

REGISTRO OFICIAL

Organo del Gobierno del Ecuador

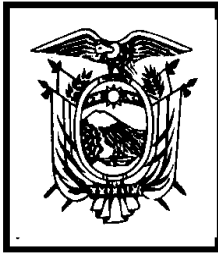


Suplemento del Registro Oficial

Año I- Quito, Viernes 5 de Octubre de 2007 - N° 185



Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año I -- Quito, Viernes 5 de Octubre del 2007 -- N° 185

DR. RUBEN DARIO ESPINOZA DIAZ
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Calle Chile N° 303 y Luque -- Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 300 -- Impreso en Editora Nacional
1.700 ejemplares -- 40 páginas -- Valor US\$ 1.25

SUPLEMENTO

SUMARIO:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL		Págs.	Octavo de lo Civil de Pichincha y	Págs.
RESOLUCIONES:			concédese la acción de amparo	
SEGUNDA SALA:			constitucional propuesta por Juan	
			Carlos Pazmiño Gómez	12
			
0279-2006-RA	Revócanse varias		0008-07-QE Confírmase la Resolución No. PLE-	
resoluciones			TSE-10-29-6-2007 del 3 de julio del 2007	
	adoptadas por la Primera y Segunda		emitida por el Tribunal Supremo	
	salas del Tribunal de lo Contencioso		Electoral y niégase la acción de amparo	
	Administrativo de Quito y concédese el	2	constitucional propuesta por el Dr.	
	amparo solicitado por Luis Alberto		Orlando Herrera Herrera, Coordinador	
	Reinberg Froment		Nacional del Movimiento Independiente	
			Nacional LA CORRIENTE, Listas 26 ...	14
0674-2006-RA	Revócase la decisión del Juez		0010-07-QE Deséchase la queja interpuesta	
	Segundo de lo Civil de Tungurahua y		por	
	concédese el amparo solicitado por la		el Dr. Bayardo Moreno Piedrahita,	
	Dra. Sandra Gamboa E.	7	Presidente del Movimiento	
			Independiente Fénix (MIF), Listas 68,	17
			por extemporánea e improcedente	
			
1010-2006-RA	Revócase la resolución expedida		0082-007-HC Revócase la resolución emitida	
	por la Segunda Sala del Tribunal		por	
	Distrital No. 1 de lo Contencioso		la Alcaldía de la I. Municipalidad de	
	Administrativo y concédese el amparo		Ibarra y concédese el recurso de hábeas	
	solicitado por John Oswaldo Plaza		corpus interpuesto por el señor Luis	
	Garay, Secretario General del Comité		Marcelo Imbaquingo Galeano	19
	de Empresa de Trabajadores de			
	Petroecuador "CETAPE"	9		
1337-2006-RA	Confírmase la resolución del Juez			

.....

0105-2007-HC Revócase la resolución emitida por la Alcaldía de la I. Municipalidad de Cuenca y concédese el recurso de hábeas corpus interpuesto por el señor Carlos Alejandro Quituisaca Morocho **22**
Págs.

0152-2007-RA Revócase la resolución adoptada por el Juez de instancia y concédese el amparo constitucional interpuesto por Sergio Méndez Vintimilla, Gerente de la Compañía de Taxis El Calvario, TRANSCALVARIO S. A. **25**

TERCERA SALA:

0645-2005-RA Revócase la resolución del Juez de instancia y concédese el amparo solicitado por Oswaldo Heraldó Ramón Maldonado **28**

0102-2006-RA Confírmase la resolución subida en grado y concédese el amparo solicitado por la Dra. Angela Quisiguiña Tasamabay **30**

0580-2006-RA Confírmase la resolución del Juez inferior y niégase la acción de amparo constitucional propuesta por Víctor Hugo Manuel Montalván **32**

0003-2007-RS Recházase el recurso de apelación planteado por Angela Genoveva Ochoa Guadamud, por indebidamente interpuesto y concedido **34**

0013-2007-HD Revócase la resolución del Juez de instancia constitucional y concédese la acción de hábeas data presentada por la señora María Natividad Pacheco Gavilánez **36**

0015-2007-RA Concédese parcialmente la acción de amparo constitucional deducida por el Mayor de Int. Thilmer Stanly Zambrano Santiestevan **38**

.....

2006-RA, 0770-2006-RA, 773-2006-RA, 777-2006-RA, 0915-2006-RA, 0918-2006-RA y 0919-2006-RA.

ANTECEDENTES:

Luis Alberto Reinberg Froment, interpone acción de amparo constitucional ante la Primera y Segunda Salas del Tribunal Contencioso Administrativo de Quito, en contra del General Paco Moncayo Gallegos, Alcalde Metropolitano de Quito, y señor doctor Carlos Jaramillo Díaz, Procurador Síndico Municipal, por haber emitido las Resoluciones Nos.: 320-2005, 321-2005, 323-2005, 328-2005, 385-2005, 389-2005, 391-2005, 404-2005, 412-2005, 417-2005, 419-2005, 451-2005, 457-2005, 458-2005, 462-2005, 466-2005, 467-2005, y 614-2005. En lo principal, el accionante señala que las mentadas Resoluciones, dictadas por el señor Comisario de la Zona Norte del Distrito Metropolitano de Quito, las mismas que fuesen apeladas ante el Alcalde Metropolitano de Quito, y que confirman las resoluciones del inferior, causan gravísimo daño. Dichas resoluciones señalan en su parte medular al pago de las multas al señor Luis Alberto Reinbert Froment, con las siguientes sumas pecuniarias:

No.	No. de Resolución:	Multa en dólares:
1	320-2005	USD 338,76
2	321-2005	USD 338,76
3	323-2005	USD 338,76
4	328-2005	USD 428,28
5	385-2005	USD 677,53
6	389-2005	USD 338,76
7	391-2005	USD 338,76
8	404-2005	USD 397,03
9	412-2005	USD 438,28
10	417-2005	USD 338,76
11	419-2005	USD 338,76
12	451-2005	USD 677,53
13	457-2005	USD 876,55
14	458-2005	USD 876,55
15	462-2005	USD 338,76
16	466-2005	USD 876,55
17	467-2005	USD 876,55
18	614-2005	USD 876,00

Así mismo señalan estas resoluciones que se ordena el retiro inmediato de las vallas publicitarias, así como el desmontaje de la estructura de sustentación de las mismas, y que en caso contrario, lo hará la cuadrilla metropolitana a costo y riesgo de la Empresa de Publicidad representada por el señor Luis Alberto Reinberg Froment. Manifiesta que el daño grave exigido como requisito que le ocasiona estas resoluciones, se concreta en lo siguiente: El monto de la multa y la destrucción de los materiales que conforman la valla; la forzada cesación de las relaciones contractuales con quienes patrocinaron la señalización de tránsito en

No. 0279-2006-RA

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 0279-2006-RA y acumulados Nos. 0641-2006-RA, 0650-2006-RA, 0740-2006-RA, 0762-2006-RA, 0763-2006-RA, 0764-2006-RA, 0765-2006-RA, 0766-2006-RA, 0767-2006-RA, 0768-2006-RA, 0769-

beneficio de la ciudad y en consecuencia, el lucro cesante y el daño emergente; la terminación de una fuente de trabajo que durante 22 años han tenido los trabajadores y el empresario; Por sobre todo, el descrédito y daño moral que se derivarían de un fallido contrato entre la empresa y patrocinadores de las vallas; y, la ciudadanía que calificaría con los peores términos de engaño o fraude los contratos con la Empresa. Que, las resoluciones referidas, violan el debido proceso, ya que del examen de éstas, se demuestra que no hay la razonable motivación constitucionalmente exigida, puesto que solamente citan algunas disposiciones legales y se imponen las sanciones, sin el cotejamiento entre los hechos y la legislación, sin razonamiento alguno, sin la dinámica de razones que debían realizarse para fundamentar el fallo; más aún, de un contrato, del cual solamente se da valor a una cláusula dejando el resto del contenido contractual sin valor, dañando la unidad del contrato. Que, la autoridad administrativa, en pleno conocimiento de la existencia de un Convenio de concesión suscrito entre el accionante y la Dirección Nacional de Tránsito y Transportes Terrestres, suscrito por cinco años, se lo descarta de plano sin ningún razonamiento, sin ninguna motivación. Que, la autoridad administrativa debía fundamentar en su resolución el por qué el convenio celebrado con una entidad del Estado que estaba plenamente facultada por la Ley, no tenía validez y debía unilateralmente desconocerlo, sin previa declaración de autoridad competente o de las partes que intervienen. Con los antecedentes expuestos se ha demostrado que se han cumplido con toda precisión las previsiones de la Constitución Política y la Ley del Control Constitucional que fundamentan la concesión de la acción de amparo constitucional. Se ha demostrado que se ha irrogado un daño grave por un acto ilegítimo de autoridad pública que viola los derechos consagrados en la Constitución Política de la República. Por lo señalado, solicita se conceda el amparo constitucional que se ha planteado y que de manera inmediata y urgente se suspenda todo acto que pueda traducirse en la violación de un derecho y para la cesación del daño que se ha probado al igual que sus consecuencias. El demandado señala que el accionante indica que se han dictado varias resoluciones que le causan perjuicio y para el efecto hace el análisis antojadizo y mezquino de los supuestos derechos y garantías violadas sin llegar a justificar los fundamentos de la acción para la procedencia y aceptación de la misma. El accionante justifica su actuación en contra de la Municipalidad en la suscripción de un convenio por el cual la Policía Civil Nacional le autoriza la colocación de publicidad comercial, lo cual es prohibido puesto que la autorización de publicidad comercial es competencia exclusiva y privativa de la corporación municipal. Señala además que el accionante hace conocer que ha sido sancionado económicamente y que se ha dispuesto el retiro de la publicidad lo que le causa grave daño por lo que solicita suspender todo acto que pueda traducirse en la violación de un derecho y para la cesación del daño que se ha probado al igual que sus consecuencias. Que, en el presente caso se observa que las resoluciones dictadas por el señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, causó estado y la vía única de reclamo es ante el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, lo que permite colegir que los Ministros que están conociendo las causas, no son competentes para resolver este asunto por la vía de recurso de amparo constitucional, porque existe la vía propia de reclamo, esto es mediante el respectivo juicio administrativo. Que, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en ejercicio

de sus facultades, constitucionales, legales y reglamentarias, establecidas en la Constitución Política de la República, Ley Orgánica del Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, Ley Orgánica del Régimen Municipal y las normas relativas a la Publicidad Exterior contenidas en el Código Municipal, dictó la ordenanza No. 0096 publicada en el Registro Oficial No. 183 de 3 de octubre de 2003, la misma que regula esta actividad y estaba vigente a la fecha de iniciación de los expedientes. La administración Municipal llega a conocer que el accionante "...ha colocado vallas de señalización de tránsito vehicular que incorpora publicidad que promociona marcas de productos comerciales...". El demandado señala que no existe daño que sea inminente, grave o irreparable, que no se ha violado derecho o garantía constitucional alguna, que la imposición de la sanción se ha observado el debido proceso y el derecho de defensa. Las autoridades que emitieron las resoluciones lo hicieron en aplicación y cumplimiento de la ley. Los actos administrativos contenidos en las resoluciones que se solicita la impugnación son legales y legítimos. El convenio genera obligaciones entre los que suscribieron el documento, pero él no puede obligar a terceros y menos a la municipalidad y más cuando se viola normas legales y constitucionales. Por ello, señala que el recurso es improcedente por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 95 de la Constitución de la República y artículo 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional, por lo que el mismo debe ser rechazado. Solicita además se niegue la acción planteada porque con la emisión de las resoluciones se obliga al infractor a la observancia y cumplimiento de las normas que rigen en el Distrito Metropolitano de Quito. Que el Tribunal Contencioso Administrativo de Quito, negó las acciones de amparo presentadas en contra de las Resoluciones Nos.: 320-2005, 321-2005, 323-2005, 328-2005, 385-2005, 389-2005, 391-2005, 404-2005, 412-2005, 417-2005, 419-2005, 451-2005, 457-2005, 458-2005, 462-2005, 466-2005, 467-2005, y 614-2005, emitidas por la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, ya que consideran que el acto impugnado, es legítimo y legalmente expedido por la autoridad seccional señalada. Con estos antecedentes, para resolver, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver este caso. **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez. **TERCERA.-** Es pretensión del peticionario, se deje sin efecto las Resoluciones Nos.: 320-2005, 321-2005, 323-2005, 328-2005, 385-2005, 389-2005, 391-2005, 404-2005, 412-2005, 417-2005, 419-2005, 451-2005, 457-2005, 458-2005, 462-2005, 466-2005, 467-2005, y 614-2005, emitidas por la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, mediante las cuales se multa al accionante y se ordena el retiro de las vallas publicitarias, así como el desmontaje de la estructura de sustentación de las mismas, en varios sectores de la ciudad. **CUARTA.-** Que, la Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional, el 31 de julio de 2006, a las 17h30, determina que de conformidad con el Art. 55 del Reglamento de Trámites de Expedientes; y por cuanto de seguirse por separado las acciones, se dividiría la continencia de la causa, dispone la acumulación de los

casos. **QUINTA.-** Que, el Art. 228 de la Constitución Política de la República, dice: “Los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas. Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras”. (Lo subrayado es nuestro). En esta línea, el Art. 234 de la Constitución Política de la República del Ecuador, inciso tercero, establece que: “El concejo municipal, además de las competencias que le asigne la ley, podrá planificar, organizar y regular el tránsito y transporte terrestre, en forma directa, por concesión, autorización u otras formas de contratación administrativa, de acuerdo con las necesidades de la comunidad.” Cabe señalar, que en el texto constitucional no menciona acerca de la señalización, tanto es así, que el Municipio Metropolitano de Quito, ha realizado la planificación, organización y regulación del tránsito y transporte terrestre, hasta la presente fecha, sin contar con la actividad de señalización. Así mismo, el Art. 2 de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, dice: “Finalidad: Además de las contempladas en la Ley de Régimen Municipal, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito cumplirá las finalidades siguientes: 1) Regulará el uso y la adecuada ocupación del suelo y ejercerá control sobre el mismo con competencia exclusiva y privativa. De igual manera regulará y controlará, con competencia exclusiva y privativa las construcciones o edificaciones, su estado, utilización y condiciones; 2) Planificará, regulará y coordinará todo lo relacionado con el transporte público y privado dentro de su jurisdicción, para lo cual expedirá, con competencia exclusiva, las normas que sean necesarias. Sus decisiones se enmarcarán en las políticas nacionales que determine, de acuerdo con sus atribuciones, el Consejo Nacional de Tránsito. La ejecución de las regulaciones, que sobre transporte público y privado adopte el Concejo Metropolitano será controlada por la Política Nacional, a través de sus organismos especializados, que conservará para este efecto las atribuciones contenidas en leyes especiales. Las disposiciones de este numeral no modifican las normas legales y reglamentarias que garantizan ingresos a la Policía Nacional, quien continuará percibiéndolos como lo ha hecho hasta ahora;...” (Lo subrayado es nuestro). En el mismo sentido, el Art. 2 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, establece que: “Cada municipio constituye una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio y con capacidad para realizar los actos jurídicos que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines, en la forma y condiciones que determinan la Constitución y la ley”. Así mismo, es necesario señalar el Art. 11, numeral 2 de la mentada Ley, que dice: “A la municipalidad le corresponde, cumpliendo con los fines que le son esenciales, satisfacer las necesidades colectivas del vecindario, especialmente las derivadas de la convivencia urbana cuya atención no compete a otros organismos gubernativos. Los fines esenciales del municipio, de conformidad con esta Ley, son los siguientes: 1. Procurar el bienestar material y social de la colectividad y contribuir al fomento y protección de los intereses locales; 2. Planificar e impulsar el desarrollo físico del cantón y sus áreas urbanas y rurales;...” Por esto también es importante recordar que el propio Art. 14 de la mentada ley en sus numerales 18 y 19 dice, textualmente:

“Son funciones primordiales del municipio, sin perjuicio de las demás que le atribuye esta Ley, las siguientes: ... 18a. Colaborar y coordinar con la Policía Nacional, la protección, seguridad y convivencia ciudadana; 19a. Podrá planificar, organizar y regular el tránsito y transporte terrestre, en forma directa, por concesión, autorización u otras formas de contratación administrativa, en coordinación con los organismos de tránsito competentes, de acuerdo con las necesidades de la comunidad;...” (Lo subrayado y en negrilla es nuestro) En este punto, debemos observar que la ley determina la palabra “coordinación”; y ésta significa, según la Real Academia de la Lengua Española: (Del lat. *coordinatio*, -ōnis). 1. f. Acción y efecto de coordinar. Coordinar.- (Del lat. *co*, por *cum*, con, y *ordinare*, ordenar). 2. tr. Concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común”. La acción común a la que debe llegar a concluir es que la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito, coordine justamente con los organismos de tránsito, de acuerdo con las necesidades de la sociedad; y en la especie, se verifica que el 12 de abril de 1999, el Director de la UPGT hoy EMSAT, mediante oficio No. 99-UPGT-DIR-0697 comunica al Director Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, la “posición institucional” en torno al tema, solicitando que en atención a un informe de Asesoría Jurídica de la entidad, se deje sin efecto la aplicación del citado convenio. Posteriormente. La única actitud institucional que manda la Constitución, es la de trabajar coordinadamente, es así que el Art. 119 dice: “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común...”. **SEXTA.-** Que, es necesario hacer un análisis histórico del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, publicado en el Registro Oficial No. 226, de 31 de Diciembre de 1997; específicamente el Título III, denominado: De los Rótulos y Carteles, Capítulo I, De la Publicidad Exterior y de la Señalización Vial de Tránsito; capítulo que ha sido reformado por la Ordenanza Municipal No. 96, publicada en Registro Oficial 183 de 3 de Octubre del 2003; por la Ordenanza Municipal No. 115, publicada en Registro Oficial 315 de 16 de Abril del 2004; por la Ordenanza Municipal No. 142, publicada en Registro Oficial 25 de 25 Mayo del 2005; y por último por la Ordenanza Municipal No. 186, publicada en Registro Oficial 401 de 21 de Noviembre del 2006. El Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, publicado en el Registro Oficial No. 226, de 31 de Diciembre de 1997, en su Art. II.241 decía: “PUBLICIDAD EXTERIOR.- Para los fines de este Capítulo, se entiende por publicidad exterior la que tiene por objeto difundir un mensaje publicitario en espacios públicos o en inmuebles de propiedad privada, cualquiera sea el medio material, carteles fijos o móviles, iluminados o no, que se utilicen para transmitir el mensaje”. Y, lo más importante, en la especie, lo determina el Art. II.242 que, a la letra decía: “CASOS NO COMPRENDIDOS EN ESTE CAPÍTULO.- No se considera publicidad exterior: a) Los signos o señales públicas de tráfico para la seguridad, control o información, así como los de señalización de emplazamiento de lugares de interés turístico y similares, en vías urbanas;” (Lo subrayado y en negrilla es nuestro). Es decir, se excluye expresamente por mandato de la ley, la consideración de publicidad exterior a las señales públicas. Sin embargo, posteriormente, mediante Ordenanza Municipal No. 96, publicada en Registro Oficial 183 de 3 de Octubre del 2003, se reforma este capítulo, y se

determina en el Art. II.243, que: “CASOS NO COMPRENDIDOS EN ESTE CAPÍTULO.- Las normas de este capítulo, a excepción de la disposición final primera, no son aplicables en: a) La señalización de tránsito destinada a informar, controlar, ordenar y a dar seguridad a la circulación pública de personas y vehículos en el territorio urbano y suburbano del distrito; con excepción de la señalización que cuente con auspicio de publicidad misma que se someterá a las disposiciones establecidas en el numeral 7 del Art. II.248; al literal b) del Art. II.249; y al literal b) del Art. II.250.1 de la presente ordenanza;” (Lo subrayado es nuestro). Es decir, en esta ordenanza se estipula que la señalización con publicidad exterior, debe someterse al numeral 7 del Art. II.248, del Código Municipal, que dice: “Los medios de publicidad que se instalen conjuntamente con la señalización de tránsito no podrán sobrepasar de un área equivalente al 30% del área total destinada a la información y ordenamiento de la circulación vehicular o peatonal, sujetándose a las dimensiones y alturas aprobadas en el informe técnico emitido por la Empresa Metropolitana de Servicio y Administración del Transporte (EMSAT)”, así como al literal b) del Art. II. 249, ibídem, que dispone: “La autorización de publicidad exterior en espacios públicos, será otorgada por el Comité Metropolitano de Publicidad con fines exclusivos de dotación y/o rehabilitación de espacio público y, especialmente, de dotación o rehabilitación de mobiliario urbano de beneficio para la comunidad;”; y, además, con sujeción al trámite establecido en el Art. II.250.1 de este mismo cuerpo legal, cuyo incumplimiento acarrea las sanciones establecidas en el Art. II.258. Luego, mediante Ordenanza Municipal No. 186, publicada en Registro Oficial 401 de 21 de Noviembre del 2006, -actualmente vigente-, se establece lo siguiente: “Art. II.- EXCEPCIONES A LA OBLIGACION DE PAGO DE REGALIA.- No se exigirá el pago de regalía, pero sí la Licencia de Publicidad Exterior, en el caso de que se instalen los elementos detallados a continuación: 1. La implantación de elementos de señalización de tránsito destinados a informar, controlar, ordenar y dar seguridad a la circulación pública de personas y vehículos en el territorio del Distrito Metropolitano, los que deben instalarse de conformidad con las normas nacionales e internacionales vigentes y atendiendo a las regulaciones emitidas para el efecto, por el Instituto Ecuatoriano de Normalización adoptadas por el Municipio y por la Empresa Metropolitana de Servicio y Administración del Transporte (EMSAT). Art. II.- PROHIBICIONES GENERALES.- Se prohíbe con carácter general: ... 7. La señalización de tránsito que contenga publicidad” (Lo subrayado es nuestro). Es decir, en la actualidad, se prohíbe expresamente las señales de tránsito que contengan cualquier tipo de publicidad. **SÉPTIMA.-** Que, conforme el Art. 27 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, establece que: “La Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres es un organismo del sector público con personería jurídica, presupuesto y patrimonio propios, de organización, planificación, ejecución y control de las actividades de tránsito y transporte terrestre a nivel nacional a excepción de la provincia del Guayas... Sus deberes y atribuciones, a más de los establecidos en las leyes policiales son: ... d) Planificar las actividades de tránsito y transporte terrestre en escala nacional, y ponerla en ejecución previa la aprobación del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres; r) Podrá efectuar contratos para la adquisición de los recursos materiales que servirán para planificar, controlar, supervisar,

señalizar el tránsito y transporte terrestres de acuerdo a la Ley de Contratación Pública: ...” (Lo subrayado es nuestro). Por lo tanto, la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, tiene la facultad legal para realizar contratos para la adquisición de los recursos necesarios en el tema de la señalización de tránsito. Prerrogativa ésta, que es concedida además por el Art. 10 de la misma Ley que dice: “Es función privativa del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres realizar a través de la Dirección Nacional y las Jefaturas provinciales de tránsito, la señalización de las vías urbanas del país de conformidad con los reglamentos y las normas internacionales.” (Lo subrayado es nuestro). También, lo dispone el Art. 25, literales e) y f) del Reglamento a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, que dicen: “Son atribuciones del Director Nacional de Tránsito además de las señaladas en el Art. 27 de la Ley, las siguientes: ... e) Intercambiar con entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, asistencia técnica para la organización, planificación, ejecución y control de las actividades de tránsito y transporte terrestres, previa autorización del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres; f) Celebrar convenios con entidades públicas o privadas relacionados con las Campañas de Educación Vial y prevención de infracciones con sujeción a la Ley de Contratación Pública, previa autorización del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres”. Además, de acuerdo con la Resolución No.1 publicada en el Registro Oficial No. 258 de 6 marzo del 2002, se expide el Reglamento de Transferencia de Tránsito a los Municipios; transferencia ésta que no contempla la señalización de vías en las ciudades a nivel nacional. Por lo cual, esta Sala concluye que la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, esta legal y debidamente facultada para celebrar los contratos que estime necesarios en torno al tema del tránsito y transporte terrestre, sujetándose a la Ley de Contratación Pública. **OCTAVA.-** Que, una vez determinado la normativa existente, es indispensable para esta Sala tomar en cuenta el contrato celebrado entre la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres y el peticionario. En los antecedentes que se presentan antes de la celebración del mismo, consta el oficio No. 2002-500-DIT-DNT, de 11 de julio del 2002, del Departamento de Ingeniería de la Dirección Nacional de Tránsito, mediante el cual emite el informe técnico para el diseño, fabricación, colocación y mantenimiento de señales informativas de tránsito en las ciudades a nivel nacional, a excepción de la Provincia del Guayas. Así mismo, consta el Informe Jurídico No. 2002-415-AJ-DNT, de 30 de julio del 2002, del Departamento de Asesoría Jurídica, mediante el cual emite el informe correspondiente para la celebración del convenio referido. Posteriormente la Dirección Nacional de Tránsito, el 6 de agosto del 2002, solicita al Directorio del Consejo Nacional de Tránsito la autorización para la renovación del convenio con el peticionario. Con estos antecedentes, se procede a firmar el convenio el 12 de noviembre del 2002. Es importante determinar que el objeto de este contrato es el de diseñar, fabricar, colocar y mantener las señales informativas de tránsito, y en cuanto a la técnica se dispone que se debe observar las disposiciones constantes en el Reglamento Técnico de Señalización Vial, Parte I, Descripción y Uso de Dispositivos Elementales de Control de Tránsito, aprobado mediante Norma Técnica No. RTE INEN 4: 2002; y en coordinación con la División de Ingeniería de Tránsito de dicha Dirección. En cuanto al plazo es de cinco años, contados a partir de su celebración y en cuanto a su terminación en la cláusula sexta establece

que: “Además de lo establecido en las disposiciones legales pertinentes, la Dirección Nacional de Tránsito podrá dar por terminado el presente convenio, sin necesidad de recurrir a juez alguno, por las razones siguientes: ... b) En caso de que el señor Luis Alberto Reinberg Froment colocare en las señales, publicidad no autorizada por Departamento de Ingeniería y Dirección Nacional de Tránsito”. Al respecto, es necesario, señalar el Art. 249 de la Constitución que dice: “Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.” Sin entrar a analizar la naturaleza del contrato puesto que no es competencia de este Tribunal, si hay que observar que al momento de suscribirse este convenio, se encontraba vigente el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, publicado en el Registro Oficial No. 226, de 31 de Diciembre de 1997, en su Art. II.241 decía: “**PUBLICIDAD EXTERIOR.- Para los fines de este Capítulo, se entiende por publicidad exterior la que tiene por objeto difundir un mensaje publicitario en espacios públicos o en inmuebles de propiedad privada, cualquiera sea el medio material, carteles fijos o móviles, iluminados o no, que se utilicen para transmitir el mensaje**”. Y, lo más importante, en la especie, lo determina el Art. II.242 que, a la letra decía: “**CASOS NO COMPRENDIDOS EN ESTE CAPÍTULO.- No se considera publicidad exterior: a) Los signos o señales públicas de tráfico para la seguridad, control o información, así como los de señalización de emplazamiento de lugares de interés turístico y similares, en vías urbanas;” (Lo subrayado y en negrillas es nuestro). Es decir, a la fecha de la suscripción del convenio, las señales de tránsito establecidas por el accionante estaban exentas del control que se hacía a la publicidad exterior, y por ende, la norma que se expide posteriormente, es decir, la Ordenanza Municipal No. 96, publicada en Registro Oficial 183 de 3 de Octubre del 2003, pretende obligar a que cumpla con las nuevas condiciones establecidas en el numeral 7 del Art. II.248; al literal b) del Art. II.249; y al literal b) del Art. II.250.1 de la misma ordenanza. Cabe señalar que la técnica utilizada para la implementación de las señales viales es la establecida por Reglamento Técnico de Señalización Vial, Parte I, Descripción y Uso de Dispositivos Elementales de Control de Tránsito, aprobado mediante Norma Técnica No. RTE INEN 4: 2002. Así mismo, esta Sala observa que en ningún momento la Dirección Nacional de Tránsito ha terminado el contrato unilateralmente mediante la cláusula sexta literal b) del convenio mentado; mas bien todo lo contrario, mediante oficio No. 2006-2002-DNT de 25 de septiembre de 2006, de fs. 86 a 89, consta que el Director Nacional de Tránsito solicita al Municipio de Quito se respete el convenio celebrado y toma la iniciativa de realizar reuniones periódicas a fin de llegar a cumplir con la coordinación que habla la Constitución y las leyes. **NOVENA.-** Que, el Art. 23 numeral 26 de la Constitución establece que: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ... 26. La seguridad jurídica.” A este respecto debemos establecer que la seguridad jurídica es el**

contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales, por lo tanto inevitablemente nace una expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Por esto, es indispensable que las decisiones de los actores políticos de un verdadero Estado de Derecho, se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad. La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (*de securus*) que, significa estar libre de cuidados. En sentido amplio, la palabra, seguridad indica la situación de estar alguien seguro frente a un peligro. Es por esto que el principio de irretroactividad es una expresión del valor de seguridad jurídica, y en nuestro ordenamiento constitucional el principio de la irretroactividad se entiende como un planteamiento básico de la organización jurídica del Estado, pues la seguridad de los ciudadanos y la propia equidad, exigen que las situaciones creadas al amparo de la anterior norma se conserven o, al menos, que los derechos adquiridos se mantengan y respeten a pesar de que la nueva norma no prevea derechos semejantes para el futuro. Es decir, que las normas no tienen efecto alguno en situaciones ocurridas antes de su promulgación salvo que en ellas se disponga lo contrario, y en la especie el convenio fue suscrito en base a las normas existentes al 31 de octubre del 2002, es decir con el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, publicado en el Registro Oficial No. 226, de 31 de Diciembre de 1997, en el cual nada decía respecto del objeto del Convenio. Con las Resoluciones materia de este amparo, se violó el derecho a la seguridad jurídica, puesto que el contrato, si bien es entre las dos partes, un tercero no puede alegar que por causa de una nueva norma, se puede cambiar el contenido y forma de algo suscrito con anterioridad a la promulgación de la nueva ordenanza; más aun tomando en cuenta que con la última ordenanza se prohíbe este tipo de señalizaciones con publicidad. Por esto estamos de acuerdo con lo manifestado por el profesor Portalis, al decir que “*Allí donde se admite la retroactividad de las leyes, no sólo dejara de existir la seguridad, sino incluso su sombra.*” **DECIMA.-** Que, la acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que presten servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **DECIMA PRIMERA.-** Que, un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado en el presente caso de los acumulados, no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto. Por las consideraciones que anteceden, la Sala, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

