

LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

ACOTACIONES JURÍDICAS

COMPILADOR
Dr. Julio Gárate Amoroso

Las Garantías Jurisdiccionales Acotaciones Jurídicas

COMPILADOR

Dr. Julio Gárate Amoroso

Las Garantías Jurisdiccionales Acotaciones Jurídicas

COMPILADOR

Dr. Julio Gárate Amoroso

AUTORES

Dr. Julio Gárate Amoroso

Abg. Sebastián Ortega Peñafiel

Dr. Cristian Calle Wilchis

Abg. Luis Quinde Quizhpi

Dra. Mónica Pérez Ayora

INTRODUCCIÓN

Abg. Fany Rosa Quinteros González

REVISORES TÉCNICOS

Dra. Ninoska Hernández

Universidad de Carabobo, Venezuela

Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada
Bolivariana (UNEFA), Venezuela

Dra. Nereida Hernández González

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada
Bolivariana (UNEFA), Venezuela

Las Garantías Jurisdiccionales Acotaciones Jurídicas

Reservados todos los derechos. Está prohibido, bajo las sanciones penales y el resarcimiento civil previstos en las leyes, reproducir, registrar o transmitir esta publicación, íntegra o parcialmente, por cualquier sistema de recuperación y por cualquier medio, sea mecánico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o por cualquiera otro, sin la autorización previa por escrito al Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador (CIDE).

DERECHOS RESERVADOS.

Copyright © 2019

Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador.

Cdla. Martina Mz. 1 V. 4

Guayaquil, Ecuador.

Tel.: 00593 4 2037524

<http://www.cidecuador.com>

ISBN: **978-9942-802-42-2**

Impreso y hecho en Ecuador

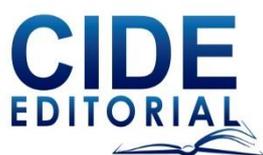
Dirección Editorial: Lic. Pedro Naranjo Bajaña, Msc

Coordinación Técnica: Lic. María J. Delgado.

Diseño Gráfico: Lic. Danissa Colmenares

Diagramación: Lic. Alba Gil

Fecha de Publicación: Octubre, 2019



Guayaquil – Ecuador

ACERCA DE LOS AUTORES

Fany Rosa Quinteros González

Nacida el 23 de junio de 1959 en la ciudad de Azogues, Cantón Azogues, Provincia del Cañar. Realizó sus estudios primarios en la Escuela “Dolores Sucre” del Cantón Azogues, los estudios Secundarios: Colegio “Luis Cordero” y los estudios Universitarios en el Instituto Superior “Enrique Márquez Tapia”. Es Licenciada en Educación Básica (UTPL) y Abogada de los Tribunales de Justicia. Ha realizado Diplomado en Educación Superior y un Magíster en Educación Superior. Su ejercicio profesional: Docente Fiscal Escuela “Presidente Velasco” La Troncal, Directora de la Escuela Fiscal “Presidente Velasco” La Troncal y Docente Universidad Católica de Cuenca, Extensión La Troncal.

Julio César Gárate Amoroso

Nació en la ciudad y Cantón Cañar, Provincia del Cañar 20 de marzo 1961. Realizó sus estudios primarios en la Escuela “Simón Bolívar” Cantón Cañar, los estudios secundarios en el colegio “Agronómico Calazans”, Cantón Cañar y los estudios universitarios en la Universidad Nacional de Loja. Es Licenciado en Ciencias Sociales, Políticas y Económicas y Abogado. Títulos de cuarto nivel hasta la actualidad: Doctor en Jurisprudencia, Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena, Especialista en Derecho Constitucional, Magister en Derecho Constitucional y Magister en Derecho Civil y Procesal Civil. Su ejercicio profesional: Juez Suplente de lo Penal del Cañar, en la Troncal, Director Departamento Legal del Banco Nacional de Fomento, Sucursal La Troncal y Docente de la Universidad Católica de Cuenca, Extensión La Troncal.

Sebastián Andrés Ortega Peñafiel

Nació en la ciudad y Cantón Azogues, Provincia del Cañar, el 28 de abril de 1989. Realizó sus estudios primarios en la Escuela “Rafael María García” Azogues, los estudios secundarios en el Colegio “Juan Bautista Vásquez” Azogues y los estudios universitarios en la Universidad de Cuenca. Es abogado de los Tribunales de la República y Magister en Derecho Procesal. Su ejercicio profesional: Analista Servicios Tributarios en el Servicio de Rentas Internas, Regional Austro 2014, Técnico Jurídico en el Centro de Gestión y Desarrollo Social del Gobierno Provincial del Cañar 2015-2016, Abogado Analista Provincial del Gobierno Provincial del Cañar, Asesor Jurídico en el Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, sede Azogues y Docente Universidad Católica de Cuenca, extensión La Troncal.

Cristian Calle Wilchis

Nació en la ciudad y Cantón Quito, Provincia de Pichincha, 03 de enero de 1982. Realizó sus estudios primarios: Escuela “Velasco Ibarra” Cuenca, los estudios secundarios: Colegio “Fray Vicente Solano” Cuenca y los estudios universitarios en la Universidad Católica de Cuenca. Es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador. Otros títulos obtenidos: Doctor en Jurisprudencia y Magister en Asesoría Jurídica de Empresas. Su ejercicio profesional: Supervisor Área Operativa en el Banco del Austro 2002-2003, Supervisor Área Operativa en el Banco “Guayaquil S.A.” en Cuenca 2003- 2004, Abogado Departamento Legal del Banco “MN Jaramillo Arteaga” Quito 2004-2006, Consultor Legal y Tributario en “H.L.B. Internacionales. Consultores Morán Cedillo Compañía Ltda.” Cuenca 2007-2010 y Asesor Jurídico Federación Deportiva del Azuay 2010-2012 Cuenca, Secretario de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Paute 2012-2014, Coordinador Interinstitucional de la

Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia 2014, Consultor Legal de la Compañía Best Point Compañía Ltda 2018 y Docente Universidad Católica de Cuenca, Extensión la Troncal.

Luis Ernesto Quinde Quizhpi

Nació en la Parroquia Sayausi, Cantón Cuenca, Provincial del Azuay, 05 de septiembre de 1959. Realizó sus estudios primarios en la Escuela “Miguel de Cervantes” la Troncal, los estudios secundarios en el Colegio “Dr. Enrique Noboa Arízaga” la Troncal y los estudios universitarios en la Universidad Católica de Cuenca, extensión la Troncal. Es Abogado de los Tribunales de Justicia de la República, Especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho Constitucional. Su ejercicio profesional: Concejal del Gad Municipal del Cantón la Troncal 2000-2004, Vicealcalde del Gad Municipal del Cantón la Troncal 2000-2004, Juez Multicompetente Suplente del Cantón la Troncal 2012-2015, Notario Suplente de la Notaría Primera del Piedrero, Zona no delimitada entre las provincias del Cañar y Guayas 2015-2019 y Docente de la Universidad Católica de Cuenca, Extensión la Troncal. 2012-2019.

Mónica Pérez Ayora

Nació en el Cantón Sigsig, Provincia del Azuay, el 15 de abril de 1972. Realizó sus estudios primarios: Escuela “Ernesto López”, los estudios secundarios en Colegio “Manuel Jaúregui”. Es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogada de los Tribunales de Justicia de la República, Doctora en Jurisprudencia y Magister en Derecho Civil y Procesal Civil. Su ejercicio profesional: Docente en la Universidad Católica de Cuenca, Estudios a Distancia, en la Universidad Católica de Cuenca, Carrera de Derecho, Extensión la Troncal y en la Universidad Técnica Particular de Loja, Estudios a Distancia.

CONTENIDO

Acerca de los Autores.....	v
Agradecimiento.....	viii
Dedicatoria.....	ix
Prólogo.....	x
Introducción.....	xi
CAPÍTULO 1	
LA ACCIÓN ORDINARIA DE PROTECCIÓN.....	1
Dr. Julio Gárate Amoroso	
CAPÍTULO 2	
LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS.....	17
Abg. Sebastián Ortega Peñafiel	
CAPÍTULO 3	
LA ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	32
Dr. Julio Gárate Amoroso	
CAPÍTULO 4	
EL HÁBEAS DATA	42
Dr. Cristian Calle Wilchis	
CAPÍTULO 5	
ACCION POR INCUMPLIMIENTO.....	51
Abg. Luis Quinde Quizhpi	
CAPÍTULO 6	
ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.....	70
Dra. Mónica Pérez Ayora	

AGRADECIMIENTO

A Dios por sus bendiciones.

A las apreciadas autoridades superiores universitarias por su incentivo.

A nuestros queridos estudiantes por su apoyo y su confianza.

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a los estudiantes de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, Extensión La Troncal, futuros defensores de los derechos humanos y garantías constitucionales, a todos quienes se adhieran a la incesante lucha a favor de la dignidad humana.

PRÓLOGO

Los derechos constitucionales son aquellos que son parte de la estructura dogmática de la Constitución que se consideran esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculadas a la dignidad humana; contamos con la incontrastable premisa que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia en razón de que, con la Constitución de 2008, se produjo la Constitucionalización de nuestro sistema jurídico; por ello, con gran acierto (Zavala J. , Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2012) afirma que por todo ello el Ecuador estaría en “*ebullición jurídica*”, en razón de que se han calentado las bases de nuestro sistema a la temperatura más alta, precisa que algo está por rebotarse, lo cual significa un país tutelando los derechos de las personas de todo el conglomerado social.

La Constitución de 2008, establece que los derechos se materializan cuando son violados, con la exigibilidad. Bajo la premisa prevista en el artículo 10 de la Constitución de la República, en la que establece que son titulares de derechos todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, derechos que se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual y colectiva, es menester indicar que esta obra con un lenguaje apartado de lo abstracto, al contrario sencillo y claro, se refiere -aunque en forma sintética- a la trascendencia jurídica de las garantías jurisdiccionales: marco conceptual, derecho comparado, bibliografía descriptiva que a la postre nos indica los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para el planteamiento de cada una de las garantías.

Los derechos constitucionales serían huecos, vacíos, que no tendrían sentido si no existieran las garantías constitucionales, garantías que son los mecanismos o instrumentos jurídicos de protección que permiten evitar, mitigar, reparar la vulneración de un derecho establecido en la Constitución: garantías normativas, garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana y, las garantías jurisdiccionales. Por ello, con gran acierto Grijalva, refiere a Ricardo Guastani, en cuanto tiene que ver con la irradiación gradual de la Constitución sobre el derecho, es por ello que hoy hablamos de la Constitucionalización del sistema jurídico en el Ecuador.

La presente obra se concreta por iniciativa de la Dirección de la Carrera de Derecho, con el apoyo de estimados amigos docentes tal carrera en La Troncal: Fanny, Mónica, Julio, Sebastián, Luis y Cristian, todos comprometidos con la misión académica.

Derecho-La Troncal, lanza el primer libro en el área de Derecho Constitucional, una de las ramas más excelsas del derecho. Considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de derechos y justicia, todos estamos obligados a prepararnos a capacitarnos en una de las primeras ramas del Derecho Público y aún del Derecho Privado, de ahí que considero que es enormemente válido que el presente trabajo haya abordado el tema sobre “Garantías Jurisdiccionales. Acotaciones Jurídicas”.

Quienes -de una u otra manera- estamos inmersos en la defensa de los Derechos y Garantías Constitucionales, a favor de la verdadera división e independencia de poderes, de la auténtica consolidación de la democracia para que la preeminencia de la Justicia Constitucional sea -realmente- en forma directa e inmediata, privilegiando la dignidad humana, dentro del marco de progresividad de derechos, estamos en la gran expectativa sobre la evolución del Derecho Constitucional en nuestro país; así que tenemos claro que el abuso de poder y la arbitrariedad, incluso la amenaza o la vulneración de derechos constitucionales, deben ser tutelados por las

garantías jurisdiccionales que constituye el tema central del presente trabajo, cuya finalidad consiste en destacar la protección eficaz e inmediata de los derechos que están en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales cuando estos estén bajo amenaza o sean vulnerados, debiéndose en tal caso ordenar su reparación integral, tal como lo dispone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 6).

La parte medular de esta importante temática es ofrecer de una manera diáfana, sencilla e ilustrada por el criterio de los tratadistas del derecho constitucional, sustentada también en Derecho Comparado y sintetizando el procedimiento que regula la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; con el ferviente anhelo que sea una fuente de consulta básicamente para los estudiantes, pues sin duda, necesitamos propender por todos los medios democráticos, la formación de adalides de los derechos humanos y constitucionales, capaces, que sean realmente implacables defensores del principio de igualdad en todas sus formas, todo con miras al incuestionable respeto a la dignidad humana.

Conociendo de la personalidad y avidez intelectual del gremio de docentes profesionales del derecho, estamos seguros que la investigación científica está encaminada a ser un aporte para los múltiples problemas que afronta la sociedad a la cual nos debemos. Consideramos que se avizora un futuro promisorio en este sentido, en los días venideros, conforme contamos con el firme compromiso de nuestras respetables autoridades académicas, queremos que la investigación entre docentes, estudiantes y colectividad sea la práctica y herramienta eficaz para el aporte científico a los problemas de la colectividad a la cual nos debemos.

Agradezco la gentileza del apreciado docente Dr. Julio Gárate Amoroso, por haberme confiado este espacio, uno de los principales gestores que ha impregnado su entusiasmo para que se haya hecho realidad la publicación de esta obra, a todos los compañeros decirles firmemente que estamos seguros que hemos encendido la chispa que ha prendido la vela que iluminará el fulguroso camino de la investigación científica en la Carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, Extensión La Troncal.

Dr. Héctor Tapia Tapia
Director de la Carrera de Derecho
UCACUE, La Troncal

INTRODUCCIÓN

Abg. Fany Quinteros González

La Ley de Garantías Jurisdiccionales es el cuerpo legal encargado de regular el funcionamiento de la Corte Constitucional y los Procedimientos de Control Constitucional ajustando su normativa legal a las disposiciones constitucionales para avalar la vigencia de los derechos humanos, de la naturaleza y la supremacía constitucional. Los docentes de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, Extensión La Troncal, tratan en forma sucinta y clara sobre las garantías jurisdiccionales, sin duda una fuente de consulta para los señores estudiantes futuros profesionales y para toda persona incursa en el interesante y apasionante campo jurídico.

Este libro sin duda se refiere a la fortaleza de la Justicia Constitucional y el proceso de constitucionalización del sistema jurídico, político y social; siendo que, todos los ejercicios institucionales o no, se ajusten material y formalmente a todo lo que se desprende del cuerpo legal constitucional, garantizando la supremacía de esta ley.

Este texto legal una herramienta eficaz e idónea para materializar las exigencias constitucionales, asegura los principios establecidos en la ley para que de esta manera controlar eficazmente a los poderes públicos y privados que puedan emanar de las disposiciones constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales, cuya finalidad es “la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación”, conforme a lo tipificado en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se presentan recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que les permitan salvaguardar a los seres humanos y a la naturaleza frente actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos; por ello existen medidas a tomar como un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos jurisdiccionales competentes para dictar medidas urgentes en los casos que amerite, donde se amenace de modo inminente y grave un derecho, para que de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles en conformidad a la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos quien reconoce que el fin del Estado y la organización social, es el efectivo goce de los derechos y esta deben brindar recursos sencillos en caso de vulneración de un derecho.

Se puntualiza y asegura que toda disposición jurídica es susceptible de control judicial constitucional, le proporciona al juez herramientas conceptuales, técnicas, prácticas y pautas concretas y específicas para examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de creación de normativa y se promueva la participación popular en dichos procesos. Como una premisa general a las actuaciones de los jueces, este resuelve que todos los asuntos sometidos a su conocimiento se solucionaran desde una perspectiva constitucional y con sujeción a la normativa constitucional.

La estructura de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en su primer avistamiento, se puede encontrar en ella principios que regirán tanto el debido proceso como el actuar de los funcionarios públicos, un punto importante en cual dirigirnos es el principio de supremacía constitucional el cual esta expresado en el artículo numeral 424 de la Constitución de la República del Ecuador donde textualmente dice que “la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del

ordenamiento jurídico, las normativas y actos del poder público deberán mantener conformidad a las disposiciones constitucionales caso contrario carecerán de validez jurídica”.

La jerarquía de ley ubica a la Constitución en la cúspide de la pirámide permitiendo que esta sea la base de todo el sistema jurídico social de un Estado, la aplicación de estas normas por parte de juezas y jueces, autoridades administrativas, servidoras y servidores públicos, será de manera directa tanto las normas constitucionales y las previstas en los tratados internacionales siempre y cuando estas sean más favorables a las establecidas en la Constitución.

La Ley de Garantía Jurisdiccional y Control Constitucional se desarrolla bajo los preceptos de las disposiciones constitucionales garantizando una regulación eficaz de la jurisdicción constitucional ejerciendo así un control concreto y abstracto sobre todo proceso que se lleve a cabo. Mediante esta forma se trata de salvaguardar el espíritu de la ley constitucional.

Además de los principios regulados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, también se aprecian los requisitos que se deberán regir para realizar demandas constitucionales en cuanto a los derechos en los que se refieren en la Constitución.

Cómo primer capítulo de la Ley se pueden apreciar generalidades normativas, como la antes mencionada, requisitos para la demanda, la legitimación activa, referida a quien podrá ejercer el derecho a la demanda, siempre será la víctima directa o indirectamente que haya sufrido el perjuicio; también, refiere los plazos o la forma determinada en la que la persona afectada pueda comparecer al juicio para sustanciar el proceso y nos habla sobre la posible comparecencia de terceros.

Entre los derechos que se van a proteger emanados de la Constitución, está la acción de protección en el cual se definirá su concepto y se establecerá los requisitos que ésta debe llevar en la demanda. También se conocerá la competencia para conocer y resolver la acción, su procedimiento y los defectos en el tiempo de la sentencia y su improcedencia.

Otro de los derechos a reconocer dentro de la Constitución, es la acción de hábeas corpus, el cual también presenta los requisitos para su trámite y el procedimiento a seguir; asimismo, la acción de acceso a la información pública, acción de hábeas data, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección, se les considera como garantías jurisdiccionales por la constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, su proceso será eficaz y su eficacia será prescindibles para todo juez que se ha sometido a su conocimiento la causa.

Como parte de la dimensión de dicho documento acerca de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional también se puede encontrar un control formal y material. La primera tiene que ver con la validez de todo sistema jurídico donde se establece un procedimiento idóneo para resolver el conflicto siguiendo preceptos de ley; el segundo se concentran en los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político social los cuales solventan las necesidades vitales de justicia; estos valores y principios dan sustento y razón de ser al sistema constitucional pues expresan no sólo los valores sociales más arraigado para la comunidad política determinada, sino también, aquellos son universales e inherentes al ser humano.

En cuanto a la competencia de quién está habilitado para conocer cualquier causa de esta naturaleza será cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos, pero cuando hay varios jueces en una misma circunscripción territorial se sorteará entre ellos, serán sorteadas de modo adecuado preferentemente de manera

inmediata y en caso de presentar la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal en las acciones de hábeas data y acceso a la información pública.

Se deja en claro que este proceso a llevarse a cabo se registrará bajo las normas establecidas en la LOGJCC, nos indica que el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz, que será oral en todas sus fases e instancias. En el respectivo proceso deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance de la jueza o juez, de preferencia grabación y se deberá tener un expediente electrónico salvo documentos que constituyan elementos de prueba.

Los documentos que deberán reducirse escrito será la demanda de la garantía específica, la calificación de la demanda, la contestación de la demanda y la sentencia o auto que apruebe el acuerdo reparatorio.

Para tal efecto serán hábiles todos los días y horas, las notificaciones serán por medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez y como excepción un mismo afectado no podrá presentar más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión para tal caso no se requerirá el patrocinio de un abogado para proponer la acción ni para apelar.

El presente trabajo contribuirá de manera muy importante para identificar y resaltar las garantías jurisdiccionales, su importancia y aplicación. Se conceptualiza a la Justicia Constitucional como una herramienta eficaz e idónea para hacer realidad las exigencias del texto constituyente, para asegurar la vigencia del principio democrático y para controlar eficazmente la actividad de los poderes públicos y de los particulares.

Se destaca que la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, RECONOCEN que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que les permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos, y adoptar las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral derivada de vías de hecho que vulneran dichos derechos; de igual modo, es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas urgentes en aquellos casos en que se amenace de modo inminente y grave un derecho, y de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles.

Además de conocer cada uno de los artículos y su relación en base a garantías, podemos mencionar que aquellas tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Un dato importante a resaltar, es no olvidar que cada uno de nosotros, cada ser humano goza de derechos por el simple hecho de ser seres humanos, tal cual se encuentra establecido en La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por último, se ha expuesto que “una garantía es un medio jurídico-institucional que la propia ley señala para hacer posible la vigencia de los derechos y libertades reconocidos y otorgados” (César

Romero), por lo que, los principios una vez plasmados en la ley se convierten en garantías, al respecto el presente trabajo fruto de la labor intelectual de los compañeros docentes, constituye el acicate para que se siga profundizando en la investigación científica, respecto a los derechos y garantías constitucionales cuyo sustento básico es el principio de igualdad, en aras de la protección a la dignidad humana.

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN ORDINARIA DE PROTECCIÓN

Dr. Julio Gárate Amoroso

LA ACCIÓN ORDINARIA DE PROTECCIÓN

Dr. Julio Gárate Amoroso

Origen de la Acción de Protección

La Acción de Protección, en la Constitución del Ecuador, de 1998 se la denominaba como Amparo Constitucional y se la identificaba como un recurso. Se considera que se ha hecho efectiva en varios sistemas según el nomen iuris que se le ha otorgado en cada país, en base a su normativa, doctrina y jurisprudencia.

La Acción de Protección o Amparo, nace propiamente como consecuencia de la tendencia del poder de todo tipo (político, económico, religioso, entre otras), por el abuso arbitrario o despotismo, es decir, el ejercicio del poder para fines distintos, implicando una limitación del poder que los ciudadanos han ido arrancando de manera dificultosa. Tiene su antecedente en el Derecho Romano, en instituciones de la Edad Media y en la Carta Magna inglesa dictada el 15 de junio de 1215¹. En la Edad Moderna, se constituyen los primeros decretos civiles y políticos, la burguesía mantenía pugna con los privilegios de la nobleza y se reclamaba el derecho a la igualdad ante la ley, de ahí lo que se conoce como Petition of Rights (Petición de Derechos), el 7 de junio de 1628². Posteriormente jugó un papel fundamental la Revolución Francesa, el 26 de Agosto de 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, basado en los principios de: Libertad, Fraternidad e Igualdad.

