ejerciendo actividades que no podían ser delegables y que no se encontraba amparada bajo el Código de Trabajo.

En tercer lugar, la Corte analiza la prolongación del Quinto Contrato Colectivo de Trabajo firmado con EMASEO, y al respecto cita el artículo 247 y 253 del Código del Trabajo los cuales prescriben que:

Art. 247.- Límite del amparo de los contratos colectivos.- Los contratos colectivos de trabajo no amparan a los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo de las entidades con finalidad social o pública o de aquellas, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales.

Art. 253.- Límite del amparo de los contratos colectivos.- Los contratos colectivos de trabajo no amparan a los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo de las entidades con finalidad social o pública o de aquellas, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales.

²⁷⁵Constitución de la República del Ecuador. Artículo 35.9. Publicada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁷⁶Ley de Modernización del Estado. Art. 41. Publicada en Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Pero el Quinto Contrato Colectivo de Trabajo del año 2002, señala en su artículo 4 que "El presente Contrato Colectivo ampara y protege a los trabajadores que prestan sus servicios a la EMASEO, sea a jornal o nombramiento; exceptuando a los comprendidos en el Art. 253 del Código del Trabajo".

Por lo tanto, del análisis normativo realizado con anterioridad puedo establecer que la parte actora como menciona el Juzgado Quinto de Trabajo y la Corte Superior de Quito no ocupaba un cargo administrativo al tener nombramiento de Asistente 2; pero para la Corte Constitucional la actora realizaba su labor en áreas administrativas; por lo tanto no estaba amparada por el contrato colectivo y debía regirse por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; e indica que los jueces laborales no eran competentes para conocer la causa.

En cuarto lugar, se analiza si se ha garantizado la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, principio que como conocemos se encuentra garantizado en la Constitución del 2008:

Art. 75 Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.²⁷⁷

Respecto a esto, en el presente caso la Corte considera que se violentó la seguridad jurídica al no haber garantizado los jueces competentes de primera y segunda instancia; determinándose así error judicial al condenar a EMASEO al pago por indemnización a favor de la parte actora, la cantidad de USD \$54,197.65

Para que exista error judicial la Corte manifiesta que deben darse los siguientes supuestos: a) hay errónea apreciación de los hechos; b) mal encuadramiento en el Ordenamiento Jurídico de las circunstancias fácticas; y, c) utilización errónea de las normas legales; y en estos casos debe darse una reparación integral al afectado que tiene como objetivo procurar que los titulares de un derecho gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación, la reparación se encuentra estipulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la cual prescribe:

Art. 19. Cuando una parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio

²⁷⁷Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Publicada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes".²⁷⁸

En este caso en específico, luego de haber estado más de 6 años en litigios judiciales por disposición legal como analiza la Corte la parte afectada deberá demandar la reparación por juicio verbal sumario o contencioso administrativo los cuales demoraran otros cuantos años ya que permite interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos.

Por último la Corte luego de establecer la forma como se podrá reparar el daño que ha incurrido EMASEO, la cual es bastante ilógica realiza una consideración respecto de las medidas cautelares solicitadas por el accionante para precautelar sus derecho y que no se ejecute la sentencia y la corte vagamente menciona "que es imperante señalar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control, en el artículo 27 inciso tercero establece una prohibición sobre medidas cautelares"²⁷⁹

Art. 27.- [...] (n) o procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan; en la acción extraordinaria de protección de derechos.

4.5.3. Sentencia pronunciada por la Corte Constitucional signada con el N° 042-12-SEP-CC

La Corte Constitucional en relación a sus considerandos decide emitir la sentencia en donde en primer lugar, declara la vulneración de los derechos previstos en los artículos 11 numeral 9, 75, 76 numeral 3 y 82 de la Constitución de la República. Por lo tanto acepta la acción extraordinaria de protección planteada por la gerente general de EMASEO. Por lo que decide dejar sin efecto la sentencia emitida por la jueza Quinta de Trabajo de Pichincha, dentro del caso N.° 2006-0631; la sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, emitida dentro del proceso N. °392-07-BA; así como el auto de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia emitido el 21 de enero del 2009.

²⁷⁸Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 19. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

²⁷⁹Corte Constitucional. Sentencia No. 042-12-SEP-CC. Caso N° 0085-09-EP, de 20 de marzo del 2012.

4.5.4. Voto salvado de la jueza constitucional Dra. Nina Pacari Vega

La Dra. Nina Pacari Vega por no estar de acuerdo con el voto de mayoría dentro de la causa No. 0085-09-EP, presento un voto salvado con sus reflexiones personales como fundamento de su posición al respecto de lo deliberado por el Pleno de la Corte Constitucional. En este voto salvado la Dra. Nina Pacari hace una reflexión de los siguientes problemas jurídicos: 1. Existe una vulneración al debido proceso en cuanto a una supuesta distracción del juez natural encargado de sustanciar la acción laboral propuesta?; 2. Existe vulneración de la tutela judicial efectiva en contra de la empresa EMASEO?; 3. Las actuaciones de los operadores de justicia atentan al derecho a la seguridad jurídica?

Respecto al primer problema jurídico la Jueza Constitucional manifiesta que se debe considerar dentro de los principios reconocidos en el ámbito constitucional al in dubio pro operario, el mismo que en la Constitución Política de 1998, establecía en el Art. 35 numeral 6 al mencionar que: "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores"²⁸⁰ Así mismo sostiene que dentro del proceso llevado a cabo y al:

denotar que en aplicación de las normas constitucionales vigentes en aquella época así como de la normativa constitucional vigente en la causa principal se encuadra en el marco constitucional, respetándose en debido proceso y en la especie el principio de juez natural, siendo los jueces en materia laboral los competentes para conocer acciones laborales, puesto que por mandato constitucional expreso contenido en la Carta Fundamental del Estado de 1998 se establecía como regla general que **"Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y que pueden ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, las relaciones con los trabajadores se regularán por el derecho del trabajo"**, es decir, al haberse demostrado que la empresa EMASEO es delegataria del Municipio de Quito y que ella no ejercía funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalentes, para estar sujeta al derecho administrativo.²⁸¹

De lo expuesto anteriormente, para la Dra. Pacari se evidencia que lo alegado por la legitimada activa en este caso EMASEO, no tiene asidero en cuanto a una supuesta falta de competencia de los jueces laborales en el caso sub iudice; es decir, no existe

²⁸⁰Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 35. 9. Publicada en Registro Oficial No. 1 de 11 agosto de 1998.

