

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos

INREDH

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Manual Técnico

SERIE CAPACITACIÓN # 5

Segunda Edición

Abril del 2006

GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Manual Técnico

Serie Capacitación # 5

Segunda Edición

Editor: Luis Ángel Saavedra

Contenidos Segunda Edición: Ramiro Rivadeneira

Contenidos Primera Edición: Ramiro Rivadeneira
María Judith Salgado
Gina Benavides
Tanya Cedeño
Edwar Vargas

Ponencias para debate: Irene Pesantez
Julio César Trujillo
Fernando Chamorro
Raúl Velasco Enríquez

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH)

República 192 y Almagro
Edificio Casa Blanca – Piso 2
Casilla Postal: 17 03 1461
Telefax: 593 2 2526 365
e-mail: info@inredh.org
web: www.inredh.org

ISBN: ISBN-9978-41-355-3

Derechos de autor: 013943

Primera edición: Junio del 2000

Segunda edición: Mayo del 2006

Portada: Puento Digital

Fotografía de portada: Denis Langlois

Diseño y diagramación: Acción Creativa/ info@accioncreativa.org

Impresión: Imprenta Cotopaxi

La publicación de la segunda edición de este manual ha sido posible gracias al apoyo del Sistema de Naciones Unidas en el Ecuador, a través del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Quedan hechos los registros de ley; sin embargo, consecuentes con nuestra filosofía de acceso democrático al conocimiento, se autoriza la reproducción total o parcial de esta obra, sin fines comerciales; identificando debidamente la fuente y debiendo enviarse una copia de la publicación a INREDH

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

En la primera edición de este manual afirmábamos que, si bien la Constitución vigente desde 1998 significó un importante avance en el reconocimiento de derechos humanos y sus mecanismos de protección, también se evidenciaba el abismo existente entre la promulgación de las leyes y su real vigencia.

Para ese entonces INREDH vio necesario y urgente impulsar el conocimiento y manejo de las Garantías Constitucionales que contempla nuestra Constitución, como el Recurso de Amparo, el Hábeas Data, el Hábeas Corpus y la Defensoría del Pueblo; pues, salvo el Hábeas Corpus, las restantes garantías eran de reciente creación en el Ecuador.

Una de estas iniciativas para solventar esta necesidad fue la ejecución del proyecto "El ejercicio de las garantías constitucionales para el fortalecimiento de la democracia", auspiciado por PROJUSTICIA y que se desarrolló durante el año 2000, en las ciudades de Tulcán, Lago Agrio y Quito.

El proyecto contempló la asesoría y atención de casos, la capacitación a grupos organizados de la sociedad civil que se encontraban en condiciones de vulnerabilidad, profesionales del derecho, jueces y ONG vinculadas a la defensa de los derechos humanos. De esta manera se iniciaba un aporte al conocimiento y aplicación de las Garantías Constitucionales.

Producto de este trabajo y del debate generado, se publicó la primera edición de este manual. Hoy, seis años después, INREDH ha creído conveniente revisar el manual producido en el año 2000 y actualizarlo conforme se ha generado jurisprudencia en el Tribunal Constitucional

con el ejercicio práctico de la normativa jurídica establecida en la Constitución del 98.

Para la presente edición, apoyada por el Sistema de Naciones Unidas en el Ecuador, a través del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se ha revisado y actualizado el contenido teórico del manual, pero, fundamentalmente, se han incorporado nuevos análisis jurídicos de casos emblemáticos tramitados en las diversas salas del Tribunal Constitucional; de esta manera podemos ofrecer ya no sólo una propuesta para el conocimiento de las Garantías Constitucionales, sino una serie de precedentes jurídicos específicos en cada uno de los temas que aborda el manual.

Finalmente, deseamos recalcar lo ya dicho en nuestra primera edición del este manual: “El conocimiento técnico de las Garantías Constitucionales es una obligación de cada uno de nosotros y nosotras, para constituirnos como sujetos de derechos y deberes, y ser partícipes en la construcción de una sociedad que respete la diversidad, que construya equidades y dé vida a una democracia integral”.

Luis Ángel Saavedra
Presidente INREDH

CARTA DEL COORDINADOR RESIDENTE DEL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS

Desde su creación, la Organización de las Naciones Unidas ha orientado su labor hacia la promoción y protección de los derechos humanos. Tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que la Asamblea General proclamó en 1948, se reconocen los derechos humanos y libertades fundamentales para todos los hombres y mujeres. En el año 2000, en la Declaración del Milenio, los Estados partes renovaron su compromiso de realizar todos los esfuerzos necesarios para promover la democracia, fortalecer el imperio de la ley y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales.