Se debe destacar La Declaración de los Derechos de Virginia, proclamada en EE.UU³, con énfasis en el derecho a la libertad, concomitantemente la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norte América, acontecido el 4 de julio de 1776, en la que se consagra como derechos inalienables, los derechos: a la vida, a la libertad, y a la felicidad, fortaleciendo su inviolabilidad en la Carta de Derechos de los Estados Unidos (Bill Of Rights) de 3 de noviembre de 1791⁴, con la que se aprueban diez enmiendas a la Constitución, destacándose el derecho de libertad, de propiedad y del debido proceso (Cevallos, 2009).

Es de indicarse, que en la República del Ecuador funciona un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución de la República⁵, lo que significa que toda norma, todo acto y toda autoridad está subordinada a la Constitución de la República, incluso la misma Asamblea nacional conforme lo establece las garantías normativas a las que se refiere el Art. 84 del Texto Constitucional⁶.

¹ Carta Magna inglesa de 15 de junio de 1215 (Valencia Vega, Alipio, Desarrollo del Constitucionalismo, La Paz, Bolivia, Juventud, 2ª, 1998, p. 81

² Petition of Rights, (Petición de Derechos) de 7 de junio de 1628. www.petición de derechos.

³ Declaración de Derechos de Virginia 12 de junio de 1776. “que todos los hombres son por naturaleza libre e independientes y tienen una serie de derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados” Considerada la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia, aunque reconoce un antecedente en la Carta de Derechos Inglesa de 1689.

⁴ Proclamada en Estados Unidos.

⁵ Art. 1.- (Forma de Estado y Gobierno).- 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 (...)

⁶ Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano, o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En

Se considera que una de las principales innovaciones de la Constitución de 2008 es la importancia que tienen los derechos humanos no solamente en lo atinente a la parte dogmática de la Constitución que establece un amplio catálogo de derechos con sus correspondientes mecanismos de garantía y frente a todo tipo de poder, sino que además en su estructura orgánica persigue la finalidad ulterior del Estado en la eficacia material de los derechos de las personas, incluso de la naturaleza. (Montaño & Angélica, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Aproximación a los elementos básicos de la Acción de Protección, 2012)

La Acción Ordinaria de Protección, como tal, está incurso en la finalidad de las garantías prevista en el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷. Se afirma que en razón del grado los jueces competentes para conocer los procesos constitucionales que tengan que ver con las garantías jurisdiccionales como la de protección, son los jueces, a quienes la Corte Constitucional los ha denominado como **“jueces de instancia constitucional”** esto es los jueces de primer grado o instancia (Zavala & Acosta, 2012).

Fundamento de la Acción Constitucional de Protección

Se entiende que de todas las garantías constitucionales de los derechos constitucionales, la más importante – en el ámbito de protección- sería la Acción de Protección ya que sirva para proteger los derechos generales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (exceptuando las garantías de hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, acción de hábeas data y extraordinaria de protección), es decir ampara todos aquellos derechos que no estén amparados por una vía procesal especial; mientras tanto, se consolida en una herramienta básica para la garantía de los derechos de toda persona, pueblo, nacionalidad o colectivos y de la naturaleza del Ecuador (Montaño & Porras, 2012)

Derechos y Garantías Constitucionales

Los Derechos Constitucionales son aquellos incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado generalmente denominada Constitución que se consideran como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana.

Derechos que se encuentran establecidos en la Constitución, cuyo catálogo es el siguiente:

1. Derechos del buen vivir;
2. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria;
3. Derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades;
4. Derechos de participación;
5. Derechos de libertad;
6. Derechos de la naturaleza; y
7. Derechos de protección.

ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

⁷ Art. 6.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación (...)

Los derechos constitucionales serían huecos, no tendrían razón de existir, si no existieran garantías de estos derechos que tiendan a protegerlos y a disponer la reparación integral en caso de que haya vulneración. De ahí que, las garantías constitucionales, están consideradas como aquellos mecanismos o instrumentos jurídicos de protección que permiten evitar, mitigar, reparar la vulneración de un derecho establecido en la Constitución.

No tendría sentido hablar de garantías constitucionales si no se habla de derechos constitucionales. Los derechos son concebidos como los límites a cualquier tipo de abuso del poder estatal; siendo importante que hagamos referencia al Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: **“Toda comunidad en la que no esté establecida la separación de poderes ni garantizados los derechos carece de Constitución.”** Tanto así que en las democracias constitucionales contemporáneas se sustentan en la consideración de que la finalidad primera y primordial del Estado como tal, constituye la garantía efectiva de sus derechos y libertades. (Montaño & Porras, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales, 2012).

Tipos de Garantías Constitucionales

Para ello nos hemos de referir a las garantías que están plenamente establecidas en los artículos 84, 85 y 86 de la Constitución de la República, estas son:

- a. Garantías normativas;
- b. Garantías de políticas públicas; y,
- c. Garantías jurisdiccionales.

Rafael Oyarte, considera que las garantías constitucionales, pueden ser:

- a. **Genéricas**, dirigidas a los poderes públicos, limitando tal poder como medida de protección de derechos (reserva de ley, exigencia de motivación jurídica en las resoluciones);
- b. **Jurisdiccionales**. Constituyen mecanismos de protección que se hace valer ante los jueces, como el derecho a la defensa, *non bis in ídem*, el estado jurídico de inocencia, entre otras garantías básicas del debido proceso (Oyarte, 2016).

El Maestro Jorge Zavala, afirma que en lo que tiene que ver con las garantías jurisdiccionales de los derechos es un legado de Inglaterra luego de un largo proceso a finales del siglo XVII, también la Revolución americana cuyo logro fue el de asentar y asegurar la vigencia de los preceptos constitucionales a través de un efectivo sistema de garantías judiciales. En tanto que, la Revolución Francesa, nos facilita la Constitución programática a ser desarrollada por el legislador. Zavala considera que el fin de estos tres eventos históricos es similar: **“La transformación de la libertad de hecho, en libertad jurídica y en las defensas utilizadas: la aplicación del principio de división de poderes y la defensa de los derechos.”** (Zavala & Acosta, 2012).

Los Derechos de Protección

El Órgano Estatal es el encargado de garantizar el efectivo goce de los derechos de conformidad con el artículo 3.1 de la Constitución. En tanto que el legislador tiene la obligación constitucional de adecuar el procesamiento de normas, sea material o formalmente de conformidad con los derechos

constitucionales y en respeto a la dignidad humana, así lo establece taxativamente el artículo 84 de la Constitución anteriormente referido. Así mismo la Administración pública, que es responsable de la Función Ejecutiva (artículo 141 CRE), debe coordinar sus labores para la eficacia del goce y ejercicio de los derechos, en mérito al artículo 226 CRE. Los jueces solo pueden actuar su potestad jurisdiccional con sujeción a la Constitución y más normas del ordenamiento jurídico, así lo establece el artículo 172 CRE (Zavala J., 2010).

Podemos afirmar que las garantías jurisdiccionales previstas y reconocidas por la Constitución y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, de plena competencia de los jueces que integran la Función Judicial son:

- La medida cautelar constitucional, Arts. 87 CRE, 26 a 30 LOGJCC.
- La acción ordinaria de protección. Arts. 88 CRE y 39 a 42 LOGJCC.
- La acción de hábeas corpus. Arts. 89 y 90 CRE y 39 a 42 LOGJCC.
- La acción de acceso a la información pública. Art. 91 CRE, 47 y 48 LOGJCC.
- La acción de hábeas data. Art. 92 CRE y Arts. 49 a 51 LOGJCC.
- La acción por incumplimiento. Arts. 93 CRE y 52 a 57 LOGJCC.
- La acción extraordinaria de protección. Arts. 94 y 58 a 54 LOGJCC.

Es necesario puntualizar que la Corte Constitucional tiene competencia exclusiva para conocer y resolver las garantías jurisdiccionales: por incumplimiento y la extraordinaria de protección.

La Acción Ordinaria de Protección

Protección deriva del latín: “protectio-onis”, que significa protección, defensa. Luis Cueva Carrión, la define así:

“Es una acción procesal oral, universal, informal y sumaria que ampara y garantiza judicialmente, en forma directa y eficaz, los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos, cuando fueren vulnerados por actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, por políticas públicas o por personas particulares.” (Cueva, 2009, p. 61)

La historia constitucional de nuestro país registra que la Acción Ordinaria de Protección, es recurso denominado “amparo” creado en el III Bloque de Reformas Constitucionales, promulgadas en el Registro Oficial el 16 de enero de 1996; reforma que constó en el Art. 31 de la Constitución, que fuera promulgada en el R.O. número 2 de fecha 13 de febrero de 1997, cuyo texto fue el siguiente:

“Art. 31.- Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

Para este efecto no habrá inhibición del Juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados.

El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinticuatro horas y al mismo tiempo de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior”.

Se hace necesario puntualizar que la Constitución de 1998, promulgada en el Registro Oficial Nro. 1 de 11 de agosto de 1998, la mantuvo bajo la denominación de amparo y constaba en el artículo 95, el mismo que textualmente decía:

“Art. 95.- Cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública...”

Las decisiones judiciales no han sido susceptibles de la acción de amparo; si los actos u omisiones entre particulares cuando produzca daños graves a un interés comunitario, siendo todos los días hábiles y no podía haber inhibición del juez.

En estos casos el juez debía convocar a las partes para audiencia pública, dentro de las veinticuatro horas, de existir fundamento ordenará la suspensión de todo acto que pueda entenderse como vulneración de un derecho. Dentro de cuarenta y ocho horas siguientes el la autoridad dictará la resolución que corresponda, la que se cumplirá de inmediato, así la otra parte formule la apelación ante *el Tribunal Constitucional*.

Ahora bien, la acción ordinaria de protección, fue creada en la Constitución del 2008 promulgada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, texto constitucional que está vigente, en esta Carta Magna fortaleció las garantías jurisdiccionales e introdujo la Acción de Protección, que se la considera como una acción de conocimiento que tiene como objetivo reparar integralmente la vulneración de derechos constitucionales sea por parte de autoridad pública o particulares. En definitiva el amparo es una garantía jurisdiccional constitucional, que se la tiene como “un avance notable en el constitucionalismo contemporáneo” (Ávila, 2011).

“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta

servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

La Acción de Protección: es alternativa, no es excepcional, residual ni subsidiaria

Se entiende que no es una acción subsidiaria, porque no implica una obligación que se deba ejercitar cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y no se ha obtenido la reparación anhelada. Así como el hecho de que no es necesario recurrir a ella en forma supletoria. Definitivamente no es excepcional, procede esta acción, sin que sea un requisito previo una sentencia, auto definitivo o resolución; no es necesario recurrir previamente a la instancia judicial ordinaria. De ahí que, la Acción de Protección, no es una vía subsidiaria, excepcional, residual o extraordinaria (Zavala J., 2011).

Se ha de entender que la Acción de Protección es una acción alternativa porque el que se siente que ha sido víctima de una vulneración de un derecho constitucional, tiene la facultad para que en mérito a la tutela judicial efectiva pueda acudir a los procesos ordinarios o a los procesos constitucionales. Obvio se puede escoger una u otra vía. La alternabilidad se manifiesta en razón de que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que tome el justiciable. Si se afecta un derecho constitucional como la prohibición de salida del país, que puede ser extendida ilegalmente, pero que vulnera el derecho constitucional a la libertad ambulatoria, existe el derecho de accionar en procedimiento judicial o administrativo pidiendo la revocatoria del acto o la nulidad; si hay urgencia, se puede plantear una acción cautelar constitucional independientemente de la acción ordinaria de protección. Finalmente puede plantear la acción jurisdiccional de protección. La alternabilidad del proceso constitucional deriva la improcedencia de proponer la Acción de Protección se ha optado por la vía judicial ordinaria Art. 40.3 de la Constitución Ordinaria.

La Acción de Protección o amparo en Latinoamérica:

En Latinoamérica, con algunas diferencias en el *nomen iuris*, la Acción de Protección también denominada amparo de derechos fundamentales está presente: Argentina (Art. 43); Bolivia (Arts. 128 y 129); Brasil (Art. 5º, LXIX Y LXX); Colombia (Art. 86); Costa Rica (Art. 48); Chile (Art. 20); Ecuador (Art. 88); El Salvador (Art. 247); Guatemala (Art. 265); Honduras (Art. 183); México (Arts. 103 y 107); Nicaragua (Arts. 45 y 188); Panamá (Art. 50); Paraguay (Art. 134); Perú (Art. 200.2); República Dominicana (Art. 72); y, Venezuela (Art. 27). El único país que en su Constitución no cuenta en forma explícita con la Acción de Protección o amparo es la República de Uruguay; pues, en Uruguay el derecho a dicho recurso eficaz, ágil y sencillo se considera un derecho implícito (Nogueira-Alcalá, 2010).

En Chile la Acción de Protección, dada su naturaleza jurídica se lo entiende como una acción específica, emergente, al igual que en nuestra Constitución, se establece un procedimiento rápido e informal, que requiere, por tanto, que el derecho que se dice conculcado sea "legítimo", es decir, que se funde en claras situaciones de hecho que permitan por este especial procedimiento restablecer el imperio del derecho. "...La infracción recurrible por esta vía debe ser patente, manifiesta, grave y palmariamente antijurídica, porque el objetivo propio y restringido de este recurso es reaccionar contra una situación de hecho, evidentemente anormal, que lesiona alguna garantía constitucional, puesto que con él se procura mantener el statu quo vigente, impidiendo que las partes se hagan justicia por sí mismas, a través de conductas de hecho que alteren el orden jurídico establecido (...)" (Pfeffer, 2004)

Improcedencia de la Acción de Protección

Se entiende que el problema central respecto a la regulación que establece la LOGJCC, es su residualización, que implica que una acción ante los organismos judiciales solo puede ejercerse siempre y cuando no existan otro tipo de acciones legales de carácter alternativo para proponerlas, particular que difiere de la acción de amparo que establecía la Constitución de 1998 el amparo o actual Acción de Protección era autónomo; esto es, que podía ejercerse no obstante de que, para un determinado caso pudieren existir medios procesales alternativos (Grijalva, 2012).

El artículo 42 de la referida LOGJCC, establece los casos en los cuales se torna improcedente plantear la Acción de Protección:

Art. 42.- Improcedencia de la acción. - La Acción de Protección de derechos no procede:

1. *Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.*
2. *Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.*
3. *Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven violación de derechos.*

Trámite procesal de la Acción de Protección:

La acción constitucional ordinaria de protección, tiene una estructura procesal general muy simple; tiene solo dos instancias.

Conforme establece el artículo 86.2 de la Constitución, la primera instancia se desarrolla ante cualquier juez del lugar en donde se originó el acto u omisión, o donde produzcan sus efectos. En tanto que, la segunda instancia, se lleva a cabo en las Corte Provinciales de Justicia, si hay apelación.

En primera instancia

La estructura procesal de la Acción de Protección, en primera instancia es la siguiente:

- a. Presentación de la demanda, que puede ser presentada en forma escrita u oral;
- b. Sorteo de la demanda;
- c. Auto de admisión de la demanda, en la que señalará día y hora para que se lleve a efecto la audiencia pública;
- d. Audiencia pública;
- e. Sentencia, misma que tiene efectos inmediatos;
- f. Apelación, la interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia.

La competencia

En primera instancia están facultados para conocer y tramitar una Acción de Protección un juez de cualquier especialidad: civil, penal, tránsito, familia, laboral, entre otros. Por razón del territorio el artículo 86.2 de la Constitución establece que puede ser:

- a) El juez del lugar en donde se origina el acto o la omisión;
- b) El **juez** del lugar en donde producen sus efectos.

Se afirma que la competencia en estos casos no es exclusiva sino concurrente, en razón de que se puede presentar la demanda ante cualquiera de los jueces. La competencia se radica por prevención, esto es, el juez que previene en el conocimiento de esta acción ordinaria de protección, excluye a los demás jueces (Cueva, 2009).

Legitimación activa

Para ejercer el derecho a presentar esta acción, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, confieren amplitud, así el artículo 86.1 del Texto Constitucional, consagra este derecho a **“cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”**; concomitantemente el artículo 215 del mismo cuerpo normativo confiere esta facultad también al Defensor del Pueblo⁸.

Legitimación pasiva

Los legitimados pasivos, las personas en contra de las cuales debe ir dirigida esta acción son cualquier autoridad pública no judicial que por acción u omisión vulnere derechos reconocidos en la Constitución; también esta acción puede dirigirse en contra de particulares, siempre que la violación del derecho provoque un daño grave.

La Demanda

Como ya hemos indicado la Acción de Protección puede ser presentada en forma escrita u oral, si la hace en forma escrita y existen más de un juzgado, tendrá que someterse al proceso de sorteo de la demanda.

A pesar de que el artículo 86.a de la Carta Suprema del Estado, establece que el trámite es sencillo, rápido y eficaz; particular que es ratificado por el artículo 8.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta misma ley dispone en el artículo 10 dispone que 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 en donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
5. El lugar en 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 o 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

⁸ Art. 215.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes:

1. El patrocinio de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados (...)

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 la complete en 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 y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia.”

En esta parte hemos de indicar que el artículo 40 de la LOGJCC, establece una serie de requisitos que debe concurrir para presentar la demanda de Acción de Protección:

“Art. 40.- Requisitos. - La Acción de Protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente, y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”

La LOGJCC en contraposición con la Constitución incluye en el Art. 40.3 en referencia como requisito para presentar la demanda el que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Al respecto, (Grijalva, 2012) afirma que en la práctica esta disposición está sirviendo de argumento a los jueces y cortes provinciales para que nieguen en forma sistemática acciones de protección. Considera además que paradójicamente al ser la Constitución de 2008 más garantista que la de 1998, los jueces ordinarios en la praxis “han disminuido los estándares de protección de derechos constitucionales de los ciudadanos, sin explicar el ¿por qué de esta paradoja?

Sorteo de la demanda

Cuando en una determinada jurisdicción existieren más de dos jueces, la demanda que se la presente en la pertinente oficina de sorteos, para que proceda al sorteo de rigor en estos casos, a efecto de que se radique la competencia de la jueza o juez que deba conocer. Si existiera un solo juez la demanda se la presentará en forma directa.

Auto de Aceptación a trámite

Una vez que se ha procedido al sorteo se radica la competencia en uno de los juzgados de primera instancia, la jueza o juez que conozca de este asunto, la debe tramitar en forma preferente e inmediata por tratarse de una acción constitucional; para cuyo efecto, procederá a convocar a una audiencia pública y “en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas”, conforme a lo estipulado en el artículo 86.3 de la Constitución.

Notificación

En la Acción de Protección, en razón de que no está sujeta al ordenamiento jurídico ordinario, sino eminentemente constitucional no se lo cita al demandado, sino se lo notifica a la parte demandada por los medios más eficaces que estén a su alcance **“del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión”** así lo establece el artículo 86.d de la Constitución. Se entiende que la o el juzgador podrá notificar por cualquier medio: teléfono convencional, celular, vía fax, e-mail o correo electrónico entre otros, con el fin de que la parte demandada conozca de la acción

planteada en su contra, esto en forma oportuna y pueda ejercer el derecho constitucional a la defensa.

Medidas cautelares

El legitimado activo en su demanda puede solicitar que en el auto de aceptación a trámite la jueza o juez ordene medidas cautelares, esto al amparo de lo previsto en el artículo 87 de la Constitución que dice:

“Art. 87.- (Medidas cautelares). - 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.”

Esta facultad de ordenar medidas cautelares se entiende que es discrecional, la jueza o juez puede ordenar solo si lo considera necesario, por manera que no es obligatorio. Este tipo de medidas al ser cautelares no son definitivas, sino temporales; si la Acción de Protección es aceptada en sentencia, puede tener el carácter de definitiva, estando sujeto a lo que se diga en segunda instancia en el caso de apelación.

Audiencia pública

La Constitución y la Ley dispone que la jueza o juez que conozca de una Acción de Protección debe ser convocada a las partes en forma inmediata, en el menor tiempo posible y su desarrollo debe estar fuera de toda complejidad, el artículo 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, dispone que la audiencia se debe llevar a cabo de la siguiente manera:

“Art. 14.- Audiencia, - La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalado. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones para mejor resolver. La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción; posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción. Tanto la persona accionante como la accionada tendrán derecho a la réplica; la última intervención estará a cargo del accionante. El accionante y la persona afectada tendrán hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar; de igual modo, las entidades o personas accionadas, tendrán derecho al mismo tiempo. Si son terceros interesados, y la jueza o el juez lo autoriza, tendrán derecho a intervenir diez minutos. La jueza o juez deberá hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso, controlar la actividad de los participantes y evitar dilaciones innecesarias.

La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso. La jueza o juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla.

La ausencia de la persona, institución u órgano accionado no impedirá que la audiencia se realice. La ausencia de la persona accionante o afectada podrá considerarse como desistimiento, de conformidad con el artículo siguiente. Si la presencia de la persona

afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante.”

La carga de la prueba

En la Acción de Amparo establecida en la Constitución de 1998, la carga de la prueba la tenía la parte accionante, en mérito a la presunción de legitimidad que gozan los actos de la administración pública conforme se exige en el procedimiento ordinario; pero en la Constitución de 2008, la carga de la prueba se invierte, en razón de que la carga de la prueba corresponde al demandado, así lo dispone el artículo 86.3 de la Constitución, que en su parte pertinente dice: **“... Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información...”**

Con tales antecedentes se ha de entender que se ha establecido una presunción de certeza en favor de la parte accionante; de ahí que se ha conseguido un avance en relación con la acción de amparo, donde “la prepotencia de la autoridad pública impedía el conocimiento de la información necesaria para que el sujeto activo, pueda tener éxito en su pretensión: ahora, no presentar información, le trae consecuencias negativas.” (Cueva, 2009, p. 247)

La Sentencia

Como ya dejamos anotado la audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme un criterio sobre la violación de derechos, debe dictar sentencia en la misma audiencia en forma verbal inciso 3° del artículo 86 LOGJCC y conforme a lo estipulado en el Art. 86.3 de la Constitución **“en el caso de que constate 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 deba cumplirse.”**

La sentencia la debe dictar la jueza o juez en la misma audiencia, y la debe notificar por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, conforme el Art. 15.3 de la LOGJCC. Ahora bien, el contenido de la sentencia, lo establece el Art. 17 del Cuerpo Legal en referencia, así:

“Art. 17.- La sentencia deberá contener al menos:

1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.
2. Fundamentos de hecho: la relación de los hechos probados relevantes para la resolución.
3. Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución.
4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales, violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable.”

Apelación

La Constitución de la República en el artículo 86.3 inciso 2º establece que las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial de Justicia. Precisa, además, que los procesos judiciales sólo terminarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Sobre este recurso el artículo 24 de la LOGJCC dice lo siguiente:

“Art. 24.- Apelación. - Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificados por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona accionada.

Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo. La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días. De considerarlo necesario la jueza o juez, podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia.”

Las sentencias en materia constitucional son de cumplimiento inmediato, en la acción ordinaria de protección aún en el caso de que la parte accionada haya interpuesto el recurso de apelación. Si la sentencia no se cumple por parte de los servidores públicos, la jueza o juez puede ordenar la destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal. Si un particular incumple lo ordenado en sentencia o resolución tendrá responsabilidad establecida en la ley, conforme así lo dispone el artículo 86.4 del Texto Constitucional.

La sentencia de primera o segunda instancia puede ser sujeta de aclaración o ampliación.

Jurisprudencia vinculante

Al referirnos a justicia vinculante, hemos de entender que es de carácter obligatorio, así las resoluciones y sentencias que se dicten por la Corte Constitucional del Ecuador, tienen el carácter de vinculante es decir obligatorio, así se desprende de lo previsto en el 436.1 de la Constitución⁹

“(…) 1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una Acción de Protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido (…).” (Constitucional, 2018, p. 28)

“...Esta Corte ha reconocido en diversas sentencias la obligación constitucional de juezas y jueces de tutelar los derechos constitucionales de quienes alegan presuntas

⁹ Art. 436.- (Atribuciones de la Corte Constitucional). La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiere la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado Ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

vulneraciones por medio de garantías jurisdiccionales, por medio de un pronunciamiento de fondo sobre su pretensión, antes de consideraciones sobre la existencia de otras vías de impugnación 7. Al respecto, esta Corte Constitucional ha insistido en que "... no se puede restringir o limitar el alcance de la Acción de Protección a la existencia de recursos judiciales y administrativos de defensa, siendo que la condición de su procedencia es la vulneración de derechos constitucionales" 8. Ha sido criterio constante de esta Corte, el que no se deniegue la protección a derechos constitucionales por la existencia de otras vías de impugnación del acto, con mayor razón está prescrita la exigencia de tornar la acción en residual, al requerir del accionante que agote dichas vías de impugnación, con el objeto de demostrar que son adecuadas y eficaces (...)." (Sentencia, 2018)

"...Como se puede apreciar, si bien la norma que precede posibilita que el juzgador que conoce un recurso de apelación interpuesto dentro de una Acción de Protección, pueda resolver el mismo por el mérito de los autos constantes en el proceso judicial, es importante resaltar que en ninguna circunstancia prohíbe que el juez ad quem, ordene la práctica de pruebas; más aún, cuando han sido solicitadas por una de las partes, como ha ocurrido en el caso concreto, en el que habiendo sido solicitado por la parte accionante¹³, no fue proveído por el juzgador, argumentando que aquello debía ser solicitado en la demanda contentiva de la acción y que además, el asunto puesto en su conocimiento no se ubica en la esfera constitucional. De ahí, que al no fundar su fallo en argumentos sólidos que expliquen las razones de la decisión adoptada y al no desempeñar el rol garantista y proactivo que debe caracterizar a un operador de justicia en el conocimiento de una garantía jurisdiccional, los juzgadores han dictado una decisión carente de criterios sistematizados y coherentes entre sí. (...)."'

Referencias

- Ávila, R. (2011). *Del Amparo a la Acción de Protección jurisdiccional*. IUS.
- Cevallos, I. (Septiembre de 2009). *La Acción de Protección Ordinaria formalidad y admisibilidad en el Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.
- Constitucional, C. (07 de Marzo de 2018). *Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Cueva, L. (2009). *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito, Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Montaño, J., & Angélica, P. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aproximación a los elementos básicos de la Acción de Protección*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Montaño, J., & Porras, A. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional. Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

- Nogueira-Alcalá, H. (2010). La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. *Ius et Praxis*, 16 (1), 219-286.
- Oyarte, R. (2016). *Debido proceso*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pfeffer, E. (2004). La acción constitucional de protección y su regulación: situación actual y prospectiva. *Estudios Constitucionales*, 2 (1), 159-174. .
- Sentencia, 16 72-12-EP (Corte C).
- Sentencia, 16 72-12-EP (Corte Constitucional de Ecuador 25 de Abril de 2018).
- Zavala, J. (2010). *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil, Ecuador: Edilex.
- Zavala, J. (2011). *Teoría y práctica procesal constitucional*. Guayaquil, Ecuador: Edilex.
- Zavala, J. Z., & Acosta, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil, Ecuador: Edilex.
- Zavala, J., Zavala Luque, J., & José, A. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil, Ecuador: Edilex.

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

Abg. Sebastián Ortega Peñafiel

LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

Abg. Sebastián Ortega Peñafiel

Desde su concepción latina hábeas corpus significa “que traigas tu cuerpo” o “que tengas tu cuerpo” (Cabalenas, 1998), lo que se traduce a "cuerpo presente" o "persona presente", en este sentido dentro del ámbito jurídico se puede conceptualizar como el “ Derecho de toda persona que creyere estar ilegalmente privada de su libertad, para dirigirse a la autoridad competente, la cual expide un auto llamado de hábeas corpus (“que traigas al detenido”), ordenando la presentación del detenido, luego de lo cual, debe aquella, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, decidir sobre la legalidad de la detención, y, de ser ésta ilegal, disponer la inmediata libertad del reclamante. El hábeas corpus no es un recurso de carácter procesal, sino una acción sui generis de Derecho público, imposible de clasificar como perteneciente al procedimiento penal o al procedimiento civil. El hábeas corpus es la garantía de la libertad" (LexisFinder, 2019).

La acción del hábeas corpus, tiene su antecedente más remoto, tal vez, lo encontramos en la antigua Roma en el *homine libero exhibendo* contenido del título XXIX del libro XLIII de El Digesto (Tavolar, 1995). En nuestro país la acción de hábeas corpus se plasmó en la Constitución Política del año 1929 en el artículo 151. 8¹⁰; actualmente se encuentra establecida como una garantía jurisdiccional que se constituye como un verdadero mecanismo y pieza fundamental para prevenir y reparar las violaciones de los derechos cometidos por cualquier acto y omisión por parte del Estado.

Se encuentra establecida en nuestra Constitución de la República del Ecuador en su artículo 89 ¹¹ y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 43¹², cuyo objetivo es para la protección de todos los ciudadanos cuando se vulnere su derecho de libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, de igual manera protege el derecho a la vida y la integridad física de las personas que se encuentran en los centros de rehabilitación social.

La doctrina señala al hábeas corpus que debe ser entendido: Como el derecho que se acuerda a todos los individuos para reclamar contra las prisiones arbitrarias e infundadas, exigiendo que la

¹⁰ Constitución Política 1929 artículo 151.8: El derecho de Habeas Corpus. Todo individuo que, por considerar que se ha infringido lo dispuesto en los numerales anteriores se creyere indebidamente detenido, procesado o preso, podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre a la magistratura que señale la Ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales.

¹¹ Constitución de la República artículo 89: La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

¹² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 43: La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como:

1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia;
2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional;
3. A no ser desaparecida forzosamente;
4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante;
5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad;
6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias;
7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez;
8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión;
9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana;
10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención.

Justicia reclame a la autoridad aprehensora para que ésta explique y justifique los motivos de la aprehensión para en conocimiento de ellos, es decir una consecuencia, esto es manteniendo la medida de privación de libertad en el caso que ella corresponda con arreglo a derecho u ordenando la inmediata liberación para el caso que no aparezca justificada la detención (Flores Dapkevicius, 2004).

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia, 2006) manifiesta: El cometido esencial del hábeas corpus no se puede entender restringido solo a la protección del derecho a la libertad, sino que ha de dársele una proyección mucho más amplia en cuanto verdaderamente abarca la garantía de todo el conjunto de derechos fundamentales de la persona que se encuentra privada de su libertad de manera arbitraria o ilegal, y que por esta circunstancia se encuentran en latente y permanente amenaza. En tal medida, el radio de protección del hábeas corpus no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad, sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados con éste, y que le dan soporte, como son los derechos a la vida y a la integridad personal. Además, e íntimamente ligado a los derechos a la vida e integridad personal, en el caso de detenciones arbitrarias o ilegales, el hábeas corpus garantiza el derecho a no ser desaparecido.

Nuestra Corte Constitucional (Sentencia N. 0 171-15-SEP-CC, 2015) sobre el hábeas corpus, manifiesta que, se convierte en una garantía y un derecho de las personas que se han visto detenidas o privadas de la libertad, a través de la cual, las autoridades competentes deben resolver la situación jurídica de ellas a efectos de determinar si la detención se realizó sobre la base de los preceptos legales y constitucionales pertinentes. Así, las autoridades competentes deberán ordenar su libertad en caso de que verifiquen que, para la detención del individuo, se ha incurrido en ilegalidades o arbitrariedades.

En este sentido, la acción de hábeas corpus es un control judicial de la privación de la libertad, constituyéndose en la garantía idónea para precautelar la libertad, la vida y la integridad de una persona. A través de esta acción, la persona privada de la libertad precisamente, cuestiona la constitucionalidad, legalidad de tal privación, materializada a través de sus distintas formas, a saber: detención, arresto, prisión, desaparición forzada, etc., así como, el tratamiento recibido durante la privación de la libertad (Dictamen No. 002-18-PJO-CC, 2018).

El hábeas corpus tiene directa conexión con la limitación del Poder. Esto implica, a su vez y desde mucho tiempo atrás, que es expresión de defensa de la libertad. Sin embargo, por cuestiones que trataré *ut infra*, no creo que hoy se tenga que revalidar aquella garantía, en la versión original, sino que, en cualquier caso y sin perder de vista lo anterior, su razón conceptual tiene que ajustarse a otras situaciones (Machado Pelloni, 2007).

Según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, el hábeas corpus procede contra todo tipo de actos, ya provengan de la autoridad del Estado como respecto de particulares. Entre los primeros, destacan cuantitativamente las acciones intentadas contra las resoluciones judiciales y los actos de autoridad administrativa (Viñas & Lorena, 2013).

En una sociedad democrática y sometida al imperio del derecho, la vulneración de la libertad se justifica únicamente cuando ella está relacionada con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En tal sociedad no resulta legítimo aprehender y recluir a una persona sino cuando hay razones válidas para creer que ha participado en la realización de un hecho punible. Si toda persona es libre,

nadie puede ser privado de su libertad, excepto en aquellos casos determinados por la ley y en circunstancias legales (Benavides Ordóñez & Escudero Soliz, 2013).

La Acción de Hábeas Corpus desde su origen, tiene como finalidad “traer al detenido” para analizar la legalidad de su detención; en nuestro ordenamiento jurídico se plasmó en la Constitución Política del año 1929 como una garantía fundamental para todos los habitantes del Ecuador para no ser detenidos, sino en las formas y tiempo que las leyes lo determinan, tampoco pueden ser incomunicados por más de veinticuatro horas.

Actualmente, la Acción de Hábeas Corpus se encuentra determinada en la Constitución de la República como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para que no se vulnere sus derechos, como son: el derecho de libertad, derecho a la vida y el derecho a la integridad física de todas las personas incluidas las que se encuentran en los centros de rehabilitación social. Adicionalmente, es una garantía y un derecho para determinar si la detención de la personas fue realizada en base y con los preceptos constitucionales como legales pertinentes.

Por su parte, la doctrina establece que la Acción de Hábeas Corpus es una limitación al poder del Estado, procede tanto en la vía judicial como la administrativa, derecho del cual las personas privadas de la libertad pueden exigir a que la autoridad correspondiente justifique y explique los motivos de la detención.

Derecho de libertad

Para Guillermo Cabanellas (2007) la libertad se entiende como la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.” El derecho a la libertad se la concibe como la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, y de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos (Sentencia, 2007).

En este sentido, el derecho de la libertad, desarrollado en nuestra Constitución de la República en su artículo 66, garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida y la integridad personal, por lo que, al ser concebido como un derecho humano, puede ser limitado o restringido solo en las debidas formas y por las causas taxativamente puntualizadas en la Constitución y la ley.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7¹³ garantiza a la libertad personal como un derecho fundamental y humano.

Esta acción prevista en la Constitución, es la garantía del derecho esencial a la libertad, que permite a cualquier persona, por sí o por interpuesta persona, acudir ante la autoridad competente, en este caso ante juezas o jueces constitucionales, con el fin de que la autoridad recurrida disponga la

¹³ Convención Americana de Derechos Humanos artículo 7 Derecho a la Libertad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

inmediata libertad de la detenida o detenido: 1. Si éste no fuera presentado a la audiencia; 2. Si no se exhibiere la orden privación de libertad es llevada a cabo; 3. Si ésta no cumpliera los requisitos legales o constitucionales; 4. Si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad; 5. En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique dicha medida (Sentencia N.º 276-18-SEP-CC, 2018).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia, 1994) sobre el aspecto material y formal de la detención expresó: "Nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)" "... en un contexto general y amplio, se puede indicar que el derecho a la libertad constituye una condición y característica atribuible a todo ser humano, por el hecho de ser tal; esencia misma de la persona, que le permite elegir, dirigir y realizar su proyecto de vida, tanto en su esfera íntima como en un contexto social, sin más limitaciones que las establecidas en la constitución, la ley y los derechos de los demás. Así entonces, la libertad hace posible la autodeterminación personal, así como la materialización de la voluntad en el sentido de cuándo y a dónde ir o permanecer; tanto así que, el Estado tiene que brindar la protección necesaria para su ejercicio. (Dictamen No. 004-18-PJO-CC, 2018)"

Por último, una de las formas más dramáticas de violación de derechos humanos en la región ha sido la desaparición forzada de personas. Existen en el Ecuador casos que pueden considerarse emblemáticos, tales como las desapariciones de Consuelo Benavides y de los hermanos Restrepo que ocurrieron en la década de los ochenta, en pleno auge de un tardío movimiento insurgente y la emergencia de un Estado represor (Montaña Pinto & Porras Velasco, 2012).

Derecho a la vida

El máximo organismo de control constitucional, al respecto, sobre el derecho a la vida establece que, el segundo derecho que protege la garantía de hábeas corpus, se relaciona con el derecho a la vida. Este derecho es de suma relevancia en el contexto constitucional actual, pues de su respeto y garantía depende el goce y ejercicio de todos los demás derechos. Así, su importancia es de interés sustancial para todos los seres humanos; y se relaciona con la dignidad humana (Sentencia N.º 017-18-SEP-CC, 2018).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida, expresó: es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (Sentencia, 1999).

En este sentido de igual manera la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4¹⁴ sobre el derecho a la vida es fundamental para la realización de los demás derechos.

¹⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente

Derecho a la integridad física

El tercer derecho que protege la acción de hábeas corpus como garantía jurisdiccional, es la integridad física de las personas privadas de la libertad, comprendida en sus cuatro dimensiones, física, psíquica, moral y sexual.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos también garantiza la integridad física en su artículo 5.¹⁵, por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia, 1988) sobre la integridad física ha establecido que la misma: “Hace referencia a la plenitud corporal del individuo; de allí que toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndola o causándole dolor físico o daño a su salud...”

En este contexto, en igual sentido que el hábeas corpus protege de forma directa el derecho a la vida, también lo hace respecto del derecho a la integridad física, por tanto, al evidenciarse aspectos que afecten o amenacen a dicho derecho en contra de personas privadas de su libertad, corresponde al juez constitucional emitir medidas que permitan proteger la integridad de la persona privada de la libertad (Sentencia N.º 017-18-SEP-CC, 2018).

Es decir, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención (Sentencia, 2010).

Trámite

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 44¹⁶ establece el procedimiento de la Acción de Hábeas Corpus, indicando que la o el juez competente es del lugar donde se encuentra o se presume que esta la persona privada de la libertad, en caso que se desconozca el lugar, se deberá presentar ante la o el juez del domicilio del accionante, adicionalmente si corresponde a un proceso penal, se interpondrá la acción ante la Corte Provincial de Justicia.

¹⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5.1: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

¹⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 44.- Trámite. - La acción de hábeas corpus, en lo que no fueren aplicables las normas generales, seguirá el siguiente trámite:

1. La acción puede ser interpuesta ante cualquier jueza o juez del lugar donde se presume está privada de libertad la persona. Cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante. Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, la acción se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia; de haber más de una sala, se sorteará entre ellas.

2. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la acción, la jueza o juez dirigirá y realizará la audiencia, en la que se deberán presentar las justificaciones de hecho y de derecho que sustentan la medida privativa de libertad. La jueza o juez deberá ordenar la comparecencia de la persona privada de la libertad y de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona y la defensora o defensor público. De considerarlo necesario la jueza o juez, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurre la privación de la libertad.

3. La jueza o juez dictará sentencia en la audiencia y, dentro de las veinticuatro horas después de finalizada, notificará la resolución por escrito a las partes.

4. Procede la apelación de conformidad con las normas comunes a las garantías jurisdiccionales. Cuando la privación haya sido dispuesta en la Corte Provincial de Justicia, se apelará ante la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional; y, cuando hubiere sido dispuesta por la Corte Nacional de Justicia, se apelará ante cualquier otra sala que no ordenó la prisión preventiva.

Presentada la acción, dentro de las veinticuatro horas consecutivas a la presentación, la jueza o juez convocará a una audiencia oral, pública y contradictoria, en la que se deberán presentar y fundamentar todas las justificaciones de hecho y de derecho para sustentar constitucionalmente y legalmente la medida privativa de libertad. Inmediatamente, se deberá ordenar la comparecencia de la persona que se encuentre privada de la libertad, de la autoridad quien ordenó la medida o la orden de privación de la libertad y por último la designación de un abogado público o privado; adicionalmente, si la jueza o juez considera necesario, puede realizar la audiencia en el lugar donde ocurre la privación de la libertad.

Finalmente, la jueza o juez después de escuchar las justificaciones de hecho y de derecho para sustentar constitucionalmente y legalmente la medida privativa de libertad, dictará sentencia y, notificará la resolución por escrito dentro de las veinte y cuatro horas a las partes.

En aplicación al artículo 76.7.H¹⁷ es procedente el recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia, en aplicación de las normas comunes que regulan las garantías jurisdiccionales, indicando que si la privación haya sido dispuesta en la Corte Provincial de Justicia, el recurso de alzada se deberá presentar ante la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional; o a su vez, cuando hubiere sido dispuesta por la Corte Nacional de Justicia, se apelará ante cualquiera de las otras salas que no ordenó la prisión preventiva¹⁸.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia, 2004) “los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 [de la Convención] y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”.

Es preciso destacar, que la procedencia del hábeas corpus no depende de la existencia de otros mecanismos dentro del proceso penal, porque se trata de una acción principal y no subsidiaria en situaciones de detención arbitraria o de prolongación ilegal de la libertad, siendo esta una de las principales diferencias con la acción de tutela. En otras palabras, basta con que se presente una privación ilegal de la libertad o una prolongación ilícita de la misma para que proceda de manera principal la acción de hábeas corpus (Sentencia, 2014).

El Estado tiene la obligación jurídica y moral de respetar los derechos otorgados a las personas, lo cual incide directamente en la responsabilidad estatal de garantizar que el procedimiento de privación de la libertad de las personas hipotéticamente responsables de la violación de tipo penal, se lo realice tan solo por el tiempo necesario para determinar participación comprobada en los hechos que se los acusa (Galvis Ortiz, 2005).

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículo 76.7.H: Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

¹⁸ Código Orgánico Integral Penal, artículo 534, Finalidad y requisitos de la prisión preventiva: Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.

La Corte Constitucional del Ecuador ha expedido los siguientes precedentes jurisprudenciales obligatorios:

1. “La acción de hábeas corpus, es totalmente procedente cuando se la interpone a favor de una persona que cuenta con una sentencia condenatoria en su contra; sin embargo, los jueces constitucionales limitarán su análisis, según los hechos y las alegaciones presentadas por las partes, en dos aspectos: el primero en verificar si la detención recae en ilegal, ilegítima o arbitraria; y el segundo, en evidenciar si al momento de cumplir la condena la persona es objeto de tortura, tratos crueles, degradantes, inhumanos o similares. 2. Atendiendo la naturaleza, alcance y objeto de la acción de hábeas corpus, resulta improcedente que el juez constitucional adopte resoluciones que modifiquen la pena adoptada dentro de un proceso penal, por cuanto, para ello existen los mecanismos judiciales idóneos en el derecho procesal penal. 3. Las reglas expedidas en la presente sentencia deberán ser aplicadas con efectos generales o erga omnes” (Dictamen No. 004-18-PJO-CC, 2018).
2. Respecto a la autoridad que debe conocer el hábeas corpus, téngase en cuenta la siguiente interpretación conforme y condicionada de la normativa contenida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: La garantía jurisdiccional de hábeas corpus protege tres derechos que pueden ser alegados de forma individual o conjunta por la o los accionantes, –libertad, vida e integridad física–; en dicho sentido cuando se alegue la vulneración de cualquiera de estos tres derechos, cuando no existe orden de privación de la libertad emitida dentro de un proceso penal, o a su vez, cuando el mismo hubiese concluido sin resolución de un recurso pendiente; es decir, se encuentre en ejecución la sentencia que ordene el cumplimiento de una pena privativa de la libertad, se entenderá que es competente para el conocimiento del referido hábeas corpus, cualquier jueza o juez del lugar donde se presume está privada de libertad la persona. Cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante. Atendiendo la naturaleza, alcance y objeto de la acción de hábeas corpus, y al principio de favorabilidad constitucionalmente reconocido, se establece lo siguiente: En ningún caso podrá ser aplicable una norma posterior que restrinja derechos por considerarse inconstitucional, pero sí las normas que establezcan, circunstancias eximentes, atenuantes o que disminuyan la gravedad de las penas, y por supuesto las que despenalicen conductas, pueden ser aplicadas a hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigencia. 2. La presente sentencia será publicada en el Registro Oficial. 3. En la fase de cumplimiento de las medidas dispuestas, el juzgador, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, está facultado para, en función de las circunstancias particulares de cada caso y con base en la información a su disposición, modificar las medidas dispuestas. 4. Las reglas expedidas en la presente sentencia deberán ser aplicadas con efectos generales o erga omnes en casos similares o análogos. (Dictamen No. 002-18-PJO-CC, 2018).

Sobre las reglas de aplicación que debe observar las juezas y jueces se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Art. 45 ¹⁹ determina que la

¹⁹ Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Art. 45.- Reglas de aplicación. - Las juezas y jueces observarán las siguientes reglas:

1. En caso de verificarse cualquier forma de tortura se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad.
2. En caso de privación ilegítima o arbitraria, la jueza o juez declarará la violación del derecho, dispondrá la inmediata libertad y la reparación integral. La privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos:
 - a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia.
 - b) Cuando no se exhiba la orden de privación de libertad.
 - c) Cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales.
 - d) Cuando se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la privación de libertad.

autoridad judicial en el caso de verificar que alguna persona privada de libertad tenga grave dolor o a su vez sufrimiento físico o psíquico infringido por otra persona, el juez debe disponer la liberar inmediata libertad, atención especializada e integral y debe imponer medidas alternativas²⁰ a la prisión de la libertad.