²⁸¹Corte Constitucional. Voto salvado Jueza Constitucional Nina Pacari. Sentencia N. °042-12-SEP-CC, Caso No. 0085-09-EP de 20 de marzo del 2012.

distracción alguna la juez natural, pues la causa se ha sustanciado con observancia del trámite propio para dicho procedimiento y ante el juez competente.

Respectó al segundo problema jurídico sobre si existe vulneración de la tutela judicial efectiva en contra de la Empresa EMASEO?; la jueza constitucional manifiesta que dentro de las resoluciones impugnadas se puede evidenciar que:

(l)os administradores de justicia han actuado de manera diligente y proba en sus actuaciones, fundamentándose en elementos fácticos y normativa constitucional y legal vigente y aplicable a los casos puestos a su análisis, en aquel sentido no se puede alegar una presunta vulneración del derecho a la tutela judicial, puesto que las sentencias hoy impugnadas a través de esta acción extraordinaria de protección más bien evidencian un apego de los jueces y jueza a las norma constitucional contenida en el art. 75 de la Constitución.²⁸²

Por último, respecto a si las actuaciones de los operadores de justicia atentan al derecho a la seguridad jurídica, manifiesta que tanto la Jueza Quinta del Trabajo de Pichincha, así como los jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha han observado las disposiciones constitucionales y legales atinentes al caso puesto a su conocimiento para emitir un pronunciamiento conforme a derecho; en aquel sentido los mismos han aplicado normas claras, previas, públicas, siendo los mismos las autoridades competentes para conocer la presente causa, puesto que se trata de una relación de naturaleza laboral.

En relación a lo expuesto, la Dra. Nina Pacari en sentencia decide desechar la acción extraordinaria de protección presentada por la Gerente General de EMASEO, en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, dentro del proceso No. 392-07-BA; y, por el Juzgado Quinto de lo Laboral de Pichincha dentro del juicio laboral No. 2006-0631 por despido intempestivo; y devolver el expediente al juzgado de origen.

Si así se hubiese resuelto no habría entonces problemas de eficacia con respecto a la sentencia de la Corte Constitucional ya que se coincide con las sentencias judiciales, mas como se ha visto el problema surge cuando el proceso laboral que pretende ser muy expedito, resuelve de manera distinta a lo considerado por la Corte Constitucional, en un procedimiento congénitamente lento, que al no tener ni siquiera la posibilidad de medidas cautelares, garantiza su ineficacia en la medida que el proceso laboral casi siempre estará ejecutando, cuando por otra parte la acción constitucional aun estará siendo discutida; de

²⁸²Corte Constitucional. Voto salvado Jueza Constitucional Nina Pacari. Sentencia N. °042-12-SEP-CC, Caso No. 0085-09-EP de 20 de marzo del 2012.

manera tal que si se resuelve en contra de lo considerado por la vía judicial, aquella resolución resulta ineficaz.

4.6. Planteamiento y resolución del principal problema jurídico de la eficacia en la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral

En el anterior capítulo se realizó el planteamiento conceptual de los problemas jurídicos que afectan en la eficacia de la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral, en este capítulo de manera empírica se demostró el problema de eficacia de la acción extraordinaria de protección. Por esta razón, considero que el principal problema jurídico que atenta contra la eficacia de la acción extraordinaria de protección, es la limitación normativa del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la interposición de medidas cautelares expresamente en la acción extraordinaria de protección.

En relación, y como ya se ha explicado existe una contradicción por parte de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la norma suprema del Estado que es la Constitución; por esta razón a continuación se enunciará la solución jurídica a este problema que es el de mayor relevancia; pero también de manera breve se dará sugerencias de solución a los otros dos problemas detallados en el capítulo anterior que tratan de la contraposición existente entre la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y entre la misma Constitución.

4.6.1. Problema Jurídico

El principal problema jurídico que se trató y se resolvió, es la contradicción que existe entre Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la Constitución respecto a la posibilidad de interposición de medidas cautelares, hemos analizado como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional limita inconstitucionalmente la posibilidad de solicitar medidas cautelares en cualquier acción constitucional, garantía que se encuentra consagrada en la Constitución.

La Constitución dentro del capítulo tercero, sección primera sobre las disposiciones comunes para todas las acciones constitucionales expresamente en el artículo 87 establece que se **“podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos,**

con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho".²⁸³(Las negrillas son mías)

Pero la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional violando el principio de supremacía constitucional, en el artículo 27 establece que las medidas cautelares constitucionales "(...) No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales **o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos**".²⁸⁴(Las negrillas son mías)

Del mismo modo, y con relación al caso estudiado se pudo analizar que la recurrente de la acción extraordinaria de protección presenta la demanda el 20 de febrero de 2009 y conjuntamente solicito la interposición de medidas cautelares, específicamente la suspensión de la ejecución de la sentencias expedidas por los ministros de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Superior de Justicia y por la jueza Quinta de Trabajo de Pichincha. Al respecto, la Corte Constitucional considero que por la prohibición inconstitucional del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no se pudo suspender la ejecución de la sentencia.

Esta consideración, permitió que el proceso laboral impugnado por la acción extraordinaria de protección continúe en su fase de ejecución y tres meses después de la presentación de la acción extraordinaria de protección la actora del proceso judicial ejecutó las sentencias y cobró el dinero de la indemnización creando desde ya una situación de ineficacia de la acción extraordinaria de protección, pues si en verdad existió violación de derechos constitucionales en el proceso laboral estas violaciones acaban de perfeccionarse con la ejecución de la sentencia.