Las Naciones Unidas han promovido la ratificación de tratados de derechos humanos por parte de los Estados. Estos tratados internacionales han contribuido a promover estándares consensuados y crear mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos a nivel internacional. Para el sistema de las Naciones Unidas en Ecuador, los derechos humanos representan además un eje fundamental del accionar del país para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

La Constitución Política del Ecuador, vigente desde el año 1998, al incorporar los derechos reconocidos en instrumentos internacionales y promover la protección especial de los grupos de población más vulnerables, afirma un decidido compromiso a favor del reconocimiento y vigencia de los derechos humanos concebidos como “el más alto deber del Estado”. Sin embargo, en la práctica aún no se cumple con todos los compromisos que la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran. En Ecuador, como en otros paí-

ses, la brecha entre los compromisos formales y la realidad es todavía muy grande y la necesidad de superar esta brecha compromete en primera instancia a la responsabilidad del Estado, quien debe proveer los mecanismos necesarios para garantizar el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales.

En este marco, el sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador quiere promover la difusión de mecanismos de protección como un pilar fundamental en la creación de una cultura de derechos humanos en la que éstos se cristalicen efectivamente, pues no existen derechos humanos sin la debida protección jurídica que asegure el cumplimiento de las normas estipuladas en la Constitución y en instrumentos internacionales.

Por ésta razón, hemos decidido brindar apoyo a la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), en la producción de la reedición complementada y actualizada del presente Manual Técnico sobre Garantías Constitucionales, que busca difundir el conocimiento y manejo de dichas garantías como mecanismos apropiados que posibilitan el pleno goce y protección de los derechos humanos. Esta herramienta constituye un valioso aporte en la protección de los derechos humanos que guiará tanto a funcionarios públicos como a la sociedad civil en general hacia el logro de su efectivo cumplimiento.

René Mauricio Valdés

Coordinador Residente del sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador

CONTENIDO

CAPÍTULO I	
DERECHOS HUMANOS	1
Objetivo del capítulo	3
Principios esenciales	3
I. DERECHOS HUMANOS	4
1. Concepto	4
2. Definición	6
3. Antecedentes Históricos	8
4. Fundamentos filosóficos	11
5. Características de los Derechos Humanos	12
6. Tipología de los Derechos Humanos	13
7. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno	15
II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS	21
Ejercicio 1	21
III PREGUNTAS PARA EL DEBATE	21
CAPÍTULO II	
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	23
Objetivo del capítulo	25
Principios esenciales	25
I. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	26
1. Concepto de Garantías	26
2. Garantías de los derechos	27
4. El Recurso efectivo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	32

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS	34
III PREGUNTAS PARA EL DEBATE	35
CAPÍTULO III	
ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL	37
Objetivo del capítulo	39
Principios esenciales	39
I EL AMPARO CONSTITUCIONAL	40
1. Características del Amparo	41
2. El Amparo Constitucional en el Ecuador	43
3. No Subsidiaridad del Amparo	45
4. Objeto de la Acción de Amparo 40	48
4.1. Protección de Derechos Humanos	48
4.2. Medidas urgentes para cesar, evitar y remediar la vulneración del derecho	49
5. El Acto Ilegítimo	52
6. La Omisión Ilegítima	54
7. Inminencia del Daño Grave	56
8. Personas legitimadas para presentar la Acción de Amparo	57
9. Personas que pueden ser demandadas por la Acción de Amparo ..	62
9.1. Autoridad Pública	62
9.2. Particulares	66
9.2.1. Personas que presten servicios públicos o actúen por delegación de una autoridad pública.	68
9.2.2. Particulares que afecten un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso	70
10. Autoridades que conocen la Acción de Amparo	73
11. ¿Qué debe contener la petición de Amparo?	79

12. Procedimiento de la Acción de Amparo	81
12.1. Primera instancia (Juez)	81
12.2. Segunda instancia (Tribunal Constitucional)	82
13. Sanciones	83
14. Cláusulas especiales	84