En caso de que la privación, ilegal, ilegítima o arbitraria, de acuerdo a lo mencionado, es oportuno indicar que la privación de la libertad ilegal, es definida como aquella ordenada o ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la privación de la libertad arbitraria, es aquella ordenada o mantenida sin otro fundamento que la propia voluntad o capricho de quien la ordena o ejecuta. Y por último, la privación de la libertad ilegítima es aquella ordenada o ejecutada por quien no tiene potestad o competencia para ello (Sentencia N.º 247-17-SEP-CC, 2017). Se presume que la privación de la libertad es arbitraria o ilegítima en las siguientes circunstancias, cuando la persona detenida no es presentada en la respectiva audiencia, cuando no se exhiba la orden de autoridad competente que ordene la privación de libertad, o a su vez esta no cumpla con los requisitos legales o constitucionales²¹, cuando dentro de la causa se presente vicios de procedimiento en la privación de libertad. Si la detención es llevada por particulares se debe justificar la privación de libertad, caso contrario se enmarcaría dentro de una detención vulneratorio de derechos constitucionales.

Adicionalmente, a orden de autoridad judicial en la que disponga la libertad deberá ser obedecida inmediatamente, siendo no admisible cualquier tipo de observación o excusa, finalmente el juez puede solicitar todas las medidas que considere necesarias con el fin de garantizar la libertad e integridad de la persona privada de la libertad.

Para que para que sea legítima debe sujetarse a exigencias constitucionales, entre las cuales constan: a) Que exista una boleta constitucional de encarcelamiento ordenada y suscrita por el juez competente, la cual debe contener los requisitos exigidos por la Constitución y la ley, entre estos la motivación suficiente; b) Que la privación de la libertad sea realizada por una autoridad competente, es decir, por algún miembro policial; c) Al detenido se lo informará sobre su detención; esto es, que la privación de la libertad vaya seguida de la inmediata información sobre sus motivos; d) Se debe entregar al detenido la información sobre los motivos de su detención, es decir, sobre los hechos que se lo imputan, con claridad y algo más que los motivos, no es suficiente

e) En los casos en que la privación de la libertad es llevada a cabo por particulares, cuando no se justifique la privación de libertad.

3. La orden judicial que dispone la libertad será obedecida inmediatamente por los encargados del lugar de la privación de libertad, sin que sea admisible ningún tipo de observación o excusa.

4. En cualquier parte del proceso, la jueza o juez puede adoptar todas las medidas que considere necesarias para garantizar la libertad y la integridad de la persona privada de libertad, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.

²⁰ Código Orgánico Integral Penal, artículo. 522.- Modalidades. - La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:

1. Prohibición de ausentarse del país.

2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.

3. Arresto domiciliario.

4. Dispositivo de vigilancia electrónica.

5. Detención.

6. Prisión preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica.

²¹ Código Orgánico Integral Penal, artículo 531.- Orden. - La boleta de detención cumplirá los siguientes requisitos:

1. Motivación de la detención.

2. El lugar y la fecha en que se la expide.

3. La firma de la o el juzgador competente.

indicar el sostén legal de la detención, sino que debe añadirse también el fáctico (García Morillo, 1995); e) Debe otorgarse información sobre los derechos que tiene el detenido, entre ellos: el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, a designar Abogado y solicitar su presencia, a ser asistido en su caso por intérprete y a ser reconocido por el médico.

Legislación comparada

Colombia

La Corte Constitucional Colombiana (Auto, 2018), según lo regulado en el artículo 30 de la Constitución Política de 1991, “quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Hábeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis (36) horas”.

La Ley 1095 del 2 de noviembre de 2006, “Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”, en el artículo 1º, define el Hábeas Corpus como un derecho fundamental y, a su vez, como una acción constitucional “que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente”. De la misma manera, el artículo 2 de la ley en cita establece la competencia para conocer y resolver la anotada acción, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

“1. Son competentes para resolver la solicitud de Hábeas Corpus todos los jueces y tribunales de la Rama Judicial del Poder Público.

Cuando se interponga ante una Corporación, se tendrá a cada uno de sus integrantes como juez individual para resolver las acciones de Hábeas Corpus.

Si el juez al que le hubiere sido repartida la acción ya hubiere conocido con antelación sobre la actuación judicial que origina la solicitud de Hábeas Corpus, deberá declararse impedido para resolver sobre esta y trasladar las diligencias, de inmediato, al juez siguiente -o del municipio más cercano- de la misma jerarquía, quien deberá fallar sobre la acción dentro de los términos previstos para ello”.

De igual manera el máximo organismo de interpretación constitucional colombiano (Sentencia, 2018) establece que el hábeas corpus es un derecho público, imprescriptible, inalienable, universal e inmediato y es una acción pública, preferente, principal, jurisdiccional y eficaz, que puede ejercerse ante cualquier autoridad judicial y debe ser resuelta en un término máximo de 36 horas (no se suspende durante la vacancia judicial o los días feriados). Incluso, se puede interponer por terceros sin necesidad de mandato o por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría, sin término específico. La decisión del hábeas corpus puede conducir a la orden de libertad inmediata e incondicional.

Sobre el trámite del hábeas corpus el Código de Procedimiento Penal Colombiano establece lo siguiente:

Artículo 430. Hábeas Corpus. El Hábeas Corpus es una acción pública que tutela la libertad personal cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilícitamente la privación de su libertad.

Artículo 431. Lineamientos de la acción pública. En los casos señalados en el artículo anterior, toda persona tiene derecho a las siguientes garantías:

1. Acudir ante cualquier juez o magistrado del mismo lugar o del más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal, para que decida a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes si decreta la libertad. La solicitud se puede presentar ante cualquier funcionario judicial pero el trámite corresponde exclusivamente al juez penal
2. A que la acción pueda ser invocada por terceros en su nombre, sin necesidad de mandato alguno.
3. A que la actuación no se suspenda o aplace por la interposición de días festivos o de vacancia judicial.

Artículo 432. Contenido de la petición. La petición de Hábeas Corpus deberá contener el nombre de la persona en cuyo favor se interviene, las razones por las cuales considera que con la privación de su libertad se está violando la Constitución o la ley, la fecha de reclusión y lugar donde se encuentre el capturado, y en lo posible el nombre del funcionario que ha ordenado la captura y el cargo que desempeña.

Además, bajo la gravedad del juramento que se considera prestado por la presentación de la petición, deberá afirmarse que ningún otro juez ha asumido el conocimiento de la solicitud de Hábeas Corpus o decidido sobre la misma.

Artículo 433. Informe sobre captura. Si la autoridad que hubiere decretado la captura no fuere del mismo lugar del juez que tramita la petición de Hábeas Corpus y éste no pudiere trasladarse a la sede de aquella, solicitará por el medio más rápido, información completa sobre la situación que dio origen a la petición. A esta solicitud se le dará respuesta inmediata, remitiendo copia de las diligencias adelantadas contra el capturado.

Se podrá solicitar del respectivo director de la cárcel una información urgente sobre todo lo concerniente a la captura.

El juez podrá interrogar directamente a la persona capturada.

En todo caso se dará aviso a la Fiscalía General de la Nación y al perjudicado.

Artículo 434. Trámite. Recibida la solicitud, el juez decretará inmediatamente una inspección a las diligencias que pudieren existir en el asunto que dio lugar a la petición, que deberá practicarse a más tardar dentro de las doce horas siguientes. En ningún caso se someterá a reparto la petición y conocerá de ella privativamente el juez ante quien se formule. El juez no podrá ser recusado en ningún caso.

Artículo 435. Improcedencia de medidas restrictivas de la libertad. La persona capturada con violación de las garantías consagradas en la constitución o en la ley, no podrá ser afectada con medida restrictiva de su libertad mientras no se restauren las garantías quebrantadas. Por tanto, son inexistentes las medidas que tengan por finalidad impedir la libertad del capturado cuando ella se conceda a consecuencia del Hábeas Corpus.

Artículo 436. Iniciación de investigación penal. Reconocido el Hábeas Corpus, el juez compulsará copias para que el funcionario competente inicie las investigaciones a que haya lugar.

Artículo 437. Decisión. Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, el juez inmediatamente ordenará la libertad de la persona capturada, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno.

MODELO DEMANDA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

SEÑOR JUEZ CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR CON SEDE _____

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Yo, _____ comparezco ante su autoridad con la presente Acción de Hábeas Corpus, de conformidad con lo establecido en el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador y los Arts. 43 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La persona que está privada de su libertad de forma inconstitucional, es mi hermano que responde a los nombres de _____, con número de cédula de identidad _____, quien se encuentra detenido en “El Centro de Rehabilitación _____” ubicado en la ciudad de _____, perteneciente a la provincia del _____.

II. LEGITIMACIÓN PASIVA

La autoridad que es requerida es el Juez de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el cantón _____, Dr/a. _____, quien emite orden de apremio personal con fecha _____ dentro del proceso de alimentos signado con el número, por lo cual mi hermano es detenido con fecha miércoles _____.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

Mi hermano de nombres _____, fue detenido por primera vez, mediante boleta de apremio personal, por adeudar pensión alimenticia, la detención fue realizada con fecha _____.

Desde la fecha de detención hasta la actual han transcurrido más de 30 días, vulnerando lo que establece el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 137 inciso tercero “*Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días, los apremios reales que sean necesarios: prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.*”

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitución de la República

Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Art. 43.- Objeto. - La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como:

1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia;
2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional;
3. A no ser desaparecida forzosamente;
4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante;
5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad;
6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias;
7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez;
8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión;
9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana;
10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención.

Corte Constitucional

Sentencia N°. 017-18-SEP-CC, en el caso del Señor Jorge Ramiro Ordóñez Talavera, publicada en el Boletín N°. 40 de la Corte Constitucional, con fecha 28 de febrero de 2018, como Medida de Satisfacción, establece que la garantía jurisdiccional de hábeas corpus protege tres derechos que pueden ser alegados de forma individual o conjunta por la o los accionantes, -libertad, vida e integridad física-; en dicho sentido cuando se alegue la vulneración de cualquiera de estos tres derechos, cuando no existe proceso penal, o a su vez, cuando el mismo hubiese concluido sin resolución de un recurso pendiente, es decir se encuentre en ejecución la sentencia, se entenderá que es competente para el conocimiento del referido hábeas corpus, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "cualquier jueza o juez del lugar donde se presuma está privada de libertad la persona. Cuando se desconozca el lugar de privación de libertad, se podrá presentar la acción ante la jueza o juez del domicilio del accionante.

Convención Americana de Derechos Humanos

Art. 7 "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal...Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

V. PETICIÓN CONCRETA

Con los antecedentes expuestos, y en virtud de que la persona _____, con número de cédula de identidad _____, quien se encuentra detenido en "El Centro de Rehabilitación _____" ubicado en la ciudad de _____, provincia del----- se encuentra detenido de una forma ilegal, solicito de forma inmediata se ordene su libertad.

Una vez que sea admitida a trámite la presente acción solicito que, en concordancia con lo que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 44 numeral 2, señale la audiencia correspondiente de manera urgente y dentro de 24 horas.

VI. CITACIONES Y NOTIFICACIONES

Al legitimado pasivo se le podrá citar en las instalaciones del Consejo de la Judicatura, ubicado en las calles _____ en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón _____ provincia de _____.

Notificaciones que me corresponda las recibiré en el casillero judicial número _____ y a los correos electrónicos _____.

Declaro que no he puesto otra acción por la misma naturaleza, por los mismos hechos, ni por las mismas personas.

Atentamente,

_____ -

Referencias

Aldunate Lizana, E. (2007). Panorama actual del amparo y hábeas corpus en Chile. *Estudios Constitucionales*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=82050102>

Auto, 125/18 (Corte Constitucional Colombiana 27 de 2 de 2018). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2018/a125-18.htm>

Benavides Ordóñez, J., & Escudero Soliz, J. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana. Cuadernos de Trabajo n.º 4*. Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Cabalenas, G. (1998). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta

Cabanellas de Torres, G. (2007). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta

Dictamen No. 002-18-PJO-CC, Causa No. 0260-15-JH (Corte Constitucional del Ecuador 20 de Junio de 2018).

Dictamen No. 004-18-PJO-CC, Causa No. 0157-15-JH (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Julio de 2018).

Flores Dapkevicius, R. (2004). *Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data*. Montevideo: Editorial B de F.

Galvis Ortiz, L. (2005). *Comprensión de los derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Ediciones Aurora.

García Morillo, J. (1995). *El derecho a la libertad personal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

LexisFinder. (28 de 04 de 2019). *LexisFinder*. Recuperado de <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>

Machado Pelloni, F. (Junio de 1 de 2007). Hábeas Corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica Estudios Constitucionales, vol. 5. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, 31-58. Recuperado de <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=82050103>

- Montaña Pinto, J., & Porras Velasco, A. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional, Parte especial 1 Garantías constitucionales en Ecuador* (2 Tomo ed.). Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión.
- Sentencia, Caso Gangaram Panday (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Enero de 1994).
- Sentencia, De los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 1999).
- Sentencia, Tibi vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de Septiembre de 2004).
- Sentencia, C-187/06 (Corte Constitucional de Colombia 15 de marzo de 2006).
- Sentencia, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2007).
- Sentencia, T-491/14 (Corte Constitucional de Colombia 10 de Julio de 2014).
- Sentencia, C-038/18 (Corte Cosntitucional Colombiana 9 de 5 de 2018). Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-038-18.htm
- Sentencia N. 0 171-15-Sep-Cc, Caso N. 0 0560-12-Ep (Corte Constitucional del Ecuador 27 De Mayo De 2015).
- Sentencia N.º 017-18-Sep-Cc, Caso N.º 0513-16-Ep (Corte Constitucional del Ecuador 10 De Enero De 2018).
- Sentencia N.º 247-17-Sep-Cc, Caso N.º 0012-12-Ep (Corte Constitucional del Ecuador 9 De Agosto De 2017).
- Sentencia N.º 276-18-Sep-Cc, Caso N.º 0556-15-Ep (Corte Constitucional del Ecuador 01 De Agosto De 2018).
- Sentencia, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Julio de 1988).
- Sentencia, Vélez Loor vs. Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Noviembre de 2010).
- Tavolar, R. (1995). *El hábeas corpus*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Viñas, H., & Lorena, M. (2013). ¿Hacia Una Ampliación del Hábeas Corpus por La Corte Suprema? *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 421-437. Recuperado de <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=371041345016>

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Dr. Julio Gárate Amoroso

LA ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Dr. Julio Gárate Amoroso

Se considera que en América Latina y en el Ecuador, es uno de los avances que en materia de derechos constitucionales muy importantes; producto de las luchas sociales en busca de la participación ciudadana en los asuntos que generan el poder público, en aras de la transparencia de las gestiones del órgano estatal, conocer con detalle sobre flagrantes violaciones a los derechos humanos, información que se la mantenía oculta, porque se la calificaba de reservada. El acceso a la información pública constituye un derecho constitucional, comprende el derecho a recibir y a emitir información.

El logro en esta materia radica que el derecho al acceso a la información pública, se ha constitucionalizado como una garantía jurisdiccional establecida en la Constitución de 2008; en razón de que esta acción existía antes en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el procedimiento constitucional a seguirse en esta acción se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionales que garantiza el derecho a ser informados (Grijalva, 2012).

Principios que rigen a la información pública

“**TERCERA.** - Por tanto, todos los actos jurídicos que emanen de ellas las declaraciones, los registros, archivos públicos, el manejo de sus recursos, los documentos obtenidos por ellas que se encuentren bajo su responsabilidad, constituyen información pública que está regida por el principio de apertura, publicidad y transparencia, y pueden y deben ser conocidos por todos a efectos de ejercer un verdadero control social, una efectiva participación ciudadana, y configura un mecanismo para exigir rendición de cuentas puesto que, como lo señala de manera puntual la Ley “la información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas (...)”

El párrafo que antecede consta en la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Constitucional, el 28 de mayo de 2008, Magistrado ponente: Dr. Freddy A. Donoso P., Publicado en el Registro Oficial, Edición Especial Nro. 59 del 13 de junio del 2008 (Salmon, 2010, p. 31)

El derecho a la información

En nuestra sociedad se va consolidando más el derecho a ser informado, no solo por satisfacer la natural curiosidad, sino que resulta obvio que la única manera de que se pueda reclamar con efectividad el cumplimiento de los demás derechos es estando informado, que está íntimamente ligado a la libertad de expresión y al derecho a la información, se afirma que corresponden al estadio diferente de la evolución del mismo derecho, “la primera **propia** del liberalismo originario; la segunda más bien asociada al liberalismo tardío y la sociedad posmoderna” (Porrás & Romero, 2012).

Este derecho comprende la garantía que tiene toda persona, pueblo, comunidad y nacionalidad como titulares de derechos a recibir noticias, opiniones, conferencias que se puedan transmitir; por supuesto también encierra la facultad de elegir no recibiendo la información, libertad de elegir el tipo de información y el medio informativo, que también tiene la facultad de impugnar la información recibida, misma que se exige su veracidad que no tiene que ver con que sea verdadera, sino que el comunicador haya comprobado la noticia con bastante rigurosidad (Porrás & Romero, 2012).

Derecho a la información que está taxativamente establecido en el artículo 18 de la Carta Suprema del Estado, que consagra este derecho a todas las personas en forma individual y colectiva²². El derecho a recibir información es la garantía que tiene todo ciudadano de ser receptor de todo tipo de noticias y opiniones que se puedan difundir; el derecho que se trasluce en la libertad de elegir la información o el medio, la facultad de impugnar y exigir el derecho a la réplica cuando sea aludido con informaciones inexactas; así mismo la posibilidad de acceder a los medios de comunicación y a recibir una información veraz.

La libertad de expresión

En democracia todos tenemos derecho a expresar nuestras opiniones en todas las formas y manifestaciones conforme así lo consagra el Texto Constitucional²³, puede ser en forma oral, escrita, cuyo fundamento tiene que ver con la participación de la ciudadanía en el proceso político. La Corte Europea de Derechos Humanos, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática; de ahí que, no es aplicable solamente a la información o a los pensamientos que son favorablemente recibidos, sino aquellas también que pueden ser considerados ofensivos, que confunden y perturban.

El derecho a la libertad de expresión está plenamente garantizada en el Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el Art. 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica”; también en el Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, en el artículo 66.6 de la Constitución de la República (Fierro, 2003).

(Porras & Romero, 2012) consideran que existen diferencias conceptuales entre el derecho a la información y libertad de expresión, e indican que el objeto de protección al derecho a la información es más amplio que la libertad de expresión, en razón de que no se trata solo de no ser interrumpido en las opiniones propias y difundirlas, sino que engendra también la posibilidad de generar, difundir, y recibir noticias sobre diferentes hechos; por otro lado, también abarca una dimensión más integral de la persona, ya no solo desde la óptica individual, sino desde una perspectiva social en la que la persona tiene una contraprestación frente al Estado, y este debe garantizar el cumplimiento del derecho.

Finalidad de la acción

Desde antes de la vigencia de la Constitución de 2008, la primera Sala del Tribunal Constitucional, Caso Nro. 0007-07-AI, publicado en el Registro Oficial Nro. 179, el 27 de septiembre de 2007, ya precisaba que la finalidad de esta acción se la instituye, así;

“...Como un instrumento capaz de oponerse a la corrupción y generar transparencia en la función pública, optimizando la eficiencia de los entes gubernamentales y tiene como objetivo final propender a mejorar la calidad de vida de las personas, al tener ellas la posibilidad de acceder a la información y ser copartícipes en la toma de decisiones y en la rendición de cuentas, como actividad diaria de administración de la cosa pública” (Salmon, 2010).

²² Art. 18.- Todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.
2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

²³ Art. 66.6.- El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

En idéntica forma (Salmon, 2010) transcribe lo referido en la consideración TERCERA de la sentencia emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional en el caso Nro. 0004-08-AI. Publicado en el Registro Oficial Nro., Edición Especial Nro. 59 del 13 de junio de 2008.

“TERCERA.- Por tanto todos los actos jurídicos que emanen de ellas, las declaraciones, los registros, archivos públicos, el manejo de sus recursos, los documentos obtenidos por ellas que se encuentren bajo su responsabilidad, constituyen información pública que está regida por el principio de apertura, publicidad y transparencia, y pueden y deben ser conocidos por todos a efectos de ejercer un verdadero control social, una efectiva participación ciudadana, y configura un mecanismo para exigir rendición de cuentas; puesto que, como lo señala de manera puntual la Ley “La información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas” (...).”

El derecho al acceso a la información pública en el Derecho Internacional

La Constitución ecuatoriana se refiere al principio *pro homine*, si bien la Constitución es la norma suprema del Estado, más cuando se trate de derechos humanos, cuyos instrumentos estén ratificados por el Ecuador, en caso de pugna o conflicto se aplicará la norma que más favorezca a la persona humana, sea la Constitución o la norma contenida en un instrumento supranacional; de ahí que, cuanto más proteja una norma a un derecho fundamental, su supremacía es superior. Particular que se encuentra previsto en los artículos 417 y 424 de la Constitución de la República, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 417.- (Sujeción a la Constitución de los tratados e instrumentos internacionales).- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

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

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. En procura de avanzar en el análisis del derecho a la información, se hace menester que tomemos como punto de referencia el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada en 1948, que la cataloga como el derecho fundamental que toda persona tiene de atraerse información, informar y también ser informada.

“Art. 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

En el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Art. 19.-

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a. Asegurar el respeto de los derechos o a la reputación de los demás;
 - b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) Al respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas

Conforme lo asevera (Porrás & Romero, 2012), refiriéndose a Villanueva, se colige que de todas estas normas supranacionales, las que están contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, es la que confiere un mayor desarrollo del derecho que es motivo de esta temática.

Sin duda el libre acceso a la información es un medio para que, en un sistema democrático, representativo y participativo, la ciudadanía como titular de derechos pueda ejercerlos a plenitud. Acceso a la información que implica evitar abusos del órgano estatal, de los funcionarios públicos, fomenta y promueve la transparencia y la obligación constitucional de rendición de cuentas, capaz de que pueda existir el debate público que tenga como objetivo el escrutinio y el derecho a saber y exigir la garantía de los recursos en la gestión del gobierno, prevenga y denuncie los actos de corrupción.