1.- Revocar las resoluciones adoptadas por la Primera y Segunda Salas del Tribunal Contencioso Administrativo de Quito, y en consecuencia conceder el amparo solicitado por Luis Alberto Reinberg Froment, y dejando sin efecto las Resoluciones Nos.: 320-2005, 321-2005, 323-2005, 328-2005, 385-2005, 389-2005, 391-2005, 404-2005, 412-2005, 417-2005, 419-2005, 451-2005, 457-2005, 458-2005, 462-2005, 466-2005, 467-2005, y 614-2005, emitidas por la Alcaldía Metropolitana de Quito; 2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; *NOTIFIQUESE* y *PUBLIQUESE*.-

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los treinta días del mes de agosto del año dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Dr. Robert Córdova, Secretario encargado Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretario de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- SEGUNDA SALA.- Quito, D. M., a 18 de septiembre del 2007.- **VISTOS.-** Agréguese a los autos el escrito presentado ante esta Magistratura, por el señor General (r) Paco Moncayo Gallegos, Alcalde Metropolitano de Quito y el Dr. Carlos Jaramillo Díaz, Procurador Metropolitano de Quito, el 05 de septiembre de 2007, a las 16h20, por medio del cual solicitan ampliación y aclaración de la Resolución No. 0279-06-RA, emitida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el 30 de agosto de 2007 y notificada a las partes el 31 de agosto del mismo año, se **CONSIDERA:** La ampliación de una resolución procede cuando en ella no se hubieren resuelto todos los puntos sometidos a consideración del Tribunal; y, la aclaración cuando en el análisis existiesen puntos oscuros que dificulten su comprensión. En la especie, la Resolución antes citada es clara y completa por lo que no amerita pronunciamiento al respecto. En tal virtud, esta Magistratura niega el pedido formulado por el señor General (r) Paco Moncayo Gallegos, Alcalde Metropolitano de Quito y el Dr. Carlos Jaramillo Díaz, Procurador Metropolitano de Quito.- **NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.-**

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Presidenta (E) Segunda Sala.

f.) Dr. Luis Jaramillo Gavilanes, Vocal Alterno Segunda Sala.

f.) Dr. Diego Pazmiño Olgún, Vocal Alterno Segunda Sala.

Lo certifico.- Quito, D.M. 18 de septiembre del 2007.

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0674-2006-RA

CASO No. 0674-2006-RA

**SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ANTECEDENTES:

Dra. Sandra Celenita Gamboa Escobar, deduce acción de amparo constitucional en contra del Director Provincial de Salud de Tungurahua para impugnar la Acción de Personal No. 2006-069-GRH-DPST de 2 de Mayo del 2006, mediante la cual, se procede a dar por terminado el nombramiento provisional del Puesto Profesional 3 4HD-Asesoría Jurídica y agradecerle los servicios prestados a la Institución; ante el Juez Segundo de lo Civil de Tungurahua, en los siguientes términos: Mediante Acción de Personal No. 2005-040-GRH-DPST de 31 de Mayo del 2005, suscrito por la Ing. Alicia Sánchez B., Profesional 5 Coordinadora de Recursos Humanos y Dr. Gerardo Zumbana López, se emite el nombramiento provisional a la recurrente para que se desempeñe en la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua, en la Asesoría Jurídica con el puesto de Profesional 3 4hd. La codificación de la LOSCCA en su artículo 18 establece las clases de nombramientos: Regulares y Provisionales. El artículo 25 literal a) establece el derecho a gozar de estabilidad, luego del período de prueba, salvo lo dispuesto en la Ley. El artículo 74 ibídem, determina que los servidores públicos de nuevo nombramiento estarán sujetos a un período de prueba de seis meses durante el cual, el jefe inmediato podrá solicitar a la autoridad correspondiente la cesación de sus funciones del servidor escogido, sin más trámite, si en una evaluación técnica objetiva de sus servicios aprobada por la unidad de administración de recursos humanos, se determina que no califica para el desempeño del puesto. Manifiesta que dicha evaluación fue efectuada con resultado excelente. El artículo 48 de la Codificación de la LOSCCA establece que las causales para el cese de sus funciones de los servidores públicos entre las que cuenta la "renuncia formalmente presentada", por lo que pone de manifiesto que en una fotocopia simple de documento "cuyo original no existe" y que ha sido obtenido por medios fraudulentos no constituye elemento de prueba, mucho menos cuando consta de otro, la no aceptación por parte de autoridad competente, como lo demostrará en el momento legal oportuno. El artículo 92 establece taxativamente a los servidores públicos excluidos de la carrera administrativa, mientras que el artículo 93 del mismo cuerpo legal identifica a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción. De lo expuesto, concluye que tal nombramiento provisional ya no existe, al haber transcurrido el período de prueba de seis meses establecido en la LOSCCA y su reglamento, éste tácitamente se convierte en regular al no haberse dado por terminado el nombramiento provisional oportunamente. Con este antecedente debió darse el trámite establecido en la LOSCCA, para la cesación de funciones; es decir el trámite correspondiente donde pueda presentar pruebas de descargo; adicionalmente, la resolución de terminación del nombramiento provisional, no es motivado, por lo que se viola los numerales 26 y 27 del artículo 23; numerales 10, 12, 13 y 17 del artículo 24 de la Constitución

Política. Solicita se deje sin efecto la cesación de funciones impuesta mediante Acción de Personal No. 2006-069-GRH-DPST de 2 de Mayo del 2006. En la audiencia pública llevada a efecto en el Juzgado Segundo de lo Civil de Tungurahua, la parte recurrida en lo principal alega falta de derecho de la actora para presentar esta acción al no reunir los requisitos exigidos en el artículo 95 y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. En el escrito presentado por la recurrente claramente reconoce que desempeñaba un cargo provisional, esto es que en cualquier momento se podía dar por terminada dicha provisionalidad, que es lo contrario a definitivo, que es lo que se gana mediante concurso o examen, porque así dispone el artículo 124 de la Constitución. Alega y confunde la recurrente como ilegitimidad del acto con ilegalidad e inconstitucionalidad, esto no es materia de amparo, ya que para ello existen las vías correspondientes. La acción de amparo no reemplaza las acciones que alega la recurrente, razón por la cual debe ser rechazado. Por otro lado, no se ha justificado conforme a derecho la existencia del acto u omisión administrativa ilegítima con pruebas o documentos públicos, debidamente certificados, así como tampoco consta la declaratoria de que el acto administrativo es ilegal o nulo, por lo que debe ser declarado por autoridad competente. Alega ilegitimidad de personería pues la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua no es persona jurídica en cuyo caso debió contarse con el Procurador General del Estado. La recurrente no cumple con otro requisito del amparo al no determinar cual daño le causa, ni se ha transgredido ninguna garantía constitucional pues sigue siendo una profesional que puede trabajar y ese derecho no ha sido afectado; al haberse dado por terminado su contrato provisional debe desistirse de este indebido e ilegal recurso de amparo en tanto no goza de la garantía de estabilidad determinada en el artículo 124 de la Constitución pues no ingresó como lo dispone el artículo 71 de la LOSCCA. Solicita se rechace la acción planteada. El Juez Segundo de lo Civil de Tungurahua resuelve declarar sin lugar la acción de amparo. Decisión que es apelada para ante este Tribunal. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver, se realizan las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República; y, 12 numeral 3, y 62 de la Ley Orgánica de Control Constitucional; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** Por cuanto la acción de amparo constitucional se orienta a garantizar los derechos de las personas, es indispensable que quien interponga una demanda de amparo justifique el derecho que considera vulnerado o que podría ser vulnerado por un acto ilegítimo de autoridad, derecho que por otra parte, en principio, debe corresponder a aquellos de carácter subjetivo reconocidos constitucionalmente o en instrumentos internacionales, pudiendo, en otros casos, ser de carácter colectivo, comunitario o difuso; **CUARTA.-** Que, es pretensión de la recurrente, se deje sin efecto la Acción de Personal No. 2006-069-GRH-DPST de 2 de Mayo del 2006, suscrita por el Director Provincial de Salud de Tungurahua, mediante la cual se cesa en sus funciones de Profesional 3 4HD, de la Asesoría Jurídica de la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua; **QUINTA.-** Que, el artículo 19 de la Ley de

Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, establece dos clases de nombramientos en virtud de los cuales se ejerce la función pública, esto es, regulares y provisionales; estos últimos a su vez, proceden respecto de cuatro eventualidades: a) En caso de ingreso a la función pública, cumplimiento un período de prueba; b) Para ocupar un puesto de un servidor suspendido o destituido; c) Para llenar el puesto de un servidor ascendido o trasladado; d) Para desempeñar las funciones de un servidor en licencia sin remuneración. **SEXTA.-** Que, en los tres últimos casos, la situación de provisionalidad, evidentemente se ha establecido para poder garantizar que el servidor que ocupaba anteriormente el puesto, pueda volver a ocuparlo, bajo determinadas condiciones: Como cuando la suspensión o destitución hayan sido declaradas nulas por el Tribunal o Juez competente, conforme prevé el artículo 46 de la Ley en comento; si el servidor no es apto para el ascenso; y cuando concluya la licencia de un funcionario. **SEPTIMA.-** Que, en tanto que, en el primer caso, es decir para aquellos trabajadores que se encuentran cumpliendo el período de prueba, el artículo 75 de la LOSCCA establece que el referido período será de 6 meses, durante el cual el Jefe inmediato puede solicitar a la autoridad correspondiente la cesación de funciones del servidor, a cuyo efecto debe proceder una evaluación técnica y objetiva de sus servicios aprobada por la unidad de administración de recursos humanos en la que se determine que no califica para el desempeño del puesto; lo cual significa que se encuentra debidamente comprobado que el servidor del nuevo nombramiento no es apto para desempeñar las funciones para las que, precisamente, se encontraba en período de prueba. Si no se ha presentado esta situación, es decir, si el trabajador ha superado este período, se supone que ha demostrado la aptitud necesaria y se encuentra calificado para desempeñar las funciones, sin más requisitos pasa a gozar de la garantía de estabilidad que establece el artículo 124 de la Constitución Política de la República; excepto lógicamente, si incurriese en las causas por las que deba ser separado de la institución pública en que preste servicios, previo el respectivo sumario administrativo, conforme determina el artículo 46 de la referida Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa LOSCCA. **OCTAVA.-** Que, un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por autoridad que no tiene competencia para ello, o teniendo competencia no ha observado los procedimientos determinados en el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o se ha dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o la debida motivación. **NOVENA.-** Que, en la especie, el nombramiento otorgando a la demandante, evidentemente, corresponde a aquellos concedidos a servidores de nuevo nombramiento, sujeto a un período de prueba, pues, de haber sido emitido para los otros casos previstos, obviamente debería constar en el nombramiento, lo cual en la especie, no ocurre. Por lo tanto, es claro que la provisionalidad que consta en el texto del nombramiento otorgado a la compareciente de 31 de Mayo del 2005, en virtud de las consideraciones expuestas dejó de ser tal, pasando como es obvio a ser un “nombramiento regular” y con ello, la situación jurídica, también cambió; ante cuyo caso, las autoridades de la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua estaban en la obligación de observar y por lo tanto actuar conforme el mandato del ordenamiento jurídico afín con la materia. El numeral 27 del artículo 23 de la Constitución Política garantiza el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; mientras que los numerales

10 y 13 del artículo 24 ibídem., establecen el derecho legítimo a la defensa y que las resoluciones de los poderes públicos que afectan a las personas deben ser motivadas. Del estudio y revisión de las piezas procesales que se adjuntan al proceso se determina la inexistencia tanto de causal de destitución en los términos del artículo 50 de la LOSCCA cuanto del respectivo sumario administrativo en el cual la compareciente pudo haber ejercitado su legítimo derecho a la defensa y por consiguiente carece de la debida motivación, configurándose por tanto la violación a las normas constitucionales antes invocadas. **DECIMA.-** Que, por otro lado, si bien es verdad, del expediente (Fojas 72) aparece el oficio No. 02-2006-AJ-DPST, (sin fecha), mediante el cual, la compareciente habría presentado su renuncia al cargo de Asesora Jurídica DPST; no es menos cierto, que también obra del expediente (Fojas 25) el Oficio No. 2006-DPST-537 de 24 de Abril del 2006, mediante el cual, el Director Provincial de Salud de Tungurahua, expresamente señala: *“Doy por conocido el documento por usted presentado en el que renuncia al cargo de Asesora Jurídica, misma que no es aceptada por la eficiencia demostrada en el cumplimiento de sus funciones y servicios profesionales como Asesora Jurídica de esta Dirección; por lo que seguirá desempeñando tales funciones, para lo que mediante memorando No. 2006-DPST-097, dirigido a la Coordinadora del Proceso de Recursos Humanos he dispuesto se proceda inmediatamente a otorgar nombramiento regular a su favor”*. De lo que se establece, que no solo fue rechazada la renuncia, sino que también existió una disposición emanada por la autoridad nominadora para que se le otorgue el nombramiento regular, todo esto, en el mes de Abril del 2006; de manera que mal hacen las autoridades de la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua en pretender utilizar tal documento como que este hubiese sido presentado el “2 de Mayo del 2006” asunto que no ha sido probado y más grave aún, que el Juez de instancia, asuma como cierto algo que evidentemente no corresponde a la verdad; ocasionando a la recurrente un inminente daño grave, en la medida de que se la limita a seguir ejerciendo las funciones de las que inclusive ha merecido un reconocimiento por su buen desempeño. Por lo tanto, el acto mediante el cual, se procede a dar por terminado el nombramiento provisional, a más de ilegal, es ilegítimo, claramente violatorio de los derechos y garantías referidos en la demanda y que ocasionan a no dudarle un inminente daño grave a la recurrente. Por lo expresado, la acción propuesta reúne los requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. La Segunda Sala en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1.- Revocar la decisión del Juez Segundo de lo Civil de Tungurahua; y, en consecuencia, conceder el amparo solicitado por la Dra. Sandra Gamboa E.; y, **2.-** Devolver el expediente para los fines de Ley.- NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

RAZON: Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los dieciséis días del mes de agosto del año dos mil siete.- Lo certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Expediente No. 0674-2006-RA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- SEGUNDA SALA.- VISTOS.- Agréguese al expediente No. 0674-2006-RA el escrito presentado por la Dra. Sandra Gamboa Escobar, que básicamente solicita: *“...ampliar su resolución ordenando la restitución de la accionante DRA. SANDRA CELENITA GAMBOA ESCOBAR, a su cargo de ASESORA JURÍDICA DE LA DIRECCION PROVINCIAL DE SALUD DE TUNGURAHUA, y el resarcimiento económico, para dar cumplimiento a la norma constitucional y al espíritu mismo de la acción de amparo; puesto que en la forma como se encuentra tal resolución es inejecutable, pues no se repara el daño causado como un acto administrativo ilegal e ilegítimo de Autoridad Pública.* Al respecto, la Sala **CONSIDERA:** Al establecerse la ilegitimidad del acto singularizado en la Acción de Personal No. 2006-069-GRH-DPST de 2 de Mayo del 2006, mediante la cual, se procede a dar por terminado el nombramiento provisional de la recurrente; lo lógico y procedente es suponer que se suspendió los efectos de aquel acto, restituyéndole a la afectada sus derechos vulnerados, con efecto retroactivo. Por lo tanto, corresponde al Juez de instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Control Constitucional ejecutar la Resolución, debiendo para el efecto disponer la restitución a la recurrente al puesto de Profesional 3 4HD- Asesoría Jurídica de la Dirección Provincial de Salud de Tungurahua y ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo separada del cargo. De este modo, se atiende el pedido de aclaración solicitado- NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE-

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

Lo certifico: Quito, D.M., 29 de Agosto del 2007.

f.) Dr. Robert Córdova C., Secretario (E).

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 1010-2006-RA

Magistrada Ponente: Dra. Nina Pacari Vega

**LA SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el caso signado con el **No. 1010-2006-RA**

ANTECEDENTES:

JOHN OSWALDO PLAZA GARAY, Secretario General y representante legal del Comité de Empresa de Trabajadores de Petroecuador "CETAPE", por derecho propio y por los que representa, amparado por los Arts. 18, 272, 273 y 95 de nuestra Carta Magna y 46 y mas pertinentes de la Ley de Control Constitucional comparece ante el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito e interpone acción de amparo constitucional en contra del Ing. Hugo Hernán Bonilla Moyano, Presidente Ejecutivo de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador "PETROECUADOR", mediante la cual solicita se proceda a reliquidar y pagar la diferencia existente entre lo que la Empresa pagó y lo que debía pagar por concepto de trabajo realizado en horas suplementarias y extraordinarias de labor. En lo principal manifiesta el accionante que durante muchos años a los trabajadores de PETROECUADOR se les ha pagado por cada hora suplementaria y extraordinaria de labor 1/240 de la remuneración nominal, forma de pago que además de errónea es inconstitucional, ilegal, injusta, contraria a la lógica y a las matemáticas elementales, ya que se les debió pagar el 1/160 de esa remuneración; el hecho del imprescindible trabajo en horas suplementarias y extraordinarias está en que por las características de PETROECUADOR las actividades petroleras no pueden paralizarse nunca, por eso siempre han laborado horas suplementarias y extraordinarias, para cubrir los requerimientos de la Empresa, la misma que, en vez de calcular por el divisor 240, para pagar horas extras a sus trabajadores, debía calcular por el divisor 160. Quienes sostienen que cada hora extraordinaria debe utilizar el divisor 240 aplican su punto de vista en base a la siguiente explicación: El mes tiene 30 días y como se trabaja 8 horas al día, debe multiplicarse los 30 días por 8 horas diarias de labor, multiplicación que da por resultado 240. Ejemplo: Si un obrero gana 240 dólares al mes, en este caso le abonarían, por cada hora de labor adicional al establecido por ley, como base, **un dólar por hora**, al dividir el monto mensual o remuneración para 240 horas teóricas de labor. En el segundo caso, el de la justicia, la ley y las matemáticas, los trabajadores sostenemos que si en el mes existen cuatro semanas se dispondría de 160 horas reales de labor al mes, por lo que en verdad el monto de la remuneración mensual, para calcular la hora de trabajo, debe dividirse para 160 y en ningún caso para los 240, pues los sábados y domingos son de descanso obligatorio y la ley ordena que la jornada laboral será de solo 40 horas. Si un obrero gana 240 dólares al mes, cada hora extra debería ser pagada en **1,5 dólares la hora**; que resulta al dividir 240 del monto de la remuneración mensual para 160 horas reales de labor. Esta demostración matemática evidencia que por cada hora adicional de trabajo, cuando se utiliza el divisor 240 se perjudica a los obreros en el 50% del monto al que tienen derecho por cada hora de labor suplementaria o extraordinaria. Manifiesta que al constatar que los trabajadores han sido víctimas de procedimientos erróneos, inconstitucionales, ilegales y de lamentable despojo a sus ingresos, como es el caso de negar la Empresa el pago completo de las horas extras ya laboradas, que constituyen parte componente de su remuneración, razón por la que los trabajadores han decidido pedir la estricta aplicación del Art. 35 de la Carta Magna, sobre todo los numerales 3, 4 y 7, que establece el carácter inembargable de las remuneraciones y transgrede la garantía dispuesta en el numeral 17 del Art. 23 de la misma Carta Magna. Suponer

que se laboran los 7 días a 8 horas diarias significaría que a la semana no se trabajarían 40 sino 56 horas, contradiciendo de manera expresa lo determinado en el Código del Trabajo. Sostiene que pretender calcular que se laboran 30 días al mes, sin descanso ni un solo día de la semana, es un atentado no solo a la salud de los trabajadores sino a las matemáticas, al Código del Trabajo y a la Constitución de la República. Esta errónea base demuestra lo absurdo e injusto de utilizar el divisor 240. Por todo lo dicho, frente al proceder inconstitucional, según expresa el recurrente, al retener parte de sus remuneraciones (horas extras) por varios años, en atención a los antecedentes jurídicos y de hecho, así como por las razones de carácter constitucional y legal, así como de orden matemático y lógico, en base a las garantías constitucionales determinadas en los Arts. 95 y 35 de la misma Constitución, sobre todo, de este último en sus numerales 3, 4, 6, 7 y 14, en concordancia con lo determinado en los Arts. 273, 272, 97 numeral 1 y 18 de la misma Constitución, solicitan el pago constitucional y legal de toda la remuneración de todos los trabajadores reembolsándoles a la brevedad la diferencia de la parte de la remuneración no pagada por los horas extraordinarias y suplementarias que ya han laborado los trabajadores del Comité de Empresa de Trabajadores de PETROECUADOR "CETAPE", durante los últimos diez años, considerando además los sobrecargos por el tipo de horario legal. Manifiesta que, los trabajadores de PETROECUADOR, en razón de la reiterada negativa patronal al pago real que corresponde por este concepto, han reclamado el cumplimiento de sus derechos a través del Ministerio de Trabajo, del Tribunal Constitucional y de varios juzgados laborales que han reconocido esos derechos. En el día y hora señalados se ha llevado a cabo la audiencia pública a la que han comparecido las partes; la accionante ha incorporado 4 fotocopias del Registro Oficial No. 550 de 8 de Abril del 2002. La parte accionada ha comparecido a través de su abogado, ofreciendo poder y ratificación a nombre del Presidente de PETRO ECUADOR; las partes con posterioridad han presentado sus escritos en defensa de sus intereses. En el Informe en Derecho presentado por el abogado de la Empresa de Petróleos del Ecuador, al contestar el recurso, manifiesta: "*PETROECUADOR, en aplicación a lo dispuesto por el Art. 53 del Código del Trabajo, ha pagado a los trabajadores el descanso semanal forzoso, es decir, la remuneración se lo paga como si fuera 30 días efectivos de labor, por tanto, las horas extraordinarias y suplementarias se han hecho sobre esta base; de ahí que resulta alejado de la verdad el argumento de que se le ha despojado al trabajador de parte alguna de su remuneración. Expresa que el actor en el numeral 1 de su demanda afirma que durante muchos años los trabajadores han sido pagados por cada hora extraordinaria de labor desarrollada, del siguiente modo: por cada hora extraordinaria y suplementaria les han reconocido el 1/240 de la remuneración. El actor repite un supuesto proceder institucional al efectuar la forma de pago antes descrita, y pide que se ordene el pago constitucional y legal de toda la remuneración durante los últimos diez años, considerando además los sobrecargos por el tipo de horario legal. En el último acápite reitera que el cálculo erróneo ha conllevado a que en varios años se produzca una retención indebida de una parte de las remuneraciones. De lo expuesto concluye que el recurso de amparo propuesto no cumple con los tres precedentes fundamentales para su validez, esto es que la existencia de un acto ilegítimo de autoridad pública, que esté violentando los derechos subjetivos de las personas afectadas y que*

requieren de una inmediata remediación. Además expresa que en el presente caso, el actor no ha señalado cuál es el acto administrativo violatorio de los derechos subjetivos de los trabajadores y, por el contrario se refiere a que desde hace diez años no se ha pagado las horas suplementarias y extraordinarias completas por lo que no puede hablarse de la inminencia del daño. Finalmente, puntualiza que el señor John Plaza Garay no ostenta la calidad de Secretario General del Comité de Empresa de Trabajadores de PETROECUADOR-CETAPE al haber terminado su relación con PETROECUADOR, mediante resolución de Visto Bueno y no por despido intempestivo conforme el Art. 187 del Código del Trabajo; por lo que plantea las excepciones siguientes: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; 2) Ilegitimidad de personería activa por cuanto el actor no ostenta la calidad en que comparece, lo que se halla ratificado en el Oficio No. C-259-DRTQ de 9 de diciembre de 2003 de la Directora Regional del Trabajo y Mediación Laboral de Quito; 3) Improcedencia de la acción ya que PETROECUADOR jamás ha despojado de ninguna parte de la remuneración a los trabajadores; y, 4) Incompetencia del Tribunal para conocer este tipo de reclamos, por no ser el amparo constitucional la vía más idónea. En el día y hora señalados se ha llevado a cabo la audiencia pública a la que han comparecido las partes y en la que la accionante ha incorporado 4 fotocopias del Registro Oficial No. 550 de 8 de Abril del 2002. La Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, con el voto salvado del Dr. Patricio Secaira Durango, ha resuelto inadmitir la acción planteada; causa que por apelación del recurrente, y previo sorteo de ley, viene a conocimiento de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional. Con estos antecedentes, la Segunda Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- La Segunda Sala, conforme al mandato de los Arts. 276 (numeral 7) y 95 de la Constitución Política vigente, en concordancia con el Art. 46 de la Ley de Control Constitucional, es competente para conocer y resolver sobre la presente causa. **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez. **TERCERA.-** La legitimidad activa del recurrente se halla debidamente acreditada a fojas 120, mediante certificación conferida por la Sección de Documentación y Archivo del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos expedida el 22 de febrero de 2005. **CUARTA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole 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 se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **QUINTA.-** Es indudable que, por la índole del servicio que presta y la actividad propia que desarrolla PETROECUADOR, no puede suspender nunca sus actividades; por tanto, si las labores normales de sus trabajadores en horario habitual no son suficientes para cumplir esta misión, deberá requerir siempre del trabajo realizado en horas extraordinarias y/o suplementarias adicionales a las 40 determinadas por semana en el Código del Trabajo. Se evidencia que los trabajadores de