Por consiguiente, se puede declarar que si la Corte Constitucional aceptaba la solicitud de interposición de medidas cautelares específicamente la suspensión de la ejecución de la sentencia, se hubieran preservado los derechos constitucionales de ambas partes. El fin único de la acción extraordinaria de protección es precautelar los derechos constitucionales vulnerados en una decisión judicial; pero la acción extraordinaria de protección al no poder precautelar de una manera eficiente estos

²⁸³Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Publicada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁸⁴Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

derechos, se produce naturalmente un problema de eficacia y de inseguridad jurídica de esta acción extraordinaria de protección.

De tal manera y una vez que la Corte Constitucional dictamino su decisión de dejar sin efecto: la sentencia emitida por la jueza Quinta de lo Laboral de Pichincha; la sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha; y el auto de la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, se evidencia fácticamente la falta de eficacia de la acción extraordinaria de protección en el proceso laboral, pues por una parte el trabajador en este caso la actora que ya ha cobrado la indemnización se queda sin el derecho que le otorgo esta indemnización y en el futuro deberá devolver estos valores, y por otra parte el empleador tiene que ir a juicio verbal sumario o contencioso administrativo para reclamar la reparación de los daños para recuperar este dinero pagado.

Es trascendental señalar que estos daños no han sido causados por la parte actora ya que ella se creía poseedora de un derecho laboral en razón de lo que ella consideraba fue una relación laboral con la parte demandada, y esta consideración se robustecía con las decisiones judiciales que apoyaban esta demanda y en virtud de tales decisiones la parte actora consiguió cobrar la indemnización ya que no se permitió la suspensión de la ejecución de la sentencia.

En relación al análisis anterior se debe concluir que la acción extraordinaria de protección no es una garantía eficaz, porque el fin de esta garantía jurisdiccional es otorgar al ciudadano una manera rápida, efectiva y eficaz para salvaguardar los derechos constitucionales. Al permitir el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que se sigan vulnerando los derechos constitucionales violados en una decisión judicial de una manera inminente y grave no está permitiendo que la acción extraordinaria de protección cumpla con su objetivo, es trascendental por lo tanto encontrar una solución jurídica para subsanar la falta de eficacia de la acción extraordinaria de protección la cual propondré a continuación.

4.6.2. Solución Jurídica

Como se ha justificado, el problema jurídico de la eficacia de la acción extraordinaria de protección se da principalmente por la limitación a la interposición de las medidas cautelares establecida en el artículo 27 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

Control Constitucional; al respecto y para subsanar este error la solución más conveniente es la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 27 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por evidentemente no encontrarse este artículo en apego y armonía respecto de la Constitución del Estado.

Como conocemos, la Constitución es la norma suprema del Estado y ninguna ley puede limitar, contrariar, o restringir los derechos contenidos en ella. De este modo, con el fin de controlar la supremacía constitucional, la propia Constitución otorgó a la Corte Constitucional la facultad de preservar el orden constitucional y la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes del ordenamiento jurídico nacional convirtiéndose así esta Corte en el órgano más alto de Control Constitucional

En este sentido, la Corte Constitucional por mandato constitucional del artículo 436 tiene las siguientes atribuciones:

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

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.²⁸⁵

En nuestro caso, debido a que la Corte Constitucional de oficio no ha decidido la inconstitucionalidad del artículo 27 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por limitar y restringir los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 87 de la Constitución; es imperioso presentar una demanda de inconstitucionalidad para que la Corte conozca y resuelva la acción pública de inconstitucional por el fondo de este acto normativo de carácter general que afecta la supremacía constitucional.

Para demandar la acción pública de inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es necesario seguir con los parámetros establecidos en la misma Ley para este tipo de acciones, el artículo 75 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que:

Art 75.- El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las

²⁸⁵Constitución de la República del Ecuador. Artículo 436. Publicada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.

Con el fin de realizar este control el artículo 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, otorga legitimación a cualquier persona para que individual o colectivamente pueda interponer la demanda de inconstitucionalidad en contra de una norma que rompa la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

En la demanda se deberá colocar todos los requisitos que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manda en su artículo 79 estas son:

Art 79.- Contenido de la demanda de inconstitucionalidad.- La demanda de inconstitucionalidad contendrá:

1. La designación de la autoridad ante quien se propone.
2. Nombre completo, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio de la persona demandante.
3. Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona.
4. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.
5. Fundamento de la pretensión, que incluye:
 - a) Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance.
 - b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.
6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley.
8. La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda.

Una vez que cumplamos con los requisitos de forma de la demanda, se deberá explicar con argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes tales como los demostrados en este trabajo, porque el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que limita la interposición de medidas cautelares es incompatible con el artículo 87 que establece que se **“podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”**.²⁸⁶

Luego de admitida la demanda se deberá solicitar que se convoque a audiencia pública ante el Pleno de la Corte Constitucional, con el fin de poder exponer como ya lo hemos hecho en este trabajo como el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías

²⁸⁶Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Publicada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Jurisdiccionales y Control Constitucional está afectando a la eficacia de la acción extraordinaria de protección, después de presentado el proyecto de sentencia por la jueza o juez ponente se esperara la deliberación y decisión definitiva de la Corte Constitucional esperando la declaración de inconstitucionalidad para que se cumplan los efectos de control de constitucionalidad detallados en el artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone que “Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.”

A partir de ahí, en el futuro cuando se presente una acción extraordinaria de protección en virtud del artículo 87 de la Constitución se podrá solicitar cualquier medida cautelar entre ellas la suspensión de la ejecución de la sentencia para precautelar mientras dure el proceso en la Corte Constitucional los derechos constitucionales de las personas.