En el informe anual de la Relatoría especial para la libertad de expresión 2009, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, (Porrás & Romero, 2012) refiere que la relatora especial Catalina Botero, en su pertinente informe incluyó el derecho al acceso a la información sobre la base de dos principios fundamentales: a) de máxima divulgación; y, b) de buena fe., que implica los aspectos siguientes:

- a. El acceso a las informaciones es la regla y el secreto es la excepción. Por tanto, este derecho debe cumplir los requisitos de verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad, necesidad y estricta proporcionalidad; de ahí que como consecuencia de ello se precisa que toda información es accesible por principio.

- b. La carga de la prueba corresponde al Estado, por manera que se invierte la carga de la prueba, en los procesos del ordenamiento jurídico ordinario, la carga de la prueba pertenece a la parte actora, en materia penal a la parte acusadora...
- c. Preeminencia del derecho al acceso a la información en caso de conflictos de normas o falta de regulación.

En este informe también se hace constar *el principio de buena fe* entendiéndose que para garantizar al efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública es indispensable que los sujetos obligados, esto es el Estado y sus entidades actúen en pro de cumplir con los fines que persigue este derecho, mediante la estricta aplicación del derecho y la suficiente dotación de asistencia suficiente para los interesados, de tal manera que se promueva una cultura de transparencia, actuando con diligencia, profesionalismo y lealtad; lo que en nuestra legislación establece como los principios de buena fe y lealtad procesal. Siendo lo más importante que las actuaciones públicas satisfagan los intereses colectivos (Botero, 2009).

La acción de acceso a la información pública en la Constitución

Nuestra Constitución de la República garantiza plenamente el derecho a la información y su respectiva protección, así el hábeas data establecido en el artículo 92 de la Carta Magna; y, obviamente el artículo 91 del Texto Constitucional que garantiza el acceso a la información pública, así:

“Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.”

Procedencia de la acción de acceso a la información pública

La norma antes mencionada refiere dos supuestos que indefectiblemente tienen que cumplirse para que proceda esta acción:

- a. Cuando la información que se solicita haya sido denegada expresa o tácitamente, sin este requisito no procede el planteamiento de la demanda; para ello debe constar la petición efectuada a la autoridad respectiva, la denegación incluso puede ser que se aduzca que es información reservada;
- b. Cuando la información proporcionada no es completa o fidedigna.

La información reservada

Obviamente que en Instituciones Públicas como puede ser las Fuerzas Armadas, pueden tener información clasificada como reservada; por tanto, no procede que se haga pública o se publicite la misma; más la declaración de información reservada debe ser anterior a la petición.

La ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto a esta acción establece lo siguiente:

Capítulo V Acción de acceso a la información pública

“Art. 47.- Objeto y ámbito de protección.- Esta acción tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las

fuentes de información. También procederá la acción cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma.

Se considerará información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste.

No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada, declarada en los términos establecidos por la ley. Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas.

Art. 48.- Normas especiales. - Para efectos de la presentación de la acción, la violación del derecho se entenderá ocurrida en el lugar en el que real o presuntamente se encuentra la información requerida”.

Si la información no consta en el archivo de la institución solicitada, la entidad pública deberá comunicar el lugar o archivo donde se encuentra la información solicitada.

La jueza o juez deberá actuar conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley que regula esta materia.

La acción de Transparencia acceso a la Información Pública en la ley

Los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información pública, en mérito a la Constitución y Tratados Internacionales, tiene por objeto tutelar este derecho, entendiéndose por información pública toda aquella que se genere, esté en custodia o repose en cualquier institución del Estado; de ahí que hemos de entender que toda persona tiene derecho a acceder a la información pública y si está es denegada expresa o tácitamente, no es fidedigna o se la proporciona incompleta; previo a este requerimiento administrativo que es imprescindible, podrá acudir ante la función jurisdiccional a plantear la acción de acceso a la información pública, a efecto de que la Jueza o Juez que conozca de esta petición, previo el trámite de rigor, por cierto ágil y sencillo, pueda ordenar a la autoridad demandada que entregue la información que le interese al demandante.

Según el artículo 9 de la LOTAIP nos indica que, como requisito previo antes de demandar el derecho de acceso a la información pública, tiene que formularse la solicitud al titular de la Institución Pública solicitándole se le conceda la información requerida; tal autoridad tendrá el plazo de diez días dar contestación favorable o no a tal petición, en todo caso motivada conforme a lo establecido en el artículo 66.23 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para el planteamiento de la demanda de acceso a la información pública, en todo caso se recomienda considerar lo previsto en la Carta Suprema del Estado, en armonía con la LOGJCC; toda vez que, la LOTAIP fue creada en el 2004, siendo válida en tanto en cuanto no contradiga al texto constitucional.

Juez competente

Según lo previsto en el artículo 86.2 de la Constitución hemos de entender que el competente es cualquier juez del lugar en donde se origina la acción u omisión o del lugar en donde producen sus efectos; no obstante que el artículo 48 de la LOGJCC establece que “**Para efectos de la presentación de la acción, la violación del derecho se entenderá ocurrida en el lugar en el que real o presuntamente se encuentra la información requerida...**”; de ahí que hemos de precisar que el trámite procesal de la acción de protección es el siguiente:

- Demanda, de conformidad con el artículo 10 LOGJCC
- Sorteo de la demanda; si hay más de un juzgado
- La jueza o juez, convocará inmediatamente a una audiencia pública y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas, artículo 86.3 CRE
- Notificará a la parte demandada utilizando los medios más eficaces, artículo 8.2.d) CRE
- Se llevará a cabo la audiencia en la forma establecida en el artículo 14 LOGJCC
- Sentencia. si considera que la parte demandada no ha demostrado lo contrario, declarará la vulneración del derecho constitucional y ordenará la reparación integral, artículo 86.3 CRE
- Apelación, es susceptible de apelación ante la Corte Provincial de Justicia, artículo 86.3 2º inciso y 24 LOGJCC.

La oralidad es la que prima en todo proceso constitucional; obviamente que la oralidad no excluye la presentación de prueba documental y las que se practiquen en mérito al principio de inmediación del juez. Está prohibido que una misma persona afectada en sus derechos presente por más de una ocasión una demanda por vulneración de sus derechos, siempre que se la planteé en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones que se determine en la demanda (Zavala, Zavala Luque, & José, 2012).

El acceso a la información en el Derecho Comparado

En Ecuador

Como antecedente en Ecuador esta acción como dejamos anotado se encuentra consagrada en el artículo 91 de la Carta Magna y el 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En Colombia está prevista esta Acción en el artículo 74 textualmente dice: ***Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable.***

(Porras & Romero, 2012) refiere que la doctrina y la jurisprudencia han precisado que el derecho al acceso a la información pública que difiere con el Ecuador y Perú, es un derecho cuyo punto de partida está en el derecho de petición.

El derecho de petición en el Ecuador se encuentra plenamente garantizado en el artículo 66.23 de la Constitución.

En Perú

La Constitución Peruana, en cuanto a los derechos fundamentales de la persona regula esta acción en el artículo 2.5, textualmente dice: Toda persona tiene derecho a:

“ (...)A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.”

El artículo 200 de dicho Texto Constitucional, que se refiere a las Garantías Constitucionales, establece: "3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de

cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución."

De ahí que hemos de colegir que la Constitución Peruana, la acción de hábeas data a más de garantizar el derecho al acceso a la información lo hace también de los derechos que corresponden a la intimidad personal y familiar al buen nombre y reputación. En el Ecuador están clara y debidamente separadas en dos acciones: la acción de acceso a la información pública, y, la acción de hábeas data.

En Colombia

La Constitución Colombiana en el artículo 74 taxativamente señala que: ***“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable.”***

Vale la pena acotar que la Corte Constitucional Colombiana a indicado que “el derecho al acceso a la información es derecho fundamental...con claros y rigurosos requisitos para que una resolución pueda resultar constitucionalmente admisible (Sentencia, 2007)

Jurisprudencia Vinculante

“...En virtud de las disposiciones constitucionales, legales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede advertir que el acceso a la información es un derecho contemplado en la Constitución, que comporta la facultad de las personas para solicitarla información pública que requieran, y que tal solicitud sea atendida en un plazo pertinente, con la única excepción que la información en cuestión ostente la calidad de reservada o confidencial; ya sea por razones de defensa nacional, u otra causal que debía estar establecida en la ley de manera expresa. Asimismo, es fundamental señalar que la información pública requerida debe existir al momento de presentar la acción, pues no es obligación de la entidad pública y/o concesionaria del Estado, crear o producir información que no disponga al momento de efectuarse el pedido; sin embargo, dicha institución o entidad comunicará motivadamente por escrito, que la negación de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder, respecto de la información solicitada(...)” (Sentencia, 2017)

“...Por todo lo expuesto, una vez efectuado el examen de constitucionalidad de la norma aplicada dentro del presente caso, se puede concluir que la restricción de acceder a la información pública que persiste en el reglamento, no guarda armonía con los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 18 y 91 de la Constitución de la República. En ese sentido, la Corte, de acuerdo a los principios de control integral, preservación del derecho, interpretación conforme y declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso, consagrados en el artículo 76 numerales 1, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declara la inconstitucionalidad sustitutiva de la Primera Disposición General del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público sustituyéndose la frase "tanto los que mantengan como los que" por lo siguiente frase "que contengan información referente a los derechos personalísimos", también se sustituye la frase "Se exceptúan las peticiones formuladas mediante providencia judicial de conformidad con la ley" por la frase "Se entenderá que no está protegido por el derecho de confidencialidad los nombramientos, contratos individuales y colectivos de cualquier tipo y su contenido así como nombres y apellidos del servidor, remuneración, cargo, profesión, horario de trabajo y demás información que no sea referente a los derechos establecidos por la Constitución de la República o por alguna otra ley (...)." (Sentencia , 2018)

Referencias

- Botero, C. (2009). *Informe anual de la relatoria especial para la libertad de expresión 2009*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington.
- Fierro, R. (2003). *Alegato en defensa de la libertad de expresión*. Quito, Ecuador: Necesaria Transparencia Judicial.
- Grijalva, A. (2012). Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución. En A. Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (p. 263). Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Porras, A., & Romero, J. (2012). La acción de acceso a la información pública. En J. Montaña, & A. Porras, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 193-223). Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión de Derechos Constitucionales.
- Salmon, C. (2010). *Doctrina Jurisprudencial temática acerca de la acción de acceso a la información pública en el Ecuador*. Guayaquil, Ecuador: Graba.
- Sentencia , 1601-12-EP (Corte Constitucional 2 de Mayo de 2018).
- Sentencia, C-492/07 del 27 de junio de 2007 (Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia 27 de Junio de 2007).
- Sentencia, 1553-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 16 de Agosto de 2017).
- Zavala, J., Zavala Luque, J., & José, A. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil, Ecuador: Edilex

CAPÍTULO IV

EL HÁBEAS DATA

Dr. Cristian Calle Wilchis

EL HÁBEAS DATA

Dr. Cristian Calle Wilchis

El constante avance de la tecnología y progreso respecto a la recolección de información, su almacenamiento, así también su procesamiento y el establecimiento de bases de datos que vinieron de forma concomitante con el alumbramiento de la informática y su desarrollo, ha otorgado a los datos personales gran relevancia por su inmensa capacidad operativa y su preponderancia en relación a la información de las personas y sus bienes, tanto es así que, cuando una persona se traslada de un lugar a otro puede ser captado por cámaras de seguridad controladas por entidades públicas o privadas, así como también, puede existir registros de transacciones bancarias, operadoras telefónicas, redes sociales, buscadores o exploradores de información, adquisición o transferencia de bienes, todo esto a través de medios físicos y digitales, lo cual, nos vuelve vulnerables al momento de controlar el flujo que esta información pueda tener y los perjuicios que ésta puede ocasionar en el diario vivir de las personas, tanto en su ámbito personal como patrimonial.

En este sentido, el profesor Alfredo Chirino Sánchez, en su obra *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, hace referencia al gran poderío que ha ido adquiriendo la información y el uso de la misma, de la siguiente manera:

“No sólo la idea de distancia y cercanía ha sido transformada por la llegada de este imperio de la “información”, sino también la perspectiva de lo que se dio en llamar en la década de los años ochenta como “opinión pública” (...). La unión entre medios de procesamiento de información y de comunicación no se ha detenido allí. El computador se ha convertido ahora en el núcleo de muchos de estos sistemas. Hardware y software al alcance de muchas personas convierten a esta máquina de cálculo no sólo en el centro neurálgico de acceso a la información (por medio facsímil, teléfono video) sino que también es el puente para acceder a INTERNET, lo cual ha abierto el debate para las “autopistas de la información”. (Chirino Sánchez, 1997, p. 2)

Información en muchos casos de carácter familiar, religiosa, opinión política, tendencias psicológicas, sexuales, filosóficas, entre otras, que pueden tener un tratamiento equívoco o distinto para el que fue debidamente autorizado, desnaturalizando de esta manera su finalidad legítima, como así lo menciona el jurista boliviano Héctor Arce Zaconeta, en su obra denominada *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*, al indicar:

“El fenómeno de la globalización y la tecnología informática si bien logra un desarrollo, también se constituye en un riesgo, por cuanto permite el manejo y almacenamiento de datos cuyo uso indebido daña o lesiona los derechos de las personas en el marco de su privacidad. Al efecto se hacen necesarios mecanismos que permitan resguardar los derechos a la: intimidad, privacidad personal o familiar, honra, reputación, entre otros.” (Arce Zaconeta, 2019, p. 261)

El presente estudio no tiene un enfoque de carácter procesal, es decir, no tiende a realizar una descripción respecto a su aplicabilidad al momento de convertirse en judicial, sino más bien, está orientado a proveer al lector, de herramientas o elementos que le permitan entender la razón de ser del Hábeas Data como un instrumento garantista y normado en nuestra Constitución, y que se

expande en nuestro ordenamiento jurídico para efectivizar esa visión protectora de los derechos, propuesta por este nuevo modelo de estado denominado “Constitucional de Derechos y Justicia”²⁴.

Concepto de Hábeas Data

Resulta importante, pero sobre todo interesante resaltar como esta institución se ha formado por la fusión de dos palabras, la primera que proviene del latín Hábeas que significa “conserva o guarda” y data que proviene del inglés que significa “información o datos” en referencia a su procesamiento literal automático se refiere a la conserva o guarda de información o datos.

El nombre “hábeas data” aparece por primera vez en la Constitución de Brasil en 1988, posteriormente, el nombre de hábeas data fue recogido por las constituciones sudamericanas de Paraguay de 1992, Perú del año 1993, Argentina de 1994, Venezuela del año de 1999.

Respecto al Hábeas Data, el profesor Víctor Bazán, en su obra Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, explica:

“Es un proceso específicamente idóneo para la protección del sujeto titular de los datos personales, a través de la custodia de su derecho de autodeterminación informativa, que algunos tribunales latinoamericanos (también europeos), han catalogado como derecho fundamental”. (Bazán, 2012, p. 74)

En la legislación venezolana el Hábeas Data al igual que en el Ecuador, se encuentra estatuido en su norma suprema,²⁵ dentro del Título III, denominado De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes, reconociéndose por vez primera en el constitucionalismo venezolano, el hábeas data o el derecho de las personas de acceso a la información que sobre sí mismas o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley. El hábeas data incluye el derecho de las personas de conocer el uso que se haga de tales registros y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente su actualización, rectificación o destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

En Bolivia por su parte, este instrumento jurídico tiene una denominación distinta cuando en el artículo 130 de su Constitución²⁶ instituye una garantía llamada Acción de Protección de Privacidad, mediante la cual, permite a todas las personas de forma individual o colectiva a interponer esta acción cuando se vea indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, estableciendo además en el siguiente articulado la forma en la cual se debe hacer efectiva esta garantía.²⁷

²⁴ Constitución de la República del Ecuador 2008. 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.

²⁵ Constitución de Venezuela de 1999, con la enmienda Nro.1 sancionada por la Asamblea Nacional, el 14 de enero de 2009, aprobada por el soberano en Referendum Constitucional el 15 de enero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

²⁶ Constitución Política del Estado Boliviano. Gaceta Oficial de 07 de Febrero de 2009.

²⁷ Constitución Política del Estado Boliviano. Artículo 131.

I. La Acción de Protección de Privacidad tendrá lugar de acuerdo con el procedimiento previsto para la acción de Amparo Constitucional.

El Hábeas Data en el Ecuador

En el Ecuador, este instrumento garantista de los derechos de las personas, nace a través de las reformas constitucionales efectuadas en enero de 1996 y luego un año después, toma posesión en el país a través de la promulgación de la Ley de Control Constitucional²⁸ ; en 1998 el Hábeas Data es incorporado nuevamente dentro de la codificación de la nueva Constitución Política de la República del Ecuador expedida en agosto de ese año²⁹.

Posteriormente en el 2008, con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, cuyo texto fue publicado en el Registro Oficial No. 449, el 20 de octubre de dicho año, en el que se ratifica al Hábeas Data dentro de la categoría de garantía jurisdiccional, conjuntamente con la Acción de Protección, Acción de hábeas corpus, Acción de acceso a la información pública, Acción por incumplimiento, y Acción extraordinaria de protección, es así, que el artículo 92 de este cuerpo normativo vigente,³⁰ contempla con mayor amplitud esta garantía, a través del siguiente texto:

“Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.”

Es así, que al momento los ecuatorianos contamos con esta acción constitucional que nos permite de forma particular o por medio de su representante legalmente acreditado conocer y acceder a la información personal (sea esta material o electrónica)³¹, que repose tanto en entidades públicas, como privadas, y el uso que se dé a la misma. Este articulado contempla la posibilidad de difusión de dicha información por parte de sus tenedores siempre y cuando cuenten con la autorización de su titular o por mandato legal. Esta norma establece, además, en su último inciso la gratuidad en el acceso a los archivos de estos datos, por parte de su titular, adicionalmente, otorgándole a éste la posibilidad de requerir la actualización, rectificación, eliminación e incluso la anulación de los

II. Si el tribunal o juez competente declara procedente la acción, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos cuyo registro fue impugnado.

III. La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución.

IV. La decisión final que conceda la Acción de Protección de Privacidad será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley.

²⁸ Ley de Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Nro. 99 de 2 de julio de 1997.

²⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 1, de 11 de agosto de 1998.

³⁰ Constitución de la República del Ecuador.

³¹ Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. Art. 25.- Información física y electrónica.- Para efectos de la sistematización e interconexión del registro de datos y sin perjuicio de la obligación de mantener la información en soporte físico como determinan las diferentes normas de registro, los distintos registros deberán transferir la información a formato digitalizado.

La Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos definirá el sistema informático para el manejo y administración de registros y bases de datos, el cual registrará en todos los registros del país.

mismos en caso de considerarlo pertinente. Este mismo inciso, a cierta información se la denomina como “datos sensibles”, pero no existe una determinación expresa o desarrolla de esta segmentación, sin embargo, la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos³² vigente desde marzo de 2010, en su artículo 6, hace referencia a los datos de carácter personal que tienen la calidad de confidencial, considerando así a los que tienen una connotación ideológica, o hacen referencia a la afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.³³

El Hábeas Data como Garantía Jurisdiccional

El profesor (Ferrajoli, 2018, p. 157) al tratar sobre el actual modelo constitucional, y sus garantías, nos dice:

“El paradigma constitucional hasta ahora expuesto es evidentemente un modelo regulador complejo, nunca plenamente realizado ni perfectamente realizable a causa de la virtual divergencia progresiva que siempre subsiste entre normatividad y efectividad. Las garantías podrán reducir esta divergencia progresiva, pero no eliminarla, (...).”

Igualmente, este prestigioso autor indica además en la referida obra, que la divergencia deóntica entre normatividad y efectividad puede convertirse en patológica cuando alcanza un punto de crisis, o peor aún de ruptura, e indica:

“La crisis puede ser provocada por dos fenómenos: el desarrollo de la ilegalidad, que se manifiesta en violaciones de las garantías, y lo todavía más grave el defecto de legalidad, tal como se manifiesta en la ausencia de las garantías. El desarrollo de la ilegalidad y el defecto de legalidad, cuando invierten los poderes públicos normativos, dan lugar el uno a antinomias y otro a lagunas.” (Ferrajoli, 2018, p. 157)

Al respecto, este estudio nos conlleva a reflexionar sobre la trascendental tarea que tiene el Hábeas Data al poseer tal connotación, pues nuestra carta fundamental contiene derechos inherentes al ser humano, los mismos que constantemente suelen ser violentados, es decir, estos derechos debidamente plasmados en la norma, requieren de manera estricta y accesoria de herramientas que contribuyan a su efectiva vigencia, con el fin de regular el convivir de los individuos en general y de éstos con el Estado, sobre quien a su vez, recae la responsabilidad del cumplimiento de los derechos de las personas (naturales o jurídicas), a través de esa trilogía Pueblo-Gobierno-Autoridad, sin embargo, ese irrespeto a los derechos fundamentales de las personas se produce entre los

³² Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, Publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 162, de 31 de Marzo de 2010.

³³ Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, “Art. 6.- Accesibilidad y confidencialidad.- Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.

-El acceso a estos datos sólo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial.

-También son confidenciales los datos cuya reserva haya sido declarada por la autoridad competente, los que estén amparados bajo sigilo bancario o bursátil, y los que pudieren afectar la seguridad interna o externa del Estado.

-La autoridad o funcionario que por la naturaleza de sus funciones custodie datos de carácter personal, deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para proteger y garantizar la reserva de la información que reposa en sus archivos.

-Para acceder a la información sobre el patrimonio de las personas el solicitante deberá justificar y motivar su requerimiento, declarar el uso que hará de la misma y consignar sus datos básicos de identidad, tales como: nombres y apellidos completos, número del documento de identidad o ciudadanía, dirección domiciliaria y los demás datos que mediante el respectivo reglamento se determinen. Un uso distinto al declarado dará lugar a la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las acciones legales que el/ la titular de la información pueda ejercer.

-La Directora o Director Nacional de Registro de Datos Públicos, definirá los demás datos que integrarán el sistema nacional y el tipo de reserva y accesibilidad.”

mismos gobernados, o a su vez, a través del Estado (Gobierno-Autoridad), es por aquello, que resulta indispensable la existencia de garantías que permitan a los individuos restituir o resarcir esos derechos violentados, o protegerlos con medidas que tiendan a la prevención del quebrantamiento de los mismos.