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS	93
--	-----------

III PREGUNTAS PARA EL DEBATE	96
---	-----------

CAPÍTULO IV	
ACCIÓN DE HÁBEAS DATA	99

Objetivo del capítulo	101
Principios esenciales	101

I. EL HÁBEAS DATA	102
--------------------------------	------------

1. Características del Hábeas Data	104
2. El Hábeas Data en el Ecuador	105
3. Derechos que protege el Hábeas Data	107
4. Información Sensible	108
5. Objeto del Hábeas Data	109
5.1. Acceso a la información	110
5.2. Conocer el uso de la información y su propósito	112
5.3. Eliminación, rectificación o no divulgación a terceros	114
5.4. Reflexión general al acápite 5	115
6. Personas legitimadas para interponer la Acción de Hábeas Data ..	117
7. Personas que pueden ser demandadas por la Acción de Hábeas Data	121
8. Autoridades que conocen la Acción de Hábeas Data	122
9. ¿Qué debe contener la petición de Hábeas Data?	126
10. Procedimiento de la Acción de Hábeas Data	127

10.1. Primera instancia (Juez)	127
10.2. Segunda instancia (Tribunal Constitucional)	129
11. Observaciones al trámite	130
12. Sanciones	131
13. Cláusulas especiales	133
II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS	141
III PREGUNTAS PARA EL DEBATE	144
CAPÍTULO V	
ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS	145
Objetivo del capítulo117	147
Principios esenciales	147
I EL HÁBEAS CORPUS	148
1. Características del Hábeas Corpus	148
2. El Hábeas Corpus en el Ecuador	149
3. Consagración del derecho a la libertad en la Constitución	150
4. Privación arbitraria y privación ilegal de la libertad	151
5. Objeto del Hábeas Corpus	153
6. Personas legitimadas para interponer la Acción de Hábeas Corpus	160
7. Autoridades que conocen la Acción de Hábeas Corpus	161
8. ¿Qué debe contener la petición de Hábeas Corpus?	163
9. Procedimiento de la Acción de Hábeas Corpus	164
10. Sanciones	174
11. Estado de Emergencia	174
II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS	181
III PREGUNTAS PARA EL DEBATE	181

CAPÍTULO VI	
LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO	185
Objetivo del capítulo	187
Principios esenciales	187
I LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO	188
1. Características de la Defensoría del Pueblo	189
2. ¿Qué es la Defensoría del Pueblo?	190
3. La Defensoría del Pueblo en el Ecuador	192
4. Jurisdicción de la Defensoría del Pueblo	194
5. Requisitos para ser Defensor del Pueblo, elección y tiempo de duración	195
6. Organización estructural de la Defensoría del Pueblo	195
7. Deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo	199
7.1. Funciones administrativas	200
7.2. Funciones preventivas	200
7.3. Funciones de intervención	201
8. Procedimiento del Defensor del Pueblo	202
9. Personas legitimadas para acceder a la Defensoría del Pueblo ...	202
10. ¿Cómo debe presentarse una queja?	202
11. ¿Cómo debe proceder el Defensor del Pueblo?	203
12. Obligación de colaborar con la Defensoría del Pueblo	204
13. Sanciones	204
II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS	205
III PREGUNTAS PARA EL DEBATE	206

PONENCIAS PARA DEBATE209
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS213
DERECHO, JUSTICIA Y GLOBALIZACIÓN216
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS217
DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNO218
LA CORTE PENAL INTERNACIONAL220
RECURSOS DE HÁBEAS CORPUS Y HÁBEAS DATA223
RECURSO DE HÁBEAS CORPUS224
ORIGEN225
PERSONAS QUE PUEDEN PRESENTAR EL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS235
QUIENES PUEDEN PRESENTAR EL RECURSO237
TRÁMITE DEL RECURSO238
LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN EL ECUADOR244
LA ACCION DE AMPARO252

Capítulo I

Derechos Humanos

Objetivo del capítulo

El presente capítulo tiene por finalidad primordial profundizar en el conocimiento sobre los Derechos Humanos, para que el usuario conozca sobre sus antecedentes históricos, fundamentos filosóficos, características, y su aplicación en la vida práctica, brindando las herramientas indispensables para que las personas, en especial jueces y profesionales del derecho, potencialicen en su trabajo la utilización de estos instrumentos y se sensibilicen en cuanto a su rol en la defensa de los Derechos Humanos.

Principios esenciales

Los Derechos Humanos son inherentes a la persona, y en consecuencia todos y todas, sin distinción alguna en razón de su nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o condición de cualquiera otra índole, somos sujetos de derechos y obligaciones, sin que pueda menoscabarse ninguno de ellos, cualquiera fueran las circunstancias, por autoridad o persona que ejerza poder sobre otra.

Los Derechos Humanos se encuentran positivados en instrumentos internacionales sobre la materia, en las diversas Cartas Políticas de los Estados y en la legislación secundaria de los países, sin que esto signifique que excluyen otros que, aunque no estén escritos, se derivan de la naturaleza de la persona y son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.