4.7. Otros problemas jurídicos que pueden afectar a la eficacia de la acción extraordinaria de protección.

Aparte de la contradicción estudiada anteriormente entre la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con la Constitución la cual considero es la más grave y tema central de esta tesis por crear el problema jurídico mas relevante, puedo manifestar que existen otras contradicciones que en cierta medida pudieran afectar a la eficacia de la acción.

4.7.1. Primer problema jurídico secundario

En primer lugar, considero que existe otra contradicción entre ambos cuerpos legales por parte del artículo 437 de la Constitución con el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El artículo 437 establece 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 ejecutoriadas.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

De manera sencilla apreciamos que la voluntad del constituyente ha sido la de crear acciones constitucionales con procedimiento sencillo, rápido y eficaz por lo que establece

pocos requisitos, sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 62 numeral 8al manifestarse sobre los requisitos de admisión de la acción extraordinaria de protección de cierta manera modifica la intención del constituyente y establece que cuando se admita un recurso extraordinario de protección, este permitirá “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.** (...)”²⁸⁷

Si bien, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se expide en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, que establece la obligación de la Asamblea de aprobar, en trescientos sesenta días, la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control constitucional; otorgando la Constitución a la ley el poder de regular los procedimientos de control constitucional, considero que en cierta medida existe un examen de admisión excedido al admitir únicamente las demandas que puedan “corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional” o los procesos que sentencien “sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”.

Al respecto, considero que este excesivo examen de admisibilidad podría acarrear un problema de eficacia de la acción extraordinaria de protección pues como hemos mencionado una acción o norma jurídica resulta eficaz cuando alcanza “el logro de la conducta prescrita; en concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden.”²⁸⁸

De esa manera, conocemos que la conducta pretendida por la norma suprema de la República en su artículo 94 es que todos los ciudadanos cuenten con una garantía rápida, sencilla y eficaz para poder defender sus derechos constitucionales cuando estos hayan sido vulnerados por una autoridad jurisdiccional. Por lo tanto, si la ley arbitrariamente limita y detalla expresamente los casos en que la Corte Constitucional admitirá la acción extraordinaria de protección más allá de lo previsto en la Constitución, se está afectando la intención del constituyente, lo que acarrea que esta garantía jurisdiccional sea ineficaz,

²⁸⁷Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

²⁸⁸Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Óp. cit., p.180

debido a que la acción no alcanzaría el “logro de la conducta prescrita”²⁸⁹ que en este caso es el de brindar una garantía que proteja de manera sencilla los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Por esta razón, al numeral 8 del artículo 62, se le podría interponer una demanda de acción de inconstitucionalidad, con el fin de que no exista una excesiva limitación en la admisión de las demandas de la acción extraordinaria de protección ya que el fin garantista que tiene la Constitución presupone que siempre la vulneración de un derecho constitucional por un órgano jurisdiccional pueda ser defendida frente al órgano supremo de control de constitucional el cual en nuestro país es la Corte Constitucional.

4.7.2. Segundo problema jurídico secundario

Por último, tenemos el problema jurídico producto de una contradicción o una mala estructuración entre las normas de la propia Constitución, ya que el artículo 94 por una parte establece que la “acción extraordinaria de protección procederá contra sentencia 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.”²⁹⁰, sin manifestar como vimos anteriormente ninguna limitación a la presentación de esta garantía.

Al no tener ninguna restricción constitucional el número de acciones que pueden interponerse ante la Corte es bastante grande; por lo tanto el número de causas que tendría que conocer la Corte serían bastantes en comparación con el número de miembros que la componen, el cual se determina por disposición constitucional del artículo 432 que establece que la Corte Constitucional está integrada “por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley.”²⁹¹

En relación, podemos manifestar que en el periodo comprendido entre el 06 de noviembre de 2012 y el 30 de septiembre de 2013 se presentaron 2616 demandas de acción extraordinaria de protección, de este total de demandas presentadas el 19, 3% de las demandas fueron admitidas²⁹² lo que quiere decir que la Corte Constitucional tuvo conocimiento en 505 acciones extraordinaria de protección. Resolver sobre las acciones

²⁸⁹*Ibid.*

²⁹⁰Constitución de la República del Ecuador. Artículo 94. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008

²⁹¹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 432. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

²⁹²Corte Constitucional. *Informe de Gestión*. Periodo 2012-2013. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/informe_2013.pdf. (acceso: 10/08/2014)

extraordinaria de protección presentadas ante la Corte es solamente una de las tantas funciones que tienen los 9 jueces por lo tanto no se puede cumplir con la disposición del artículo 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que manifiesta que “La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción.”

Así mismo, se puede conocer que desde noviembre de 2012 hasta septiembre del 2013, en total ingresaron a la Corte Constitucional 7 190 casos. De ellos, el 32% no se había resuelto a esa fecha. Al respecto, el presidente de la Corte, Patricio Pazmiño, justifica la tardanza señalando que hay varios “problemas procesales que derivan en la tardanza para resolver algunas causas.”²⁹³ Por lo tanto, si existen muchas causas represadas entre ellas de acción extraordinaria de protección se puede producir un problema de eficacia, más aún cuando no se puede frenar la vulneración de derechos con medidas cautelares por la disposición del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al respecto, debo manifestar que la forma en cómo está concebida la acción extraordinaria de protección así como también la forma en cómo está compuesta la Corte Constitucional no ayuda para que esta acción se resuelva de manera eficiente ni eficaz, como ya mencionamos con anterioridad la norma únicamente es eficaz cuando se alcanza la conducta prescrita; en el caso de la acción extraordinaria de protección la conducta prescrita es la defensa imperiosa de los derechos constitucionales.