PETROECUADOR, al constatar que, a su juicio, han sido víctimas de procedimientos erróneos, como aquellos del empleador de calcular el pago de las horas extras tomando en cuenta que el mes tiene treinta días y como se trabaja ocho horas diarias se multiplican estos factores para dar como resultado 240 horas mensuales, base sobre la cual se pagan las horas extraordinarias y suplementarias, cuando mas bien hay que considerar que en el mes hay cuatro semanas, en cada una de las cuales se labora 40 horas; por lo que multiplicando los factores el resultado es el de 160 horas mensuales, base sobre la cual debe hacerse el efectivo cálculo para pagar las horas suplementarias y extraordinarias. La Constitución garantiza en el Art. 35 (numerales 3, 4, 6 y 7) los derechos reconocidos a los trabajadores y la ley los protege; los trabajadores de PETROECUADOR, en razón de la reiterada negativa patronal al pago real que corresponde por este concepto, han reclamado el cumplimiento de sus derechos a través del Ministerio de Trabajo, de este Tribunal Constitucional y de varios juzgados laborales que los han reconocido sin dilaciones. A lo anterior se agrega que, por mandato del Art. 47 del Código Laboral, la jornada máxima de trabajo semanal es de 40 hora, debiendo pagarse con recargo el trabajo realizado en horas suplementarias y extraordinarias; es decir, el trabajo que exceda el máximo semanal; pues, no es dable suponer que el trabajador labora 8 horas diarias durante siete días, en cuyo caso el resultado sería de 56 semanales que es el rubro sobre el cual calcula el empleador. Se debe tener en cuenta que el mismo Código del Trabajo estipula en su Art. 50 que los sábados y domingos son de descanso obligatorio; y, excepcionando el caso de que si en razón de las circunstancias no pudiese suspenderse el trabajo en esos días, se designará un tiempo igual de la semana para el descanso; con lo cual se obtiene: 52 semanas del año x 2 (días sábados y domingos) dan 104 días anuales, a los que tienen que sumarse los días festivos; disponiendo el numeral 1 del Art. 42 del Código del Trabajo que es obligación del empleador el pago de los valores que corresponda al trabajador en los términos del contrato y conforme al Código Laboral. El numeral 6 del Art. 35 de la Constitución garantiza que, en materia laboral, los casos de duda sobre las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, se aplicarán en el sentido mas favorable a los trabajadores; mientras que los numerales 3 y 4 del mismo Art. 35 de nuestra Constitución, consagran la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores y el Estado adoptará medidas para su ampliación y mejoramiento. Atento el Art. 50 del Código del Trabajo, las horas extraordinarias y suplementarias forman parte de la remuneración, que es derecho consagrado en el numeral 14 del Art. 35 de la Constitución y que el Art. 55 del Código Laboral dispone la forma de cálculo de tales horas. **SEXTA.** El Pleno de este mismo Tribunal Constitucional conoció y resolvió en idéntico caso la acción de amparo constitucional propuesta por el señor Gil Pioquinto Estacio Torres, Secretario General y Representante Legal de los Trabajadores de la Refinería Estatal de Esmeraldas (CETRAPIN), aceptando el amparo, como consta en la Resolución No. 1000-2001-RA publicada en el Registro Oficial No. 550 de 8 de Abril del 2002. Por lo expuesto, en ejercicio de sus atribuciones, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO.- Revocar la resolución expedida el 2 de marzo de 2005 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de

lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, conceder el amparo solicitado. SEGUNDO.- Devolver el expediente al Tribunal de instancia para los fines legales consiguientes.- **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.-**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los dieciséis días del mes de agosto del año 2007.- **LO CERTIFICO.-**

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 1337-2006-RA

Magistrada ponente: Dra. Nina Pacari Vega

CASO No. 1337-2006-RA

SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTECEDENTES:

Juan Carlos Pazmiño Gómez, de profesión Oficial Superior, Militar en servicio activo con el grado de Mayor de Caballería de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, con domicilio en esta ciudad de Quito, pero por su profesión con residencia transitoria en la Parroquia Tiputíne del Cantón Aguarico, Provincia de Orellana, por sus propios derechos comparece ante el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha para proponer acción de amparo constitucional en contra del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, cuyo representante legal es el General de División Oswaldo Jarrín Román, Ministro de Defensa Nacional, en los siguientes términos: Expresa que en cumplimiento de la disposición de la Comandancia General de la Fuerza Terrestre, que se publicó en la Orden General No. 145 de 5 de Agosto del 2005, fue tomado en cuenta para poder ingresar como alumno de la Academia de Guerra del Ejército, toda vez que, la invitación fue para los oficiales que ostentaban el Grado de Mayor del Ejército. En la lista de aspirantes constaba la del compareciente, por lo que fue objeto de felicitaciones por parte de directivos y profesores de dicha Academia, a lo que se acompañó la metodología de estudios a distancia y una eteroevaluación. Posteriormente, con fecha 26 de septiembre del 2005, mediante Memorando No. 2005-222-E-1-KO-COSFT-SIR, sin fecha, se le notifica que el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, en sesión llevada a cabo el 11 de Septiembre del 2005, resolvió no considerarle como candidato a alumno a la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre, por cuanto se encuentra incurso en la causal determinada en el artículo 91 literal i) del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre que dice: (haber reprobado un curso militar reconocido por la Fuerza realizado en el país o en el exterior durante su carrera militar, excepto por causa de fuerza mayor debidamente probadas). Una vez notificado con la Resolución, fundamentado en el artículo 110 del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre presentó el reclamo correspondiente; sin embargo, el Consejo de Oficiales en sesión de 25 de Octubre del 2005, resolvió

negarle su apelación, ante lo cual y en cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias interpuso recurso de apelación ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas el cual mediante resolución No. CSFA-2006-006 de 7 de Junio del 2006, resuelve declararle como no idóneo para ser alumno de la Academia de Guerra, por considerar que se encontraba incurso en la causal prescrita en el literal i) del artículo 91 del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre, sin que en momento alguno se explique la pertinencia de la aplicación de la norma reglamentaria, por lo que carece de motivación disposición contenida en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política. Así mismo, analizada la resolución asegura tener la certeza de que el antecedente de la misma se refiere a un curso de promoción para el ascenso de Subteniente a Teniente, realizado en el año de 1989, esto es, hace 16 años, curso del cual solamente fue separado un día antes de su graduación, no por las notas en las materias, sino por el llamado "Concepto", esta separación fue inmediatamente "reveída" por lo que a los tres meses nuevamente fue designado alumno del mencionado Curso, el cual lo aprobó con la sexta antigüedad, lo que le ha permitido continuar con su carrera militar y ostentar el grado de Mayor del Ejército. Por otra parte, no se ha dado un trato igualitario respecto a otros compañeros en la misma situación, destacando el hecho, de que algunos oficiales que según conoce reprobaron un curso, han sido nominados como candidatos alumnos a la Academia de Guerra y otros se encuentran como alumnos violándose de esta manera la disposición contenida en el numeral 3 del artículo 23 ibídem. Que es incuestionable que al haberle negado su derecho a ser alumno de la Academia de Guerra, luego de comunicarle que estaba entre los oficiales designados, se está violando el inciso segundo del artículo 186 de la Constitución Política que garantiza la estabilidad y profesionalidad de los miembros de la Fuerza Pública, sin que se les pueda privar de sus grados, honores ni pensiones sino por las causas y las formas previstas en la ley. Adicional a ello, se estaría violando el principio de supremacía constitucional determinado en el artículo 272 de la Carta Política y también el artículo 7 del Código Civil al pretenderse hacer válida una disposición reglamentaria para aplicarla con efecto retroactivo de 16 años. Afirma que ha agotado la vía administrativa al Interponer los recursos respectivos ante los órganos correspondientes. Fundamentado en los artículos 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional interpone acción de amparo a fin de que suspendan los efectos de las resoluciones del Consejo de Oficiales Superiores del Ejército y Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que le declaran como no idóneo para ser alumno de la Academia de Guerra. **En la audiencia pública**, llevada a efecto en el Juzgado de instancia, la parte recurrida en los principal alega: Que el acto materia de este acción proviene del Consejo de Oficiales Superiores y ratificado por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, quienes están de acuerdo a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, facultadas para resolver sobre las declaraciones de aptitud de los oficiales que ingresarían en calidad de alumnos a la Academia de Guerra, requisito previo para el ascenso. En la aplicación de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y demás legislación militar, no existe violación de garantías, derechos o libertades individuales consagradas en la Carta Fundamental. No existe inminencia en causar daño grave, ya que como reconoce el actor conoció mediante memorando que fue declarado no idóneo el 11 de Septiembre del 2005, y la apelación propuesta por el

recurrente fue resuelta el 25 de Octubre del 2005, por lo tanto ha dejado de operar este requisito indispensable para la procedencia del amparo. El accionante no especifica cual es el acto administrativo ilegítimo, tan solo se ha referido a la aplicabilidad de la norma de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, a través de memorando, siendo estos actos administrativos internos por lo que no rebasa la esfera de la entidad, por lo tanto, no constituyen actos ilegítimos de autoridad. La acción de amparo no puede ser usado para conceder derechos como pretende el recurrente; toda vez que solicita que se califique como Idóneo para ingresar a la Academia de Guerra; es decir, pretende se deje de aplicar la legislación militar y se atente contra la seguridad jurídica del Estado. No procede la acción por lo tanto será inadmitida en los siguientes casos: *“Respecto de peticiones que exclusivamente impugnen la legalidad del acto y que no conlleven la violación de derechos subjetivos constitucionales”*. Solicitan se deseche la acción de amparo constitucional propuesta. **El Juez Octavo de lo Civil de Pichincha**, resuelve conceder la acción de amparo propuesta. Decisión que es apelada ante el Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver se realizan las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- Que, la Sala es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República; y, 12 numeral 3, y 62 de la Ley Orgánica de Control Constitucional; **SEGUNDA.-** Que, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** Que, por cuanto la acción de amparo constitucional se orienta a garantizar los derechos de las personas, es indispensable que quien interponga una demanda de amparo justifique el derecho que considera vulnerado o que podría ser vulnerado por un acto ilegítimo de autoridad, derecho que por otra parte, en principio, debe corresponder a aquellos de carácter subjetivo reconocidos constitucionalmente o en instrumentos internacionales, pudiendo, en otros casos, ser de carácter colectivo, comunitario o difuso; **CUARTA.-** Que, es pretensión del recurrente, se deje sin efecto el memorando No. 2005-222-E-1-KO-COSFT-SIR, sin fecha del Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, mediante el cual le hacen conocer que no ha sido considerado como candidato a alumno a la Academia de Guerra; y la Resolución No. CSFA-2006-006 de 7 de Junio del 2006, del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que ratifica la decisión del inferior y se le declara como no idóneo para ser alumno de la Academia de Guerra. **QUINTA.-** Que, básicamente, las resoluciones que se impugnan se fundamentan en el literal i) del Artículo 91 del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre, que establece: *“Haber reprobado un curso militar o técnico, reconocido por la Fuerza Terrestre, realizado en el país o en el exterior durante su carrera militar, excepto por casos de fuerza mayor debidamente probados”*; de lo que se colige, que es causal para no ser admitido como alumno de la Academia de Guerra, haber reprobado un curso militar o técnico reconocido por la Fuerza Terrestre; sin embargo, revisada la documentación que obra del expediente y particularmente de su Hoja de Vida (fojas 50 y 51) se establece que si bien es verdad, el recurrente reprobó el Curso de Subteniente a Teniente Tigres en Mayo de 1989, a renglón seguido de dicha Hoja, el mismo Curso lo aprobó con la sexta

antigüedad de 71 participantes en Noviembre de 1989, lo que obviamente, le ha permitido continuar con su carrera militar y llegar al Grado de Mayor de Caballería de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, por lo que no se explica la razón por la cual resulta idóneo para unos casos y no para el Curso que en esta parte de su carrera profesional le correspondería aprobarlo; tanto más que, no se le ha dado el mismo trato que a otros oficiales en su misma situación, quienes a pesar de haber reprobado sendos cursos por bajo rendimiento, en manifiesto discrimen se los acepta como alumnos del referido Curso (fojas 34, 37, 40, 82 y 83), lo cual evidentemente, contradice el derecho de igualdad ante la Ley determinado en el artículo 23 numeral 3 de la Carta Política; **SEXTA.-** Que, el numeral 27 del artículo 23 de la Constitución Política, establece el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones y concordante con ello, el numeral 1 del artículo 24 ibídem, que garantiza que nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no este legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley; sin embargo, el fundamento para impedir que el recurrente asista al Curso promovido por la Academia de Guerra, se basa en una disposición reglamentaria (Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre) aspectos que contradice abiertamente el principio constitucional invocado; que a la vez, en virtud del principio de supremacía determinado en el artículo 272 de la norma constitucional prevalece sobre las demás normas del ordenamiento jurídico. Así las cosas, los actos que constituyen materia de impugnación del Consejo Superior de Oficiales como del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas son actos ilegítimos pues sin embargo de tener competencia para expedirlos, no se ajustan al ordenamiento jurídico claramente evidenciado en este fallo; **SEPTIMA.-** Que, el artículo 24 de la Constitución Política establece: *“Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezca la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia...3.- Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones...13.- Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*, normas constitucionales que evidentemente han sido trastocadas tanto porque no se ha establecido la debida proporcionalidad entre infracción y sanción, cuanto porque no existe la debida motivación en dichos actos, exigencia que no admite discusión alguna en la medida de que los mencionados actos coartan el derecho del recurrente a proseguir en su carrera militar a la que ha dedicado tiempo y dedicación; ocasionándole como es lógico un inminente daño grave, que perjudicaría no solo el aspecto económico personal y familiar, sino que esencialmente coarta su posibilidad de continuar en su carrera que le permitiría lograr objetivos de mayor relevancia. Por lo expuesto, la acción planteada reúne los requisitos de admisibilidad determinados en el artículo 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. En ejercicio de sus atribuciones, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional,

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución del Juez Octavo de lo Civil de Pichincha; y, en consecuencia, conceder la acción de

amparo constitucional propuesta por Juan Carlos Pazmiño Gómez. 2.- Devolver el expediente al Juez de instancia constitucional para los fines legales consiguientes. **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado.

RAZÓN: Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los nueve días del mes de agosto del año dos mil siete.- **LO CERTIFICO.-**

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Expediente No. 1337-2006-RA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- SEGUNDA SALA.- Quito, D.M., 18 de septiembre del 2007. **VISTOS.-** Agréguese al expediente No. 1337-2006-RA, el escrito de aclaración presentado por la Lcda. Lorena Escudero Durán, ex Ministra de Defensa Nacional a la Resolución de 9 de Agosto del presente año, emitida por ésta Sala. Al respecto, se **CONSIDERA:** Revisado el texto de la Resolución se establece que el mismo es claro y debidamente fundamentado, pues conforme el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución en ella se enuncian normas y principios claramente determinados en el texto constitucional. Lo dicho por la Sala en el sentido de que “...no se le ha dado el mismo trato que a otros oficiales en su misma situación, quienes a pesar de haber reprobado sendos cursos por bajo rendimiento, en manifiesto discrimen se los acepta como alumnos del referido Curso”, tiene su fundamento en las piezas procesales que se adjuntan al proceso (fojas 34, 37, 40, 82 y 83); instrumentos que nos dan la medida de que no se adoptó parámetros objetivos para la selección de los mejores aspirantes; consecuentemente, mal hace la demandada en afirmar que la Dra. Nina Pacari Vega, habría actuado sin prueba alguna; o, que se haya atentado contra el honor de las FF.AA.; o, que no se ha efectuado un debido razonamiento; o que el Tribunal Constitucional es uno de “indulgencia”, afirmaciones que se las rechaza por infundadas e impertinentes. Con este antecedente, hizo bien la Sala en evidenciar una desigualdad, lo cual, lo prohíbe el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución relativo al derecho de igualdad ante la Ley; y, lejos de sentar un precedente nefasto como erradamente también se afirma en el escrito de aclaración, previene a las FF.AA., a encausar sus resoluciones dentro del régimen jurídico propio de la Institución, mismo que, de ninguna manera debe contrariar el texto de la Constitución en cuyo artículo 18 expresamente se señala: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, pues de otro modo, se corre el riesgo de que tal actuación sea impugnada como en efecto ha ocurrido, no teniendo otra alternativa la Sala que evidenciar en el fallo tales derechos y garantías y la vigencia plena del “principio de supremacía” determinado en el artículo 272 de la Constitución Política que hace referencia a que la

Constitución prevalece sobre las demás normas del ordenamiento jurídico. La pretensión del recurrente no consiste en exonerarse de los exámenes de ingreso, como deliberadamente se manifiesta, ni ese es el objetivo de este fallo; la pretensión del recurrente es que se lo declare “idóneo” para ser candidato a alumno de la Academia de Guerra, particular que ha sido aceptado por esta Sala al dejar sin efecto los Memos Nos: 2005-279-E-1-b1-s-COSFT.circ., de 28 de Octubre de 2005 y 2005-222-E-1-KO-COSFT-SIR (sin fecha), respectivamente, por existir razones jurídicas claramente puestas de manifiesto en la Resolución; esto supone a la vez, que al ser aceptado como “candidato” tenga que rendir las pruebas que se determinen para el efecto, al igual que el resto del personal de aspirantes, para lo cual, el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre deberá analizar la situación profesional del Mayor Juan Carlos Pazmiño Gómez, y arbitrar las medidas conducentes a lograr tal objetivo. De este modo se atiende el pedido de aclaración solicitado.- **NOTIFIQUESE y ARCHIVESE.-**

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Presidenta (E).

f.) Dr. Luis Jaramillo Gavilánes, Magistrado (S).

f.) Dr. Diego Pazmiño Holguín, Magistrado (S).

Lo certifico: Quito, D.M. 18 de septiembre del 2007.

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0008-07-QE

Magistrado Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

CASO No. 0008- 07- QE

ANTECEDENTES

Dr. Orlando Herrera Herrera, por sus propios derechos y por los que representa en su condición de Coordinador Nacional del Movimiento Político Nacional LA CORRIENTE N° 26, comparece ante el Señor `Presidente del Tribunal Supremo Electoral, en interpone recurso de apelación.- La resolución que es materia del recurso de apelación planteado, es la signada como PLE-TSE-10-29-6-2007 fechada al 3 de julio del 2007, notificada mediante oficio N° 001216 del 4 de julio del 2007, con el cual el Pleno del Tribunal Supremo Electoral resuelve: “ Acoger el informe N° 388-CJ-TSE-2007 del 27 de junio del 2,007 de la Comisión Jurídica, y consecuentemente, el Pleno del Tribunal Supremo Electoral, niega la inscripción de la lista de candidatos a la Asamblea Nacional Constituyente, auspiciados por el Movimiento LA CORRIENTE, listas 26, por no haber dado cumplimiento a lo establecido en el segundo inciso del artículo 13 del Estatuto de Elecciones, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, publicado en el Registro Oficial N° 77 del 4 de mayo del 2,007, al no haber presentado el 1% de firmas de respaldo del padrón electoral nacional “.El recurrente fundamenta la apelación en el contenido del oficio N° 738-DSI-TSE 2007. del 21 de junio del 2007 suscrito por el Ing. José Cabrera

Zurita , Director de Sistemas Informáticos, que determina que la Secretaría General del Tribunal Supremo Electoral recibió en dos momentos los documentos de las firmas de adhesión y 82 carpetas que contienen 3,996 formularios con 54,431 registros de firmas , y 20 carpetas con 982 formularios , lo que alcanzaba un total de 124,260 firmas de adhesión , con sus correspondientes CD con el ingreso de la información, todo ello entregado el 18 de junio del 2,007, con lo que cumplía el requisito del 1% de las firmas de respaldo para la inscripción de las candidaturas. Que el Informe Técnico contenido en el oficio N° 738-DSI-TSE-2007 del 21 de julio del 2007 determina que el total de cédulas repetidas asciende a 55,121 equivalentes al 44.36% del total de firmas presentadas , que es de 124,260 adherentes ; que estas gozan de la presunción de legitimidad y legalidad , y que el proceso de validación y verificación es de responsabilidad del organismo publico electoral valiéndose para el efecto del sistema informático diseñado para ello., conforme al artículo 10 del Reglamento para la recolección, presentación de firmas de Adhesión a candidaturas nacionales , provinciales y del exterior para la Asamblea Constituyente y para el proceso de validación y verificación de adhesiones. El recurrente sostiene que de la simple revisión se aprecia que no existe el casi 50% de firmas duplicadas , y que en el evento no consentido de ser así, el artículo 9 del referido Reglamento determina que valen las firmas duplicadas; sostiene que obrar de otra manera sería transgredir el principio de igualdad ante la Ley que garantiza el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución Política del Estado y se discrimina al negar la participación del movimiento político nacional LA CORRIENTE, listas 26 .. Que la resolución apelada está alejada de los principios indubio pro elector y pro participación , ya que sin análisis técnicos se nos descalifica y discrimina indebidamente de la participación en el proceso electoral del 30 de septiembre del 2007 .Que de conformidad al artículo 14 del Estatuto Electoral , que dispone “ *que dentro de los 10 días siguientes a la finalización de la inscripción de candidaturas, los Tribunales Electorales competentes deberán calificar la validez de las mismas. Para la notificación de la resolución se aplicara lo establecido en la legislación electoral* “ que ese plazo feneció para el organismo electoral el 28 de junio del 2007, por lo que la resolución apelada , adoptada en sesión del 29 de junio del 2007 carece de validez jurídica ; adicionalmente señala el recurrente que fue notificado el 4 de julio del 2007, razón por la que subsidiariamente alega caducidad del derecho para negar la inscripción de las listas .En virtud de lo prescrito en la disposición final UNICA del Estatuto Electoral y en lo determinado en los artículos 64 , inciso tercero, y 96 literal a) de la Ley Orgánica de Elecciones , interpone el recurso de apelación de la resolución PLE-TSE- 10-29-6-2007 del 3 de julio del 2007 , mediante la cual el Pleno del Tribunal Supremo Electoral niega la inscripción de las candidaturas auspiciadas por el Movimiento Político Nacional LA CORRIENTE , listas 26 . A fojas 4 del expediente obra el oficio N° 738-DSI-TSE-2007 del 21 de junio del 2007 sucrito por el Ing. José Cabrera Zurita – Director de Sistemas Informáticos del Tribunal Supremo Electoral , y en el apartado I , numeral 4 de dicho informe señala: “ *Según consta del acta de entrega recepción , el Dr. Francisco Proaño Gaibor , Secretario General Del Tribunal Supremo Electoral , el día 18 de junio del 2007 a las 23H05, con el objeto que se de cumplimiento al artículo 10 del Reglamento para la recolección y validación de las firmas de adhesión , publicado en el Registro Oficial N° 85 del 16 de mayo del*

2007, entregó ochenta y dos (82) carpetas que contienen tres mil novecientos noventa y seis (3,996) formularios que dicen contener cincuenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y uno (54,431) registros en un CD de firmas de adhesión al movimiento LA CORRIENTE listas 26, fueron entregados a la Dirección de Sistemas del organismo , posteriormente el día veintiuno de junio del presente año , a las once horas cincuenta minutos se entrega un alcance al acta de entrega recepción de veinte (20) carpetas que contienen novecientos ochenta y dos (982) formularios , mas un CD con la información total unificada , el mismo que dice contener ciento veinticuatro mil doscientos sesenta (124,260) registros “ .Para el análisis de ésta información se tomó como referencia al padrón electoral cortado al 3 de mayo del 2007, y en consecuencia se determino que el mínimo de firmas de adhesión debe ser de 92,284 firmas , información que fue validada en dos procesos : uno relacionado con la validez de las cédulas de ciudadanía , y el otro respecto a los apellidos y nombres de los ciudadanos que respaldan al mencionado sujeto político, lo que arrojó el siguiente resultado : total de cédulas repetidas 55,121 equivalente al 44.36%; total de cédulas con novedad 11,162 equivalente al 8.98%; total de cédulas no empadronadas 6,243 equivalentes al 5.02%, total de cédulas empadronadas 51,734 equivalentes al 41.63 % lo que da un total de cédulas registradas de 124,260 que configuran el 100 % . La conclusión a la que arriba el Director de Sistemas Informáticos es que se determina un total de 51,734 cédulas empadronadas y que la verificación por el método de muestreo en el menos el 5% del mínimo requerido por el Reglamento , no se pudo realizar por falta del personal técnico grafológico , razón por la que le toca a la Comisión Jurídica pronunciarse al respecto .- La Comisión Jurídica, mediante informe 388-CJ-TSE-2007 del 27 de junio del 2007 que obra a fojas 9 del cuaderno y suscrito por los Vocales Dr. Hernán Rivadeneira Játiva – Presidente y Ab. Elsa Bucaram Ortíz - Vocal , en cumplimiento del procedimiento que establece el Reglamento para la recolección , presentación de firmas de adhesión a candidaturas , corresponde a esta comisión informar que : El Director de Sistemas Informáticos , según acta de entrega recepción del 18 de junio del 2007, a las 23H05 , recibió del Secretario General del Tribunal Supremo Electoral 82 carpetas que contienen 3,996 formularios que dicen contener 54,431 registros de firmas de adhesión al Movimiento Independiente LA CORRIENTE, listas 26 . Posteriormente , el día 21 de junio del 2007 , a las 11H50 se le entrega un alcance al acta de entrega recepción , con 20 carpetas que dicen contener 982 formularios , mas un CD con la información total unificada de 124,260 registros supuestos. El Informe concluye que : 1.- La información contenida en el medio magnético presentado por el Movimiento Independiente LA CORRIENTE, listas 26 , el 21 de junio del 2007, según acta que hace mención el Director de Sistemas , no debe ser considerada para efectos de la calificación de firmas por haber sido presentada fuera del plazo determinado por la resolución PLE-TSE-13-31-5-2007, que fijó el plazo de inscripción el 18 de junio del 2,007, hasta las 18H00 .-2.- De acuerdo con el informe técnico los datos del medio magnético que se entregó el 18 de junio del 2,007 fue contrastada con la del padrón electoral , lo que arrojó un resultado de 51,734 cédulas empadronadas, por lo que no cumple con el requisito del 1 % que establece el Estatuto de Elección. Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente y el Reglamento para la Recolección, Presentación de firmas de Adhesión a candidaturas nacionales, provinciales y del

exterior para la Asamblea Constituyente y para el proceso de Validación y Verificación de Adhesiones . Por esta razón, la Comisión Jurídica recomienda al Pleno del Tribunal Supremo Electoral, proceda a negar al Movimiento Independiente LA CORRIENTE, listas 26, la calificación y validación de firmas para el proceso de Asamblea Constituyente 2007, y consecuentemente no tendrá derecho a la credencial para la inscripción de candidaturas. Encontrándonos en este punto del recurso planteado, se hacen las siguientes .- **CONSIDERACIONES.- PRIMERA.-** Que la Sala es competente para conocer y resolver el presente caso , de conformidad con lo que disponen el artículo N° 96, literal a) de la Ley Orgánica de Elecciones; y la disposición final Única del Estatuto de Elecciones , Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente .- **SEGUNDA .-** Que no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara su validez.- **TERCERA.-** Que la Acción de Amparo Constitucional , de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución Política del Estado y artículo 46 de la Ley de Control Constitucional, tiene un propósito tutelar , traducido en objetivos de protección destinados a cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencia de un acto u omisión ilegítima , que violen derechos constitucionales protegidos, por lo que es condición sustancial de esta acción, analizar la conducta impugnada de la autoridad y como consecuencia establecer las medidas conducentes a la protección de los derechos constitucionales vulnerados, cuyo daño grave o inminencia de daño imponga la tutela constitucional efectiva que la acción de Amparo garantiza . En este sentido, es de valor sustancial y condición de procedencia del Amparo, la verificación de la ilegitimidad en la que haya incurrido la autoridad pública , y la posibilidad efectiva de la tutela que la acción promueve para garantía de los derechos constitucionales violentados.- **CUARTA.-** Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello; o que no se haya dictado con el procedimiento o requisitos señalados por el ordenamiento jurídico, o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente; o bien dictado sin fundamento o insuficiente motivación , por lo tanto el análisis de la legitimidad del acto impugnado no se basa solamente en el estudio de la competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto.- **QUINTA.-** El Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en el inciso segundo del artículo 13 dice: “ *Los partidos y movimientos políticos legalmente reconocidos y los movimientos ciudadanos deberán presentar al Tribunal Supremo Electoral , o al correspondiente Tribunal Provincial Electoral, un mínimo de firmas de respaldo equivalente al 1 % de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral de 4 su circunscripción “ ; y el informe del Sr. Ing. José Cabrera Zurita – Director de Sistemas Informáticos del Tribunal Supremo Electoral determina que , luego de los procesos de validación se establece que el total de cédulas empadronadas es de 51,734 equivalentes al 41.63 % del total presentadas para la inscripción, lo que significa que el Movimiento Independiente LA CORRIENTE, listas 26 , no cumple con la presentación del 1% que es el mínimo requerido para el efecto.- **SEXTA.-** A fojas 9, vuelta del expediente, en el informe de la Comisión Jurídica , se establece que la Resolución N° PLE-TSE-13-31-5-2007 del 31 de mayo del 2007 señala “ *los partidos políticos y los movimientos ciudadanos podrán solicitar hasta las 18H00 del lunes 18 de junio del 2,007 ,**