En este sentido, el jurista Ramiro Rivadeneira, en su obra *Garantías Constitucionales*, Manual Técnico Segunda Edición, nos expresa lo siguiente:

“Es importante resaltar que frecuentemente se han confundido como sinónimos los términos derechos y garantías. Existe una clara diferenciación entre éstos pues mientras los primeros son aquellas facultades o valores esenciales que tiene cada persona, las garantías son aquellos mecanismos de protección con que cuenta una persona para hacer eficaz el cumplimiento de un derecho.” (Rivadeneira, 2006)

Resulta imprescindible establecer dentro de este análisis porque esta herramienta constitucional adquiere la característica de garantía, al respecto, el inciso primero del artículo 6 de la LOGJCC,³⁴ determina su finalidad, al indicar lo siguiente:

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

La Constitución de 2008 ha sido considerada o calificada como garantista de derechos, y en efecto, ha tenido esa denominación por cuanto es contentiva de determinadas garantías que sirven de herramienta para la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la misma y contra todo poder.

Por su parte, el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría, en su obra *Los Derechos y sus Garantías* ensayos críticos, hace referencia a los trascendentales cambios o transformaciones que atraviesan los textos constitucionales en la actualidad, así nos dice:

“Los textos constitucionales del siglo XXI no son fáciles de comprender. Un jurista tradicional, acostumbrado a describir leyes y familiarizado con el derecho privado, rechaza sin mayores argumentos constituciones como la ecuatoriana, boliviana o venezolana. Estas constituciones son fuertemente materializadas y los derechos que reconocen responden a sentidas luchas y reivindicaciones sociales. Más allá de las coyunturas políticas, estos textos plantean importantes desafíos teóricos y prácticos. Entre otros, importa la comprensión de las nuevas instituciones, la apropiación de la Constitución y, finalmente, su efectiva aplicación (...).” (Ávila Santamaría, 2012)

La Constitución vigente del Ecuador como otras de los países de la región, (Venezuela y Bolivia), han roto paradigmas, pues han sido promulgadas con una visión innovadora, con apego a lo que hoy se denomina el neoconstitucionalismo, que conglomeran un mayor número de derechos, y que además implica una novedosa forma de estudiar el fenómeno jurídico, a través del análisis del universo de normas que conforman el bloque constitucional y no remitiéndose a efectuar una revisión descriptiva de las mismas, sino también, desde una dimensión prescriptiva, en otras palabras, que el jurista no se remite a establecer únicamente el ser de las normas, sino también su deber ser, esto a su vez, nos hace entender que este nuevo enfoque del derecho permite que los

³⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.

vacios normativos que surgen muchas de las veces desde su propia naturaleza, puedan ser despejados o solventados en base a mandatos constitucionales que deben existir, y que no necesariamente surgen del legislador, sino por medio de una base interpretativa y argumentativa más compleja y abstracta, con influencia directa de ese gran conglomerado normativo, perspectiva que ha sido acogida por muchos y repudiada por otros estudiosos del derecho.

Por otro lado, estas garantías normativas tienen diferentes apreciaciones o desmembraciones, en efecto, se dividen en: primarias, secundarias, preventivas, universales, formales, materiales, por lo que nos concentraremos en las dos primeras características referidas, siendo las primarias, las normas que efectivamente deben ser cumplidas por los individuos, pues, de darse plenamente esta observancia por parte de quienes tienen que hacerlo, no existiría la necesidad de establecer otro tipo de mecanismos jurídicos para su eficacia; sin embargo, en la realidad y aplicabilidad de los derechos, esto, no necesariamente sucede de esta manera, resulta inevitable establecer otro tipo de garantías que vienen a ser las secundarias, como bien lo explica el profesor Ramiro Ávila Santamaría:

“De hecho, en la vida real gran parte de las personas cumplen con las normas y no requieren de otro mecanismo para que ello suceda. (Piénsese, por ejemplo, en el respeto a la norma que prescribe que los automóviles deben detenerse cuando el semáforo está en luz roja. Sin duda, la excepción es el incumplimiento de la norma). Sin embargo, hay gente que no cumple con las normas y hay quienes abiertamente las violan, y ahí es cuando cobran relevancia las garantías secundarias, que son mecanismos jurídicos diseñados para hacer efectivas las garantías primarias. Pongamos un ejemplo para entender esta dinámica entre garantías primarias y secundarias. La garantía primaria establece el derecho a la libertad de movimiento y la prohibición de privación de libertad cuando no se han cometido infracciones penales. Normalmente esta garantía normativa obliga a la Policía a abstenerse de realizar detenciones arbitrarias. Pero si un policía priva de la libertad a otra persona por “andar en actitud sospechosa”, cabe una garantía secundaria dirigida a corregir y enmendar el error del policía. Esa garantía, de carácter jurisdiccional, se denomina hábeas corpus. Si el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho (garantía primaria) se produce, el estado debe ofrecer mecanismos jurídicos para reparar las consecuencias de dichos incumplimientos (garantía secundaria).” (Ávila Santamaría, 2012, p. 190)

En efecto, la acción de Hábeas Data, en la normativa ecuatoriana, vendría a formar parte del conglomerado de garantías secundarias, pues en este caso, la garantía primaria vendría a ser la establecida en el Capítulo Sexto, de la Constitución de la República del Ecuador, donde se determinan de forma taxativa los Derechos de Libertad, y que en su artículo 66, numeral 19, trata sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal.³⁵

¿Qué Derecho protege esta Garantía Jurisdiccional?

Antes de responder esta interrogante es importante informar al lector que esta garantía puede ser ejercida por cualquier persona, esto incluye a nacionales y extranjeros, a personas naturales o jurídicas, por sus propios derechos o como legítimo representante, y conmina de forma directa a su efectivo cumplimiento tanto a entidades públicas como privadas, permitir el acceso de los titulares de la información a soportes o archivos físicos y/o digitales que mantengan en su poder o bajo su administración, además al tratamiento idóneo de esta información, para el efecto, todas las entidades del sector público y privado, así como también las personas naturales que mantuvieron o

³⁵ Constitución de la República del Ecuador. Art. 66, Derechos de Libertad. Numeral 19.- “El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.”

administren bases o registros de datos públicos, sobre las personas naturales o jurídicas, sus bienes o patrimonio, se encuentran en la obligación de observar los principios establecidos en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos,³⁶ estos son: 1. Principio de veracidad o calidad de los datos personales. 2. Principio de finalidad. 3. Principio de utilidad. 4. Principio de incorporación. 5.- Principio de rectificabilidad.- 6.- Principio de responsabilidad. Principios que han sido establecidos en esta norma adjetiva para el efectivo tratamiento de la información, y con el fin de evitar discolaciones a los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el “derecho a la información”, considerado como un derecho humano y, por tanto, un derecho subjetivo que ampara a los particulares frente al Estado, (Lavalle, 2009, p. 6).

Este derecho a su vez, conforme lo establece el jurista Fabián Soto Cordero, dentro de la obra Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, constituye la congregación de varios derechos recogidos en los derechos del Buen Vivir, plasmados en nuestra Constitución:

- a) *El derecho de recibir información o ser informado.*
- b) *El derecho de difundir información o informar.*
- c) *El derecho de investigar o atraerse información.*

Este último derecho tiene la particularidad de comprender la existencia de los derechos a:

- a) *acceder a cualquier información (archivos, registros, documentos) generada por entidades públicas o privadas cuando estas funcionen con fondos del Estado o realicen funciones públicas, conforme lo establezca la ley;*
- b) *acceder a datos sobre sí mismo que consten en archivos públicos o privados, conocer su finalidad y exigir su rectificación en caso de errores o falsedades. (Benavides Ordóñez J. c., 2013, p. 188)*

Algo de gran importancia resaltar es que el Hábeas Data no solo es considerado como una de las garantías establecidas en la Carta Fundamental, sino que para algunos autores como el caso de Juan Carlos Upegui, quien manifiesta:

“El hábeas data no es únicamente una garantía constitucional, sino que su naturaleza se extiende hasta ser considerado como un derecho subjetivo, un régimen jurídico y un procedimiento.” (Upegui, 2008, p. 480)

En este sentido, esta denominada acción no sólo tendría una visión garantista, sino que, obtendría un alcance y connotación mucho más amplio, llegando a considerarse también como un derecho subjetivo, pues, nos es claro que puede ser plenamente exigible a las personas naturales o jurídicas, sean estas públicas o privadas, sin la necesidad de hacerlo exigible por la vía judicial, pues a través de su sola presencia en la norma, las personas saben y conocen plenamente que este derechos les asiste y, solo en el caso de existir el quebrantamiento a este derecho, es decir, cuando su solicitud no es atendida, las personas pueden hacerlo efectivo por la vía judicial.

³⁶ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. Publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 718, de 23 de Marzo de 2016. Art. 11.- Principios para el tratamiento de datos personales.

Referencias

- Arce Zaconeta, H. (2019). *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*. La Paz, Bolivia: Editora Presencia.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Bazán, V. (2012). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- Benavides Ordóñez, J. c. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Cririno Sánchez, A. (1997). *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la sociedad tecnológica*. San José: CONAMAJ.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derechos Fundamentales. Democracia Constitucional y Garantismo*. Lima, Perú: RZ Editores.
- Lavalle, D. (2009). *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional Ecuatoriano Comparado*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rivadeneira, R. (2006). *Garantías Constitucionales, Manual técnico. Segunda Edición*. Cotopaxi: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos.
- Upegui, J. C. (2008). *Hábeas data: fundamentos, naturaleza, régimen*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

CAPÍTULO V

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Abg. Luis Quinde Quizhpi

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Abg. Luis Quinde Quizhpi

Acción por Incumplimiento. Conceptualización

El artículo 93 de la Constitución de la República dice: “La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016)

La **acción por incumplimiento** demanda el cumplimiento de una norma que integra el ordenamiento jurídico; mientras que la **acción de incumplimiento** persigue hacer cumplir la sentencia e imponer sanciones a aquellos que incumplan la sentencia emitida por la Corte Constitucional, así como las provenientes de jueces de primer nivel.

A diferencia del Ecuador donde la competencia para conocer la acción por incumplimiento es exclusiva de la Corte Constitucional, en Colombia recae sobre la justicia ordinaria, concretamente sobre juzgados administrativos en primera instancia y también existe disposición sobre la competencia en segunda instancia, de lo cual se desprende que existe recurso del fallo de primera instancia

Origen

El origen de la acción por incumplimiento se remonta a los interdictos romanos, los mismos que son órdenes dadas por el magistrado a petición de un ciudadano para solucionar una situación conflictiva, y dirigida a otro ciudadano para obligarle a exhibir, restituir una cosa o prohibirle una determinada conducta.

(Ossorio y Florit, Obal, & Bitbol, 2005), definen interdicto como:

Voces latinas que sirven para significar la orden dictada por el magistrado romano a petición de un ciudadano, por la que procuraba dar a fin una controversia entablada entre particulares disponiendo, sea la exhibición de cosas o la destrucción de obras, sea por fin, la abstención de efectuar determinados actos.

En el Derecho Romano se reconoció a los interdictos exhibitorios, restitutorios y prohibitorios, dicha clasificación se debía al tipo de órdenes que exigía el interesado. Todos los interdictos apuntaban a la protección de los derechos de las personas, sean estos reales o personales, entre ellos el destacado es el denominado interdictum homine libero exhibendo, que amparaba la libertad personal de quienes tienen la calidad de hombres libres (Castro Patiño, 2016).

Los interdictos romanos constituían remedios procesales de carácter sumario, lo que los diferenciaba de las acciones de carácter judicial por cuanto la acción de carácter judicial proviene de una norma con fuerza de ley, el interdicto constituye una orden dada por el magistrado, se tramitaba en forma mucho más breve que las acciones.

Los interdictum se diferenciaban de los decretum en que estos últimos se referían a órdenes de hacer, en cambio los primeros a órdenes de no hacer. Con el tiempo el nombre de interdictum se fue generalizando, en razón de su uso mucho más frecuente.

Así se haya dictado el interdicto, la contraparte no está exenta de iniciar un proceso ordinario, como lo determina (Bravo Gonzáles & Bravo Valdés, 1978):

“...el interdicto ha conseguido su fin y la controversia queda resuelta de momento, sin perjuicio de que la parte afectada pueda acudir más tarde al procedimiento ordinario, para hacer valer el derecho que pretendía ejercitar; así el propietario que ha perdido la posesión de su bien, si intenta recuperarla por sí solo, será rechazado por el actual poseedor mediante un interdicto de retener la posesión, esto no obstante, le queda el camino expedito para ejercitar la acción reivindicatoria en un proceso ordinario“.

Antecedentes en el Derecho Anglosajón

Writ of mandamus

El writ of mandamus tiene sus orígenes por el siglo XVI en el derecho inglés. Sus antecedentes se remontan al siglo XII, con los denominados King`s Writ, a través de los cuales los monarcas ingleses daban órdenes referentes a la administración de su reino: cobrar impuestos, nombrar funcionarios, desplegar tropas y otros actos públicos. Posteriormente, los King`s Writ se transforman en decretos del Rey tendentes a que los jueces y tribunales de la corona, avoquen conocimiento de los procesos promovidos por súbditos ingleses. Finalmente se convirtieron en proveídos de los jueces dirigidos al demandado dentro de un proceso.

El writ of mandamus corresponde al mandato de ejecución proferido por un Tribunal, a la autoridad, conminándola a que cumpla con los deberes que le señala el ordenamiento jurídico. (Rabasa, 1942), define al writ of mandamus como “... es el mandamiento que dicta un tribunal competente en nombre del Estado o soberano, dirigido a otro tribunal inferior o a cualquier autoridad administrativa, ordenando la ejecución de un deber impuesto por la ley”.

Al decir de Henao Hidrón, la finalidad del writ of mandamus es “evitar que lo establecido por el legislador no quede en letra muerta ni se constituya en una mera declaración de intenciones, garantizando así la vigencia y el imperio de la ley” (2006).

Para (Gozaini, 1994), este recurso consiste en la “posibilidad de obtener una orden judicial que persuade a la autoridad a cumplir una obligación legal preestablecida, pero omitida en los hechos sin explicaciones plausibles”; de igual manera (Fernández Segado, 1994), sostiene que el writ of mandamus es “...la solicitud ante un tribunal a fin de que expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado”.

Writ of Injunction

Conocido también como el writ of prohibition, que es la orden que se le da a un tribunal inferior para que se abstenga de realizar algo, en forma temporal o definitiva, con el objeto de prevenir la realización de conductas que puedan vulnerar derechos fundamentales.

(Gozaini, 1994), en su libro la Justicia Constitucional menciona que:

A diferencia del writ of mandamus en la que implicaba una orden de hacer, el Writ Of Injunction implicaba una orden de prohibición de hacer o de abstención; es el mandamiento por el cual se solicita al Juez que suspenda la ejecución de todo acto ilícito que un particular o la autoridad, indistintamente, vengan cumpliendo. (p. 293)

Por otra parte, (Fernández Segado, 1994), señala que el Writ of Injunction tiene una aplicación prohibitiva; su finalidad es prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de una ley, orientándose a evitar la violación de la ley por entidades públicas, pudiendo operar incluso frente a los efectos de la cosa juzgada para impedir la ejecución de sentencias dictadas sin observancia de los requisitos procesales esenciales. (p. 160)

Antecedentes de la acción por incumplimiento en el derecho comparado

Danós Ordóñez (1994), manifiesta que el primer país en Sudamérica en crear una acción tipo writ of mandamus, fue Brasil con la Constitución de 1988, con el denominado mandato de injucao, como acción de defensa de derechos y libertades constitucionales, consecuente Colombia en la Constitución de 1991, denominándola Acción de Cumplimiento, como una acción que tiene por finalidad hacer cumplir normas legales y actos administrativos. Posterior a esto, esta figura aparece en la Constitución Peruana en el año 1993, misma que procede contra cualquier funcionario o autoridad renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; y, por último, aparecer en nuestra Constitución Ecuatoriana en el año 2008, con el nombre de Acción por Incumplimiento.

El mandato de injunção en Brasil

La Constitución brasileña contempla, asimismo, seis acciones de garantía para proteger los derechos personales amenazados: El hábeas corpus, el mandato de seguridad, el mandato de seguridad colectiva, el mandato de interdicto ("injunção"), el hábeas data y la acción popular.

El "mandato de interdicto" ("injunção") puede ser solicitado "siempre que la ausencia de norma reglamentaria torne imposible el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía, y a la ciudadanía" (Artículo 5, LXXI CF).

El supremo Tribunal Federal es el competente para procesar y juzgar, así lo determina el artículo 102 de la Constitución:

“Art. 102: Es competencia del Supremo Tribunal Federal. Principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: I.- Procesar y juzgar, originariamente: ... g) Los mandados de injunção cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Congreso Nacional, al Senado Federal, a las Mesas de una de esas Cámaras Legislativas, al Tribunal de Cuentas de la Unión, a uno de los Tribunales Superiores o al propio Supremo Tribunal Federal.” (Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil, 1998)

Por otra parte, dentro de la misma Carta Fundamental brasileña, el literal h) del primer numeral del artículo 105, le confiere al Superior Tribunal de Justicia, competencia original para conocer de:

(...) el "mandato de injunção", cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuese atribución de un órgano, entidad o autoridad de la administración directa o indirecta,

exceptuados los casos competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de la Justicia Militar, de la Justicia Electoral, de la Justicia del Trabajo y de la justicia Federal;

Algunos doctrinarios brasileños sostienen, que el mandado de injeção viene a constituirse en una acción de inconstitucionalidad por omisión subsidiaria. La Constitución de 1988, preocupada con la efectividad de sus normas, adoptó el llamado mandado de injeção. Es un remedio constitucional que se concede siempre que la falta de norma reguladora haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía (Mello Do Amaral Junior, 2008).

La Acción por Incumplimiento en el Ecuador

La Constitución de 1979, reformada en 1998, no incluía la figura de la Acción por Incumplimiento, contenía solamente el amparo constitucional, en la actualidad conocida como acción de protección para tratar aquellas transgresiones a derechos constitucionales subjetivos por acciones u omisiones de la autoridad pública. Es así que la acción por “incumplimiento” o también denominada de “cumplimiento”, nace en El Ecuador con la Constitución de Montecristi en el año 2008, la misma que figura en su artículo 93:

“La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.”

Trámite procesal que se sigue en el Ecuador, respecto a la acción por incumplimiento

La Acción por Incumplimiento, siendo una garantía jurisdiccional, esta se tramita ante la Corte Constitucional, siguiendo el procedimiento establecido en el Capítulo VII de la **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional**, de acuerdo a los siguientes artículos:

Art. 52.- Objeto y ámbito. - La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. Concordancias: Constitución de la República del Ecuador, Arts. 93.

Art. 53.- Legitimación pasiva. - La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

Art. 54.- Reclamo previo. - Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.

Art. 55.- Demanda. - La demanda deberá contener: 1. Nombre completo de la persona accionante. 2. Determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir. 3. Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento. 4. Prueba del reclamo previo. 5. Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión. 6. Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida.

Art. 56.- Causales de inadmisión. - La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos: 1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional. 2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales. 3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante. 4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

Art. 57.- Procedimiento. - Presentada la demanda a la Corte Constitucional, la sala de admisiones lo admitirá o inadmitirá conforme lo establecido en los artículos precedentes. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En caso de considerar admisible la demanda, inmediatamente se designará mediante sorteo a la jueza o juez ponente y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se notificará a la persona accionada para que cumpla o justifique el incumplimiento en una audiencia que se realizará en el término de dos días, ante la jueza o juez ponente.

En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes. En caso de que existan hechos que deban justificarse, se podrá abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dictará sentencia.

Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elaborará el proyecto de sentencia y el Pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia. (Publicaciones, 2010)

Definición doctrinaria

El término incumplimiento es un sustantivo masculino que significa falta de cumplimiento, es lo opuesto al cumplimiento.

Según Luis Cueva Carrión, en su obra Acción por Incumplimiento, al referirse al Incumplimiento, manifiesta:

Debemos destacar que el Incumplimiento es una conducta antijurídica de uno o varios de los sujetos que integran una relación jurídica, porque con el incumplimiento se vulnera, se infringe, se viola una norma, una resolución o un orden: el incumplimiento es un obrar contrario al derecho. Con el incumplimiento un sujeto contraviene al deber de comportarse de una manera adecuada a la labor que realiza o a la obligación que ha contraído. En fin con el incumplimiento se quebranta el orden, el orden de cualquier tipo: moral, religioso, social o jurídico. (Cueva Carrión, 2011)

Por otra parte (Porrás Velsco & Romero Larco, 2012), manifiestan que la acción por incumplimiento conduce el análisis a la noción de eficacia de las normas, por tal razón la naturaleza jurídica de la acción por incumplimiento tiene como telón de fondo el principio de eficacia jurídica. El profesor (Gordillo Guzmán, 2015), señala que la acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar a toda persona, natural o jurídica, la posibilidad de acudir ante la Corte Constitucional, para exigir que las normas que integran el sistema jurídico sean aplicadas, y las sentencias, decisiones o informes de organismos contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

(Chanamé Orbe, 2011), define al Incumplimiento Constitucional como “Dícese del no acatamiento por un acto contrario, por ignorancia u omisión, de una disposición imperativa de la Constitución, que hacen perder eficacia a la Carta Magna”. (p. 310)

(Bhrunis & Calderón, 2011), manifiestan que la acción de incumplimiento es una garantía constitucional, es decir, uno de los más importantes mecanismos procesales de protección de los derechos humanos, porque garantiza la eficacia de un derecho implícito que todos los gobernados tenemos: El derecho a que las leyes y los actos administrativos se cumplan y a que ese cumplimiento no sea exclusivamente exigido de los particulares, sino también de las autoridades y entidades públicas.

Naturaleza de la Acción por Incumplimiento

La Constitución trata a la acción por incumplimiento como una garantía jurisdiccional. Se entiende por garantías jurisdiccionales a los procesos de protección a los derechos constitucionales que, como garantía a la vigencia de estos, instituye la Constitución (Zavala Egas, 2011). La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional también la denomina garantía jurisdiccional en su artículo 6 y expresa su finalidad:

Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan con conformidad con este capítulo. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Nuestra Constitución establece tres clases de garantías constitucionales: Garantías Normativas (artículo 84), Garantías de Políticas Públicas, servicios públicos y participación política (artículo 85) y Garantías Jurisdiccionales (artículos 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93 y 94). Todas las garantías consagradas en el texto de Montecristi responden a la importancia que tiene la protección y respeto a los derechos fundamentales por parte de todos los integrantes del Estado, tanto particulares como órganos del poder público.

El incumplimiento de las sentencias o la ejecución de las mismas, pasa a un segundo plano, ocurre que los jueces o autoridades administrativas en sus resoluciones se niegan a ejecutar lo resuelto sin ningún temor, o a su vez, se ejecuta pero no es su totalidad o en forma diferente a lo petitionado.

Otro problema es la tardanza en su ejecución y recordemos que la simple demora ya es violatorio de los derechos, al igual que todos estos casos mencionados y para su solución como último escalón, la acción por incumplimiento.