En lo que respecta a la acción extraordinaria de protección y como analizamos anteriormente al ser esta una garantía jurisdiccional la cual se rige por las normas de procedimiento comunes a todas las garantías imperiosamente “(e)l procedimiento será sencillo, rápido y eficaz”²⁹⁴. Por lo tanto, una vez examinado el caso podemos decir que esta acción no es eficaz cuando tarda más de tres años en resolverse; como analizamos la demanda fue presentada en el año 2009 y la sentencia expedida en el 2012, producto de la cantidad de causas que recibe la Corte Constitucional.

Al respecto debo manifestar que si bien anteriormente mencione como problema de eficacia la restricción que la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en la admisión de las demandas de la acción extraordinaria de protección la

²⁹³El Comercio. “Ecuador enmiendas constitucionales” <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/ecuador-enmiendas-constitucionales-corte-politica.html>. (acceso: 10/08/2014)

²⁹⁴Constitución de la República del Ecuador. Artículo 86. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Constitución debería imponer ciertas restricciones para que esta acción no sea una cuarta instancia de todos los procesos, pero también considero que se debe aumentar el número de jueces de la Corte Constitucional para que exista más agilidad en la resolución de los casos.

En definitiva y para resolver este problema considero que se debe analizar los tres procedimientos, consagrados en la propia Constitución para reformar el texto constitucional los cuales son: enmienda constitucional, reforma parcial y asamblea constituyente, mismos que se encuentran normados en los artículos 441, 442 y 444 de la Constitución. De manera breve por lo tanto explicare como se podría modificar por lo tanto el artículo 94 o el artículo 432 de la Constitución.

La Corte Constitucional en el dictamen N.º001-14-DRC-CC dentro del caso N.º 0001.-14-RC sobre el proyecto de “enmienda” de la Constitución de la República, formulado por un grupo de asambleístas ha explicado que alcance tiene cada uno de los tres procedimientos explicados con anterioridad.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha considerado que vía enmienda constitucional se puede tramitar los procedimientos de reforma del texto constitucional únicamente:

(e) en los casos en los que la modificación, supresión o incorporación de uno o varios artículos de la Constitución, no impliquen alteración de su estructura fundamental y elementos constitutivos del Estado y que no establezcan restricciones a los derechos y garantías, ni se altere el procedimiento de reforma de la Constitución.²⁹⁵

En segundo lugar, respecto a las modificaciones que se pueden generar vía reforma parcial de la Constitución ha considerado que

(s) e podría modificar los elementos constitutivos o la estructura del Estado, sin que esto devenga en restricción de los derechos y garantías constitucionales, o que modifiquen el procedimiento de reforma de la Constitución, es decir, el concepto de rigidez constitucional se encuentra resguardado por mandato del constituyente al impedir que vía reforma parcial se pueda modificar el procedimiento de reforma de la Constitución y el contenido de derechos y garantías constitucionales.²⁹⁶

Por último, en referencia a la forma más estricta de reformar la Constitución esto es vía Asamblea Constituyente, dictamino que se “podría modificar los procedimientos de reforma de la Constitución que afectan directamente, la rigidez constitucional, así como la configuración de la tutela de los derechos.”²⁹⁷

²⁹⁵Corte Constitucional. Dictamen N.º001-14-DRC-CC.Caso N.º 0001.-14-RC de 31 de octubre del 2014.

²⁹⁶Corte Constitucional. Dictamen N.º001-14-DRC-CC.Caso N.º 0001.-14-RC de 31 de octubre del 2014.

²⁹⁷Corte Constitucional. Dictamen N.º001-14-DRC-CC.Caso N.º 0001.-14-RC de 31 de octubre del 2014.

Con respecto a la posibilidad de modificar el artículo 94 para incluir limitaciones procesales podemos por analogía comparar con la decisión de la Corte Constitucional en el DICTAMEN N.º001-14-DRC-CC dentro del CASO N.º 0001.-14-RC con respecto a la enmienda # 1 que proponía modificar el artículo 88 de la Constitución sobre la acción de protección incluyendo en el artículo que “La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y por lo tanto puede ser inadmitida” intentando poner limitaciones procesales hacia esta garantía jurisdiccional.

Al respecto la Corte Constitucional manifestó que:

(l)as limitaciones procedimentales a la tramitación de la garantía acción de protección generaría una contradicción con lo dispuesto en la propia Constitución, así como el desarrollo jurisprudencial sostenido por esta Corte Constitucional, por medio del cual el procedimiento en garantía de ser simple, informal, garantizándose de esta forma el acceso a los órganos de administración de justicia, así como que los destinatarios de las garantías puedan acceder a la misma de manera ágil y dinámica.²⁹⁸

Sin embargo, y por la contradicción que se generaría, con la intención del constituyente de que el procedimiento para resolver una garantía jurisdiccional sea de forma simple, informal, ágil y dinámica; la Corte dictamino que como la enmienda constitucional y reforma parcial de la Constitución no pueden involucrar la restricción de derechos y garantías “la propuesta pretende una restructuración del objeto directo y eficaz de protección de la garantía jurisdiccional, y por lo tanto, debe ser objeto de análisis y debate en una Asamblea Constituyente.”²⁹⁹

En la misma línea, y con los mismos argumentos puedo manifestar que para modificar el artículo 94 intentando introducir limitaciones para la interposición de la acción extraordinaria de protección al ser una restricción de derechos y garantías se debe analizar y debatir en una Asamblea Constituyente. Esta claramente es una solución complicada, por lo tanto y respetando la voluntad de la Constitución aunque no la compartía se debería dejar la intención del constituyente de otorgar garantías sencillas y eficaces en la defensa de los derechos de los ciudadanos, es decir que los ciudadanos que se crean afectados por una decisión jurisdiccional en donde se presupone haya existido violación de derechos constitucionales puedan libremente presentar una demanda de acción extraordinaria de protección.

Por otra lado, con la intención de modificar el artículo 432 de la Constitución con el fin de aumentar el número de miembros que componen la Corte Constitucional, considero

²⁹⁸Corte Constitucional. Dictamen N.º001-14-DRC-CC.Caso N.º 0001.-14-RC de 31 de octubre del 2014.