*la inscripción de las listas de candidatos que participaran en la Asamblea Constituyente 2007, acompañadas del 1 % de firmas de respaldo de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral de su correspondiente circunscripción “ ; y, el Movimiento Independiente LA CORRIENTE, listas 26 presentó la documentación el día 18 de junio a las 23H05m y un alcance a la información primera , a las 11H50m del 21 de junio del 2007, conforme a la certificación conferida por el Dr. Daniel Argudo Pesantes – Prosecretario General del Tribunal Supremo Electoral, y que obra en fojas 2 del expediente ; es decir fuera del plazo determinado por la resolución referida.- **SEPTIMA .-** El recurrente invoca en los argumentos de su demanda, los principios de indubio pro elector y pro participación, que si bien son pertinentes y dignos de observar, caen bajo el peso dogmático y normativo del principio de seguridad jurídica , que es principio fundamental del Derecho Público conforme al cual, todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica. Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado Social de Derecho, pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.- **OCTAVA.-** El principio de la caducidad que invoca el recurrente en relación con la emisión de la Resolución que niega la participación del Movimiento LA CORRIENTE, Listas 26, debe considerarse también en relación con el plazo para la presentación de dichas firmas, siendo que, como se ha demostrado en el expediente, evidente, que parte de sus firmas de respaldo han sido entregadas con fecha de 21 de junio del 2007, es decir fuera del plazo determinado por el Tribunal Supremo Electoral, en base al Reglamento para la Recolección, Presentación de Firmas de Adhesión a Candidaturas Nacionales, Provinciales y del Exterior para la Asamblea Constituyente y para el Proceso de Validación y Verificación de Adhesiones.- Por lo analizado y fundamentado en las consideraciones que anteceden, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional , en uso de sus atribuciones ; **RESUELVE.- 1.-** Confirmar la resolución N° PLE-TSE-10-29-6-2007 del 3 de julio del 2007 emitida por el Tribunal Supremo Electoral, y en consecuencia negar la acción de Amparo Constitucional propuesta por el Sr. Dr. Orlando Herrera Herrera, Coordinador Nacional del Movimiento Independiente Nacional LA CORRIENTE. Listas 26 .- **2.-** Devolver el expediente al Tribunal Supremo Electoral.- **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE .***

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Magistrado Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, a los veintitrés días de julio del año dos mil siete.- Lo certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

EXPEDIENTE N° 0008 – 2007-QE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- SEGUNDA SALA.- Quito a 31 de Julio de 2007.- VISTOS: Agréguese al expediente el escrito presentado el 26 de julio del 2007, las 11h11, por el Sr. Dr. Orlando Herrera Herrera, en su condición de representante del Movimiento Político Nacional LA CORRIENTE, listas 26, en el que solicita la Aclaración de la Resolución del 23 de julio del 2007 emitida por esta Sala Constitucional en el caso N° 0008 – 2007 – QE, que confirma la Resolución PLE – TSE – 10-29-6-2007 emitida por el Tribunal Supremo Electoral y notificada mediante oficio N° 001216 del 3 de julio del 2007.- En atención a lo solicitado, ésta Sala Constitucional considera: **PRIMERO.-** Que la identidad subjetiva del recurrente, la objetiva de la causa y la colectiva del Movimiento Político Nacional LA CORRIENTE, LISTAS 26 se ha mantenido invariable en el presente proceso, y no amerita aclaración. **SEGUNDO.-** Es necesario aclarar que **los considerandos tercero y cuarto y el numeral 1 del texto resolutivo** de la referencia, no corresponden al análisis de la pretensión planteada y resuelta, pues es la consecuencia de un desfase de impresión deslizado; razón por la cual se deberá considerar como no escritos el considerando tercero y cuarto; y, en el numeral 1 del texto resolutivo que dice “negar la acción de amparo constitucional, debe decir: “negar el recurso de apelación “. **TERCERO.-** Que por otra parte, no constituye materia de aclaración el pedido efectuado por los peticionarios en la parte que corresponde al párrafo sexto de su solicitud de aclaración, en la medida que lo solicitado no constituye materia de análisis a través de este recurso, pues para ello existen las vías y procedimientos que franquea el ordenamiento jurídico. **CUARTO.-** Por lo demás, con la presente aclaración se confirma la Resolución N° PLE-TSE-10-29-06-2007 emitida por el Tribunal Supremo Electoral, y en consecuencia se niega el recurso de apelación propuesto por el Sr. Dr. Orlando Herrera Herrera, Representante del Movimiento Político Nacional LA CORRIENTE, listas 26.- De este modo, se atiende el pedido de aclaración solicitado.- **NOTIFIQUESE.-**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Magistrado Presidente Segunda Sala Constitucional.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Vocal Segunda Sala Constitucional.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Vocal Segunda Sala Constitucional.

Lo certifico.- Quito, a 31 de Julio de 2007.

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala Constitucional.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0010-07-QE

Magistrada Ponente: Dra. Nina Pacari Vega

**LA SEGUNDA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el caso signado con el No. 0010-2007-QE

ANTECEDENTES

El Dr. Bayardo Moreno-Piedrahita Tates, Presidente del Movimiento Independiente Fénix (MIF) signado con el Registro Electoral No. 68, luego de ser notificado por el Tribunal Electoral de Pichincha el 29 de Junio de 2007 y dentro del término legal, el 30 de los mismos mes y año comparece ante ese Organismo Electoral expresando que: “El 29 de junio de 2007, fui notificado con la resolución dictada por el Tribunal Provincial Electoral de Pichincha de 28 de Junio de 2007 –las 20:H00- en la cual el Tribunal RESOLVIÓ rechazar las candidaturas presentadas por el Movimiento Independiente Fénix para la elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente del 30 de Septiembre del 2007, en razón de que cumplen con el requisito del 1 por ciento de firmas validas de los ciudadanos empadronados en la Provincia de Pichincha, conforme lo dispuesto en el Art. 13 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, aprobado mediante Consulta Popular el 15 de Abril del 2007. NOTIFIQUESE”. En lo principal, el recurrente expresa que su Movimiento participó activamente en la realización de la consulta popular del 15 de abril del presente año, que aprobó el ESTATUTO DE ELECCION, INSTALACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Manifiesta que en cumplimiento del Art. 13 del referido Estatuto que dispone que partidos y movimientos políticos reconocidos y movimientos ciudadanos deben presentar al Tribunal Supremo Electoral un mínimo de firmas equivalente al 1% de ciudadanos inscritos en el padrón electoral, previo el trámite administrativo y en los formularios correspondientes; con la activa y desinteresada participación de sus simpatizantes y militantes en las diferentes provincias, recogieron 18.750 firmas de adhesión de gente humilde del pueblo las que, luego de haberse verificado y validado los registros de las cédulas de adhesión presentadas “existe un total de 12.877 cédulas correctas”; resolución que, subraya el recurrente, “el Movimiento Independiente Fénix (MIF/LISTA 68) jamás fue notificado de conformidad con la ley”. Manifiesta que, sin embargo de no ser notificado legalmente “interpuso el recurso de apelación de la resolución dictada por el Tribunal Electoral de Pichincha de 28 de Junio de 2007”, para ante el Superior. Reitera que no se ha notificado en forma legal o extralegal al Movimiento Independiente Fénix con la Resolución que ha dictado el Tribunal Supremo Electoral. Con fecha 25 de Julio de 2007, el recurrente presenta un libelo contentivo de una queja electoral, en la que sintetiza lo anteriormente señalado y en la que luego de una larga exposición y manifestando que se han violado los “Arts. 26, 68, 97, 121 literal c) de la Constitución Política del Estado y 127 de la Ley Orgánica de Elecciones, concordante con los Arts. 13 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente 2007, Art. 7 para la Recolección, Presentación de Firmas de Adhesión a Candidaturas Nacionales, Provinciales y del Exterior para la Asamblea Constituyente y para el Proceso de Validación y Verificación de Adhesiones, presenta su recurso de queja electoral, en el que puntualiza “Con estos obligados antecedentes y por cuanto la omisión del Tribunal Supremo Electoral tantas veces referida, al no notificarnos la resolución que haya dictado en el recurso de apelación interpuesto por el Movimiento Independiente Fénix, Lista 68 de carácter provincial, pese a los constantes requerimientos y porque, además de las disposiciones

constitucionales en los fundamentos que anteceden, nos causan inmensos perjuicios de toda índole y violan también los números 13 y 17 del Art. 24 y Art. 209 de la Norma Suprema del Estado al dejarnos sin información, sin contestación y por lo tanto en la total indefensión, fundamentado en el Art. 276 de la Constitución y Art. 64 de la Ley de Elecciones, en calidad de representante legal del Movimiento Independiente Fénix Lista 68 por la Provincia de Pichincha, y por mis propios derechos, acudo ante usted e interpongo el recurso de Queja Electoral en contra del Tribunal Supremo Electoral representado por el señor Dr. Jorge Acosta Cisneros y del Tribunal Provincial Electoral de Pichincha representado por el Licdo. Fernando del Pozo Pasquel, a fin de que el Tribunal Constitucional del Ecuador resuelva lo siguiente: 1.- Aceptar el Recurso de Queja interpuesto por el Movimiento Independiente Fénix Lista 68 por la Provincia de Pichincha, por ser procedente.- 2.- Al haber transcurrido más del término de quince días de haberse enviado el expediente del Movimiento Independiente Fénix del Tribunal Electoral de Pichincha al Tribunal Supremo Electoral a partir del 2 de julio del 2007.... y no haber notificado ninguna resolución sobre el recurso, sírvase declarar aceptado el recurso de apelación a favor del Movimiento Independiente Fénix, Lista 68 de carácter provincial. En consecuencia, revocar la resolución sin número adoptada en Sesión de 28 de Junio de 2007 dictada por el Tribunal Provincial Electoral de Pichincha, que resolvió *“rechazar las candidaturas presentadas por el Movimiento Independiente Fénix-MIF- Listas 68 (de la Provincia de Pichincha) para la elección de Representantes ante la Asamblea Constituyente del 30 de Septiembre de 2007, con el argumento institucional de “que no se cumplen con el requisito del 1% de las firmas válidas de los ciudadanos empadronados en la Provincia de Pichincha, conforme lo dispuesto en el Art. 13 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, aprobado mediante Consulta Popular el 15 de Abril del 2007”;* y, cualquier resolución dictada por el pleno del TSE que no se nos ha notificado.- El recurrente plantea en su queja que se disponga la inscripción de los candidatos principales y suplentes a representantes a la Asamblea Nacional Constituyente del 30 de Septiembre del 2007 presentados y auspiciados por su Movimiento Independiente Fénix, Listas 68, por la Provincia de Pichincha, cuyos nombres, apellidos, ubicación y alternabilidad constan –según expresa- al inicio de la queja electoral; y finaliza, planteando que *“En caso de haberse remitido el expediente al Tribunal Constitucional, ordenar que se le devuelva al Tribunal Supremo Electoral o Tribunal Provincial Electoral de Pichincha y publicar la Resolución en el Registro Oficial, enfatizando su obligatorio cumplimiento por parte de los organismos electorales demandados”*. Hay que anotar que el recurrente ha acompañado a la queja, los siguientes documentos: 1) Nombramiento de Presidente del Movimiento Independiente Fénix MIF; 2) Copia de su credencial de abogado; 3) Aprobación de la asignación de número, simbología, reserva y derecho del nombre de la organización de carácter provincial MOVIMIENTO INDEPENDIENTE FÉNIX, LISTA 68; 4) De la asignación del número por parte del TPEP; 5) Acta de recepción de los requisitos por el TPEP, con 18.750 firmas y los demás requisitos exigidos por la Ley; 6) De las solicitudes para que se les confiera copias certificadas del expediente y resoluciones; 7) Una certificación del TPEP de no haber recibido el expediente y fotocopia simple de la resolución dictada por el TPEP; 8) Los formularios de proclamación e

inscripción de candidatos para Asambleístas Provinciales; y, 9) Petición de rectificación de cuatro candidatos suplentes. Con estos antecedentes, para resolver, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala, de conformidad con el Art. 276 numeral 7 de la Constitución Política y Art. 97 de la Codificación de la vigente Ley Orgánica de Elecciones es competente para conocer y resolver sobre el recurso de queja formulada por el Dr. Bayardo Polibio Moreno-Piedrahita Tatés, representante del MOVIMIENTO INDEPENDIENTE FÉNIX (MIF) LISTA 68. **SEGUNDA.-** Es innegable que nuestra Constitución reconoce y garantiza, desde su primer artículo, el derecho de los ecuatorianos a la participación democrática que se traduce en el proceso de elegir y ser elegidos para las funciones del Estado que la misma Carta Fundamental determina. **TERCERA.-** El recurrente aduce: 1) Que su Movimiento quedó en indefensión en razón de que el Tribunal Electoral de Pichincha no le asignó Casillero Electoral, y no le notificó con la Resolución emanada de ese organismo provincial electoral que rechazó la inscripción de candidatos del Movimiento Independiente Fénix, por no reunir el 1% de firmas del padrón electoral de Pichincha. Más, a fojas 4 del trámite consta la comunicación remitida por el Secretario del Tribunal Provincial Electoral de Pichincha al señor Ángel Urbina, referente al Casillero Electoral No. 68 que no se ha asignado a ninguna organización política *“ya que la notificación a los Movimientos Independientes de carácter provincial de acuerdo a lo que establece la Ley de Elecciones y su Reglamento se realizan a través de carteles exhibidos en el Tribunal, antes de la calificación de las listas, y una vez inscritas y calificadas, en los casilleros que se asignan a las listas calificadas”* (Este documento, protocolizado en la Notaría Séptima de Quito se ha acompañado a la queja electoral). 2.- El recurrente proclama en el primer párrafo de su queja electoral, que el 29 de junio de 2007 fue notificado –seguramente a través de carteles exhibidos en el Tribunal Provincial Electoral de Pichincha- con la resolución dictada por ese organismo en la que se rechazan las candidaturas del MIF Movimiento Independiente Fénix, para la elección de representantes a la Asamblea Constituyente del 30 de Septiembre del 2007 en razón de que no cumplían con el requisito del 1% de las firmas válidas de los ciudadanos empadronados en la Provincia de Pichincha. Este solo hecho demuestra que el MIF, Lista 68, no solo que fue notificado legalmente por el Tribunal Provincial Electoral de Pichincha, sino que –según asevera el Dr. Bayardo Moreno Piedrahita- le sirvió de antecedente para presentar ante el Tribunal Provincial Electoral de Pichincha su recurso de apelación, mismo que el 2 de Julio de 2007 ha sido enviado al Tribunal Supremo Electoral, conforme se acredita con el documento que obra a fojas 3 del trámite. El Tribunal Supremo Electoral *“de ser procedente, concederá el recurso al día siguiente de su presentación”* (Antepenúltimo inciso del Art. 96 de la Ley Orgánica de Elecciones). Es a partir de esta fecha (3 de Julio de 2007) que, conforme el mandato del penúltimo inciso del Art. 96 de la Codificación de la Ley Orgánica de Elecciones, el Tribunal Supremo Electoral debe, imperativamente en el plazo de cinco días, resolver los recursos de apelación interpuestos. El 8 de Julio de 2007 venció el plazo establecido por Ley para hacer uso del derecho de queja dispuesto en el Art. 97 de la Codificación de la Ley Orgánica de Elecciones, en tanto que el recurso de queja ha sido presentado ante este Tribunal con fecha 25

de Julio de 2007. **CUARTA.-** Para el ejercicio pleno de un derecho, los ciudadanos debemos sujetarnos al ordenamiento jurídico establecido. Al efecto, el último inciso del Art. 97 de la Codificación de la Ley Orgánica de Elecciones expresamente señala que el recurso de queja “. . . servirá únicamente para que el organismo competente sancione a los vocales del Tribunal Provincial Electoral o del Tribunal Supremo Electoral, según el caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo anterior”. Revisada la demanda planteada por el recurrente así como el expediente, se desprende que, en ningún momento están solicitando se sancione a los vocales del Tribunal Provincial Electoral y mucho menos a los vocales del Tribunal Supremo Electoral. Lo que se evidencia, frente al petitorio es que, haciendo uso del recurso de queja, el recurrente pretende obtener la calificación de las candidaturas, asunto que está fuera de lo que permite la Ley con extrema precisión. Por las consideraciones que anteceden, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE

- 1.- Desechar, por extemporánea e improcedente, la queja interpuesta por el Dr. Bayardo Moreno Piedrahita, Presidente y representante del Movimiento Independiente Fénix (MIF), Lista 68 por la Provincia de Pichincha.
- 2.- Devolver el expediente al Tribunal Electoral de Pichincha para los fines legales consiguientes. **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional el primer día del mes de agosto del año dos mil siete.- Lo certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

EXPEDIENTE No. 0010-07-QE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- SEGUNDA SALA.- Quito, 16 de agosto de 2007.- VISTOS.- Agréguese al expediente el escrito presentado por el Dr. Bayardo Moreno-Piedrahita Tatés, en su calidad de Presidente del Movimiento Independiente Fénix (MIF), en el que solicita aclaración y ampliación de la resolución dictada por esta Sala el 1 de agosto de 2007.- En atención a la petición formulada, esta Sala considera: **1.-** La resolución de la Sala cuya aclaración y ampliación se solicita, responde a un pormenorizado análisis jurídico de los documentos que obran del proceso y no ha dejado de considerar ningún aspecto planteado en la queja presentada. **2.-** La aclaración procede cuando en la resolución hubieren puntos oscuros en el texto que dificulten su comprensión y la ampliación cabe cuando la resolución ha omitido un pronunciamiento sobre algún aspecto planteado, en la especie, la Resolución No.

0010-2007-QE es clara y completa, debiendo estar no solamente a la parte resolutive sino también a la parte considerativa de la misma, para entender su alcance y contenido. **3.-** Esta Sala debe hacer referencia a los términos en que el peticionario ha presentado su solicitud, los mismos que no son dignos de un profesional del derecho quien, como tal, debe entender que una Magistratura puede o no acoger sus argumentos; el escrito en mención contiene una serie de términos peyorativos no solamente en contra de los Magistrados de esta Sala sino también de algunos de sus funcionarios, afirmaciones que no tienen ningún fundamento por lo que se las rechaza categóricamente y se llama severamente la atención al Dr. Bayardo Moreno-Piedrahita Tatés por la forma descortés en que ha presentado su pedido.- En virtud de todo lo anteriormente expuesto, la Segunda Sala de esta Magistratura niega por improcedente el pedido de aclaración y ampliación y dispone remitir una copia certificada de esta providencia y del escrito contentivo del pedido de aclaración y ampliación al Colegio de Abogados de Pichincha, a fin de que, a través del Tribunal de Honor del mismo, se observe la conducta procedimental del peticionario.- **NOTIFIQUESE Y ARCHÍVESE.-**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

LO CERTIFICO.- Quito D.M., 16 de agosto del 2007

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0082-007-HC

Magistrada Ponente: Dra. Nina Pacari Vega

Caso 0082-2007-HC

ANTECEDENTES:

LUIS MARCELO IMBAQUINGO GALEANO, fundamentado en los artículos 93 de la Constitución y 30 de la Ley Control Constitucional, comparece ante el Alcalde de la I. Municipalidad de Ibarra y por considerar que se encuentra ilegalmente privado de su libertad, interpone recurso de habeas corpus. Manifiesta que desde el 24 de mayo de 2006 hasta la presente fecha se halla detenido en el Centro de Detención Provisional de Ibarra, por un tiempo aproximado de un año, a causa de la liquidación de pensiones alimenticias atrasadas, ordenadas por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Ibarra, dentro del juicio de alimentos No.390-2006 así como por efecto del apremio personal dictado por ese Juzgado y del allanamiento del lugar donde se encontraba laborando, como consta de la documentación que se ha acompañado. Reitera que no hay prisión por deudas y que tampoco en el País rige la cadena perpetua; ni la detención provisional puede ser indefinida. El Sr. Jorge Esparza, concejal delegado por el Sr. Alcalde de Ibarra, el 4 de mayo de 2007,

invocando los Arts. 11, 14 y 141 del Código de la Niñez y Adolescencia, resuelve negar el recurso interpuesto, resolución que, por apelación viene a conocimiento del Tribunal Constitucional. Radicada la competencia en esta Sala, por el sorteo de ley, para resolver efectúa las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala, de acuerdo con los Arts. 93 y 276 (No. 3) es competente para conocer y resolver el presente caso.- **SEGUNDA.-** No hay causal de nulidad alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez.- **TERCERA.-** Como se ha aseverado, reiterativamente, el habeas corpus es una garantía constitucional establecida en el Art. 93 de nuestra Carta Fundamental, para proteger las detenciones ilegales; por lo que la naturaleza del habeas corpus ha sido un remedio para cuando a una persona se le restringe su derecho a la libertad; y, por otro lado, se convierte en un deber confirmar la adopción de una medida cuando ha sido adoptada conforme a la ley, sin violación de las garantías constitucionales. En relación a la obligación de proporcionar alimentos el tratadista Antonio Vodanovic H. en su obra "Derecho de Alimentos" (pg. 216) sobre las pensiones atrasadas, trae el siguiente concepto "En general, crédito devengado es aquel al cual se ha adquirido el derecho a percibirlo y pensión alimenticia atrasada no es sino aquella a la cual se ha adquirido el derecho de percibirla y sin embargo no se ha logrado, sea porque no se ha cobrado o, a pesar de haberlo hecho, su deudor no lo ha pagado". Don Luís Claro citado por el autor antes mencionado señala que "son pensiones atrasadas las correspondientes a un período determinado que el alimentante ha dejado de pagar en las épocas señaladas por la sentencia que lo condenan a una determinada pensión periódica o en la fecha fijada en el convenio que celebraron acreedor y deudor o las que el alimentista ha dejado de cobrar por cualquier motivo". El Art. 23 (No.4) de la Constitución Política, entre otras cosas, prohíbe la prisión por deudas; en igual sentido el Art. 7 inciso 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece "Nadie será detenido por deuda. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios, lo que guarda relación con el numeral 4 del Art. 23 que al tratar de la libertad señala "excepto en el caso de pensiones alimenticias". También el Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece "que nadie será encarcelado por el solo hecho de no cumplir obligación contractual" y el Art. 25 inciso 2do de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone "nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de orden civil"; de este modo tanto el Art. 23 numeral 4 de la Constitución, los Tratados Internacionales citados, coloca la seguridad y libertad de la persona por encima de los valores materiales, reclamando la posibilidad de que alguien pueda ser castigado de esta forma por no tener recursos con que atender sus obligaciones económicas; además porque el pago de deudas no reviste interés público preeminente; pero si reclama y si reviste interés público preeminente el pago de pensiones alimenticias. **CUARTA.-** Uno de los derechos mas importantes que emanan de las relaciones de familia es el de alimentos; esto es, el derecho que tiene una persona para exigir alimentos de otra, con la cual se encuentra generalmente ligada por el parentesco, derecho que tiene sólido fundamento en la equidad y en el derecho natural, de

ahí que el legislador al establecerlo en la Ley no hace sino reconocer un derecho mas fuerte que ella misma y darle mayor importancia y relieve, como señala el tratadista Manuel Somarriva Undurraga en su obra "Derecho de Familia" en la que determina los siguientes requisitos para que una persona pueda exigir alimentos: 1.- Que el estado en que se encuentra sea de indigencia, esto es que realmente necesite los alimentos. 2.- Que la situación económica de la persona a quien se le piden los alimentos le permita proporcionarlos. 3.- Que un texto expreso del legislador le otorgue derecho a exigir los alimentos. Estos supuestos se encuentran regulados en nuestra legislación tanto en el Código Civil como en el Código de la Niñez y Adolescencia. Cabe señalar al respecto que el derecho de alimentos es personalísimo, intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible; su transacción está sujeta a la aprobación judicial y la obligación alimentaria no es susceptible de compensarse. **QUINTA.- 1.- ¿Y, Cuando procede Conceder el Habeas Corpus?** 1.- Procede en los siguientes casos: a) Cuando una persona ha sido detenida ilegalmente; b) Cuando una persona ha sido arbitrariamente detenida; c) Cuando ha permanecido privada de su libertad por un tiempo mayor a lo establecido por la ley; d) Cuando se han violado principios constitucionales en la detención; e) Cuando se han violado principios contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y que se encuentren en vigencia en el país, al momento de la detención de una persona; y, f) Cuando se ha violado la ley al proceder a la detención de una persona. Más aún de conformidad con el Art. 93 de la Constitución, al Alcalde debe disponer la inmediata libertad del reclamante: 1.- Si el detenido no fuere presentado; 2.- Si no se exhibiere la orden; 3.- Si esta no cumpliere los requisitos legales; 4.- Si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención; 5.- Si se hubiere justificado el fundamento del recurso. Estos son los parámetros que debe tener en cuenta el Alcalde o el Tribunal constitucional según el caso, para determinar la procedencia o no del recurso constitucional de Hábeas Corpus. 2.- Como se ha manifestado de manera reiterada el Hábeas Corpus es una garantía constitucional señalada en el Art. 93 de la Carta Política para proteger las detenciones ilegales, así cuando no existe una restricción legal e inminente de la libertad del favorecido se vuelve infructuoso dicho recurso; o sea que la naturaleza del Hábeas Corpus es ser un remedio cuando a una persona se le está restringiendo su derecho de libertad, por el contrario es un deber confirmar la adopción de una medida cautelar que limite la libertad cuando ha sido adoptada conforme a la ley, sin violentar garantías constitucionales. 3.- Se pregunta: ¿puede alegarse en un recurso de Hábeas Corpus que la detención en esta clase de juicios de alimentos se ha infringido y se ha violado el derecho humano de la libertad de las personas el mismo que se halla consagrado en la Constitución de la Republica?. Para responder a esta pregunta es menester hacer una interpretación constitucional, que es el arte de aplicar los principios que formula la hermenéutica constitucional, mas aún si se tiene en cuenta que antes de aplicar una norma jurídica a un caso concreto es necesaria su interpretación. Hay que señalar, que la interpretación es el proceso racional, por el cual se desentraña el sentido y alcance de una norma jurídica, de tal modo que no se concibe su aplicación a las relaciones sociales sin haber previamente acudido a la correcta aplicación del arte de interpretar, pues solo de esta manera se permite comprender la norma en su formulación hipotética y relacionarla luego con los matices fácticos que presentan en cada caso concreto, los hechos sobre los cuales