(Cueva Carrión, 2011), manifiesta que la acción por incumplimiento es una garantía constitucional y uno de los más importantes medios procesales de protección de los derechos, debido a que mediante ella se puede lograr que las leyes se apliquen y que las sentencias, resoluciones y actos administrativos se cumplan por lo que "...mediante esta acción todo individuo tiene todo el derecho de solicitar que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido"

Es así que la Constitución de la Republica se crea esta nueva acción y que en su texto manifiesta:

La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por otro lado, y de suma importancia, el artículo 436 número 5 de la Carta de Montecristi, nos amplía su objeto a los actos administrativos dentro de las competencias y atribuciones de la Corte Constitucional, dice:

(...) Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general. Cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En síntesis, la Acción por Incumplimiento garantiza la aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico, los actos administrativos de carácter general y el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, es decir, los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante la Corte Constitucional para demandar a la autoridad, funcionario, o persona particular renuente o remisa, dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una norma o acto administrativo de carácter general, sentencia e informe de organismos internacionales de derechos humanos cuando estos contengan una obligación de hacer o no hacer, clara expresa y exigible como lo señala (Cueva Carrión, 2011, p. 36).

Téngase en cuenta que el artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, definen también a esta acción de la siguiente forma:

La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009).

Tomando en consideración los fundamentos legales descritos en líneas anteriores se puede considerar que esta acción constitucional tiene por objeto:

- a) Garantizar la aplicación de todas las normas del sistema jurídico ecuatoriano y los demás actos administrativos de carácter general; y,
- b) Hacer cumplir las sentencias, decisiones o resoluciones de los organismos internacionales de protección de derechos humanos.

La aplicación del ordenamiento jurídico y el cumplimiento de sentencias, informes y decisiones de organismos internacionales de derechos humanos se traduce en la eficacia real del Derecho, lo cual genera seguridad jurídica en la sociedad, apuntando a que se eviten arbitrariedades y se consagre realmente el Estado de Derecho, es decir, todos se sujetan al Derecho y el ordenamiento jurídico es cumplido y aplicado por las autoridades competentes.

La seguridad jurídica que se encuentra estipulada en la Constitución de la República en su artículo 82 que textualmente dice “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”

Por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial determina en su artículo 25 el Principio de Seguridad Jurídica, donde se menciona que las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Con lo referido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, se puede sostener que la seguridad jurídica como derecho constitucional es el objeto de protección de la Acción por Incumplimiento, pues los artículos en mención concibe a la seguridad jurídica como un derecho de todos los ciudadanos a disponer de normas jurídicas que sean aplicadas por las autoridades competentes y a que se respete el contenido de la Constitución, y por ende, de todo el ordenamiento infra constitucional.

Acciones de Incumplimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Hasta el momento, las sanciones por incumplimiento en materia económica en el ámbito de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se han referido a dos aspectos solamente: 1) la autorización a los países miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco productos del país incumplidor, ó 2) limitar las normas de origen a través de la suspensión de emisión de certificados de origen con lo que el país miembro pierde la ventaja del Programa de Liberación al tener que pagar el arancel de terceros países. Sin embargo, ese sistema actual de sanciones ha devenido ineficiente, ya que en varios casos no existe interés por parte del país beneficiado (demandante) en aplicar las sanciones al país infractor, lo que da lugar a un *doble incumplimiento*, tanto del país demandado que no cumple la sentencia, como del país demandante que decide no aplicar las sanciones autorizadas por el TJCA. Por lo tanto, una de las opciones a fin de solucionar este *impasse* podría ser la imposición de multas coercitivas a los países miembros que incumplan una sentencia del TJCA, tal como sucede en la Unión Europea.

La acción de incumplimiento constituye el mecanismo jurisdiccional que permite vigilar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (en

adelante CAN) por parte de los países miembros, siendo dicha acción una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, dado que cuando los países miembros no cumplen las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), se pone en juego la institucionalidad, existencia y eficacia del sistema andino de solución de controversias.

Lo que se trata entonces de establecer, es una condena o sanción por la inejecución de una sentencia declarativa del incumplimiento, es decir, no es el incumplimiento en sí mismo considerado el que determina la imposición de la condena, sino la inejecución de un pronunciamiento judicial constatando tal incumplimiento. En tal sentido, se condena y se sanciona el desacato a la sentencia que declara el incumplimiento, cuando el país infractor no haya adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. Así, hasta el día de hoy las sanciones autorizadas por el TJCA por desacato a la sentencia que declara el incumplimiento se han referido a dos aspectos: i) la autorización a los países miembros para gravar adicionalmente en un 5% las importaciones de cinco productos del país incumplidor, o ii) la limitación respecto a las normas de origen (suspensión de la emisión de certificados de origen con lo que el país miembro infractor pierde las ventajas del Programa de Liberación al tener que pagar el arancel de terceros países).

Por lo tanto, sugerimos reformar esta débil capacidad coercitiva del TJCA, a fin de superar el problema del sistema actual de sanciones, ensayando para este propósito propuestas de reforma del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Generalidades del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Acuerdo de Cartagena fue firmado en 1969. Durante 10 años careció de un órgano jurisdiccional que resolviera sus controversias, y velara por el cumplimiento e interpretación de manera uniforme de las normas de su ordenamiento jurídico, hasta que por voluntad de los presidentes andinos se creó el "Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", mediante el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena del 28 de mayo de 1979.

La necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio que solucionase las controversias determinó que, en 1971, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, reunida en el VI Período Extraordinario de Sesiones, dejara constancia sobre dicha necesidad. Asimismo, los presidentes del Grupo Andino se reunieron en Colombia en 1978 y formularon la siguiente declaración:

Hemos llegado a la conclusión de que los avances registrados en el Proceso de Integración Andino demuestran la importancia de contar con un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas por la Comisión y la Junta, y dirima las controversias sobre el incumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo.

Dicho tratado debía entrar en vigencia con la última ratificación de los países miembros, lo que aconteció el 19 de mayo de 1983, cuando Venezuela depositó la última ratificación. Es así que el Tribunal de Justicia empezó a funcionar recién desde el 2 de enero de 1984, siendo los primeros magistrados designados los doctores Poppe por Bolivia, SÁCHICA por Colombia, Hurtado por Ecuador, Ortiz de Cevallos por Perú y Andueza por Venezuela.

El 5 de enero de 1984, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Osvaldo Hurtado, procedió a la instalación del Tribunal, en acto solemne en el que dicho mandatario señaló:

Los esfuerzos desplegados por los países andinos no han sido vanos. Hoy, en 1984, afortunadamente se han concretado en la iniciación de funciones de este Alto Tribunal de Justicia que, en sus actuaciones, consagra el principio de la supranacionalidad pues, sus Magistrados actúan con plena independencia de los países partes, y sus actos se fundamentan en los principios de la imparcialidad y la autonomía. Nuestra subregión ofrece, de este modo, un nuevo derecho en el ámbito latinoamericano, ya que el Tribunal tendrá las funciones de controlar la legalidad, solucionar los conflictos que se presenten entre las partes y ofrecer la interpretación unitaria del derecho.

En tal sentido, somos de la opinión de que la creación tardía del TJCA, así como su puesta en funcionamiento en 1984, debilitó al proceso de integración andino en general ya que justamente la supranacionalidad viene determinada por la existencia de un Tribunal de Justicia de carácter permanente. Es así que la demora en la constitución del Tribunal se debió a una falta de voluntad política, causando un daño irreparable ya que el TJCA debió nacer en el mismo momento que se adoptó el Acuerdo de Cartagena que creó la Comunidad, en ese entonces denominado "Grupo Andino", incurriéndose en una omisión seria al no incluir un sistema eficaz de solución de controversias desde un inicio.

Cabe señalar, que el Tratado que crea el Tribunal es un documento de derecho internacional público de igual jerarquía que el Acuerdo de Cartagena, por lo que su vigencia es paralela al Acuerdo y no es denunciabile independientemente del mismo.

Asimismo, los magistrados del Tribunal son designados a propuesta de los países miembros, deben ser nacionales de cada uno de los países de origen, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia.

Los magistrados gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, y no pueden ejercer otras funciones profesionales ya sean éstas remuneradas o no, salvo las de docencia, gozando en el territorio de los países miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en especial, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961, y tienen, para estos efectos, jerarquía equivalente a los de los jefes de misión. Son elegidos por unanimidad de los países miembros de ternas presentadas por cada país miembro, por un periodo de seis años.

Las competencias originales del TJCA son: las acciones de nulidad e incumplimiento, y la de la interpretación prejudicial. Las posteriores: El recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral fueron añadidas en virtud del Protocolo de Cochabamba modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Así, mediante el Protocolo de Cochabamba del 25 de agosto de 1999, se continuó con dichos cambios institucionales al incrementar las competencias del órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y darle un nuevo nombre: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Es así que, desde su creación, se dieron importantes cambios, entre los que se destacan los siguientes:

- a) La conformación del Sistema Andino de Integración (en adelante SAI) mediante modificación del Acuerdo de Cartagena – Protocolo de Trujillo.

- b) La incorporación de las funciones arbitral y laboral en el TJCA, así como el recurso por omisión (Protocolo de Cochabamba).
- c) El amplio acceso de los particulares a la justicia comunitaria (Protocolo de Cochabamba).
- d) La modificación en el tema de "anulación del veto" en la toma de decisiones.
- e) La incorporación del comercio de servicios en los artículos 79 y 80 del Acuerdo de Cartagena (Protocolo de Sucre), ya que anteriormente el Acuerdo de Cartagena era sólo para el comercio de bienes y productos.

Por lo tanto, actualmente el Tribunal es competente para conocer de cinco tipos de acciones: nulidad, incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad y demanda laboral; además tiene atribuida una competencia arbitral para dirimir las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del SAI o entre éstos y terceros.

Acción por Incumplimiento en el derecho comparado: Colombia, Perú y Bolivia

A diferencia de la acción constitucional por incumplimiento en el Ecuador, en tres son los países latinoamericanos que específicamente la regulan en su Constitución con el nombre de Acción de Cumplimiento; Colombia en la Constitución de 1991; Perú en la Constitución de 1993; y Bolivia en la novísima Constitución del año 2009.

Acción de Cumplimiento en Colombia

La Constitución colombiana de 1991 es la primera en implementar la Acción de Cumplimiento en la Comunidad Andina. Desde el punto de vista teórico, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido que el antecedente histórico de la Acción de Cumplimiento se encuentra en el writ of mandamus del derecho anglosajón, precisando que la finalidad y el objeto de la Acción de Cumplimiento es otorgarle a cada persona, incluyendo a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad o el particular cuando asume tal carácter.

La Corte Constitucional en auto de 10 de diciembre de 1992, con ponencia del ex magistrado, Dr. Simón Rodríguez, en relación a esta acción manifestó:

La Acción de Cumplimiento está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad.

Si bien nace como un proceso constitucional, la Ley 393 de 1997 le dio al artículo 87 una categoría judicial tal como lo analizaremos posteriormente y desecha la posibilidad de llevarlo ante la Corte Constitucional: “Art. 1o. Objeto. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.”

A esta norma, la Corte Constitucional colombiana la desarrolló de la siguiente manera:

Se confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aun de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlas.

Tal como señala la sentencia de la Corte Constitucional colombiana, es una actividad judicial y no constitucional, y tiene su razón de ser ya que hablamos de hechos, actos, reglamentos, etc., de naturaleza netamente administrativa, por lo que las pretensiones de los demandantes se deben ventilar en procesos contenciosos administrativos.

Objeto

La figura de la Acción por Incumplimiento es tratada en el ordenamiento jurídico colombiano aborda a esta acción dentro de su capítulo IV, que se refiere a la protección y aplicación de los derechos, definiendo a la Acción de Cumplimiento de la siguiente forma:

ARTICULO 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido³⁷

En Julio de 1997 se expide en Colombia la Ley 393, la cual regula la Acción de Cumplimiento consagrada en la Constitución colombiana. Al respecto resaltaremos los aspectos más importantes sobre esta acción en Colombia.

ARTÍCULO 1o. OBJETO. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos³⁸

Del artículo 1 de la Ley 393 y su desarrollo por parte de los tribunales colombianos, se extrae que la Acción de Cumplimiento procede ante normas con fuerza material de ley y ante actos administrativos. Se entiende por normas con fuera material de ley aquellas que son generales, abstractas, impersonales y dictadas por el legislativo. En cuanto a los actos administrativos es procedente sean estos generales o concretos. Se excluyen las normas constitucionales como normas que pueden ser exigidas mediante una Acción de Cumplimiento.

Competencia, legitimación y trámite

En cuanto a la competencia de la acción, el artículo 3 de la Ley 393 dispone:

ARTÍCULO 3o. COMPETENCIA. De las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, conocerán en primera

³⁷ Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 87.

³⁸ Ley 393. Diario Oficial No. 43.096. 30-jul-1997. Artículo 1.

instancia los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo.³⁹

A diferencia del Ecuador donde la competencia para conocer la acción por incumplimiento es exclusiva de la Corte Constitucional, en Colombia recae sobre la justicia ordinaria, concretamente sobre juzgados administrativos en primera instancia y también existe disposición sobre la competencia en segunda instancia, de lo cual se desprende que existe recurso del fallo de primera instancia.

Respecto a la legitimación activa, el artículo 4 de la ley señala que puede interponer la acción cualquier persona, incluso se especifica que puede ser interpuesta por servidores públicos, organizaciones sociales y organizaciones no gubernamentales.

La legitimación pasiva es tratada en los artículos 5 y 6 de la ley, señalando que la demanda procederá contra los siguientes sujetos:

- Autoridad a quien corresponda el cumplimiento de la norma o acto administrativo.
- Particulares en ejercicio de funciones públicas a quienes corresponda el cumplimiento de la norma o acto administrativo.

El trámite para la Acción de Cumplimiento es preferencial y se lo debe tratar con prelación a los demás procedimientos con excepción de la acción de tutela. Los términos son perentorios e improrrogables. Una vez presentada la acción, el juez debe examinar que contenga los requisitos señalados en el artículo 10 de la Ley y en el término de 3 días admite a trámite o rechaza la acción. En el caso de faltar uno de los requisitos, el juez mandará a completar la demanda en el término de 2 días. Si no lo hiciera dentro de ese término, se dispondrá el rechazo de la acción. De ser aceptada la acción, el juez notificará al demandado dentro de los 3 días siguientes de ser admitida la demanda. El demandado puede contestar la demanda en el término de 3 días a partir de la notificación.

Después de 20 días de notificado el demandado, el juez decidirá. Las providencias que se dicten en el trámite de la Acción de Cumplimiento, con excepción de la sentencia, carecen de recursos, siendo la única excepción, el recurso de reposición sobre la providencia que niegue la práctica de pruebas.

Dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la sentencia, podrá ser impugnada por la autoridad renuente, el representante de la identidad a la que éste pertenezca y por el Defensor del Pueblo. La impugnación concederá efecto suspensivo, salvo que la suspensión de cumplimiento del fallo genere un perjuicio irremediable del demandante, además del efecto devolutivo.

La Acción de Cumplimiento en Perú

Objeto

La Acción de Cumplimiento en Perú es un proceso de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger el derecho de las personas a que las autoridades competentes cumplan lo dispuesto por las leyes o lo dispuesto por algún acto administrativo cuando se muestran renuentes a ello.

³⁹ Ley 393. Op cit. Artículo 3.

Al respecto la Constitución Política del Perú consagra en numeral sexto del título V sobre las garantías constitucionales a la Acción de Cumplimiento:

Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales: 6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.⁴⁰

La Constitución de Perú establece la Acción de Cumplimiento para ejecutar una norma legal o un acto que por sus mismas disposiciones debe ser cumplido por una autoridad, la cual no ha cumplido este mandamiento. El Código de Procedimiento Constitucional peruano desarrolla el objeto de la acción de la siguiente forma:

Artículo 66.- Objeto. - Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

1. Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
2. Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.⁴¹

Estos dos supuestos, en los que cabe la Acción de Cumplimiento se enmarcan en la inactividad formal y en la inactividad material. La inactividad formal consiste en la falta de realización de la administración de una declaración jurídica que resulta legalmente debida. Se trataría del caso específico de la inactividad normativa, como aquella que se presenta ante la no expedición de un acto administrativo o la reglamentación de una ley por parte de la autoridad pública competente.

La inactividad formal recae sobre el segundo numeral del artículo 66 de la ley. La inactividad material, por su parte, se define a partir de la omisión o falta de realización de una actividad técnica, material o física que trasciende al mundo de los hechos. Se trata, pues, de la ausencia de una modificación material de la realidad. La inactividad material recae sobre el primer numeral del artículo 66 de la ley.

Competencia, legitimación y trámite

El Código de Procedimiento Constitucional de Perú no contempla un trámite propio para Acción de Cumplimiento, al respecto señala:

Artículo 74.- Normas aplicables

El procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.⁴²

Por lo expuesto en el artículo transcrito, es necesario remitirse al procedimiento para el amparo, el cual se encuentra regulado en el mismo código. Respecto a la competencia para el conocimiento de la Acción de Cumplimiento se establece lo siguiente:

⁴⁰ Constitución Política de Perú. 30-Dic-1993. Artículo 200

⁴¹ Código de Procedimiento Constitucional Peruano. La ley 28237. 31-may-2004. Artículo 66.

⁴² Código de procedimiento constitucional peruano. Op cit. Artículo 74.

Artículo 51.- Juez Competente y plazo de resolución en Corte

Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.⁴³

La legitimación corresponde a cualquier persona en cuanto a normas legales, sin embargo, se establece una limitación si el cumplimiento recae sobre un acto administrativo pues en este caso únicamente la puede interponer el interesado:

Artículo 67.- Legitimación y representación

Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.⁴⁴

La legitimación pasiva recae sobre la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.⁴⁵

En cuanto al procedimiento debemos referirnos a un aspecto de suma importancia y que se ha recogido en el artículo 54 de nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es la necesidad de haber interpuesto un requerimiento previo para que proceda la acción:

Artículo 69.- Requisito especial de la demanda

Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.⁴⁶

Del artículo transcrito se desprende que, si bien es necesario que se haya solicitado previamente que se dé el cumplimiento que se pretende, no es necesario agotar la vía administrativa, en este caso el demandante únicamente debe probar que efectivamente se ha solicitado el cumplimiento y que el incumplimiento persista, tanto por negativa de la autoridad como por la falta de contestación, dejando de lado la opción de recurrir de esta solicitud. Cumplido el requisito del requerimiento previo, la acción se sujeta al trámite correspondiente a la acción de tutela establecido en el código de procedimiento constitucional.

La Acción por Incumplimiento en Bolivia

El 29 de enero de 2009 se expide una nueva Constitución en Bolivia, incorporando la figura de la Acción de Cumplimiento y desarrollándola en gran parte dentro del mismo texto constitucional y en el Código de Procedimiento Constitucional Boliviano.

⁴³ Código de Procedimiento Constitucional peruano. Op cit. Artículo 51.

⁴⁴ *Ibidem*. Artículo 67.

⁴⁵ *Ibidem*. Artículo 68.

⁴⁶ *Ibidem*. Artículo 69.

Objeto

La Acción de Cumplimiento es adoptada en Bolivia como un proceso constitucional que busca garantizar la ejecución de normas. Al respecto el artículo 134 de la Constitución Boliviana señala:

Artículo 134. I. La Acción de Cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida.⁴⁷

El Código de Procedimiento Constitucional Boliviano complementa el objeto de la Acción de Cumplimiento

Artículo 64°.- (Objeto) La Acción de Cumplimiento tiene por objeto garantizar la ejecución de la norma constitucional o legal, cuando es omitida por parte de Servidoras o Servidores Públicos u Órganos del Estado.⁴⁸

La normativa boliviana estructura a la Acción de Cumplimiento de una forma diferente a la dada en Colombia, Perú y Ecuador, al establecer que la Acción no solo procede ante la inactividad de las autoridades públicas frente a una disposición legal, sino que la extiende a disposiciones constitucionales, lo cual generalmente es competencia de la inconstitucionalidad por omisión normativa.

Competencia, legitimación y trámite

El texto constitucional boliviano y la ley de procedimiento constitucional atribuyen la legitimación activa a la persona individual o colectiva afectada o aquella que presente poder suficiente en nombre de otra,⁴⁹ además confiere la legitimación a órganos del poder público que se encargan de la defensa de los derechos de la población como son: el Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General del Estado y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia. La legitimación pasiva recae sobre los servidores públicos o los órganos del Estado que han incurrido en el incumplimiento de un mandato legal o constitucional.

El texto constitucional señala que la Acción de Cumplimiento tiene la competencia y procedimiento de la acción de amparo constitucional, por lo que es necesario remitirse al Código de Procedimiento Constitucional.

La competencia para la acción de amparo y por ende, para la Acción de Cumplimiento es la siguiente: en las capitales de Departamento, ante la Sala de turno de los Tribunales Departamentales de Justicia o ante los Juzgados Públicos de Materia y fuera de las capitales de Departamento, ante los Juzgados Públicos o Juzgados Públicos Mixtos.

La acción debe contener los requisitos contemplados en el artículo 33 del Código de Procedimiento Constitucional y se pueden solicitar medidas cautelares conjuntamente con la acción.

Una vez presentada la acción, la Jueza, Juez o Tribunal inmediatamente señalará día y hora para audiencia pública y dispondrá la notificación a la autoridad accionada, determinará se remita la prueba que ésta tenga en su poder y establecerá las medidas cautelares que considere necesarias. La parte accionada podrá realizar la contestación antes o durante la audiencia pública. Una vez

⁴⁷ Constitución de 2009 de la República del Bolivia. Gaceta Oficial 7 de febrero de 2009. Artículo 134.

⁴⁸ Código Procesal Constitucional. Gaceta Oficial Ley 254 de 05 de Julio 2012. Artículo 64.

⁴⁹ Constitución de 2009 de la República del Bolivia. Op cit. Artículo 134.

concluida la audiencia se dictará la resolución concediendo o negando la acción e inmediatamente se ejecutará. Los accionantes o accionados podrán solicitar aclaración, enmienda o complementación en la audiencia o en el plazo de veinticuatro horas desde la notificación escrita.

La resolución y antecedentes del proceso se elevarán de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de veinticuatro horas siguientes a la emisión de la resolución. En caso de que exista auto de aclaración, enmienda o complementación, será elevado inmediatamente después de la notificación a las partes.

Finalmente, el juez puede adoptar las medidas que sean necesarias, pudiendo requerir la intervención de la fuerza pública y la imposición de multas progresivas a la autoridad renuente.