²⁹⁹Corte Constitucional. Dictamen N.º001-14-DRC-CC.Caso N.º 0001.-14-RC de 31 de octubre del 2014.

que se puede hacer vía reforma parcial de la Constitución ya que esta vía permite “modificar los elementos constitutivos o la estructura del Estado”³⁰⁰. La Corte Constitucional al ser un órgano del Estado y al no existir ninguna restricción de derechos y garantías al incrementarse el número de miembros de la Corte, podrá aumentar sus jueces por la vía idónea que es la reforma parcial de la Constitución.

Debido a que la acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional que busca proteger los derechos constitucionales vulnerados por cualquier autoridad jurisdiccional en cualquier auto o sentencia y se encuentra vinculado a la teoría garantista de ofrecer a los ciudadanos medios idóneos para proteger sus derechos, considero que para otorgar mayor eficacia a esta acción es necesario modificar el número de miembros que componen la Corte Constitucional para que puedan resolver de una manera más ágil y eficiente este tipo de acciones, evitando así que esta garantía se convierta en una acción ineficaz en la defensa de los derechos constitucionales.

Una vez que hemos analizado el proceso laboral, las medidas cautelares, la acción extraordinaria de protección y el ejemplo empírico donde se demuestra la falta de eficacia de la acción extraordinaria de protección, procederé a realizar las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo con el fin de cómo ya expresado en este capítulo ratificar la solución jurídica expuesta.

5. Conclusiones y Recomendaciones

1. El Derecho Laboral al ser un Derecho Social tiene una relevancia preponderante dentro del Derecho, por lo tanto tiene normas exclusivas que garantizan la relación justa y equilibrada entre trabajador y empleador, al respecto la Constitución establece que el trabajo es un derecho y un deber social, fuente de realización personal y base de la economía por lo que el Estado garantizara las relaciones justas entre trabajadores y empleadores buscando siempre que los problemas entre ambos sean resueltos de una manera rápida, sencilla y eficaz; por esta razón en el Ecuador se incorporo una nueva forma de tramitación de los juicios laborales con el procedimiento oral buscando alcanzar con este nuevo procedimiento la tan anhelada celeridad en el proceso que hasta la actualidad no se ha podido alcanzar.

³⁰⁰Corte Constitucional. Dictamen N.º001-14-DRC-CC.Caso N.º 0001.-14-RC de 31 de octubre del 2014.

2. La Constitución del Ecuador del año 2008 establece una serie de mecanismos para salvaguardar los derechos constitucionales de los ciudadanos, dentro de estos mecanismos se encuentran las acciones constitucionales y las llamadas garantías jurisdiccionales, estas nuevas garantías nos permiten ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela judicial efectiva de los derechos.
3. Dentro de las nuevas garantías jurisdiccionales incorporadas en la Constitución del 2008 se encuentra la acción extraordinaria de protección; esta es una garantía creada con el fin de que los ciudadanos puedan reclamar sus derechos constitucionales cuando consideren que ha existido una vulneración de estos por parte de un órgano jurisdiccional dentro de una resolución pudiendo ser esta un auto o sentencia de carácter definitivo.
4. La acción extraordinaria de protección es una acción y no un recurso por que no tiene por objeto discutir la pretensión jurídica original. Este es un proceso nuevo y totalmente diferente en donde se verifica si ha existido o no vulneración de derechos constitucionales por parte de algún órgano jurisdiccional, por lo tanto al ser la acción extraordinaria de protección un proceso diferente debería tener todos los elementos con los que cuenta un proceso constitucional como las medidas cautelares.
5. La eficacia de un procedimiento es el resultado adecuado o el logro de la conducta prescrita, en el caso en estudio la eficacia de la acción extraordinaria de protección es el éxito del procedimiento constitucional en alcanzar su objetivo de brindar una vía rápida, sencilla y eficaz para que los ciudadanos puedan reclamar y preservar sus derechos constitucionales cuando han sido vulnerados por una autoridad jurisdiccional. Luego de haber analizado la acción extraordinaria de protección se puede concluir que no es eficaz por que no obtiene el objetivo específico ni el fin prescrito.
6. Las medidas cautelares son medidas urgentes y provisionales orientadas a hacer cesar o evitar un posible daño futuro o presente. Estas medidas tienen como fin conservar el estado de hecho y de derecho, determinado por cierta situación. Las medidas cautelares constitucionales por lo tanto son indispensables pues garantizan no solo los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que también garantizan la ejecución de la sentencia y su eficacia.

7. El artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al prohibir expresamente la interposición de medidas cautelares en la acción extraordinaria de protección recae en inconstitucional, ya que vulnera el derecho consagrado en la Constitución en el artículo 87 sobre la interposición de medidas cautelares conjunta o independientemente con cualquier acción constitucional de protección de derechos.
8. Los ciudadanos que interponen una demanda por acción extraordinaria de protección, al existir una vulneración de sus derechos constitucionales por parte de cualquier órgano jurisdiccional, deben tener el derecho a interponer cualquier medida cautelar con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional y para que en lo posterior la resolución de la Corte Constitucional pueda ser ejecutable y tenga eficacia.
9. Los procesos laborales al formar parte del derecho social, tienen trascendencia relevante, por lo tanto, la interposición de la acción extraordinaria de protección sobre un auto o sentencia de un proceso laboral tiene una doble importancia: primero por la vulneración de derechos constitucionales y segundo por existir la vulneración dentro de una decisión sobre un derecho social.
10. Es trascendental por lo tanto la interposición de una demanda de inconstitucional en contra del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta demanda debe plantearse ante la Corte Constitucional y fundamentarse en que esta norma viola la supremacía y el orden constitucional, pues el artículo 87 de la Constitución permite expresamente que conjunta o independientemente con cualquier acción constitucional de protección de derechos se puedan interponer las medidas cautelares que se consideren.
11. Al momento de interponerse una acción extraordinaria de protección por mandato del artículo 87 de la Constitución se debería permitir, conjunta o independientemente, interponer cualquier medida cautelar como la suspensión de la ejecución de la sentencia, como sucede en las legislaciones comparadas de España, Colombia y Bolivia; para que una vez que se resuelva la acción extraordinaria de protección, la sentencia de la Corte Constitucional tenga eficacia.
12. En el caso analizado, de manera fehaciente, se observa una falta de eficacia de la acción extraordinaria de protección pues, como observamos, por un lado la violación del derecho constitucional del empleador siguió persistiendo durante

todo el tiempo que recurrió la acción y sigue persistiendo hasta después de emanada la sentencia de la Corte Constitucional.