se aplica. De tal modo que es tan necesario el interpretar en materia constitucional que como dicen varios autores, una errónea interpretación puede conducir al fracaso a la más perfecta de las constituciones, generando un proceso de perversión constitucional que inevitablemente se extenderá a todo el ordenamiento jurídico de toda una sociedad. 4.- El Art. 16 de la Constitución señala de manera categórica “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta constitución” de lo cual se colige que la prioridad fundamental de un Estado Social de derecho, como el nuestro, es garantizar en forma eficaz y permanente los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos; de tal manera que hay que reconocer que en los últimos años el proceso de transformación del país ha tenido como uno de los grandes protagonistas a la protección de los derechos humanos, pues se ha considerado por fin que el reto de las democracias modernas consiste en transformar el Estado de Derecho en un Estado Social y democrático de derecho y porque se reconoce que su más sólido basamento radica en el irrestricto respeto a los derechos humanos y a las garantías constitucionales. Como dice Otto Bachof “Antes los derechos fundamentales, solo valían en el ámbito de la Ley; hoy las Leyes solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”. 5.- Conforme señala la Primera Sala de este Tribunal, en un caso similar al presente y que se encuentra publicado en el Suplemento de R. O. No. 13 del jueves 1 de febrero de 2007, página 25 a 28, “La norma en la cual se sostiene la resolución que mantiene privado de la libertad al recurrente, en su extensión, señala, Art. 141 (se refiere al Código de la Niñez y la Adolescencia) “Apremio Personal.- En caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el Juez ordenará, previa razón sentada por el actuario en base a la información constante en la tarjeta de pago respectiva, el apremio personal del obligado hasta por diez días. En los casos de reiteración este plazo se extenderá hasta por treinta días. En la misma resolución que ordena el arresto, el Juez podrá ordenar el allanamiento del hogar en el que se encuentra el deudor, siempre y cuando proceda declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado por parte de quien solicita dicha medida. Pagada la totalidad de las pensiones adeudadas y los gastos causados por el apremio o el allanamiento, o en su caso, el Juez dispondrá la libertad inmediata del obligado. Lo dispuesto en los incisos anteriores también tendrá lugar cuando el obligado haya dejado de solucionar dos o más obligaciones cuyo pago directo asumió como prestación de alimentos y cuando por culpa de aquel el beneficiario haya dejado de percibir dos o más rentas, frutos u otra modalidad de pago en las que consista la prestación de asistencia fijada por el Juez. Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de la adeudado más los gastos de la diligencia del apremio y el allanamiento en su caso”. Revisada en su integridad la norma, es claro que el apremio personal, lejos de consistir en una pena, es propiamente una medida de presión y fuerza creada por la Ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias, disponiéndose, según se establece el inciso primero, que en el caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el Juez ordene el apremio personal, “hasta por diez días”; y que, en caso de reincidencia, este plazo se extenderá “hasta por 30 días”: Este es el plazo máximo por el que el apremio personal concebido como medida de fuerza, no una pena, puede extenderse y determinarse con este límite, según señala la Ley. Sin embargo, el último inciso del mismo artículo, en su estructura literal conlleva a que la medida de apremio, cautela y fuerza, subordinada por

tanto a un interés mayor, se traduzcan en una pena indefinida y perpetua por razón de las obligaciones de alimentos no sufragadas por más de un año”. 6.- Que el artículo 24 numeral 8 de la Constitución en su primer inciso señala “La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excediere en esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa”. Si se revisa con detenimiento, la norma del numeral 8 del Art. 24 de nuestra Constitución, invocada por el accionante, es aplicable a los casos de delitos reprimidos con prisión o reclusión; y en modo alguno la falta de pago de pensiones alimenticias puede equipararse a delito, cuestión que mas bien comporta una obligación de carácter civil. Es indudable que hoy existe la tendencia internacional de establecer límites precisos a la prisión preventiva y esto tiene rango constitucional conforme queda manifestado en el artículo antes citado; de lo cual se colige que el legislador ecuatoriano al dictar el primer inciso del numeral 8 del Art. 24 de la Constitución, nos enseña que la única posición admisible hoy, es la de aplicar los principios constitucionales y los derechos humanos, para hacer del sistema penal un instrumento de integración, de solución pacífica de los conflictos, y no un mecanismo de marginación y estigmatización; por ello la aplicación literal del último inciso del Art. 141 del Código de la Niñez y la Adolescencias, estaría transgrediendo uno de los derechos fundamentales de todo ser humano como es el de la libertad. 7.- Conforme señala la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en el proceso antes citado en su Consideración Décimo Primera “Que la garantía del Hábeas Corpus señalada en el Art. 93 establece su procedencia, entre otras razones, por la justificación del fundamento del recurso. En el presente caso, la persistencia de una prisión indefinida, sin plazo ni límite por una obligación pendiente y vencida de alimentos que, por otra parte, existe con independencia y con obligación ejecutiva distinta de la medida del apremio, cuya naturaleza se distorsiona cuando se convierte en penalización indefinida tal como se demuestra ha ocurrido en este caso, torna legítima la concesión del recurso”. 8.- Tomando en cuenta que la doctrina internacional considera la posibilidad de suspender la orden de detención del que paga una parte de la deuda alimentaria y pide facilidades para saldarla; esto es conforme bien lo señala Antonio Vodanovic en la obra citada (Pág. 200) “Si el alimentante contra el cual hay orden de arresto o no pago de pensiones atrasadas, al solicitar la suspensión de la medida, abona mas de la tercera parte de la deuda y pide facilidades para el pago del resto, no resulta prudente negarse a la suspensión del apremio. Porque de mantenerse el arresto es razonable pensar que el deudor, a favor del cual se recurre al amparo, no tendrá la posibilidad de lograr los medios necesarios para satisfacer la deuda total, máxime si hay antecedentes que el apremiado se encuentra actualmente sin trabajo estable, antecedentes que el juez recurrido debe ponderar para resolver lo que corresponda en relación a los mismos”, como bien lo señaló la Primera Sala del Tribunal Constitucional al resolver la causa No. 055-2007-HC publicado en el Registro Oficial No. 13 de 1 de junio de 2007: “En lo fundamental, la Sala estima que no puede suplir las deficiencias literales del último inciso del Art. 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia, completándolo y supliendo la deficiencia anunciada, mientras el legislador, dentro de los parámetros constitucionales, no disponga de manera general una específica determinación de un límite de duración del

apremio en el caso que se ha enunciado y que deberá reflexionar en el sentido de que esta indeterminación en el tiempo desnaturaliza el objetivo de la pensión, que es garantizar el sustento del niño o adolescente, puesto que al permanecer tanto tiempo en prisión el obligado, como puede cubrir con esta obligación?”. Igualmente el Congreso Nacional deberá tener muy en cuenta lo que señalan los Arts. 48 y 49 de la Constitución Política vigente. Por las consideraciones expresadas, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE

1.- Revocar la resolución emitida por la Alcaldía de la I. Municipalidad de Ibarra, el 4 de mayo de 2007; en consecuencia se concede el recurso de Hábeas Corpus interpuesto por el señor **LUIS MARCELO IMBAQUINGO GALEANO**, disponiéndose la libertad del recurrente. **2.-** Exhortar a los Jueces de la Niñez y Adolescencia para que en casos similares, protegiendo el derecho de los alimentarios, instrumenten mecanismos para garantizar el derecho a la libertad de los alimentantes, propiciando convenios de pago de las pensiones alimentarias adeudadas. **3.-** Exhortar al Congreso Nacional, a fin de que proceda a realizar las reformas pertinentes al Código de la Niñez y la Adolescencia, conforme se analiza en el numeral octavo de la consideración Cuarta.- **4.-** Hágase conocer de esta resolución al Pleno del Tribunal Constitucional. **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los trece días del mes de julio del año dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0105-2007-HC

Magistrada ponente: Dra. Nina Pacari Vega

Caso No. 0105-2007-HC

SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANTECEDENTES

CARLOS ALEJANDRO QUITUISACA MOROCHO, fundamentado en los Arts. 93 de la Constitución Política y 71 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, interpone recurso de Hábeas Corpus ante el Alcalde de la I. Municipalidad de Cuenca, por considerar que, desde el 13 de Septiembre de 2006, se encuentra ilegalmente detenido en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de esa Ciudad, a órdenes del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, ante el cual se tramita el Juicio de

Alimentos No. 0217-2003, a consecuencia de la falta de pago de una liquidación de pensiones alimenticias atrasadas; y, con base en el Art. 141 del Código de la Niñez y Adolescencia ese Juzgado ha dictado un apremio personal y respectiva orden de captura del alimentante. Manifiesta que el apremio personal, aplicado como medida de fuerza, no es una pena ni puede prolongarse indefinidamente; puede extenderse y determinarse con un límite máximo de TREINTA DIAS; sin embargo, el último inciso del mismo artículo, referente a la libertad, conlleva a que la medida de apremio, cautela o fuerza, subordinada por tanto a un interés mayor se traduzca en una pena indefinida o perpetua, por razón de las obligaciones de alimentos no sufragados por más de un año. La prisión por deudas como sanción y pena no existe en nuestra legislación penal, por lo que de ninguna manera el Código de la Niñez y Adolescencia de naturaleza protectora y como derecho social que desarrolla los derechos consagrados estipulados en la secciones tercera y quinta del capítulo cuarto de la Constitución, pueda establecerlo; sin que ello implique que las normas del Código de la Niñez y Adolescencia, puedan entender en contradicción ni confronten con el interés superior consagrado como principio constitucional en favor de los derechos de los niños, según determina el Art. 48 de la Constitución. Continúa señalando que los Arts. 272 y 273 de la Constitución Política limitan la aplicación del Art. 141 del Código de la Niñez y Adolescencia, de tal manera que la persistencia de una prisión indefinida, sin plazo ni límite por una obligación pendiente y vencida de alimentos, no tiene asidero. . . . Así mismo, dejo sentado mi firme intención de trabajar y cancelar a la brevedad posible lo adeudado, como una de mis obligaciones primordiales”. Se ha acompañado al proceso copia de la providencia dictada por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia emitida el 1 de Septiembre de 2006, de la que se deduce que, hasta esa fecha (1-IX-2006), el recurrente adeudaba por cuarenta y ocho pensiones alimenticias vencidas, que suma el valor de SIETE MIL DOSCIENTOS DOLARES. Luego de realizada la Audiencia en el día y hora señalados, la Alcaldía del I. Municipio de Cuenca, a través del Vicepresidente del Concejo Cantonal, delegado del Señor Alcalde, resuelve negar el recurso, por estimar que existe orden de privación de la libertad emitida por Autoridad competente en legal y debida forma. Radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor, para resolver se realizan las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de hábeas corpus, en virtud de lo dispuesto en el artículo 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, en concordancia con la norma constante en el artículo 93 de la misma Constitución; y, el artículo 31 de la Ley de Control Constitucional; **SEGUNDA.-** Por los apellidos, se presume que el recurrente pertenece al pueblo kichua, es decir, es indígena; y, de serlo: esta particularidad no ha tomado en cuenta el Señor Juez Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca para que, en estricta aplicación del Art. 17 de nuestra Carta Fundamental en concordancia con el Convenio 169 de la OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES, particularmente el numeral 1 del Art. 8 y Art. 11, que establecen: “Artículo 8.- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”, concordante además con el “Artículo 10. 1. Cuando se impongan

sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento"; y, por tanto fiel a este mandato, busque o aplique medidas alternativas a la privación de la libertad, mas aun por tratarse de un ámbito civil. Es menester señalar que la Sala no puede suplir esta deficiencia. **TERCERA.-** Como se ha manifestado de manera reiterada el Hábeas Corpus es una garantía constitucional prevista en el Art. 93 de la Carta Política para proteger las detenciones ilegales, por lo que la naturaleza del Hábeas Corpus es ser un remedio cuando a una persona se le restringe su derecho de libertad, siendo, por el contrario, un deber confirmar la adopción de una medida cautelar que limite la libertad cuando ha sido adoptada conforme a la ley, sin violentar garantías constitucionales. Procede conceder el Habeas Corpus en los siguientes casos: a) Cuando una persona ha sido detenida ilegalmente; b) Cuando una persona ha sido arbitrariamente detenida ; c) Cuando ha permanecido privada de su libertad por un tiempo mayor a lo establecido por la ley; d) Cuando se han violado principios constitucionales en la detención; e) Cuando se han violado principios contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y que se encuentren en vigencia en el país, al momento de la detención de una persona; y, f) Cuando se ha violado la ley al proceder a la detención de una persona. Los parámetros que debe tener en cuenta el Alcalde o el Tribunal Constitucional según el caso, para determinar la procedencia del recurso constitucional de Hábeas Corpus y disponer la inmediata libertad del reclamante, de conformidad con el Art. 93 de la Constitución, son los siguientes: 1.- Si el detenido no fuere presentado; 2.- Si no se exhibiere la orden; 3.- Si esta no cumpliere los requisitos legales; 4.- Si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención; 5.- Si se hubiere justificado el fundamento del recurso. **CUARTA.-** Uno de los derechos mas importantes que emanan de las relaciones de familia es el de alimentos; esto es la facultad que tiene una persona para exigir alimentos de otra, con la cual generalmente se encuentra ligada por el parentesco, derecho que tiene sólido fundamento en la equidad y en el derecho natural, de ahí que el legislador al establecerlo en la Ley no hace sino reconocer un derecho mas fuerte que ella misma y darle mayor importancia y relieve, como señala el tratadista Manuel Somarriva Undurraga en su obra "Derecho de Familia", en la que determina los siguientes requisitos para que una persona pueda exigir alimentos: 1) Que el estado en que se encuentra sea de indigencia, esto es que realmente necesite de los alimentos; 2) Que la situación económica de la persona a quien se le piden los alimentos le permita proporcionarlos; 3) Que un texto expreso del legislador le otorgue derecho a exigir los alimentos. Estos supuestos se encuentran regulados en nuestra legislación, tanto en el Código Civil como en el Código de la Niñez y la Adolescencia; cabe señalar al respecto que el derecho de alimentos es personalísimo, intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, su transacción está sujeta a la aprobación judicial y la obligación alimenticia no es susceptible de compensarse. **QUINTA.-** Para la procedencia del apremio personal en los juicios de alimentos, deben cumplirse varias condiciones, siendo la principal que el alimentante no hubiere cumplido su obligación alimenticia en la forma ordenada por el Juez competente o si hubiera dejado de efectuar el pago de varias cuotas conforme señalan las leyes de la materia. En efecto, el artículo 141 del Código de la Niñez y

Adolescencia dispone: **Art. 141.-** *Apremio personal.- En caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el Juez ordenará, previa razón sentada por el actuario en base a la información constante en la tarjeta de pago respectiva, el apremio personal del obligado hasta por diez días. En los casos de reiteración este plazo se extenderá hasta por treinta días. En la misma resolución que ordene el arresto, el Juez podrá ordenar el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado por parte de quien solicita dicha medida. Pagada la totalidad de las pensiones adeudadas y los gastos causados por el apremio o el allanamiento, en su caso, el Juez dispondrá la libertad inmediata del obligado. Lo dispuesto en los incisos anteriores también tendrá lugar cuando el obligado haya dejado de solucionar dos o más obligaciones cuyo pago directo asumió como prestación de alimentos y cuando por culpa de aquel el beneficiario haya dejado de percibir dos o más rentas, frutos u otra modalidad de pago en las que consista la prestación de alimentos fijada por el Juez. Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento, en su caso."* El tratadista Antonio Vodanovic H. conceptúa las pensiones atrasadas, de la siguiente manera "En general, crédito devengado es aquel al cual se ha adquirido el derecho a percibirlo y pensión alimenticia atrasada no es sino aquella a la cual se ha adquirido el derecho de percibirla y sin embargo no se ha logrado, sea porque no se ha cobrado o, a pesar de haberlo hecho, su deudor no lo ha pagado" ("Derecho de Alimentos", pagina 216) y citando a Luis Claro Solar señala que "son pensiones atrasadas las correspondientes a un periodo determinado que el alimentante ha dejado de pagar en las épocas señaladas por la sentencia que lo condenan a una determinada pensión periódica o en la fecha fijada en el convenio que celebraron acreedor y deudor o las que el alimentista ha dejado de cobrar por cualquier motivo". **SEXTA.-** El Art. 23, número 4, de la Constitución Política entre otros aspectos, prohíbe la prisión por deudas. Igual prohibición se encuentra prevista en el artículo 7. inciso 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece: "Nadie será detenido por deuda" disposición que añade: "Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes de alimentos" Con esta última previsión guarda relación el artículo 23, numero 4 de la Constitución, que contiene como excepción a la prohibición de prisión por deudas "el caso de pensiones alimenticias". El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece "nadie será encarcelado por el solo hecho de no cumplir obligación contractual" y el Art. 25, inciso segundo, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone "nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de orden civil". de este modo tanto el Art. 23, número 4, de la Constitución, en concordancia con los Tratados Internacionales citados, coloca la seguridad y libertad de la persona por encima de los valores materiales, precisando la posibilidad de que alguien pueda ser castigado de esta forma por no tener recursos con que atender sus obligaciones económicas; además porque el pago de deudas no reviste interés publico preeminente; mas sí reclama y reviste interés publico preeminente el pago de pensiones alimenticias. Mas aun: Todos los países del continente han expulsado de sus legislaciones, una infamante práctica en contra de los

derechos humanos: La prisión por deudas, institución que nuestro País lo ha consagrado en el numeral 4° del Art. 23 de la Constitución Política vigente. **SEPTIMA.-** Procede analizar si puede alegarse en un recurso de Hábeas Corpus que con la detención en los juicios de alimentos se ha infringido y se ha violado el derecho humano de la libertad de las personas el mismo que se halla consagrado en la Constitución de la Republica. A fin de efectuar este análisis es menester realizar un ejercicio de interpretación constitucional, que es el arte de aplicar los principios que formula la hermenéutica constitucional, mas aún si se tiene en cuenta que antes de aplicar una norma jurídica a un caso concreto es necesaria su interpretación. Es preciso señalar que la interpretación es el proceso racional, por el cual se desentraña el sentido y alcance de una norma jurídica, de tal modo que no se concibe su aplicación a las relaciones sociales sin haber previamente acudido a la debida aplicación del arte de interpretar, pues solo de esta manera se permite comprender la norma en su formulación hipotética y relacionarla luego con los matices fácticos que presentan en cada caso concreto, los hechos sobre los cuales se aplica. De tal modo, es tan necesario el interpretar en materia constitucional pues, como dicen varios autores, una errónea interpretación puede conducir al fracaso a la más perfecta de las constituciones, generando un proceso de perversión constitucional que inevitablemente se extenderá a todo el ordenamiento jurídico de toda una sociedad. Al efecto, cabe señalar que el Art. 16 de la Constitución dispone, de manera categórica *“El mas alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta constitución”* de lo cual se colige que la prioridad fundamental de un estado social y democrático de derecho, como se define a nuestro país en la Constitución, es garantizar en forma eficaz y permanente los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos; de tal manera que hay que reconocer que en los últimos años el proceso de transformación del país ha tenido como uno de los grandes protagonistas a la protección de los derechos humanos, pues se ha considerado que el reto de las democracias modernas consiste en transformar el estado de derecho en un estado social y democrático de derecho y porque se reconoce que su mas sólido basamento radica en el irrestricto respeto a los derechos humanos y a las garantías constitucionales. Como dice Otto Bachof *“Antes los derechos fundamentales, solo valían en el ámbito de la Ley; hoy las Leyes solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”*. **OCTAVA.-** La Primera Sala de este Tribunal, en la resolución N° 0086-2006-HC, emitida en un caso similar al presente, publicada en el Suplemento de R. O. No. 13 del jueves 1 de febrero de 2007, página 25 a 28, el referirse al artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia en que se sostiene la resolución que mantiene privado de la libertad al recurrente, señala ; *“Revisada en su integridad la norma, es claro que el apremio personal, lejos de consistir en una pena, es propiamente una medida de presión y fuerza creada por la Ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias, disponiéndose, según se establece el inciso primero, que en el caso de no pago de dos o mas pensiones de alimentos, el Juez ordene el apremio personal, “hasta por diez días”; y que, en caso de reincidencia, este plazo se extenderá “hasta por 30 días”:* Este es el plazo máximo por el que el apremio personal concebido como medida de fuerza, no una pena, puede extenderse y determinarse con este límite, según señala la Ley. Sin embargo, el ultimo inciso del mismo artículo, en su estructura literal conlleva a que la medida de apremio, cautela y fuerza, subordinada por tanto a un interés mayor,

se traduzcan en una pena indefinida y perpetua por razón de las obligaciones de alimentos no sufragadas por mas de un año. En la actualidad la tendencia internacional es establecer limites precisos a la prisión preventiva, principio que en nuestro caso tiene rango constitucional conforme queda manifestado en el artículo antes citado; de lo cual se colige que el legislador ecuatoriano al dictar el primer inciso del numeral 8 del Art. 24 de la Constitución, nos enseña que la única posición admisible hoy, es la de aplicar los principios constitucionales y los derechos humanos, para hacer del sistema penal un instrumento de integración de solución pacifica de los conflictos, y no un mecanismo de marginación y estigmatización; por ello la aplicación del ultimo inciso del Art. 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia si se lo aplica de manera literal, se estaría transgrediendo uno de los derechos fundamentales de todo ser humano como es el de la libertad, sin que esta medida, por otra parte, permita el cumplimiento de los objetivos del referido Código en el sentido de proteger al niño o adolescente que precisa de alimentos, pues la indeterminación en el tiempo de detención del alimentante morosos desnaturaliza el objetivo de la pensión, que es garantizar el sustento de niño o adolescente, ya que encontrándose en prisión el obligado, con la consiguiente imposibilidad de ejercer una actividad que le permita el ingreso de recursos económicos necesarios, mal puede cumplir su obligación. **NOVENA.-** Conforme señala la Primera Sala del Tribunal Constitucional, en la consideración décimo primera de la resolución antes citada *“Que la garantía del Habeas Corpus señalada en el Art. 93, establece su procedencia, entre otras razones, por la justificación del fundamento del recurso. En el presente caso, la persistencia de una prisión indefinida, sin plazo ni limite por una obligación pendiente y vencida de alimentos que, por otra parte, existe con independencia y con obligación ejecutiva distinta de la medida del apremio, cuya naturaleza se distorsiona cuando se convierte en penalización indefinida tal como se demuestra ha ocurrido en este caso, torna legitima la concesión del recurso”*. **DECIMA.-** La doctrina internacional considera la posibilidad de suspender la orden de detención del que paga una parte de la deuda alimentaria y pide facilidades para saldarla; conforme bien señala Antonio Vodanovic en la obra citada (página 200): *“Si el alimentante contra el cual hay orden de arresto por no pago de pensiones atrasadas, al solicitar la suspensión de la medida, abona mas de la tercera parte de la deuda y pide facilidades para el pago del resto, no resulta prudente negarse a la suspensión del apremio. Por que de mantenerse el arresto es razonable pensar que el deudor a favor del cual se recurre el amparo no tendrá la posibilidad de lograr los medios necesarios para satisfacer la deuda total, máxime si hay antecedentes que el apremiado se encuentra actualmente sin trabajo estable, antecedentes que el juez recurrido debe ponderar para resolver lo que corresponda en relación a los mismos”* Ahora bien, como señala la Primera Sala del Tribunal Constitucional, el Juez Constitucional no puede suplir las deficiencias literales del ultimo inciso del Art. 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia, completándolo y supliendo la carencia anunciada, pues corresponde al legislador, dentro de los parámetros constitucionales, disponer de manera general una especifica determinación de un limite de duración del apremio en el caso que se ha enunciado, a cuyo efecto será necesario tomar en cuenta lo señalado por los artículos 48 y 49 de la Constitución Política; los artículos 1, 11, 14 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, en relación al principio del interés superior

del niño, que indudablemente están por encima de los textos del Código Civil, lo cual implica que los derechos de aquel prevalecerán por sobre los de los demás y el derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás; se deberá también tener presente los Convenios Internacionales que el Ecuador ha celebrado y que están vigentes en el país sobre los Derechos del Niño, especialmente el suscrito en las Naciones Unidas (New York) el 5 de diciembre de 1984, ratificado por resolución legislativa publicada en el R. O. No. 378 del 15 de febrero de 1990 y por decreto ejecutivo No. 1330 publicado en el R. O. No. 400 de 21 de marzo de 1990 cuyo texto fue publicado en el R. O. 387 de 2 de marzo de 1990 y nuevamente en el R. O. No. 31 del 22 de septiembre de 1992, y muy especialmente se deberán tener en cuenta el Art. 3 de dicha Convención que señala *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener una consideración primordial a que se atienda el interés superior del niño”*. Por las consideraciones expresadas, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones

RESUELVE

1. Revocar la resolución emitida por la Alcaldía de la I. Municipalidad de Cuenca, el 30 de Abril de 2007; en consecuencia conceder el recurso de Hábeas Corpus interpuesto por el señor CARLOS ALEJANDRO QUITUISACA MOROCHO disponiéndose la libertad del recurrente. 2.- Exhortar a los Jueces de la Niñez y Adolescencia para que, en casos similares, protegiendo el derecho de los alimentarios, instrumenten mecanismos para garantizar el derecho a la libertad de los alimentantes, propiciando convenios de pago de las pensiones alimentarias adeudadas. 3.- Exhortar al Congreso Nacional, a fin de que proceda a las reformas pertinentes al Código de la Niñez y de la Adolescencia, conforme se analiza en la octava consideración; 4. Hacer conocer de esta resolución al Congreso Nacional.- **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.-**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Magistrada Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Magistrado Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los trece días del mes de julio del año dos mil siete.- Lo Certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

No. 0152-2007-RA

Magistrado Ponente: DR. EDGAR ZARATE ZARATE

LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 0152-2007-RA

ANTECEDENTES:

Sergio Méndez Vintimilla, por sus propios derechos y los que representa en calidad de Gerente y representante legal de la Compañía de Taxis El Calvario TRASCALVARIO S.A., interpone acción de amparo constitucional ante el Juez Décimo Sexto de lo Civil del Azuay contra la Presidenta del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, Gobernador de la Provincia del Azuay y Presidente del Consejo Provincial de Tránsito del Azuay, y el Director Administrativo del mismo Consejo. En lo principal manifiesta que una vez constituida la compañía se procedió a presentar ante el Consejo Provincial de Tránsito del Azuay con fecha 25 de febrero del 2003, la solicitud correspondiente tendiente a obtener el permiso de operación para que los accionistas puedan laborar en la actividad para la que fue creada que es el transporte de pasajeros en taxis en el sector rural de Turi del cantón Cuenca. Luego de algunos días el Consejo Provincial de Tránsito y Transporte Terrestre les indica que no es competente para conocer la solicitud formulada. Por no encontrarse de acuerdo con la misma, se procedió a presentar ante la Unidad de Tránsito del Municipio de Cuenca una solicitud tendiente a obtener el permiso de operación para la compañía; sin embargo y pese a cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la misma Ley de Tránsito se les niega la petición formulada, por lo que interpusieron una acción de amparo que la ganaron en el juzgado de instancia, pero la Segunda Sala del Tribunal Constitucional revoca la resolución y niega el amparo dejando a salvo los derechos de los accionantes para hacerlos valer en las instancias pertinentes. Teniendo como base dicha resolución el 9 de enero del año 2004 se procede a presentar nuevamente en el Consejo Provincial de Tránsito del Azuay la documentación completa correspondiente para la obtención del permiso de operación para la compañía TRASCALVARIO S.A. luego de la insistencia la Comisión de Permisos de Operación recomienda aprobar la concesión del permiso. Por encontrar dudas sobre hasta donde llegaba la competencia que el Convenio de Transferencia de funciones le confiere al Municipio de Cuenca, el Presidente del Consejo Provincial de Tránsito eleva a consulta al Consejo Nacional de Tránsito quien a su vez consulta a la Procuraduría General del Estado. Ante la respuesta de estos organismos procedieron a solicitar nuevamente al Presidente del Consejo Provincial de Tránsito del Azuay convoque a sesión de directorio para que conozcan su pedido de otorgamiento de permiso de operación. Luego de mucha insistencia se convoca a sesión de directorio para conocer entre otros puntos el relacionado con su Compañía, y pese a haber expuesto fundamentadamente que el problema relacionado con la competencia de funciones entre el Municipio de Cuenca y el Consejo Nacional de Tránsito ha sido resuelto y evacuado por las máximas autoridades de Control Constitucional, los miembros del Directorio deciden elevar una nueva consulta sobre el tema de las competencias al Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, quien se ratificó en las consultas realizadas anteriormente. Luego

de un ir y venir de oficios y comunicaciones remitidas ratificando una y otra vez la competencia del Consejo Provincial para conocer y resolver sobre la petición efectuada, sin considerar las disposiciones emitidas, haciendo caso omiso del daño y perjuicio que se les está ocasionando tanto económico por las inversiones realizadas, como morales por la falta de atención que les priva del derecho al trabajo garantizado en la Constitución, evidenciando el monopolio del transporte en Azuay por parte de empresas ya constituidas, el Consejo Provincial de Tránsito en sesión ordinaria de Directorio llevada a cabo el 18 de febrero del 2005 resuelve: declararse incompetente para conocer y resolver la petición de la compañía de taxis El Calvario TRANSCALVARIO y compañía de Taxis Guamán Guevara Coguaguesa, por lo tanto inhibirse del tratamiento de dicho tema, resolución tomada con completa arbitrariedad y con desconocimiento pleno de las leyes y jerarquía de las autoridades; esta resolución fue apelada ante el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre dentro de los términos establecidos en la Ley, Organismo que con fecha 21 de septiembre del 2006 resuelve *“Disponer al Consejo Provincial de Tránsito y Transporte Terrestre del Azuay que en base al respectivo informe técnico sobre la necesidad del servicio de taxis en la parroquia Turi, cantón Cuenca tramite y de ser procedente se conceda el permiso de operación de la compañía de Taxis El Calvario TRANSCALVARIO,...*”. Habiendo obtenido la resolución en la que se dispone se otorgue el permiso de operación, el Consejo Provincial de Tránsito mediante comunicaciones que nada tienen que ver con el trámite empezó a dilatar su cumplimiento, lo que les obligó a presentar una denuncia al Consejo Nacional de Tránsito para que disponga lo que en derecho le correspondía. El Directorio del Consejo Provincial de Tránsito del Azuay reunido con fecha 3 de enero del año 2007 en completo desacato a la ley, desconociendo la autoridad y volviendo a vulnerar sus derechos resuelve: *“Negar la concesión del permiso de operación solicitado por la compañía de Taxis El Calvario TRANSCALVARIO S.A.”*. Esta resolución contraviene expresas disposiciones legales como el artículo 145 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y el 253 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley de Tránsito. El Consejo Nacional de Tránsito y el Consejo Provincial de Tránsito del Azuay en una actitud contradictoria de sus mismas resoluciones desacata disposiciones del propio organismo violando la Constitución Política el artículo 23 numerales 16, 17, 19 y 26 que garantizan el derecho a la libre organización, al trabajo, a la libertad de asociación y a la seguridad jurídica, no se ha considerado el derecho de petición establecido en el artículo 28 de la Ley de Modernización, soslayando sus legítimos derechos. Otras compañías constituidas en las mismas circunstancias han sido beneficiadas con la concesión del permiso de operación. La negativa y las omisiones en las que han incurrido las autoridades requeridas les ha causado y les sigue causando graves perjuicios por lo que impugna estos actos administrativos porque violan sus más elementales derechos consagrados en la Constitución y les causa daño grave por las inversiones realizadas, sin permitirles trabajar desde el año 2003, privándoles del derecho a mantener a sus familias y darles una vida digna violando el derecho de igualdad ante la ley y a ser atendidos en la forma y celeridad que la Constitución dispone, por lo que solicita que se establezca la emisión del respectivo permiso de operación a favor de la Compañía de Taxis TRANSCALVARIO S.A. pues han cumplido con todos los requisitos establecidos en la ley. En el día y hora

señalados se lleva a cabo la audiencia pública a la que comparecen las partes. El accionante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho. La parte accionada comparece a través de sus abogados ofreciendo poder o ratificación a nombre del Gobernador encargado, del Director Administrativo del Consejo Provincial de Tránsito, del Director Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre y el Director Regional de la Procuraduría General del Estado. El Consejo Nacional de Tránsito del Azuay manifiesta que en efecto el Directorio el 21 de septiembre del 2006 emitió la resolución pertinente una vez que fue dirigida la competencia sobre la autoridad a emitir el permiso de operación. Revisado el expediente se encuentra que con fecha 4 de enero del 2007 se notifica al representante legal de la compañía de taxis TRANSCALVARIO la negativa de la concesión del permiso de operación, decisión que ha sido adoptada por el Consejo Provincial de Tránsito del Azuay sin que el Consejo Nacional de Tránsito haya intervenido, por lo que no debió haber sido demandado. El Consejo Nacional de Tránsito es responsable únicamente de los actos administrativos y resoluciones emanadas en el seno del mismo, más no de decisiones que emanen de organismos provinciales de tránsito. El Presidente del Consejo Provincial de Tránsito del Azuay manifiesta que éste forma parte del Consejo Nacional de Tránsito que es el que dicta las políticas a seguirse de conformidad a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, la pretensión de la acción presentada por un lado va dirigida a la omisión de la autoridad pública y por otra el acto administrativo ilegítimo sin determinar cuál, del texto de la acción propuesta se observa que se solicita el permiso de operación para la compañía TRANSCALVARIO S.A. el mismo que lo viene solicitando desde el año 2003, habiendo transcurrido más de tres años con lo que queda claro que no existe daño inminente y grave, requisito indispensable para plantear una acción de amparo. Se ha hecho relación a que la resolución del Consejo Nacional de Tránsito supuestamente había dispuesto al Consejo provincial de Tránsito del Azuay otorgue el permiso de operación a la Compañía demandante, sin embargo en la parte pertinente dice que de ser procedente se otorgará el permiso de operación, de ahí que el Consejo Provincial de Tránsito del Azuay en consideración a la ordenanza municipal que señala que la parroquia Turi no es rural sino que se halla integrada al perímetro urbano, determina que dicho permiso no es procedente por cuanto no son la autoridad competente, sino que una vez más se debe establecer la competencia de la Municipalidad de Cuenca. Además si el actor se cree perjudicado en sus legítimos derechos puede acudir a la vía administrativa y posteriormente a la judicial por lo que solicita la improcedencia de la acción. El Director Administrativo del Consejo Provincial de Tránsito del Azuay manifiesta que en su calidad de Director su obligación es hacer cumplir las resoluciones que se tomen en el seno del Consejo Provincial de Tránsito, en base a lo que dispone el artículo 33 literal a) de la Ley de Tránsito, el Consejo Nacional de Tránsito prohíbe el incremento del parque automotor de la ciudad de Cuenca, por lo que de proceder al otorgamiento del permiso de operación se estaría contraviniendo la resolución en referencia. El Director Regional de la Procuraduría General del Estado manifiesta que la acción planteada no reúne los requisitos que la Constitución establece y que la decisión tomada por el Consejo Nacional de Tránsito ha dado cumplimiento a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y se encuentra enmarcado dentro de la Constitución Política y el

ordenamiento jurídico vigente por lo que solicita se deseche la acción planteada. El Juez Séptimo de lo Civil de Cuenca resuelve negar el amparo constitucional interpuesto. De esta resolución, interpone recurso de apelación el accionante, que se le concede. Con estos antecedentes, para resolver, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional hace las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y 276 numeral 3 de la Constitución Política de la República, es competente para conocer y resolver en este caso; **SEGUNDA.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente caso, por lo que se declara su validez; **TERCERA.-** La acción de amparo procede con el objeto de adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole 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 se podrá interponer contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. **CUARTA.-** El accionante en la demanda, solicita que mediante la acción de amparo propuesta se adopte las medidas urgentes destinadas a cesar los efectos de la omisión y el acto, y la emisión del respectivo permiso de operación a favor de la Compañía de taxis el TRANSCALVARIO S.A. Si bien el accionante no especifica el acto concreto que objeta, luego de su amplia y detallada exposición de fundamentos se entiende que está impugnando la resolución que le niega el permiso de operación a la Cooperativa que representa y solicita que se le otorgue el respectivo permiso. El Consejo Provincial de Tránsito y Transporte Terrestre del Azuay con fecha 03 de enero de 2007 resuelve: “Primero: **NEGAR LA CONCESIÓN DE PERMISO DE OPERACIÓN SOLICITADO POR LA COMPAÑÍA DE TAXIS EL CALVARIO TRANSCALVARIO S.A.,** Segundo: **NOTIFICAR CON LA PRESENTE RESOLUCION A LOS REPRESENTANTES DE LA COMPAÑÍA DE TAXIS CALVARIO TRANSCALVARIO S.A.”** **QUINTA.-** Corresponde en primer lugar a esta Sala analizar la legitimidad del acto que se impugna, al respecto cabe manifestar que si bien el artículo 31 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, establece cuales son los deberes y atribuciones de los Consejos Provinciales de Tránsito y Transporte Terrestres dentro de sus respectivas jurisdicciones, entre ellos “*Conceder, modificar, revocar o suspender los permisos de operación de las empresas de transporte terrestre de servicio masivo, de acuerdo con esta Ley y sus reglamentos...*”, se entiende que la concesión de dichos permisos tiene que darse luego del estudio técnico que permita un crecimiento equilibrado del servicio de transporte con el objetivo de beneficiar a la colectividad, sin discriminación de tipo alguno y evitando el monopolio de transporte del Azuay por empresas ya constituidas. **SEXTA.-** La doctrina constitucional ecuatoriana establece que un acto de autoridad se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. En la parte considerativa que fundamenta la resolución adoptada por el

Consejo Provincial de Tránsito del Azuay, que niega la concesión del permiso de operación a la compañía de Taxis El Calvario TRANSCALVARIO S.A. de fecha 3 de enero del año 2007, se evidencia una clara contradicción, pues, mientras por un lado se establece la competencia que le concede la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre a los Consejos Provinciales de Tránsito; por otro lado, considera que “...no sería el competente para otorgar el permiso de operación solicitado” (El resaltado es nuestro); y sin embargo de manifestar su incompetencia, resuelve negando la concesión del permiso de operación a la Compañía solicitante, evidenciando claramente que existe ilegitimidad en la resolución adoptada. **SEPTIMA.-** Para la constitución de la empresa se requirió el informe favorable del Consejo Nacional de Tránsito, por lo que se presume que la compañía gozaba de las garantías constitucionales relacionadas con la libre empresa; y sus accionistas de las relacionadas con el derecho de asociación, de acceso al trabajo y de igualdad ante la ley. Una vez constituida la empresa no puede ser objeto de una resolución que atente contra los derechos de los accionistas y fomente el monopolio. **OCTAVA.-** Para que proceda el amparo constitucional no es suficiente que el acto aparezca como ilegítimo, ya que sólo cuando viola en forma clara y concreta normas constitucionales o tratados internacionales vigentes y con ello causa daño grave al accionante, procede esta acción. En el presente caso es evidente que la resolución que niega la concesión del permiso de operación a la compañía de Taxis TRANSCALVARIO S.A. viola el derecho a la seguridad jurídica entendida como la necesaria confianza que los ciudadanos deben tener en relación a la actuación de toda autoridad, así como también los derechos a la libertad de empresa, de trabajo, de contratación, pues desde el año 2003 se les ha impedido trabajar, luego de haber realizado fuertes inversiones económicas en la adquisición de vehículos y cumpliendo con todos los requisitos que se les imponía para la concesión del permiso de operación. Si es obligación del Estado asegurar las condiciones mínimas de trabajo de las personas de acuerdo a lo establecido en la Constitución; en este caso los Organismos de Tránsito están irrespetando los derechos de los trabajadores al impedirles ejercer la actividad para la que fue creada la Compañía TRANSCALVARIO. **NOVENA.-** Con la negativa de la concesión de permiso de operación se les ocasiona un daño grave a los accionistas de la compañía TRANSCALVARIO no sólo de orden patrimonial por cuanto se deja sin trabajo a muchas personas que han hecho cuantiosas inversiones para adquirir automóviles e impidiéndoles el acceso a los ingresos necesarios para su subsistencia y la de su familia; sino también, de orden moral, en tanto han pasado más de cuatro años sin que se defina la situación legal de operación de la mencionada compañía por aparentes conflictos de competencia, en los que sin ser causantes los accionantes de dicha compañía, se les ha perjudicado gravemente. La presente acción de amparo reúne los requisitos de procedibilidad contemplados en la Constitución y en la Ley del Control Constitucional. Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala

RESUELVE:

1.-Revocar la resolución adoptada por el juez de instancia y, en consecuencia conceder el amparo constitucional interpuesto; dejando sin efecto la resolución adoptada por el Consejo Provincial de Tránsito y Transporte Terrestre del Azuay con fecha 3 de enero del año 2007, debiendo el Organismo de Tránsito y Transporte Terrestre en mención,

conceder el permiso de operación a favor de la Compañía de Taxis El Calvario TRANSCALVARIO S.A 2.-Devolver el expediente al juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley del Control Constitucional; **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE**

f.) Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Presidente Segunda Sala.

f.) Dra. Nina Pacari Vega, Vocal Segunda Sala.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Vocal Segunda Sala.

RAZÓN: Siento por tal que la Resolución que antecede fue aprobada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional a los veinte y seis días del mes de julio del año dos mil siete.- Lo certifico.-

f.) Dra. Aída García Berni, Secretaria Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f.) Secretaria de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Quito D.M., 24 de septiembre de 2007

No. 0645-2005-RA

Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales Vinuesa

**“LA TERCERA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el caso signado con el No. **0645-2005-RA**

ANTECEDENTES:

Oswaldo Heraldo Ramón Maldonado, comparece ante el Juzgado Quinto de lo Civil de El Oro, con asiento en Zaruma, y deduce acción de amparo constitucional en contra de la Presidenta de la Junta Parroquial de Salvias y de los señores Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Municipal de Zaruma, a fin de que se deje sin efecto la Resolución adoptada por la Junta Parroquial de Salvias, Cantón Zaruma el 20 de mayo del 2005, mediante la cual se resolvió la destitución del accionante de su cargo de miembro de la Junta Parroquial de Salvias.

Señala que conforme consta de la credencial otorgada por el Tribunal Supremo Electoral-Tribunal Provincial Electoral de El Oro el 17 de octubre de 2004, en forma democrática, fue elegido tercer miembro Principal de la Junta Parroquial de Salvias Cantón Zaruma provincia de el Oro.

Con fecha 19 de abril del 2005, el señor Dositeo Veintimilla, Vocal de la Junta requerida solicitó a la misma su remoción del cargo de vocal, amparándose en los siguientes: 1) que ha obstaculizado el desarrollo de la asamblea parroquial efectuada el 2 de abril del 2005 protagonizando escándalos; 2) que ha negado su colaboración personal en los trabajos dispuestos por la junta parroquial, denigrando la condición de trabajo del pueblo de Salvias; 3) que supuestamente ha destruido el cassette de la sesión de posesión de la nueva junta parroquial efectuada el 6 de enero de 2005.

Señala que en virtud de la acusación formulada por Dositeo Veintimilla, se conformó la comisión de excusas y calificaciones, donde se nombró como tercer miembro de la

misma al acusador, la que en fecha 12 de mayo de 2005, presentó informe recomendando a la junta proceda a su remoción bajo los justificativos de que la asamblea parroquial de 2 de abril del 2005, pidió a la junta su destitución por no colaborar en las mingas convocadas.

Indica que en el expediente en cuestión, no existe ningún medio de prueba de los hechos que se le imputaron para tal decisión, y que de la acusación por apropiación indebida de bienes públicos, el competente para efectuar una auditoria es la Contraloría General del Estado y no la junta parroquial.

Que su accionar como miembro de la junta parroquial, no se encuadra en lo establecido en el Art. 34 de la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales, por lo que la decisión de removerlo de su cargo de vocal de la junta parroquial de Salvia, es ilegítimo y violatorio de derechos y garantías constitucionales, por lo que solicita se acepte el recurso interpuesto.

La audiencia pública tuvo lugar el 7 de julio de 2005, con la comparecencia de las partes. El accionante se afirma y ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. La demandada, por intermedio de su abogado defensor, rechaza lo manifestado por el accionante, por no estar apegada a la realidad de los hechos, por cuanto la destitución del vocal Oswaldo Ramón, se realizó de conformidad con el Art. 34 literal a) y d) de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales; alega nulidad absoluta de la acción de amparo propuesta; improcedencia de la presente acción; falta de legítimo derecho del accionante para proponer la presente demanda en los términos contenidos en la misma. Solicita se rechace la demanda planteada por el recurrente. El representante del Gobierno Municipal de Zaruma, señala que existe ilegitimidad de personería del accionado; que la junta parroquial, actuó apegada estrictamente a lo que establece el Art. 93 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, respetando el debido proceso; que el Gobierno Municipal de Zaruma amparado en el Art. 40 numeral 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, dio trámite a la remoción del mencionado vocal en virtud de los actos ilegales cometidos por este; que el último inciso del Art. 93 del Reglamento a la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, señala que el recurrente debió apelar la resolución del Gobierno Municipal de Zaruma ante el Tribunal Constitucional en forma directa y tal como lo expresa dicho inciso, y no ante esta autoridad que no tiene competencia para ello, por lo que solicita se declare la nulidad del improcedente recurso. El delegado de la Procuraduría General del Estado, se suma a la exposición realizada por la accionada.

El Juez Quinto de lo Civil de El Oro, con sede en Zaruma, resuelve negar la acción, resolución que es apelada ante el Tribunal Constitucional.

CONSIDERANDO:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone los artículos 95 y 276, número 3, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar

cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

TERCERA.- Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto

CUARTA.- Impugna el accionante la resolución emitida por la Junta Parroquial de Salvias, confirmada por el Gobierno Municipal de Zaruma, provincia de El Oro, mediante la cual se le remueve de sus funciones como miembro de la Junta Parroquial de Salvias.

QUINTA.- El artículo 93 del Reglamento a la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales establece el procedimiento para la remoción de vocales de estos organismos, disponiendo en el último inciso que la decisión de remoción “ *podrá ser impugnada ante el Concejo Municipal del respectivo cantón, sin perjuicio de las facultades que le consigna la ley para recurrir al Tribunal Constitucional.*”.

No solo en virtud de la disposición que antecede, sino por cuanto la Constitución Política prevé el amparo constitucional como garantía de los derechos de las persona y la Ley de Control Constitucional desarrolla la referida garantía, procede conocer y resolver en esta vía casos como el presente en que el demandante considera lesionados sus derechos por la actuación de una Junta Parroquial, tanto más si se trata de una remoción que el afectado considera se ha realizado con vulneración a sus derechos. Así ha interpretado esta Sala en casos análogos como el 0818-RA-05 y 0070-RA-06.

SEXTA.- De la revisión del proceso llegado a esta Sala se establecen los siguientes aspectos:

1. El señor Dositeo Veintimilla, Vocal de la Junta Parroquial de Salvias, mediante comunicación de 19 de abril de 2005, solicita a la Presidenta de la Junta Parroquial la remoción del Vocal señor Oswaldo Ramón Maldonado, por considerar que el mencionado Vocal ha cometido las siguientes infracciones:
 - a) Haber obstaculizado el desarrollo de la asamblea realizada el 2 de abril de 2005;
 - b) Haber negado colaboración en la ejecución de trabajos planificados por la Junta Parroquial ; y,
 - c) Haber destruido el cassette de la reunión de entrega-posesión de la Junta Parroquial realizada el 6 de enero de 2005.
2. El 17 de mayo de 2005 la Junta Parroquial recibe el informe de la Comisión de Excusas y Calificaciones en el que se concluye que el señor Oswaldo Ramón ha incurrido en las causales de remoción previstas en la Ley, además de haber sido pedida la remoción por la Asamblea de la Junta, por haber destruido un cassette en el que se grababa el desarrollo de la reunión inaugural y por haberse apropiado de 4 lámparas de

alumbrado público adquiridas con dinero de la Junta, hechos que considera configuran la causal de remoción establecida en el artículo 34, letra d) de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales que dispone: “ Realizar actos o contratos que perjudiquen directa o indirectamente los bienes o rentas de la Junta Parroquial de la cual forma parte”;

3. En la solicitud de remoción presentada el 19 de abril de 2005 nada se dice sobre la apropiación de 4 lámparas a las que se refiere el informe de la Comisión, sin embargo, se observa que con fecha 9 de mayo de 2005, el mismo señor Dositeo Veintimilla dirige a la Presidenta de la Junta Parroquial una comunicación igual a la entregada el 19 de abril, con el siguiente añadido: “ el OSWALDO FAMON MALDONADO se ha apropiado de 4 lámparas de 175 watts de vapor de mercurio adquiridas por la Junta Parroquial en el mes de Diciembre de 2004”.

El día 18 de mayo a las 12h15 se entrega al señor Oswaldo Ramón Maldonado una comunicación firmada por el Secretario de la Junta Parroquial de Salvias adjunta a la cual se le hace conocer el informe de la Comisión de Excusas y Calificaciones a fin de que “avoque conocimiento de las resoluciones tomadas por dicha Comisión” adjunta además la denuncia, actas de Asamblea Parroquial, Junta Parroquial y documentos acerca de la adquisición de lámparas de alumbrado público, sin que se disponga en la comunicación que, de conformidad con el Reglamento, se le concede el término establecido para que ejerza su defensa, lo cual se encuentra previsto en los incisos del artículo 93 del Reglamento que dispone: “*Recibido el informe de la comisión el Presidente correrá traslado al acusado y convocará inmediatamente a los miembros de la junta para su conocimiento, quienes en caso de excusa se principalizará a los respectivos suplentes:*

La junta dentro del término de 10 días, adoptará la resolución que corresponda con el voto positivo de por lo menos tres de sus miembros. Durante el término señalado, el vocal acusado podrá ejercer su derecho a la defensa en forma oral o por escrito.”

Sin embargo, con fecha 17 de mayo de 2005 se convoca para el día 20 de mayo de 2005 a las 15h00 a reunión de la Junta Parroquial de Salvias para resolver, entre otros aspectos, sobre el pedido de destitución del señor Oswaldo Ramón Maldonado, reunión en la que, en efecto, se resuelve su remoción, sin que el denunciado haya podido ejercer su derecho a la defensa, pues, aún si en la comunicación entregada al denunciado el 18 de mayo a las 12h30 se habría dispuesto la apertura de un período para que aportara pruebas en su defensa, el tiempo que medió entre la comunicación y la realización de la sesión de la Junta Parroquial (2 días) era insuficiente para el efecto, como bien ha previsto el Reglamento al establecer diez días, precisamente para que la Junta pueda analizar el caso apreciando no solo las pruebas que pueda aportar el acusado sino también las del denunciante, como prevé el artículo 93 del Reglamento, tercer inciso que establece: “ *Se adjuntará a la acusación todas las pruebas pertinentes sin perjuicio de aportar o solicitarse otras durante el proceso.*”.

4. El Concejo Cantonal de Zaruma conoce la apelación presentada a la resolución de la Junta Parroquial de Salvias y en sesión de 9 de junio resuelve ratificar la resolución
5. El informe del Departamento Jurídico del Gobierno Municipal de Zaruma emitido dentro del expediente de apelación, establece que en el proceso de remoción "no se encuentra el derecho a la defensa en forma oral o por escrito (...) Al respecto, tampoco se encuentra justificado en esta causa que se haya concedido al ahora actor la oportunidad de actuar pruebas en su defensa, como determina el sexto inciso del artículo 93 del Reglamento a la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, pues, se le comunicó del informe el día 18 de mayo de 2005 y la resolución se adopta el 20 de mayo, sin que, por otra parte, se le haya concedido término alguno para su defensa.

En resumen, la remoción del accionante se realiza por haber destruido un cassette, sin que en el informe de la Comisión se establezca que este hecho se haya comprobado, pues, solo hace referencia al argumento de la pérdida realizado por el peticionario de la remoción y se señala que este acto es grave y alevoso; y, además, por una supuesta apropiación de 4 lámparas adquiridas para la Junta Parroquial, sin que se haya observado el procedimiento establecido en el Reglamento a la Ley y el denunciado haya podido ejercer el derecho a la defensa. La resolución de remoción, ratificada por el Concejo Cantonal de Zaruma, se adopta no obstante el informe jurídico que advierte no haberse concedido el derecho a la defensa del denunciado.

SEPTIMA.- Consta del expediente documentación que certifica que si bien las lámparas cuya apropiación se ha atribuido al accionante fueron facturadas en el mes de diciembre de 2004 y pagadas el 4 de enero de 2005, su entrega se realizó en el mes de abril por no haber existido en el almacén, lámparas que, incluso, al 23 de mayo de 2005 se instalaron en la parroquia en 3 lugares, restando la instalación de una restante, por falta de cable y poste, según certifica la Administradora de Agencia Zaruma de Emeloro; por lo tanto, no se explica cómo se estableció que el denunciado se apropió de lámparas de alumbrado público o por lo menos que ese fue su ánimo.

OCTAVA.- El acto impugnado es ilegítimo por cuanto inobserva el procedimiento establecido para la remoción de miembros de Juntas Parroquiales.

Por otra parte, vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 23, número 27, de la Constitución, y, concretamente el que las sanciones que se impongan a las personas deben preceder del trámite pertinente previo como establece el artículo constitucional 24, número 1, así como vulnera el derecho a la defensa protegido en el artículo 24, número 10 de la Carta Política.

NOVENA.- Si bien los vocales de las Juntas Parroquiales pueden ser removidos por las causales previstas en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, es obligación del órgano sancionador observar el trámite previsto para el efecto, la falta del mismo provoca indefensión del denunciado.

Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala,

RESUELVE:

- 1.- Revocar la resolución del Juez de instancia; en consecuencia, conceder el amparo solicitado;
- 2.- Remitir el expediente al Juez de origen para el cumplimiento de los fines legales.- **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE**".

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Magistrado Tercera Sala.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Magistrado Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue emitida por los doctores Patricio Herrera Betancourt, Manuel Viteri Olvera y Hernando Morales Vinueza, Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, quienes suscriben a los veinticuatro días del mes de septiembre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 1 octubre del 2007.- f.) Secretario de la Sala.

Quito D.M., 24 de septiembre de 2007

No. 0102-2006-RA

Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza

**“LA TERCERA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el caso signado con el **No. 0102-2006-RA**

ANTECEDENTES:

Dra. Angela Quisiguiña Tasamabay, comparece ante el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, Quito, y fundamentada en los artículos 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, deduce acción de amparo constitucional en contra del Director Provincial de Salud de Chimborazo, a fin de que se deje sin efecto el contenido de la Acción de Personal No. DPSCH-2004-RR.HH.206 del 30 de noviembre del 2004, por el cual se disminuye la categoría de profesional 5 (Coordinadora) a profesional 4 y se coloca en su puesto al Dr. Francisco Nájera, a fin de cumplir una resolución del Juez Cuarto de lo Civil de Chimborazo.