Los Derechos Humanos serán directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribunal o autoridad, prevaleciendo la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, sin que pueda exigirse condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de estos derechos, ni pueda alegarse falta de ley o desconocimiento para justificar su violación, desear acciones por esos hechos o negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los Derechos Humanos.

El más alto deber de los Estados consiste en respetar y hacer respetar los Derechos Humanos, garantizando a sus habitantes el libre y eficaz ejercicio y el goce de estos derechos. La aplicación de este principio es de responsabilidad directa de las autoridades, y en general de todos los miembros de los poderes de gobierno.

I. DERECHOS HUMANOS

Durante siglos la lucha de la humanidad ha sido permanente por lograr el reconocimiento de sus Derechos Humanos. Con el paso del tiempo estos derechos se han ido ampliando y han sido recogidos tanto en instrumentos internacionales como en los ordenamientos jurídicos internos.

1. Concepto

La noción de Derechos Humanos se encuentra íntimamente ligada a valores como justicia, igualdad, libertad, dignidad, equidad, y es que efectivamente estos valores son los que sirven de fundamento, de base a los Derechos Humanos.

La persona humana vive en comunidad y la relación constante entre todos/as demanda el tener ciertas normas para que la convivencia sea lo más armónica posible. Sin embargo, esto ha sido un ideal que no se ha cumplido a través de la historia de la humanidad. Las guerras, la falta de respeto al valor de las personas, la discriminación, la injusticia han formado parte de la vida de los seres humanos en este planeta.

La desigualdad de poder ha generado históricamente abusos por parte de quienes lo detentan y una discriminación permanente frente al "diferente" a quien se le considera erróneamente inferior y por lo mismo se le disminuye el goce de sus derechos. La diversidad es una riqueza, la discriminación por el hecho de ser diferentes debe ser desterrada.

Precisamente el constatar esta realidad ha hecho necesario el luchar por cambios desde la comprensión de que todos los seres humanos, hombres, mujeres, homosexuales, niños/as, adolescentes, ancianos/as, negros/as, blancos/as, mestizos/as, indígenas, pobres, ricos, de cualquier religión, creencia política, etc., tenemos derechos por el solo hecho de ser parte de la especie humana.

En otras palabras, para tener derechos no se requiere hacer méritos o cumplir ciertos requisitos, basta con ser persona humana.

Un problema enorme en cuanto a los Derechos Humanos es la efectiva aplicación de los mismos, no solo que en el discurso se acepte que todos/as tenemos derechos sino que en la práctica sean respetados.

El Estado es el primer responsable de efectivizar los Derechos Humanos, no obstante, nuestra participación es fundamental en cuanto a la exigencia de su cumplimiento, así como en el respeto de los derechos de los otros/as.

Los Derechos Humanos son todo ese conjunto de derechos que le pertenecen a la persona humana ya sea como individuo o como parte de una colectividad, que se basan en los principios de igualdad, libertad, equidad, dignidad, y que tienen como finalidad el lograr una convivencia social que permita el desarrollo integral de los seres humanos.

No necesariamente los derechos deben estar escritos en una norma para ser exigibles, aunque es verdad que su reconocimiento legal ayuda a efectivizarlos en la práctica.

Héctor Faúndez señala que el término '*derechos fundamentales*' es muy utilizado por parte de la doctrina como sinónimo de derechos humanos, e indica que en su opinión tiene una connotación diferente.

Así, "*con la expresión 'derechos fundamentales' se hace referencia a una categoría de los derechos humanos, a los cuales simplemente se considera más importantes que otros de naturaleza meramente accesorio, o a derechos que tienen un carácter intangible, en cuanto no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia*"¹. Señala como ejemplos al derecho a la vida y al derecho a la integridad física frente al derecho a la intimidad y al derecho a la libertad de expresión, considerando como fundamentales a los primeros en cuanto se los percibe como de mayor entidad o garantías absolutas, mientras que los segundos, en ciertas condiciones, pueden restringirse e inclusive suspenderse.

Por su parte, Luis Carlos Sábica menciona elementos que se deben considerar cuando se habla de derechos fundamentales, indicando que ellos "*deben tener efecto inmediato, ya que su vigencia no queda condicionada a la expedición de una ley. Con la*

¹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, Tercera Edición, San José, Costa Rica, 2004, p. 4.

adición de que, cuando la ley haya dictado una de estas reglamentaciones, las respectivas autoridades no podrán adicionar requisitos no previstos en ellas. La ley no los otorga, apenas debe reconocerlos y garantizarlos. Y, por lo mismo, son de vigencia y aplicación inmediatas, es decir, de realización directa, que no requiere regulación legal o reglamento alguno para hacerlos eficaces".²

En este trabajo, en virtud que la materia principal versa sobre las garantías constitucionales en el Ecuador, y en tanto ellas están previstas para la protección de todos los derechos establecidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos, no haremos ninguna diferencia en cuanto a los términos '*derechos humanos*', '*derechos fundamentales*' o '*derechos constitucionales*'.