- 13.** El artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al no permitir que se pueda suspender la ejecución de la sentencia produce que la acción extraordinaria de protección sea ineficaz dentro del proceso laboral y que en el futuro se genere un daño tanto al trabajador como al empleador, porque como vimos en el caso estudiado una vez que la Corte Constitucional dejó sin efecto las sentencias de los órganos jurisdiccionales, el dinero que recibió la parte actora se convirtió en un pago de lo no debido y la parte demandada tiene que ir a otro proceso judicial para reclamar este dinero, proceso en el cual la parte demandada tendría que devolver este dinero el cual creo le pertenecía legítimamente.
- 14.** En pocas palabras puedo establecer que con el análisis del tema y el estudio del caso se ha comprobado que la acción extraordinaria de protección tal como se la maneja actualmente es ineficaz. Por lo tanto, y solo si una vez aceptada la demanda de acción extraordinaria de protección se suspendería la ejecución de la sentencia esta acción podría ser eficaz.
- 15.** Respecto al primer problema secundario de eficacia de la acción extraordinaria de protección considero que las restricciones a la admisión que impone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional son excesivas y el numeral 8 del artículo 62 debería ser igualmente demandado por una acción de inconstitucional por vulnerar el orden constitucional y la armonía del orden jurídico.
- 16.** Respecto al segundo problema secundario de eficacia de la acción extraordinaria de protección, considero que debido a que nuestra Constitución está estrechamente ligada al neo constitucionalismo y a la teoría garantista del Estado nos guste o no deberíamos respetar esta corriente y garantizar la sencillez, rapidez y eficacia de las acciones constitucionales por lo tanto no se debe limitar mayormente la admisión de estas causas y la Corte Constitucional debería tener otra conformación. Es decir y a pesar de que no estoy de acuerdo, pero respetando el principio de supremacía constitucional no debe existir una limitación excesiva en la admisión de todas las acciones constitucionales especialmente de la acción extraordinaria de protección por lo que para poder tramitar con eficacia

todas estas acciones el numero de jueces que conforma la Corte Constitucional debería aumentar.

17. Por último el Ecuador al tener un control abstracto de constitucionalidad debe garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por lo tanto si la Corte Constitucional de oficio no ha realizado el respectivo control cualquier persona o institución en virtud de este control puede solicitar la inconstitucional del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6. Bibliografía

- Abarca Galeas, Luis. *La violación del debido proceso como causa para la Casación y la acción extraordinaria de protección*. Quito: Editorial Juridica del Ecuador, 2013.
- Aguirre López, Mauricio. *Práctica Laboral en los Juicios Orales*. Quito: Solugraf, 2007.
- Aguirre Suárez, Paulina. *Experiencias y perspectivas de la oralidad en el proceso laboral*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Neo constitucionalismo y sociedad*. Quito: V&M Gráficas, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Neo constitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2011.
- Baquerizo Minuche, Jorge. *Sobre el neo constitucionalismo, principios y ponderación*. Guayaquil: Edilex, 2011.
- Bayón, Juan Carlos. *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional en Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Benavides Ordoñez Jorge y Jhoel Escudero Soliz. *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*. Quito: V&M Gráficas, 2013.
- Bustamante Fuentes, Colón. *Nueva justicia constitucional: neo constitucionalismo derechos y garantías, teoría y práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- Cabanellas, Guillermina. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, 2003.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 1979.

- Caguasango, Dolly. *El Nuevo Proceso Laboral, el principio de oralidad y la reformulación de las prácticas procesales*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.
- Carbonell, Miguel. *Teoría del neo constitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Correa Henao, Nestor. *Derecho procesal de la acción de tutela*. Bogotá: Editorial Ibañez, 2011.
- Cueva Carrión, Luis. *Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva-Carrión, 2011.
- Cueva Carrión, Luis. *Modelos de la Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva-Carrión, 2013.
- Fábrega, Jorge. *Medidas Cautelares*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1998.
- Fayt, Carlos. *Derecho Político*. Buenos Aires: Editorial Dipalma, 1962.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Fernández. *Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2008.
- García Escobar, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie justicia y derechos humanos, 2010.
- García Falconí, José. *Las Medidas Cautelares en Materia Civil*. Tomo Único. Quito: Rodin, 2008.
- Grijalva, Agustín. "Perspectiva y desafíos de la Corte Constitucional". *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia García Escobar (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie justicia y derechos humanos, 2010.
- Jaramillo Huilcapi, Verónica. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Jijón Saavedra, Milton. *Derecho del Trabajo*. Guayaquil: Editorial Claridad S.A., 1995.
- Lema, María Mercedes. "La acción extraordinaria de protección: naturaleza, competencia y procedimiento". *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras (ed.) Quito: Corte Constitucional Jornadas de capacitación en justicia constitucional, 2008.
- López Hidalgo, Sebastián. "La acción extraordinaria de protección y las decisiones judiciales". *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Claudia Escobar García (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Lovato, Juan Isaac. *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Casa de la Cultura, 1962.
- MonesteroloLencioni, Graciela. *Curso de derecho laboral ecuatoriano*. Loja: Fondo Editorial Jurídico, 2014.