El accionante, en lo principal señala lo que mediante Acción de Personal No. DPSCH-2004-RR.HH.206, de 30 de noviembre de 2004, se dispone ubicar a la Dra. Angela Quisiguiña Tasamabay, en la Estructura Organizacional por Procesos conforme a la resolución No. 44-2004-25-10-2004. del Señor Juez Quinto de lo Civil de Chimborazo, mediante la cual deja sin efecto la acción de personal No. 2004-DPSCH.DP-035-13-01 2004 y dispone que el Dr.

Francisco Nájera sea ubicado en el cargo de Coordinador del Proceso de Vigilancia Sanitaria Provincial.

Agrega que dicha decisión es arbitraria e injusta por parte del Director Provincial de Salud ya que se la hace sin tomar en cuenta que la Dra. Angela Quisiguiña llegó al cargo de Coordinadora del Proceso de Vigilancia Sanitaria, a través de un concurso cerrado que se realizó dentro de la Dirección de Salud de Chimborazo en donde obtuvo la mayor calificación, motivo por el cual mediante acción de personal No. 2004-DPSCHA-DP-035 se le otorgó el puesto de profesional 5 Coordinadora del proceso de Vigilancia Sanitaria, de acuerdo a las resoluciones 2003-00015 del SENRES y 1104 de la Subsecretaría de presupuesto del ministerio de Economía y Finanzas.

Que se presentó un reclamo formal ante el Director Provincial de Salud de Chimborazo y se solicitó se le restituya a las funciones que venía desempeñando, pero dicha petición fue desechada, argumentando que no procede la petición hasta que no llegue la resolución del Tribunal Constitucional.

Que dicha disposición incumple lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, pues el puesto de Coordinador no es de libre nombramiento y remoción y la permanencia en este rol dependerá de las evaluaciones periódicas del desempeño con el procedimiento establecido en el Art. 75 de la mencionada Ley.

Que además se está incumpliendo la ley de Defensa Profesional, pues, los puestos de Jefes de Control Sanitario deben estar a cargo de un profesional en Bioquímica y Farmacia o Químico Farmacéutico.

Agrega que se ha violado las garantías constitucionales consagradas en los artículos 3, numeral 2 y 5, como es promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes, el artículo 23, numerales 2, 20, 26, 27 *ibidem*, que tratan sobre la Igualdad ante la Ley y la seguridad jurídica; así como los artículos 70 al 76 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones. Argumenta que se transgrede las normas y garantías laborales, previstas en los artículos 35 y 36 del texto Constitucional, que consagran el trabajo como un derecho y deber social, y la protección del Estado a los derechos laborales de la mujer.

Con los antecedentes expuestos, en aplicación de lo que dispone el Art. 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la ley de Control Constitucional, solicita se adopten las medidas urgentes y necesarias destinadas a cesar, evitar, y remediar el daño causado con la expedición de la referida Acción de Personal

La audiencia pública se realizó el 24 de agosto del 2005, con la concurrencia de las partes, como consta de la razón sentada por el señor secretario del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.- Distrito de Quito.- Primera Sala.

La parte actora se ratifica en todos sus fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda. La parte accionada alega de manera expresa la prescripción de los derechos y acciones de la Dra. Angela Quisiguiña para presentar esta acción, dado el tiempo transcurrido según lo establecido en los Arts. 97, 98 y 99 de la LOSCCA, desde la

fecha que fue emitida la acción de personal (el 4 de enero del 2005), habiendo transcurrido más de noventa días para tener derecho a demandar según lo establecido en el Art. 97 de la LOSCCA, siendo por consiguiente ilegal e improcedente su reclamo.

La Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo.- Distrito Quito resuelve acoger el amparo, por haberse cumplido los requisitos del Art. 95 de la Ley Suprema disponiendo que el demandado, en término de ocho días, bajo prevenciones legales, restituya a la accionante al cargo que desempeñaba y a la categoría que ostentaba, suspendiendo en definitiva del acto impugnado. El Director Provincial de Salud de Chimborazo apela de esta resolución ante el Tribunal Constitucional.

Con estos antecedentes, para resolver, la Sala realiza las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone los artículos 95 y 276, número 3, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

TERCERA.- Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto

CUARTA.- Impugna la accionante la acción de personal N° DPSCH-2004-RR.HH. 206 de 30 de noviembre de 2004 emitida por el Director de Salud de Chimborazo, mediante la cual se la ubica en la Estructura Organizacional por Procesos en la categoría Profesional 4, dejando sin efecto la acción de personal N° 2004-DPSCH-DO-035 de 13 de enero de 2004 en la que se designó a la actora como profesional 5 de los Subprocesos de Vigilancia Sanitaria Provincial y se coloca en su puesto al Dr. Francisco Nájera a fin de cumplir con una resolución emanada del Juez Cuarto de lo Civil de Chimborazo.

QUINTA.- De la documentación que obra del proceso a fojas 4 a 8 se observa que la Dra. Angela Quisiguiña Tasambay participó en el concurso interno cerrado para la Coordinación del Proceso de Vigilancia Sanitaria en la Dirección Provincial de Salud de Chimborazo, en el que alcanzó la máxima nota, en razón de lo cual fue ubicada en como Profesional 5 (Coordinador) mediante acción de personal N° 2003-00015 de 13 de enero de 2004, previa resolución de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público N° SENRES 2003-00015 y resolución N° 1104 de la

Subsecretaría de Presupuestos del Ministerio de Economía y Finanzas, ubicación que rige a partir del 1 de octubre de 2003.

El Artículo 124 de la Constitución Política, en relación al ingreso y ascenso en el servicio civil y la carrera administrativa, establece como requisito el concurso de méritos y oposición, en armonía con lo cual el artículo 72 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa dispone que para llenar los puestos vacantes por ascenso se efectuará el respectivo concurso de merecimiento y oposición de los servidores opcionados.

La ubicación de la accionante en la categoría profesional 5 es el resultado del desarrollo de un proceso de selección en base a méritos y oposición, de acuerdo al principio que informa la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y la disposición constitucional señalada, ubicación que no solo coloca a la servidora pública en un puesto con funciones específicas conforme a su preparación académica, sino, además, le confiere una remuneración adecuada, superior a la que venía percibiendo en su anterior categoría, como se puede constatar en la acción de personal que obra a fojas 8.

SEXTA.- La acción de personal impugnada en esta causa dispone ubicar a la ahora actora en el Proceso de Vigilancia Sanitaria Provincial, como Profesional 4, con una evidente disminución del sueldo que venía percibiendo como Profesional 5 en el mismo Proceso de Vigilancia Sanitaria Provincial.

La mencionada acción de personal se fundamenta en la Resolución N° 445-004 de 25 de octubre de 2004, emitida por el Juez Quinto de lo Civil de Chimborazo, que concede el amparo constitucional al señor José Francisco Nájera Vallejo, disponiendo su reubicación al cargo de Coordinador en el Proceso de Vigilancia Sanitaria, mas, conforme se desprende de la copia de la resolución emitida por esta Sala en el caso N° 1083-2004-RA, correspondiente al recurso de apelación a la resolución del Juez Quinto de lo Civil de Chimborazo, interpuesto por el señor Francisco Nájera, en última instancia se ha negado el amparo constitucional solicitado, razón por la cual no existe fundamento alguno para impedir el restablecimiento del derecho de la Dra Angela Quisigüña a desempeñar las funciones y mantener la categoría ocupacional que adquirió mediante concurso de merecimientos.

SEPTIMA.- Es indudable que el acto mediante el cual se reubica a la accionante vulnera su derecho a la estabilidad, garantizado en el artículo 124 de la Constitución Política, la que no significa solamente la permanencia en las funciones a las que el servidor público ha accedido sino también el ascenso y mantenimiento de las condiciones de trabajo, más aún cuando las mismas han sido adquiridas mediante concurso, conforme prevé la Constitución y la Ley de la materia.

Por otra parte, se vulnera el derecho al trabajo, en cuanto se relaciona con uno de los elementos del mismo, consagrado en el artículo 35 de la Carta Política, cual es el de la remuneración, en tanto ésta debe garantizar que se cubra las necesidades del trabajador y su familia, así como el de intangibilidad de los derechos de los trabajadores.

La disminución de la remuneración como efecto de la disminución de categoría ocupacional no solo vulnera los derechos enunciados, sino también ocasiona grave daño

precisamente porque el nivel de satisfacción de necesidades de la servidora y su familiar alcanzado con el desempeño de las funciones que desarrollaba, deja de estar garantizado, pues, el deteriorado poder adquisitivo de sus ingresos determina una restricción en la adquisición de bienes y servicios necesarios para su subsistencia.

Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, esta Sala

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución subida en grado; en consecuencia, conceder el amparo solicitado, dejando sin efecto la acción de personal impugnada a fin de reparar el daño causado, restituyendo a la actora al cargo y 1 nivel profesional alcanzado mediante concurso; y.
- 2.- Remitir el expediente a la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, Distrito Quito, para el cumplimiento de los fines de Ley.- **NOTIFIQUESE y PUBLIQUESE”.**

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Magistrado Tercera Sala.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Magistrado Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue emitida por los doctores Patricio Herrera Betancourt, Manuel Viteri Olvera y Hernando Morales Vinueza, Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, quienes suscriben a los veinticuatro días del mes de septiembre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 1 octubre del 2007.- f.) Secretario de la Sala.

Quito D. M. 24 de septiembre del 2007

Magistrado ponente: Dr. Manuel Viteri Olvera

No. 0580-2006-RA

**"LA TERCERA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el caso signado con el No. **0580-2006-RA**

ANTECEDENTES:

El señor VÍCTOR HUGO MANUEL MONTALVAN, comparece ante el Juez Quinto de lo Civil de Zamora Chinchipe, e interpone acción de amparo constitucional en contra de los señores Lcdo. Raúl Eduardo Valencia Regalado, Director Provincial de Educación de Zamora Chinchipe y Presidente de la Comisión Provincial de Defensa Profesional; Lcdo. Ricardo Apolo Berrú, Jefe de Supervisión; Lcdo. Víctor Emilio Anguizaca, Jefe de Escalafón; Lcdo. Vicente Morales, Representante de los

Tres Niveles del Magisterio; y, Lcdo. Bolívar Verdesoto, Presidente de la UNE Provincial, integrantes de la Comisión Provincial de Defensa Profesional, a fin de que se deje sin efecto el acto contenido en la Resolución de 09 de marzo de 2006, adoptada por la Comisión Provincial de Defensa Profesional de Zamora Chinchipe, mediante la cuál se resolvió sugerir al Director de Educación que se niegue el pedido de vacaciones solicitadas por el accionante.

Manifiesta que en su calidad de Rector del Colegio Técnico Agropecuario "Daniel Martínez Ordóñez", presentó con fecha 17 de febrero del 2006 una petición al Sr. Lcdo. Raúl Valencia Regalado, Director Provincial de Educación de Zamora Chinchipe y Presidente de la Comisión Provincial de Defensa Profesional, solicitándole dos meses de vacaciones para someterse a un chequeo médico riguroso, adjuntando el certificado médico y recetas de las consultas del médico tratante del IESS de la provincia de Loja, haciéndole conocer que ha laborado durante 18 meses ininterrumpidamente, sin haber recibido ninguna contestación, sin embargo, sólo en forma verbal se le ha hecho conocer que la Comisión Provincial de Defensa Profesional ha tomado una serie de resoluciones negándole el derecho a sus vacaciones, por lo que con fecha 14 de marzo del 2006, presentó otra petición al respecto.

Señala que el Lcdo. Valencia, en virtud de las peticiones presentadas convocó a una sesión de trabajo a la Comisión Provincial de Defensa Profesional para el día 07 de marzo del 2006 donde manifiesta que analizan la petición suscrita por la Srta. Rita Elizabeth Japón Armijos y su Abogado Dr. Herman Espinoza, y, la sentencia emitida por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en que se declara al accionante como autor y responsable del delito de acoso sexual, y donde se resuelve pedir al Tribunal Penal de Zamora Chinchipe una copia certificada de la sentencia ejecutoriada.

Indica que con fecha 09 de marzo del 2006, mediante Oficio No. O53CPDPDPEZCH, el señor Lcdo. Raúl Valencia Regalado, le hace conocer que en sesión de trabajo de 07 de marzo del 2006 de la Comisión Provincial de Defensa Profesional se resuelve sugerir al Director de Educación que no se conceda el pedido que realiza el actor de que se le otorgue licencia por dos meses, por cuanto se encuentra con sentencia ejecutoriada de 13 de febrero del 2006, asimismo se menciona que se nombrará una Subcomisión para que instaure el respectivo Sumario Administrativo.

Menciona que el hecho de que exista una sentencia ejecutoriada en contra del accionante, no impide hacer uso de las vacaciones a que legalmente tiene derecho por haber trabajado durante 18 meses ininterrumpidos.

Considera que con tales actuaciones se han violado expresas normas contenidas en los artículos 35 y 36 de la Constitución de la República, y otras contenidas en la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional y su Reglamento General de aplicación.

Con los referidos antecedentes, solicita se adopten las medidas urgentes destinadas a dejar sin efecto el acto contenido en la Resolución de 09 de marzo de 2006, adoptada por la Comisión Provincial de Defensa Profesional de Zamora Chinchipe, mediante la cual se resolvió sugerir al Director de Educación que se niegue el pedido de vacaciones solicitadas por el accionante.

En la audiencia pública llevada a cabo el 03 de mayo de 2006, ante el Juez Quinto de lo Civil de Zamora Chinchipe,

comparecen el accionante acompañado de su abogado defensor el Dr. Pedro Paucar Quishpe, por otra parte comparecen los señores Lcdo. Raúl Eduardo Valencia Regalado, Director Provincial de Educación de Zamora Chinchipe y Presidente de la Comisión Provincial de Defensa Profesional; Lcdo. Ricardo Apolo Berrú, Jefe de Supervisión; Lcdo. Víctor Emilio Anguizaca, Jefe de Escalafón; Lcdo. Vicente Morales, Representante de los Tres Niveles del Magisterio; integrantes de la Comisión Provincial de Defensa Profesional, acompañados de su defensora la Dra. Martha Gallardo, el Lcdo. Bolívar Verdesoto, Presidente de la UNE Provincial, acompañado de su Defensor el Dr. Segundo Larreátegui Granda. Además se cuenta con la presencia del Dr. John Mora Atarihuana quien solicita se lo declare parte por el Sr. Dr. César Samaniego Vélez, Delegado del señor Procurador General del Estado con asiento en Loja. Se concede la palabra a la parte demandada, quienes por medio de su defensora señalan que el accionante tiene en su contra una sentencia condenatoria con pena de seis meses de prisión, encontrándose a partir del 13 de febrero del 2006, en calidad de prófugo; que se le han negado las vacaciones por cuanto la Comisión Provincial de Defensa Profesional no podía dar vacaciones a una persona que desde el 16 de enero del 2006 se encuentra en interdicción política. Que el sumario administrativo seguido en contra del accionante ha cumplido el debido proceso, habiendo sido enviado dicho expediente al señor Subsecretario y Presidente de la Comisión Regional de Defensa Profesional del Austro, encontrándose actualmente en trámite. Por lo expuesto solicita declarar la inadmisibilidad de la acción planteada. Posteriormente se concede la palabra al delegado del señor Procurador General del Estado, quien solicita se niegue la acción propuesta por no cumplir con los requisitos de procedencia, tanto más que la Comisión Provincial de Defensa Profesional ha actuado conforme a sus competencias y atribuciones. Se concede la palabra al Dr. Segundo Larreátegui, defensor del Lcdo. Luis Verdesoto, Presidente de la UNE de Zamora Chinchipe, quien manifiesta que encontrándose ejecutoriada la sentencia por acoso sexual en contra del accionante, no proceden las vacaciones, en virtud de lo dispuesto por la Constitución de la República y el Art. 60 del Código Penal vigente. Que no existen derechos constitucionales violados al recurrente, pues, la Comisión ha cumplido con un acto normativo de carácter general al sugerir al señor Director la no concesión de vacaciones por cuanto el accionante se encuentra impedido de ejercer ciertos derechos y garantías, por lo que solicita que la presente acción sea rechazada por improcedente. Finalmente se concede la palabra al actor quien por intermedio de su defensor, se ratifica en los fundamentos de hecho y derecho de su pretensión.

El Juez de instancia resuelve desechar la acción de amparo constitucional propuesta, por considerar que del análisis del proceso no se encuentra derecho subjetivo constitucionalmente garantizado que haya sido violado, ya que el negar vacaciones, si bien es un acto administrativo, no conlleva la peculiaridad de un daño inminente y grave o que produzca o vaya a producir una lesión real en el derecho del demandante.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que disponen los artículos 95 y 276, número 3, de la Constitución;

SEGUNDO.- Que, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara su validez;

TERCERO.- Que, la acción de amparo prevista en el artículo 95 de la Constitución, de manera sustancial tutela los derechos, garantías y libertades de las personas, consagrados en el texto constitucional, contra actos ilegítimos de autoridad pública y que de modo inminente amenace con causar un daño grave;

CUARTO.- Que, del texto constitucional y de la normativa singularizada en la Ley del Control Constitucional se establece de manera concluyente que, la acción de amparo constitucional es procedente cuando: a) existe un acto ilegítimo, b) que siendo violatorio de un derecho subjetivo constitucional, c) amenace o cause un daño grave e inminente en perjuicio del peticionario, es decir, que los tres elementos descritos para la procedencia de la acción de amparo deben encontrarse presentes simultáneamente y de manera unívoca;

QUINTO.- Que, un acto se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o que no se lo haya dictado de conformidad con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario a dicho ordenamiento o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación;

SEXTO.- Que, el acto Administrativo que impugna el accionante, es el contenido en el oficio No. 053-CPDPDPEZCH del 09 de marzo del 2006, emitido por el Director de Educación y Presidente de la Comisión Provincial de Defensa Profesional, constante a fojas 24 del expediente, el mismo que da a conocer una serie de resoluciones y en el que se le niega al accionante sus vacaciones y los certificados médicos presentados, por cuanto está sancionado con una sentencia que se encuentra Ejecutoriada y dispuesta por el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe;

SEPTIMO.- Que, en el numeral 2 del oficio No. 053-CPDPDPEZCH del 09 de marzo del 2006, que se detalla en el considerando anterior, la Comisión de Defensa Profesional establece que se pedirá al Presidente del Tribunal Penal de Zamora Chinchipe copias certificadas de la sentencia que se encuentra Ejecutoriada en contra del actor, por el delito de *Acoso Sexual*, la misma que servirá para seguir con el trámite Legal de acuerdo a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional;

OCTAVO.- Que, el actor, al tener una sentencia ejecutoriada de seis meses de prisión en la causa penal No. 11-2003, y al haberse negado el Recurso de Casación que interpuso el accionante en la Corte Suprema de Justicia, se confirma la sentencia impuesta al actor tal como consta de fojas 18 hasta la 20 del proceso, entonces, mal podían la Dirección Provincial de Educación de Zamora Chinchipe como la Comisión Provincial de Defensa Profesional conceder dichas vacaciones; más aún, cuando el Reglamento a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio establece la destitución del Profesional de Educación en hechos de ésta naturaleza; así tenemos que la mencionada Ley dice en su Art. 120.- **Aplicación.-** Según el grado de las faltas cometidas por el Profesional de la

Educación, se aplicarán las siguientes sanciones: num. 4. lit c): Atentar contra el pudor, la dignidad e integridad de las personas, por lo que al negarse las vacaciones del actor no se viola ningún derecho constitucional del accionante;

NOVENO.- Que, ésta Sala hace presente que la determinación de legitimidad del acto se realiza al momento en que ha sido dictado el acto y, como se ha considerado en la presente resolución, el acto ha sido emitido legítimamente. Al no existir acto ilegítimo, no corresponde continuar con el análisis de los demás requisitos de procedencia que debe reunir la acción de amparo; pues el afectado no ha demostrado la ilegitimidad del acto impugnado, esto es, su irregularidad de competencia, causa, forma, contenido y fundamentación;

Que, en ejercicio de sus atribuciones y por las consideraciones expuestas:

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución del Juez inferior, en consecuencia, negar la acción de amparo constitucional propuesta por Víctor Hugo Manuel Montalván; y,
- 2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines legales consiguientes.- **NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE”.-**

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Magistrado Tercera Sala.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Magistrado Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que, la resolución que antecede fue emitida por los doctores Patricio Herrera Betancourt, Manuel Viteri Olvera y Hernando Morales Vinueza, Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, quines suscriben a los veinte y cuatro días del mes de septiembre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 1 octubre del 2007.- f.) Secretario de la Sala.

Quito D.M., 24 de septiembre de 2007

Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza

No. 0003-2007-RS

**“LA TERCERA SALA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En el caso signado con el **No. 0003-2007-RS**

ANTECEDENTES:

La señora Ángela Genoveva Ochoa Guadamud, interpone recurso de apelación para ante el Tribunal Constitucional de la resolución adoptada el 29 de marzo de 2006 por el Consejo Provincial del Guayas, que declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la accionante y ratifica la resolución adoptada por el M.I. Concejo Cantonal de Guayaquil, que declara a Ángela Genoveva Ochoa Guadamud y Rubén Darío Ramírez Montaña como legítimos poseedores con derecho a legalizar la tenencia del solar municipal No.03, Mz, 1065, ubicado en la Cooperativa Flor de Bastión, Bloque 7, parroquia Tarqui, en partes iguales. El caso que viene a conocimiento del Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

Con memorando No. DT-LT-2004-0537 del 9 de julio de 2004, el Jefe de Legalización de Tierras envía para el conocimiento y resolución de uno de los Comisarios Municipales a cargo del Director de Justicia y Vigilancia, un informe de inspección por el que se establece una discrepancia existente entre los señores Ángela Genoveva Ochoa Guadamud y Rubén Darío Ramírez Montaña, por la posesión y legalización del solar No. 03, manzana 1065, de la Coop. Flor de Bastión B1. 7, ubicada en la parroquia urbana de Tarqui, que según Censo Socio-económico realizado el 6 de mayo de 1999, el solar en litigio fue registrado en posesión de la apelante; y, que el 16 de junio del 2004 el señor Rubén Ramírez Montaña, solicita se legalice la parte que le corresponde como resultado de la inspección realizada el 21 de julio de 2004, de la cual se constató que sobre el solar se encuentran dos casas la una de hormigón armado habitada por la señora Ángela Genoveva Ochoa Guadamud con su familia y otra de caña habitada por el señor Rubén Darío Ramírez Montaña.

Rubén Darío Ramírez Montaña presenta una escritura de cesión de derechos posesorios de 25 de febrero de 2003, emitida ante el Dr. Segundo Ivo Zurita Zambrano, Notario Vigésimo Quinto del Cantón Guayaquil, por la totalidad del solar en litigio, otorgada por Ángela Genoveva Ochoa Guadamud a favor de María Isabel Montaña Pineda.

A foja 9 del expediente se encuentra copia de la escritura de cesión de derechos posesorios que sobre el predio hace María Isabel Montaña Pineda a favor de su hijo Rubén Darío Ramírez Montaña, el 7 de junio de 2004, ante el Dr. Marco Díaz Casquete, Notario Vigésimo Primero del Cantón Guayaquil.

El Comisario Séptimo Municipal, luego del trámite legal correspondiente, mediante resolución de 28 de febrero de 2005, declara a Ángela Genoveva Ochoa Guadamud, legítima poseedora y con derecho a legalizar el solar municipal No. 03, de la mz. 1065 de la Coop. Flor de Bastión, Bloque 7, de la parroquia Tarqui del cantón Guayaquil.

Rubén Darío Ramírez Montaña, apela la decisión del Comisario Séptimo Municipal, ante el Concejo Cantonal de Guayaquil, y mediante resolución de 4 de agosto de 2005, este Consejo resolvió, revocar la resolución dictada por el Comisario Séptimo Municipal y declara que Ángela Genoveva Ochoa Guadamud y Rubén Darío Ramírez Montaña legítimos poseedores con derecho a legalizar la tenencia de solar municipal No. 03, de la mz. 1065 de la Coop. Flor de Bastión, Bloque 7, de la parroquia Tarqui del cantón Guayaquil, en partes iguales, es decir, el 50% para cada uno.

Ángela Genoveva Ochoa Guadamud, apela la decisión del Concejo Cantonal de Guayaquil ante el Consejo Provincial

del Guayas y este con resolución de 29 de marzo de 2006, resuelve declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la accionante y ratifica la resolución adoptada por el M.I. Concejo Cantonal de Guayaquil, por la cual declara a Ángela Genoveva Ochoa Guadamud y Rubén Darío Ramírez Montaña como legítimos poseedores con derecho a legalizar la tenencia del solar municipal No.03, Mz, 1065, ubicado en la Cooperativa Flor de Bastión, Bloque 7, parroquia Tarqui, en partes iguales.

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- El H. Consejo Provincial del Guayas (fs. 116), en sesión de 29 de marzo de 2006 resuelve declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la señora Ángela Genoveva Ochoa Guadamud y en consecuencia ratifica la resolución adoptada por el M.I. Concejo Cantonal de Guayaquil, en sesión ordinaria celebrada el 4 de agosto del 2005, a las 13H30, mediante la cual se revoca la resolución emitida por el Comisario Séptimo Municipal y declara a Ángela Genoveva Ochoa Guadamud y Rubén Darío Ramírez Montaña como legítimos poseedores con derecho a legalizar la tenencia del solar municipal No.03, Mz, 1065, ubicado en la Cooperativa Flor de Bastión, Bloque 7, parroquia Tarqui, en partes iguales, es decir el 50% para cada uno.

SEGUNDA.- El H. Consejo Provincial del Guayas, en sesión ordinaria celebrada el 02 de agosto de 2006, por haber presentado la señora Ángela Genoveva Ochoa Guadamud, recurso de apelación de la Resolución adoptada por la Corporación el 29 de marzo de 2006, concede el recurso interpuesto para ante el Tribunal Constitucional.

TERCERA.- La Sala procede a analizar, en primer término, si el recurso de apelación planteado por Ángela Genoveva Ochoa Guadamud es legal y si fue concedido legalmente por el H. Consejo Provincial del Guayas. Para el efecto, se debe recordar que, según el Art. 134 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, quien se creyere perjudicado, sea persona natural o jurídica, excepto en el trámite contencioso tributario, por una ordenanza, acuerdo o resolución de la Municipalidad, puede elevar su reclamo al correspondiente Concejo, el que debe resolver en el plazo de 15 días como máximo. De no ser resuelto dentro de este plazo o en el caso de decisión desfavorable, el interesado puede recurrir ante el Consejo Provincial respectivo, el cual despachará el recurso en plazo de 30 días a partir de la fecha de la solicitud de apelación. Y si la apelación se originare en la violación de preceptos constitucionales, el que por ordenanzas o resoluciones de la Municipalidad se creyere perjudicado, podrá acudir ante el Tribunal Constitucional.

CUARTA.- Por su parte el Art. 33 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Provincial, dispone que excepto en lo contencioso tributario, toda persona, natural o jurídica, que se creyere perjudicada por una ordenanza, acuerdo o resolución de un Consejo Provincial, puede reclamar al correspondiente Concejo, y si no fuere resuelta la reclamación dentro del plazo máximo de 15 días o si le fuere desfavorable, puede proponer la demanda correspondiente ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente y de requerirlo en casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Y cuando la apelación se origine en violación de preceptos constitucionales, el que se creyere

perjudicado por ordenanzas o resoluciones de un Consejo Provincial, puede acudir ante la Corte Suprema de Justicia.

QUINTA.- De la lectura de las disposiciones legales constantes en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y Ley Orgánica de Régimen Provincial, indicadas en los considerandos anteriores, se establece que cuando una persona, en general se creyere perjudicada por una ordenanza o resolución emanadas de la Municipalidad o por el Consejo Provincial, puede acudir al Tribunal Constitucional, si tales actos violaren principios constitucionales. Se advierte, que si bien la Ley Orgánica de Régimen Provincial se refiere en el inciso segundo del Art. 33 a que se acuda ante la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que según el principio de Jerarquía Normativa, debe acudirse al Tribunal Constitucional y no a la Corte Suprema de Justicia.