Referencias

- Asamblea Nacional. (1998). *Constitución Política de la República Federativa del Brasil*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>
- Bhrunis, S., & Calderón, K. (2011). La acción de incumplimiento en el nuevo ordenamiento constitucional ecuatoriano. *Revista Jurídica*, 307 - 338. Recuperado de https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2011/05/307_a_338_1_a_accion.pdf
- Bravo Gonzales, A., & Bravo Valdés, B. (1978). *Primer curso de derecho romano*. México, México: Pax-México.
- Castro Patiño, I. (2016). Acción por Incumplimiento: antecedentes históricos y revisión del Derecho Comparado. *Revista Jurídica*, 373 - 413.
- Chanamé Orbe, R. (2011). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima, Perú: Adrus
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cueva Carrión, L. (2011). *Acción por incumplimiento*. Quito, Ecuador: Editorial Ediciones Cueva Carrión.
- Danós Ordóñez, J. (1994). *El amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución*. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- Fernández Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Perú: Jurídicas.
- Gordillo Guzmán, D. (2015). *Manual teórico práctico de derecho constitucional*. Bogotá, Colombia: Workhouse Procesal.
- Gozaini, O. (1994). *La justicia constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

- Henao Hidrón , J. (2006). *Derecho procesal constitucional: Protección de derechos constitucionales*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Mello Do Amaral Junior, J. (2008). Proceso Constitucional en Brasil: Nueva composición del STF y cambio constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 459-468.
- Ossorio y Florit, M., Obal, C. R., & Bitbol, A. (2005). *Enciclopedia jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Driskill
- Porras Velasco, A., & Romero Larco, J. (2012). *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Rabasa, O. (1942). *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del*. México: Porrúa.
- Zavala Egas, J. (2011). *Teoría y práctica procesal constitucional*. Guayaquil, Ecuador: Edilex

CAPÍTULO VI

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Dra. Mónica Pérez Ayora

ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Dra. Mónica Pérez Ayora

La acción extraordinaria de protección en la legislación nacional

Antecedentes de la Acción Extraordinaria de Protección en el Ecuador

Acción Extraordinaria de Protección, la cual está bajo la competencia de la Corte Constitucional y que se refiere a la posibilidad de revisar y revocar las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se hayan dictado violando el debido proceso y cualquier otro derecho reconocido por la Constitución de la República del Ecuador. (Burneo, 2009)

El Dr. José García, expresa: “Las reformas constitucionales de 1996 ya contemplaban la posibilidad de la procedencia de la acción de amparo en contra de providencias judiciales”, sin embargo, el señor Dr. Fabián Alarcón Rivera, Presidente Constitucional de la República, vetó dicho proyecto en esta parte, mediante oficio Nro. 1722SFP-97 de 6 de julio de 1997 que envió al Congreso Nacional, dentro del trámite de formación de la Ley de Control Constitucional.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Con la publicación de la Constitución de 2008 en el registro oficial, entra en vigencia la disposición transitoria primera que exige la aprobación de un grupo de leyes dentro de los posteriores trescientos sesenta días a ello. El órgano legislativo crea y aprueba el veintiuno de septiembre de 2009, la ley que regula el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad. Garantizar la supremacía constitucional, el efectivo goce de los derechos, fortalecer la justicia constitucional, los procesos de constitucionalización del sistema jurídico, político y social, y ajustar todo tipo de actuación a las exigencias de la Constitución. Es la finalidad de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El considerando sexto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, reconoce el fundamento internacional para la creación de la ley. Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que el fin del Estado es velar por el efectivo goce de los derechos, que faculten a los órganos jurisdiccionales tomar medidas de protección a los derechos, de manera ágil y sin dilaciones. Son las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales. Grijalva (2012, p.260), a pesar del objetivo garantista de ésta ley, hace una doble crítica sobre ella, en el plano normativo y en la práctica. En la práctica, existen casos en los cuales no se ha cumplido adecuadamente la finalidad de garantizar derechos constitucionales y la actuación de la Corte Constitucional se ha considerado como una intromisión en la justicia ordinaria, mientras que en otros casos se ha resuelto la acción extraordinaria de manera adecuada, resguardando el derecho violentado. En el plano normativo, se evidencian dos corrientes opuestas: una garantista y otra restrictiva.

La corriente garantista elimina toda restricción al acceso de la acción extraordinaria de protección, la regula, y se evidencia en los requisitos de admisibilidad de la acción, y requisitos de la demanda. Los plazos para interponer la acción y la identificación clara del derecho constitucional violentado, son requisitos orientados a impedir que la acción se convierta en una instancia adicional. En lo que concierne a la corriente restrictiva, se evidencia en artículos que impiden el ejercicio adecuado de la

acción, lo restringen de tal manera que se convierten en disposiciones inconstitucionales. El artículo 62, numeral 7 en cuanto impide que se plantee la acción contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral en épocas de elecciones, y numeral 8 que se trate de asuntos de relevancia nacional. El tercer párrafo del artículo 27, que regula la improcedencia de medidas cautelares. En el caso del numeral 7 del artículo 62, la ley regula la improcedencia de la acción, durante procesos electorales. (Castillo, 2010)

La Acción Extraordinaria de Protección procede únicamente, cuando se hubiere agotado todos los medios procesales de impugnación, en razón de que esta se constituye como una medida excepcional a ser invocada exclusivamente ante el agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria en todas sus instancias. (Castillo, 2010)

En el Estado constitucional de derechos, los derechos, son de manera directa e inmediata exigibles y de aplicación directa, sin necesidad de normas jurídicas de carácter secundarias, de igual manera, los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo tanto, se configura la plena vigencia del control y supremacía constitucional establecida en la Constitución. (Castillo, 2010)

La Acción Extraordinaria de Protección (artículo 94 y 437), es una garantía extraordinaria de protección a favor de la persona víctima de violación de sus derechos constitucionales o del debido proceso, por la acción u omisión en sentencias, autos o resoluciones con fuerza de sentencias.

Estudio comparativo de la acción extraordinaria de protección con otras legislaciones

Constitución Política de Colombia

La Carta Política de Colombia, para la protección de derechos, agregó, la acción de tutela en el artículo 86 que dice: “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”. 81 Se trata de una acción constitucional preferente, sumaria que puede ser interpuesta por cualquier persona para el amparo o resguardo ágil y seguro de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos, la acción de tutela caducará a los dos meses de ejecutoriada la sentencia y deberá ser resuelta en máximo diez días, cuando en el anterior artículo de la Constitución menciona cualquier autoridad pública se refiere además a quienes cumplen funciones jurisdiccionales. La acción de tutela fue regulada por el decreto 2591 de 1991.

Con esta norma se creó el objeto de la acción indicando, a más de lo dispuesto en el artículo 86, que todos los días y horas son hábiles para su interposición, también señaló que la acción de tutela hace

referencia a la informalidad de la solicitud; al trámite preferencial de la tutela; a las notificaciones por medios expeditos y eficaces; a la corrección de la solicitud; a las facultades del juez para prescindir de formalidades especiales cuando se trata de proteger derechos; aspectos probatorios causales generales de improcedencia y más.

El incumplimiento, quebrantamiento de derechos fundamentales se contraponen a la cosa juzgada, el juez que dicta una sentencia que incumpla derechos fundamentales comete una injusticia, una ilegalidad, la cosa juzgada, seguridad jurídica, orden justo no se puede conservar o proteger cuando el fallo infringe, contraviene derechos fundamentales. En otras palabras, no puede haber cosa juzgada cuando se vulnera derechos fundamentales (Gavilanes, 2010).

Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias

Según la doctrina constitucional vigente, para aceptar la procedibilidad de la tutela contra sentencias, el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales que se enuncian en la sentencia C-590/05 (Parreño, 2012).

En efecto, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en síntesis son: que el asunto de la acción sea de importancia constitucional, agotar los recursos ordinarios y extraordinarios judiciales, la acción de tutela debe ser interpuesta en un término razonable, que quede clara la identificación del derecho vulnerado cuando se trata de irregularidad procesal que influye en la sentencia causando una lesión a los derechos fundamentales, identificación de los hechos como el derecho vulnerado y por último, que no se trate de sentencias de tutela con el fin de evitar una prolongación indefinida (Parreño, 2012).

La acción de tutela contra sentencias en Colombia se instauró en la Constitución en el año 1991 al igual que la Acción Extraordinaria de Protección en nuestro país, la acción de tutela contra sentencias en Colombia protege derechos constitucionales vulnerados, es excepcional, se deben agotar los mecanismos ordinarios y extraordinarios. La acción de tutela no es para impugnar sentencias judiciales cuando se trata de asuntos legales sino derechos fundamentales, la acción de tutela procede contra sentencias que han incumplido el ordenamiento jurídico, vías de hecho judiciales que son los actos arbitrarios de los jueces. La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado jurisprudencialmente la doctrina de la vía de hecho, que son las causales que permiten interponer la una acción de tutela (Parreño, 2012).

Acción Extraordinaria de Protección

El concepto de Constitución moderna concibe a la Constitución como norma jurídica suprema, rígida, material, garantista y vinculante que establece los mecanismos de creación de las leyes; y constituye el fundamento de validez de todo el resto del ordenamiento jurídico, respecto a los derechos y libertades de los gobernados, a las garantías de esos derechos y de las libertades de las personas individuales y colectivas a través de su parte dogmática de la Constitución; y, finalmente, hace relación en su parte orgánica a la organización de los poderes del Estado que tienen el deber constitucional y legal de cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales, las libertades públicas y garantizar los derechos mediante los procesos constitucionales que determina la justicia constitucional ecuatoriana (Parreño, 2012).

Constitución de España

En la Constitución española, “el recurso de amparo contra decisiones judiciales procede ante la demostración de que el juez de la causa aplicó una norma inconstitucional, lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva o no protegió los derechos fundamentales implicados en el proceso. Puede interponerse únicamente dentro de los veinte días hábiles contados a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial; si se interpone fuera de este plazo, se produce su caducidad. Previo a interponer el recurso de amparo, es necesario haber invocado formalmente en el proceso, el derecho 87 constitucional vulnerado, tan pronto como hubiere sido conocida la violación. Acerca del plazo para la presentación de la demanda se la presentará dentro de veinte días hábiles, pero ante la duda en la normatividad que correspondía aplicarse, el problema debía solucionarse atendiendo a la interpretación más favorable en el acceso jurisdiccional para la defensa de los derechos y libertades. En la petición del recurso se debe explicar de forma clara y concisa, el hecho y normas que se vulneran y argumentarlo, ya que la carga procesal es de quien demanda el amparo.

En conclusión, señalo que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en España, también es extraordinario y excepcional, para protección de derechos por la acción u omisión de un órgano judicial; es residual, esto es que se debe agotar todos los recursos, debe haber una sentencia anterior; este recurso de amparo procede contra providencias, autos y sentencias, se interpondrá dentro de veinte días hábiles contados a partir de la notificación de la resolución, pueden interponer el recurso de amparo quienes han sido parte en el proceso. Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (Cajas, 2011).

Constitución Política de Argentina

En el artículo 43 de esta Constitución, podemos encontrar las acciones de garantía de derechos constitucionales que son similares a las que existían en la Constitución de 1998 ecuatoriana, esto es, la acción de amparo, la de hábeas data y la de hábeas corpus. Es interesante tomar en cuenta que, en el primer inciso de este artículo, abre la posibilidad para que las acciones de amparo se entablen contra particulares, lo cual, aunque no corresponde a la acción extraordinaria de protección, es importante destacar para conocimiento y comparación con nuestra acción de protección: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”. (Cajas, 2011)

Constitución Política de Bolivia

En Bolivia sucede algo similar que en Argentina, respecto de las acciones de garantías constitucionales, correspondiéndole al artículo 19 de su Constitución el establecimiento de la acción de amparo, la que también se puede proponer contra particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona. Se debe destacar el literal f) del artículo 120 de la Constitución boliviana, por cuanto le concede como atribución del Tribunal Constitucional, conocer y resolver los recursos directos de nulidad relacionados con los casos del artículo 31 de la misma Constitución. El artículo 31 indicado es del texto siguiente: “Son nulos los

actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley.” (Cajas, 2011)

Tenemos, entonces, la posibilidad de proponer esta acción, contra algún caso en el que haya resuelto una autoridad a quien consideremos que no tiene jurisdicción, de tal forma que, si lo comparamos con la acción extraordinaria de protección, igualmente puede existir un caso en el que la violación del derecho constitucional sea precisamente la falta de jurisdicción y que sirva como argumento (Burneo, 2009).

Constitución Política de Chile

El artículo 20 de esta Constitución denomina como recurso de protección, a aquel que se puede proponer cuando por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas. Nuestra Constitución vigente, lo define de manera similar, salvo que en nuestro caso es acción de protección y no recurso, aunque en Chile igualmente se trata de una acción (Salgado, 2012).

Constitución Política de Costa Rica

En Costa Rica encontramos una situación totalmente distinta a la de nuestra Constitución vigente, debido a que en su artículo 10 se indica la facultad que tiene una Sala especializada de la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, pero se excluye precisamente los actos jurisdiccionales del Poder Judicial. Es decir, las sentencias de la Función Judicial en Costa Rica, no pueden ser revisadas como en nuestro caso, ni siquiera por alguna cuestión de inconstitucionalidad, lo cual está excluido de forma expresa (Salgado, 2012).

Constitución Política de Ecuador

Por otro lado, la carta magna del Estado manifiesta 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.” (Burneo, 2009)

La acción extraordinaria es un derecho de las personas y una expresión procesal de tres aspectos esenciales de la Constitución, en la perspectiva del garantizó, que habría sido el hilo argumental del nuevo ordenamiento constitucional. Estos aspectos son: El deber del Estado es garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. El precepto de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos individuales (art. 75); y, la protección concreta de las garantías del debido proceso, enunciadas en el art. 76 de la Constitución de la Republica (Cajas, 2011).

La acción extraordinaria tenía por finalidad obligar al Estado a subordinar las decisiones judiciales y administrativas (sentencias y resoluciones) a los derechos fundamentales y a sus garantías. Es una acción, en principio, estatuida a favor de las personas naturales, que busca anular o corregir los efectos de las decisiones judiciales que afecten o menoscaben, por acción o por omisión, el debido proceso o cualquier otro derecho con rango constitucional (Cajas, 2011).

La norma contiene dos temas jurídicos importantes:

(i) La atribución del derecho de acción a personas naturales que respondan a la condición de ciudadanos. Son ciudadanos las personas naturales, titulares de derechos fundamentales, nacidas en el Ecuador o fuera del país (Gavilanes, 2010).

Los extranjeros en materia de derechos y garantías, se equiparán a los ciudadanos ecuatorianos.

(ii) La determinación de los instrumentos que pueden ser materia de la acción, esto es: sentencias, autos definitivos y resoluciones firmes, que provengan o sean el resultado de juzgamientos en los que se haya violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos constitucionales del accionante (Gavilanes, 2010).

Los titulares según la Ley

Pese al carácter restrictivo de la norma constitucional, y apartándose de ella, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el art. 59, dispuso que “La acción extraordinaria de protección puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte de un proceso, por sí mismas o por medio de un procurador judicial”. (Gavilanes, 2010)

La diferencia, al parecer sutil, entre la norma legal y la constitucional, es muy importante. Al emplear la Ley el término “cualquier persona” produjo la extensión del derecho a entidades públicas o privadas, amparadas curiosamente bajo el concepto de “ciudadanos”, condición de la que ciertamente carecen. El hecho es que el Estado y las entidades públicas con personería jurídica se convirtieron, por efecto de la norma emitida un año después de la vigencia constitucional, en usuarios de la acción extraordinaria de protección, habiéndose innovado así la Constitución por vía de norma inferior (Parreño, 2012).

La cuestión de fondo

El tema fundamental consiste en saber si el Estado, las entidades titulares de poder y autoridad, debían equipararse, como ha ocurrido, a los ciudadanos portadores de derechos subjetivos afectados precisamente por acciones u omisiones judiciales provenientes del Estado. La acción extraordinaria de protección ¿se creó para el Estado o para controlar al Estado; para proteger derechos o para proteger al poder? (Parreño, 2012).

Problemas conceptuales

Partimos haciendo una aproximación a la AEP, desde una postura asumida, que sostiene que un importante número de acciones, no todas cuentan con pretensiones que por parte de quienes patrocinan las AEP han tenido como objetivo principal la revisión de las decisiones judiciales en el fondo de lo ya resuelto. Aquello lleva a considerar prima facie que persiste una apreciación de que el amparo contra sentencias judiciales significa la instauración de una instancia adicional, intentando que la AEP opere como un recurso. Aquello puede deberse a que la institución es llamada recurso en los artículos 94 y 437 de la Constitución y artículo 62, numeral 8 de la LOGJCC. Frente a esta disyuntiva, urge precisar sobre lo que debe entenderse por recurso y por acción. En derecho procesal una acción significa el inicio de un proceso y es el acto mediante el cual se inicia la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia. Este proceso puede tener otros niveles jerárquicos

en cuanto a la jurisdicción a los cuales se puede acceder mediante los recursos. Un recurso siempre estará dentro de un proceso, sin embargo, una acción solo inicia un nuevo proceso (Parreño, 2012).

De esta manera, cuando se acude a recursos como el de apelación o de nulidad, se mantiene el objeto del litigio y las partes procesales. El recurso de apelación o el de casación tienen la particularidad de que el juez que lo resuelve dicta nueva sentencia, el recurso de nulidad devuelve al juez que conocía la causa para que continúe sustanciando el proceso desde el momento en que se produjo la nulidad. En uno y otro caso, el efecto es sobre el proceso original (Parreño, 2012).

Por el contrario, 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 efectiva. Si esta institución fuese un recurso, significa que las partes continúan siendo las que litigaron en la justicia ordinaria y que la decisión versaría sobre la materia que dio origen a dicho litigio, lo cual sería una grave desnaturalización de la Acción Extraordinaria de Protección (Parreño, 2012). En contraste, siendo la institución una acción, el objeto de la causa es determinar si existió una violación a los derechos humanos que haya sido provocada en el proceso o que aquella no pudo ser tutelada mediante el mismo, de manera que debe repararse el daño ocasionado (Salgado, 2012).

Las características anotadas indican que la institución es una acción y no un recurso, ya que conoce de una situación diferente a las de la jurisdicción ordinaria, toda vez que no resuelve sobre el fondo de lo que configura el proceso de instancia, al contrario, se discute si la administración de justicia no tuteló los derechos constitucionales o violó el derecho al debido proceso, asumiéndose mediante la reparación, a la responsabilidad estatal ante la violación de los derechos (Salgado, 2012).

En suma, muchos tienen el criterio que, la Acción Extraordinaria de Protección 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” (Salgado, 2012)

(b) No es una fase o instancia dentro del trámite del proceso, sino que implica el inicio de un nuevo procedimiento, de índole constitucional. Aquí podemos referirnos a la fuerza vinculante de los derechos constitucionales frente a los poderes públicos e incluso los particulares, la rigidez del procedimiento de reforma constitucional que evita la fácil alteración del contenido de estos (Ochoa, 2015).

Sin embargo, más adelante hablaremos a cerca de este tema más a profundidad y refutaremos lo antes mencionado.

Requisitos de la demanda

Para la admisión de este recurso, la Corte Constitucional constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; 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 (Ochoa, 2015).

Aunque por un lado el artículo 82 de la Constitución manifiesta que para interponer acciones jurisdiccionales no se necesita del patrocinio de un abogado y tampoco es necesario invocar la norma constitucional infringida sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8, numeral 8 de la LOGJCC, por otro lado, se exige que para este tipo de acción jurisdiccional se identifique de un Procedimiento de admisión de la Acción Extraordinaria de Protección (Ochoa, 2015) forma precisa de derecho violado y la relación directa e inmediata de la acción u omisión de la autoridad judicial, con la independencia de los hechos que dieron lugar al proceso (Burneo, 2009). Como primer paso, la ley nos dice que la demanda debe ser presentada en la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva, para que posteriormente se remita el expediente completo a la Corte Constitucional una vez que se ha ordenado notificar a la otra parte (Salgado, 2012).

El plazo para enviar el expediente debe ser en un término máximo de cinco días. En la Corte Constitucional una vez remitido el expediente, la Sala de Admisión en el término de diez días deberá verificar los presupuestos previstos en el artículo 62 de la LOGJCC. La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia el objeto de la acción (Vélez, 2015).

“La Corte Constitucional en base al artículo 63 de la LOGJCC determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante, y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado”. (Vélez, 2015)

La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción. La sentencia 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 (Vélez, 2015).

En forma general, la sentencia de la acción extraordinaria de protección puede:

- a) Dejar sin efecto la sentencia impugnada, aceptando total o parcialmente la demanda.
- b) Disponer que se retrotraiga el proceso a un momento procesal donde se produjo la vulneración de derechos reclamada.
- c) Disponer que el juez a quo, diferente al que remitió la decisión judicial objeto de la acción, proceda a dictar una nueva con respecto a los derechos constitucionales y debido proceso (Vélez, 2015).

El artículo 64 de la LOGJCC establece sanciones cuando la acción extraordinaria de protección se ha interpuesto sin fundamento; en este caso la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione al abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La reincidencia será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial (Burneo, 2009).

Finalmente, se puede decir que a casi 10 años de aparecer, como tal, la Acción Extraordinaria de Protección, como la tipifica nuestra Constitución, en la actualidad sigue siendo muy compleja y muy poco admisible en la Corte Nacional de Justicia (Burneo, 2009).

Referencias

- Burneo, R. (2009). *Derechos y garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito, Ecuador: CEP.
- Cajas, S. (2011). *Acción Extraordinaria de Protección y el principio de cosa juzgada*. UDLA.
- Castillo, M. (2010). *La Acción Extraordinaria de Protección*. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay.
- DerechoEcuador.com. (24 de Noviembre de 2005). DerechoEcuador.com. Recuperado de <https://derechoecuador.com/derechos-y-garantias-constitucionales>
- Gavilanes, F. (2010). *Análisis de los requisitos de admisibilidad de la Acción Extraordinaria de Protección en la Constitución de 2008*. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca.
- INREDH. (2006). Garantías constitucionales. Manual técnico. En INREDH, *Garantías constitucionales. Manual técnico*. Quito, Ecuador: Imprenta Cotopaxi.
- Ochoa, C. (17 de Diciembre de 2015). *Slidshare*. Recuperado de <https://es.slideshare.net/cristianpoj/garantias-constitucionales-en-ecuador>
- Parreño, M. (2012). *La Acción Extraordinaria de Protección como mecanismo de control de la administración de justicia en el Ecuador*. Ibarra, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Salgado, M. J. (2012). Garantías constitucionales. En M. J. Salgado, *Garantías constitucionales*. desc. Recuperado de <http://www.flacso.org.ec/docs/safismsalgado.pdf>
- Vélez, C. (27 de Agosto de 2015). *Prezi*. Recuperado de <https://prezi.com/fu3nejpg52a/garantias-constitucionales-del-ecuador/>