- Montaña Pinto, Juan. "Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales". *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Juan Montaña (ed.) Quito: Corte Constitucional Jornadas de capacitación en justicia constitucional, 2008.
- Morales, Marco. "Actualidad en la justicia constitucional". *La Justicia Constitucional en la actualidad*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2002.
- Osuna, Néstor Iván. *Tutela y Amparo Derechos Protegidos*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 1998.
- Páez Benalcázar, Andrés. *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*. Quito: CEP, 2010.
- Pérez Tremps, Pablo. "La admisión en los procesos constitucionales". *Derecho Procesal Constitucional*. Pablo Pérez (ed.) Quito: Corporación Editora Nacional, Quito, 2005.
- Prieto Castro, Leonardo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aranzadi, 1985.
- Robalino Bolle, Isabel. *Manual de Derecho del Trabajo*. Quito: Editorial Mendieta, 1998.
- Rosenberg, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- Salgado, Alí Joaquín y Alejandro César Verdaguer. *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: EdicionesAstrea, 2000.
- SalimZaidán. *Neo constitucionalismo: teoría y práctica en el Ecuador*. Quito: Cevallos, 2012.
- Sospedra Navas, José. *Justicia Constitucional y procesos Constitucionales*. Madrid: Civitas, 2011.
- Torres, Luis Fernando. *Debate Constitucional*. Quito: Editorial Fundación Hanns Seidel, 2010.
- Trujillo, Julio Cesar. *Derecho del Trabajo*. Quito: Quality Print Cia.Ltda., 2008,
- Urgiles Contreras, Luis. *La oralidad y la litigación oral en el proceso laboral*. Quito: Corte Nacional de Justicia , 2013.
- Vaca Ruiz, Agustín. "La exención de responsabilidad patronal por los accidentes del trabajo". *Accidentes del Trabajo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1981.
- Vásquez, Jorge. *Derecho Laboral Ecuatoriano Derecho Individual*. 1era ed. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2004.
- Vela Monsalve, Carlos. *Derecho Ecuatoriano de Trabajo*. Cuenca: Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1980.
- Villareal, Roberto. *Medidas Cautelares Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Zamora y Castillo, Niceto Alcalá. *Nuevos Estudios del Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 1980.
- Zavala Egas, Jorge. *Teoría y práctica procesal constitucional*. Guayaquil: Edilex, 2011.

7. Bibliografía electrónica

- Corte Constitucional. *Informe de Gestión*. Periodo 2012-2013. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/informe_2013.pdf. (acceso: 17/12/2014).
- Efraín Pérez. “Las Medidas Cautelares Constitucionales”. www.estade.org/.../Las%20Medidas%20Cautelares%20constitucionales. (acceso: 14/01/2015).
- El Comercio. “Ecuador enmiendas constitucionales”. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/ecuador-enmiendas-constitucionales-corte-politica.html>. (acceso: 10/08/2014).
- Pazmiño Freire, Patricio. *La Acción Extraordinaria de Protección Eficacia y efectividad en el orden garantista*. http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ponencia_integra.pdfpp_p.4. (acceso: 17/7/2014).
- Salvador Schavelzon. *El Proceso Constituyente en Bolivia (2006-2009): Entre el Acuerdo Moderado y la Ruptura Revolucionaria*. http://www.academia.edu/449393/El_Proceso_Constituyente_En_Bolivia_2006-2009_Entre_El_Acuerdo_Moderado_Y_La_Ruptura_Revolucionaria (acceso: 20/11/2014).

8. Plexo Normativo

- Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial 58 de 12 de julio del 2005.
- Código de Trabajo. Registro Oficial No. 162 de 29 de septiembre de 1997
- Código de Trabajo. Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.
- Código de Trabajo. Registro Oficial No. 650 de 16 de agosto de 1978.
- Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 239 de 7 de Junio de 1971.
- Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 356 de 6 de noviembre de 1961.
- Código Procesal Constitucional (Bolivia). 5 de julio del 2012.
- Constitución de la República Colombiana. 4 de julio 1991.
- Constitución de la República Plurinacional de Bolivia. 7 de febrero del 2009.
- Constitución del Ecuador 2008. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.
- Constitución Española. 27 de Diciembre de 1978.
- Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998

Decreto de 5 de agosto de 1938. Registros Oficiales No. 78 a 81 del 14 al 17 de noviembre de 1938.

Ley de Casación. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 299, de 24 de Marzo de 2004.

Ley de Modernización del Estado. Publicada en Registro Oficial No. 349: 31-dic.1993

Ley de Procedimiento para las Acciones Provenientes del Trabajo. Registro Oficial No. 265 del 20 de octubre de 1933.

Ley N°. 2003-13. Registro Oficial N° 146 del 13 de agosto de 2003.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009.

Ley Orgánica Tribunal Constitucional Español. Mayo del 2007.

Ley Reformatoria al Código de Trabajo. Registro Oficial No. 146 de 13 de agosto de 2003.

Presidencia de la República Colombiana. Decreto No. 2591 de noviembre de 1991

Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 127 del 10 de febrero de 2010.

9. Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C 543-1992.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T 231/ 1994.

Corte Constitucional. Dictamen N. °001-14-DRC-CC. Caso N.° 0001.-14-RC de 31 de octubre del 2014.

Corte Constitucional. Sentencia N. °042-12-SEP-CC. Caso N° 0085-09-EP. Sentencia de 20 de marzo del 2012.

Corte Constitucional. Voto salvado Jueza Constitucional Nina Pacari. Sentencia N. °042-12-SEP-CC. Caso N° 0085-09-EP. Sentencia de 20 de marzo del 2012.

Corte Superior de Justicia de Quito. Primera Sala de la Laboral, Niñez y Adolescencia. Causa N.° 392-07-BA, de 11 de septiembre del 2007.

Juzgado Quinto de Trabajo de Pichincha. Causa No. 17355-2006-0631de 15 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional Español. STC 1/198. Sentencia de 26 de enero 1981.