SEXTA.- Al proponer la señora Ángela Genoveva Ochoa Guadamud, recurso de apelación de la resolución emitida por el H. Consejo Provincial del Guayas, en sesión de 29 de marzo de 2006, no invoca ni alega que se hayan violado principios constitucionales, habiéndose limitado a sostener que interpone tal recurso por no estar de acuerdo con la resolución emitida. De la revisión del expediente formado en esta Sala, tampoco se encuentra que la apelante haya fundamentado su petición en violaciones constitucionales, casos en los cuales este Tribunal tiene competencia. Consiguientemente el recurso interpuesto es improcedente al igual que la forma en que ha sido concedido.

Por lo expuesto, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de apelación planteado por Ángela Genoveva Ochoa Guadamud, por indebidamente interpuesto y concedido;
2. Devolver el expediente al Consejo Provincial del Guayas para los fines legales consiguientes.-
NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Magistrado Tercera Sala.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Magistrado Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue emitida por los doctores Patricio Herrera Betancourt, Manuel Viteri Olvera y Hernando Morales Vinueza, Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, quienes suscriben a los veinticuatro días del mes de septiembre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 1 octubre del 2007.- f.) Secretario de la Sala.

Quito D.M., 24 de septiembre de 2007

Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza

No. 0013-2007-HD

“LA TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso seguido No. 0013-2007-HD

ANTECEDENTES:

La señora María Natividad Pacheco Gavilánez, amparada en lo dispuesto en el Art. 94 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el Art. 34 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, comparece ante el Juez Cuarto de lo Civil de Tungurahua e interpone acción de hábeas data en contra de la señora abogada Carolina Paredes, en calidad de Gerente Provincial de Correos de Ambato; quien manifiesta:

Que desde hace ocho años en forma mensual recibe por concepto de pensión alimenticia y más beneficios legales, fijada por la señora Juez Primero de la Niñez y Adolescencia de Tungurahua, en beneficio de su hija menor de 15 años de edad, dinero que cancela el señor César Enrique Calvopiña León.

Señala que las pensiones alimenticias son retenidas por la Dirección Provincial de Educación de Cotopaxi con asiento en Latacunga, del sueldo que percibe el señor César Calvopiña, por ser maestro educador en un centro educativo. Las pensiones alimenticias retenidas son enviadas a la ciudad de Ambato por medio de correo, con lo cual dichas pensiones son recibidas y pagadas por este medio a favor de la recurrente.

Manifiesta que en el mes de octubre de 2006, se acercó hasta los correos de la ciudad de Ambato para cobrar las pensiones alimenticias, momento en el cual la Gerente Provincial de dichas dependencias le manifiesta que al parecer le han pagado por duplicado algunas mesadas y que por lo tanto no tiene derecho a cobrar nada y que más bien estaba debiendo a dicha entidad pública (correo) por el pago en exceso. Por lo que le niegan el pago de las pensiones que se encuentran en dicho organismo.

Señala que es falso que haya cobrado en exceso las pensiones, ya que lo único que percibe como pensión alimenticia es el dinero que ha cobrado y que le envía la Dirección Provincial de Educación de Cotopaxi, luego de haber realizado la respectiva retención al obligado. Que resulta inconsecuente e inmoral que haya cobrado dinero que no es el que le corresponde, pero lo más grave es que la mencionada funcionaria le haya pagado dinero que no existe, es decir que le hayan pagado dineros de la cuenta propia de correos o personales de la nombrada funcionaria, que le resulta sorprendente que tanto los funcionarios, empleados, como el organismo público de correos se den el lujo de pagar dinero ajeno o dinero que no existe en su cuenta, cuando la obligación y responsabilidad es cancelar una vez llegado el giro.

Indica que siempre que le han cancelado sus emolumentos, ha quedado constancia de estos pagos, pues firma el giro, en el libro contable de correos por este concepto y que además todos los pagos se realizan por medio de cheques de la cuenta corriente de los correos que mantienen en el Banco del Fomento, por lo que existe constancia de los hechos. Que al parecer varias empleadas de turnos han cometido varias irregularidades en el pago de su dinero por alimentos, esto es no le han cancelado las pensiones alimenticias de

varios meses atrás y peor aún se niegan a pagar las pensiones de los últimos meses.

Manifiesta que se han negado a darle información pertinente de los supuestos hechos y de la existencia de los documentos que al parecer de dicha funcionaria se habrían pagado por duplicado.

Que en virtud de los antecedentes expuestos solicita obtener del poseedor de la información que éste la proporcione en forma completa, clara y verídica de los siguientes documentos:

1.- El libro o cuaderno de ingreso y egreso en la que consta los valores que le han entregado a la recurrente por concepto de pensiones alimenticias, entregadas por la Dirección Provincial de Educación de Cotopaxi a los correos, dineros que retienen al señor César Enrique Calvopiña, por conceptos de pensiones alimenticias que por ley le corresponden a su hija menor de edad. Documentos desde el mes de enero de 2005 hasta el mes de noviembre del 2006 y copia certificada de los mismos.

2.- La exhibición de los Giros remitidos por la Dirección provincial de Educación de Cotopaxi a los correos de Ambato, en la que consta la retención de las mesadas y la orden de pago a favor de la recurrente como representante legal de la menor de edad. Documentos desde el mes de enero de 2005 hasta el mes de noviembre del 2006 y copia certificada de los mismos.

3.- Los cheques y talonarios de la cuenta corriente de los correos que mantiene en el Banco del Fomento, con los que se han pagado las pensiones alimenticias retenidas por la Dirección Provincial de educación de Cotopaxi y entregadas a los correos para que sean pagadas. Documentos desde el mes de enero de 2005 hasta el mes de noviembre del 2006 y copia certificada de los mismos.

Señala que la representante legal de los correos, luego de examinados los documentos rectifique los datos y por lo tanto mande a pagar los dineros que legítimamente le corresponden por concepto de pensión alimenticia y que por el erróneo y mal manejo de los datos e información de su parte y al parecer de sus empleados y demás funcionarios, le está denegando el derecho de alimentar a su hija menor de edad, por lo que le causa un perjuicio y gravamen irreparable.

El 20 de diciembre de 2006 se llevó a cabo la audiencia pública, en la que comparece la recurrente por intermedio de su abogado, quien se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. La abogada que representa a la Procuraduría General del Estado manifiesta: Que en relación al Recurso presentado cabe indicar que en ningún momento ha existido negativa por parte de la demandada a entregar la información requerida por la recurrente, que se ha insistido en hablar personalmente para la entrega de la información y el arreglo de los problemas ya que la documentación original reposa en los archivos de la Ciudad de Quito, la demandada ha solicitado un termino prudencial para recabar y así exhibir la información requerida, por no haber tenido el tiempo suficiente desde la citación con el presente recurso para dar cumplimiento a la exhibición que se requiere. La demandada por intermedio de su abogada defensora, señala: Que muy por el contrario como funcionaria pública que es, está en la obligación de prestar el servicio a todos los usuarios que lo requieran, que es corto el tiempo que ha tenido para recabar la información solicitada ya que la documentación original consta en el archivo central de correos en la ciudad de Quito, por lo que

no ha violado ningún derecho constitucional y que por el contrario ha cumplido con las normas vigentes.

El 12 de febrero de 2007, el Juez Cuarto de lo Civil de Tungurahua, desecha el recurso planteado, por cuanto los documentos solicitados no se pueden obtener a través de la presente acción.

Con estos antecedentes, para resolver, la Sala realiza las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- La sala es competente para conocer y resolver el presente caso, conforme establece el artículo 276 número 3 de la Constitución Política;

SEGUNDA.- El Art. 94 de la Constitución Política de la República, consagra el hábeas data, como garantía del derecho a la información y el honor, el buen nombre, la dignidad de la persona, así como la intimidad personal y familiar, según la cual, toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre si misma o sobre sus bienes, constan en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Se puede solicitar al funcionario correspondiente, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

De manera que los datos que se solicitan o la información a la que se requiere acceder, deben ser de tal naturaleza que su divulgación pueda afectar el derecho antes mencionado, por tratarse de información equivocada o que tiene que ser rectificada o actualizada.

TERCERA.- El hábeas data, de acuerdo con el Art. 35 de la Ley de Control Constitucional, tiene por objeto obtener del poseedor de la información, que éste le proporcione al solicitante, en forma completa, clara y verídica; el acceso directo a la información; obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y, obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado, o no lo ha divulgado.

CUARTA.- Es pretensión de la demandante acceder a la información generada en la Oficina de Correos de Ambato, en relación a la entrega de dineros que en concepto de pensión alimenticia de su hija llega a la referida oficina luego de realizarse las retenciones de los emolumentos que recibe el padre de su hija en la Dirección Provincial de Educación de Cotopaxi.

La pretensión de la accionante tiene sustento en el hecho de haber sido negada la entrega de las pensiones alimenticias desde el mes de octubre de 2006, en razón de supuestamente habersele cancelado por duplicado algunas mesadas. Es razonable la pretensión de la madre de la menor orientada a conocer de manera directa la documentación según la cual se dice ha cobrado en exceso lo que le corresponde, tanto más que la aseveración en ese sentido afecta su dignidad e imagen personal, pues en definitiva significa que habría cobrado indebidamente lo que no le correspondía, lo cual, evidentemente alarma a la accionante y pretende acceder a la información que determina tales acusaciones.

QUINTA.- A criterio del Juez de instancia pretender la exhibición sobre supuestos documentos que dice existen en la Oficina de Correos en la ciudad de Ambato, sobre

supuestos hechos “para que de los mismos le sean conferidas fotocopias certificadas, y luego rectificar los datos contenidos en los supuestos documentos, no se puede obtener a través de la presente acción, cuya institucionalidad tiene otra connotación jurídica”. Al respecto, la Sala discrepa con el criterio enunciado ya que es precisamente la garantía del hábeas data la que permite a los ciudadanos conocer si los datos que constan en una entidad pública o privada que tienen relación con su persona son o no verdaderos, si existe error en la información solicitar su rectificación, si los datos no están actualizados, solicitar su actualización, si son falsos solicitar su eliminación o anulación, así como si los datos que mantiene la entidad afecta sus derechos. Así se colige fácilmente del texto constitucional contenido en el segundo inciso del artículo 94.

En el caso de análisis, en la Oficina de Correos de Ambato, a partir de los documentos de entrega de dinero a la señora María Natividad Pacheco en concepto de pensiones alimenticias de su hija, se ha originado la información referida al cobro duplicado de pensiones por parte de la accionante, por tanto, conocer la documentación en base a la cual se genera tal información y, de ser el caso, rectificarla, constituye objeto de la acción de hábeas data.

Por otra parte, de la intervención de la Directora de la Oficina de Correos contra quien se dirige la presente acción, se desprende su disposición a permitir el acceso a la información solicitada, debiendo para el efecto recabar del lugar en que se encuentra la referida información para dar cumplimiento al objeto de esta demanda; consecuentemente, se permitirá el acceso a la información solicitada en los puntos 1, 2 y 3 del acápite III de la demanda.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala, en uso de sus atribuciones legales y constitucionales,

RESUELVE:

- 1.- Revocar la resolución del juez de instancia constitucional, en consecuencia, conceder la acción de hábeas data presentada por la señora María Natividad Pacheco Gaviláñez; y,
- 2.- Devolver el proceso al Inferior para los fines legales consiguientes.- NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE”.

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Presidente Tercera Sala.

f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Magistrado Tercera Sala.

f.) Dr. Hernando Morales Vinueza, Magistrado Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede fue emitida por los doctores Patricio Herrera Betancourt, Manuel Viteri Olvera y Hernando Morales Vinueza, Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, quienes suscriben a los veinticuatro días del mes de septiembre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 1 octubre del 2007.- f.) Secretario de la Sala.

Quito D.M. 20 de septiembre de 2007

Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza

No. 0015-2007-RA

“LA TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el **No. 0015-2007-RA**

ANTECEDENTES

Mayor de Int. Thilmer Stanly Zambrano Santiestevan, comparece ante el Juez de lo Civil de Pichincha y amparado en lo que dispone el Art. 95 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, deduce acción de amparo constitucional en contra del señor General Roberth Patricio Tandazo Granda, en su calidad de Comandante General de la Fuerza Terrestre.

En lo principal manifiesta que las resoluciones que impugna son las de 9 de junio del 2005, con memo No. 2005-081-E-1-KO-s-COSFT y la de 10 de noviembre del 2005, con memo No. 2005-290-E-1-b1-s-COSFT, emanadas del Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre, mediante las cuales se lo declara no idóneo para el ingreso a la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre, de conformidad con lo que dispone el Art. 97) del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre; y por haber reprobado por 2da oportunidad.

Que el accionante pertenece a la promoción 85 de Servicios y habiendo sido declarado candidato alumno, rindió los exámenes de ingreso en la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre.

Que al rendir dichos exámenes, que se hicieron en forma general tanto para los Oficiales de Arma como para los Oficiales de Servicio, siendo actividades totalmente diferentes, al rendir el examen de inteligencia, que es específico para los Oficiales de Arma no obtuvo la nota básica en la segunda oportunidad.

Que al presentarse por segunda oportunidad, no se le entregó las guías de estudio, por cuanto se informó que para los Oficiales de Servicio no era necesaria tal entrega, manifestándole que correspondía utilizar las del año anterior, sin reparar que las guías habían cambiado en su contenido.

Que además en esta segunda oportunidad se aplicó las mismas condiciones para Oficiales de Armas y Servicios, sin considerar la naturaleza diferente de las actividades específicas de Oficiales de Armas, comparándolas con las de los Oficiales de Servicio. Consecuentemente esto incidió negativamente en el resultado final; y atentó y contrarió lo que expresamente dispone el Art. 98 del Reglamento de

Educación de la Fuerza Terrestre que en forma muy puntual señala: "Los exámenes de ingreso deberán versar sobre las asignaturas básicas señaladas por la Dirección de Educación y de acuerdo a los conocimientos del perfil profesional para su grado y clasificación, previo al curso."

Que esto incidió para que en el examen de inteligencia no alcance la nota mínima de aprobación que fue de 14/20, ya que en el año anterior según directiva No. 01-004, para el curso a distancia de los señores Oficiales candidatos a alumnos del curso de primer año de estado mayor de arma y estado mayor de servicios correspondiente al periodo lectivo 2004-2006, fue establecido que la nota de aprobación por materias era de 13/20 y en un promedio general mínimo de 15/20 para ser declarado idóneo; pero sin motivo alguno se aumentó la base mínima a 14/20 en una materia, a fin de ser aceptado, lo que evidencia que sin notificación a los alumnos cursantes y de manera súbita se cambiaron las normas de ingreso.

Que pese a todas estas disposiciones ilegales y antirreglamentarias, en todos los exámenes obtuvo como promedio general la nota de 16.4620/20, que es la requerida para ser aprobado el ingreso como alumno de la Academia de Guerra, incluso con la Directiva actual.

Que durante toda su carrera ha obtenido promedios de 19.53/20 durante 18 años de servicio, en cursos tanto en el país como en el exterior, demostrando con ello eficiencia y responsabilidad en la institución Militar. Que pese a obtener todas esas notas se lo declaró no idóneo para el ingreso a la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre. Que dicha resolución atenta y viola los Arts. 117 y 123 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, así como el Art. 98 del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre.

Que se ha presentado la correspondiente reclamación administrativa, para ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, agotando así todas las instancias, sin que se haya resuelto; y de esta manera se ha violado lo dispuesto en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado.

Que todas estas violaciones ilegales y reglamentarias, derivan en violaciones constitucionales, específicamente las determinadas en los Arts. 23 numerales 3, 17, 20 y 26 que garantizan la igualdad ante la Ley, la libertad de trabajo, el derecho a una calidad de vida que asegure salud, alimentación, etc., y la seguridad jurídica, además de que atenta contra el Art. 186, inciso 2do, que garantiza la estabilidad y profesionalidad de los miembros de la Fuerza Pública.

Con los antecedentes expuestos solicita la tutela efectiva de sus derechos constitucionales, contra la referida resolución administrativa emanada del Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre, a fin de que aceptando la presente acción, se disponga la suspensión definitiva del mismo, evitando y remediando las consecuencias de estos actos administrativos que le causarían un grave e irreparable daño, que acabaría con su carrera profesional Militar.

En la Audiencia Pública señalada para el efecto, comparecen las partes acompañadas por sus Abogados Defensores; el accionante se afirma y ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada; el accionado por intermedio de su Abogado defensor dando contestación a la acción de amparo constitucional planteada en su contra manifiesta que dentro de este proceso no existe inminencia, ya que se impugna un acto de junio de 2005, es decir producido hace más de un año, por lo tanto al carecer

de inminencia no es procedente; que el accionante por sus méritos y esfuerzo no obtuvo la nota mínima para el ingreso a la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre, por lo tanto no existe un acto de la administración que le haya causado un perjuicio grave, inminente o irreparable, pues fueron sus propios exámenes los que dieron como resultado que no sea considerado como alumno de la Academia de Guerra; que el examen que rindió el accionante fue el mismo que rindieron todos los demás aspirantes, muchos de los cuales si accedieron por sus promedios y notas a ser alumnos; que en la especie no existe prueba alguna de un acto ilegítimo, discriminatorio o ilegal en contra del accionante; que es preciso indicar que en referencia a las Leyes, Reglamentos y Directivas que regulan la vida militar y que fueron aplicadas para el proceso de selección de alumnos a la Academia de Guerra, ninguno de ellos ha sido declarado inconstitucional o ilegal sino al contrario son de aplicación obligatoria, por lo tanto jamás la aplicación de una norma legal general podrá devenir en un acto ilegítimo para que procediese una acción de amparo constitucional; que fue el propio accionante quien manifestó que en sus exámenes de ingreso a la Academia de Guerra obtuvo la nota de 12 sobre 20, es decir, fue él quien obtuvo esa calificación por su rendimiento, más no fue una sanción impuesta por persona alguna; que en el presente caso el accionante no cumplió el requisito establecido en el Art. 117 de la Ley de Personal, por lo tanto no existe acto ilegítimo, ni violación constitucional en la aplicación de la Ley; que la pretensión del accionante no es ni siquiera ser aspirante a la Academia de Guerra sino que ya solicita ser considerado alumno de las mismas sin siquiera rendir los exámenes, oportunidad que la tuvo en dos ocasiones; que además al accionante se le ha permitido el uso de su legítimo derecho a la defensa y respetándose el debido proceso, y que su reclamo aún esta en trámite por lo que mal puede haberle causado perjuicio grave inminente o irreparable; por lo que al no existir acto ilegítimo o violatorio de derechos o garantías constitucionales en contra del accionante solicita se deseche la presente acción de amparo constitucional.

El Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha resuelve aceptar la acción de amparo constitucional propuesta por el accionante; resolución que es apelada ante el Tribunal Constitucional.

Con estos antecedentes, para resolver, la Sala realiza las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone los artículos 95 y 276, número 3, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

TERCERA.- Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que

no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto

CUARTA.- Es pretensión del accionante se deje sin efecto las resoluciones de 9 de junio del 2005, con memo No. 2005-081-E-1-KO-s-COSFT, y la de 10 de noviembre del 2005, con memo No. 2005-290-E-1-b1-s-COSFT emanadas del Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre mediante las cuales se lo declara NO IDONEO para el ingreso a la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre.

QUINTA.- Manifiesta el accionante que al momento de rendir los exámenes para ingresar a la Academia de Guerra, se dio cuenta de que dichos exámenes no solo versaban sobre asignaturas señaladas para Oficiales de Servicios sino que se incluyeron asignaturas básicas señaladas para Oficiales de Armas, por lo cual se procedió a tomar el mismo examen para los dos tipos de Oficiales y, debido a su preparación distinta no alcanzó el puntaje mínimo en una materia que es específica para los Oficiales de Armas ya que su preparación académica es distinta y debido a esto se lo calificó como NO IDONEO, vulnerando de esta manera sus derechos e impidiéndole ingresar a la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre.

SEXTA.- Del estudio del proceso se puede evidenciar que al momento de tomar los exámenes para acceder a la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre, se recibió un solo examen tanto para los Oficiales de Servicio como para los Oficiales de Armas; al respecto cabe señalar que el Art. 57 del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre, clasifica de manera diferente a los Oficiales de Arma en su numeral 6 y por otra parte a los Oficiales de Servicio en su numeral 7, en razón de que las funciones que cumplen estos y su preparación, son distintas, por lo cual de acuerdo a lo estipulado en el Art. 98 del mismo cuerpo legal y por simple sentido común, las pruebas que deben rendir los mismos deben ser diferentes, es decir deben versar de acuerdo a sus funciones y a su preparación, solo así se podrá obtener una evaluación objetiva y razonable. Para ejemplificar las consecuencias de una evaluación alejada de la realidad que se pretende examinar, baste imaginar que en un examen para cardiólogos se recepte una prueba para traumatólogos y los resultados que de ello se obtenga, serán, a no dudarlo diversos, pese a que las dos ramas corresponden a la medicina.

Por lo tanto al tomar pruebas a un Oficial de Servicios sobre materias específicas de un Oficial de Armas se está perjudicando a una persona que tiene preparación y conocimientos diferentes, y se le está calificando sobre una materia sobre la que el accionante no tiene conocimiento, por no ser inherentes a sus funciones ni al desempeño en su carrera; es decir, al tomar estas pruebas la Fuerza Terrestre en desigualdad de condiciones, está incurriendo en una omisión de las disposiciones que rige a su personal, obligándolos de esta manera a dictar una resolución ilegítima en contra de una persona que lo único que quiere es continuar preparándose en su vida profesional; al respecto la Constitución Política de la República establece que todo ecuatoriano tiene el derecho a desarrollar su personalidad, enmarcándose dentro de esto el desarrollo profesional como parte del desarrollo de la persona, y al

dictar esta resolución por parte del Consejo Superior de Oficiales de la Fuerza Terrestre se coarta el derecho a su desarrollo.

SEPTIMA.- El acto ilegítimo que se impugna, contraría el artículo 186, segundo inciso de la Constitución Política de la República que textualmente dice: "Se garantizan la estabilidad y profesionalidad de los miembros de la fuerza pública. No se los podrá privar de sus grados, honores ni pensiones sino por las causas y en la forma previstas por la ley", pues, es indudable que la declaración de no idóneo dispuesta mediante el acto cuestionado, como consecuencia de un proceso de evaluación que no toma en cuenta las propias disposiciones de la normativa que regula la carrera profesional al interior de la Institución Militar que, concretamente, diferencia de manera clara y precisa la especialización de armas y de servicios, con lo cual, se vulnera el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 23, número 26, de la Constitución Política, derecho que garantiza, entre otros aspectos, que las autoridades actúen de conformidad al ordenamiento jurídico vigente y que los administrados tengan confianza en que así se actuará; para el presente caso, se trata de la aplicación de la propia normativa militar, lo cual, como se ha analizado, no ha sucedido.

Por otra parte, el derecho del accionante a recibir respuesta en términos razonables, ha sido vulnerado, pues la apelación a la declaratoria de no idóneo no ha sido atendida hasta la presentación de esta acción, todo lo cual causa daño grave, en tanto su situación en la institución militar se encuentra en riesgo.

OCTAVA.- Si bien la acción de amparo constitucional ha sido instituida como garantía de derechos de las personas, para tutelarlas, de manera urgente, frente a la arbitrariedad de la autoridad pública, en principio, y, en determinados casos, de particulares, por lo que quien considere que un acto ilegítimo de autoridad o particular, en los casos constitucionalmente determinados, vulnera alguno de sus derechos y, en consecuencia, existe inminencia de que el mismo le cause daño, debe interponer la acción en un tiempo cercano a la producción del daño o a la amenaza de que este se produzca, para así evitarlo o subsanarlo, de manera urgente. En el caso de análisis, si bien la declaración de no idóneo al accionante data de 9 de junio de 2005, el reclamo administrativo presentado al Consejo Supremo de las Fuerzas no ha tenido respuesta hasta la fecha de presentación de esta demanda, es decir el 27 de marzo de 2006, no obstante que mediante comunicación de 10 de noviembre de 2005 se dio a conocer que se aceptaba a trámite el recurso de apelación. Es comprensible y procedente, entonces, que ante la falta de atención al pedido del accionante que mantiene el daño en el tiempo, presente su demanda para solicitar tutela a sus derechos.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

- 1.- Conceder parcialmente la acción de amparo constitucional deducida por el Mayor de Int. Thilmer Stanly Zambrano Santiestevan; en consecuencia, disponer que el accionante sea evaluado de acuerdo a la especialización de servicios en la que se encuentra ubicado;

2.- Devolver el expediente al Juzgado de origen para el cumplimiento de los fines legales.- NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE”.

f.) Dr. Patricio Herrera Betancourt, Presidente Tercera Sala

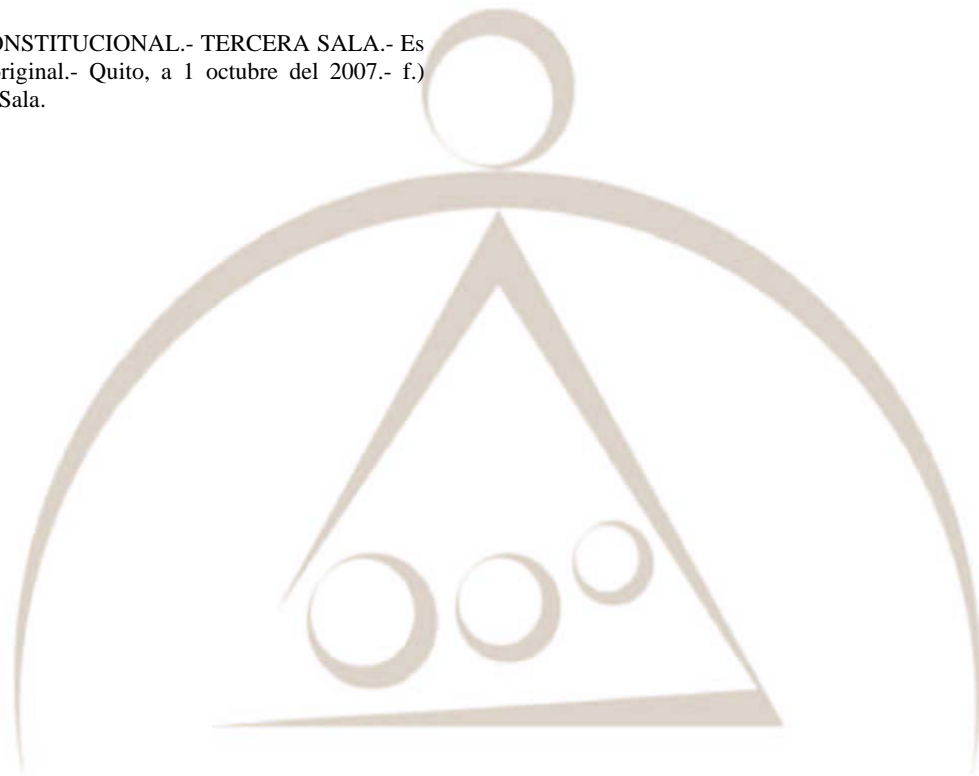
f.) Dr. Manuel Viteri Olvera, Magistrado Tercera Sala.

f.) Dr. Hernando Morales Vinuesa, Magistrado Tercera Sala.

RAZON.- Siento por tal que, la resolución que antecede fue emitida por los doctores Patricio Herrera Betancourt, Manuel Viteri Olvera y Hernando Morales Vinuesa, Magistrados de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, quines suscriben a los veinte días del mes de septiembre de dos mil siete.- Lo certifico.

f.) Dr. Jaime Pozo Chamorro, Secretario Tercera Sala.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- TERCERA SALA.- Es fiel copia del original.- Quito, a 1 octubre del 2007.- f.) Secretario de la Sala.





Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República
Responsabilidad de la Dirección del Registro Oficial