Los Derechos Humanos no son graciosas concesiones que se nos da o se nos quita por nuestro buen o mal comportamiento. Todos los seres humanos tenemos derechos por el hecho de ser parte de la especie humana.

2. Definición

Es difícil alcanzar una definición de Derechos Humanos y debemos ser conscientes que no existe una definición única sobre ellos, por lo que cualquiera que se logre siempre será perfectible y sujeta de ajuste de acuerdo a los nuevos avances y conocimientos que la realidad exija.

Por otra parte, siempre existirán elementos que giran en torno a la dignidad de las personas que no podrán sustraerse de cualquier definición que se alcance.

De esta forma, ponemos en conocimiento y consideración del usuario la siguiente definición sobre Derechos Humanos:

Los Derechos Humanos son principios de carácter jurídico y moral que protegen la integridad física y psicológica de toda persona, favorecen el desarrollo social de todos los seres humanos por lo que, por una parte mantienen al poder político dentro de los límites justos y por otra parte, obligan a dicho poder a la

realización de fines materiales, que contribuyan a una reforma social y económicamente justa en término de justicia social, de las condiciones de convivencia.

Se basan en el respeto a la dignidad humana, esto es las facultades que tiene todo ser humano para realizarse personal y socialmente en condiciones de seguridad, libertad e igualdad, y son al mismo tiempo las condiciones de desarrollo de esa idea de dignidad.

Representan las aspiraciones y conquistas más nobles de la humanidad y son la concreción histórica de las exigencias contemporáneas de justicia en una sociedad.

Hacen referencia, de manera integral a todos los aspectos de la vida humana, entendida en las condiciones históricas, sociales, políticas, económicas y culturales en que se desenvuelve cada sociedad.

Se ejercen:

- a) En la persona individualmente considerada.
- b) En la persona considerada en sociedad.
- c) En la persona como componente de una comunidad.
- d) Como colectividades o comunidades.

Entendidos como un modelo social, político y cultural en el cual se desarrolla con plenitud la personalidad humana, deben constituir una ideología educativa que busque formar personas convencidas de la importancia de luchar por la construcción de modos de convivencia social para obtener formas dignas de vida

Los Derechos Humanos son valores, principios y leyes basados en la dignidad de la persona, la protegen contra los abusos de poder y permiten una convivencia social más justa.

² SÁCHICA, Luis Carlos, "Nuevo Constitucionalismo Colombiano", Bogotá, 1992, pp. 207, 217, 218.

3. Antecedentes Históricos

Históricamente podemos ubicar el apareamiento de varios derechos calificados como Derechos Humanos. A nivel occidental, si bien existen antecedentes previos, la Declaración de la Independencia de las colonias inglesas en Norteamérica y la Revolución Francesa marcan un punto fundamental en la lucha a favor de los Derechos Humanos.

En este primer momento los derechos aparecen como una forma de limitación del Estado, y por eso su carácter es individual. "...El primer objetivo de toda Constitución debe ser defender la libertad pública e individual contra el propio gobierno"³. La libertad, la igualdad y la fraternidad son los fundamentos en los cuales se cimientan estos derechos. No obstante los postulados de igualdad estas declaraciones dejaron de lado a las mujeres, a los negros, a los esclavos, etc. "En varias intervenciones que datan de mayo de 1791, Robespierre intentó concretar ciertos derechos políticos a favor de los negros de las colonias antillanas. Sólo obtuvo reconocimiento para los hombres de color 'nacidos de padres libres'. Pero los plantadores representados por Lameth y Barnave, presionaron para revocar esa concesión mínima, y el 25 de septiembre lo consiguieron, a pesar de la abrupta oposición de Robespierre, que llegó a gritar: 'Que perezcan las colonias si hemos de sacrificarles nuestra gloria y nuestro honor'".⁴

En el siglo XVIII la mayor parte de países occidentales empiezan a recoger esta primera generación de derechos en sus constituciones. De hecho desde la primera Constitución del Ecuador se recogieron varios de estos derechos.

A lo largo del siglo XIX a medida que avanza el proceso de industrialización, el proletariado al adquirir conciencia de clase reivindica los denominados derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales, fruto del triunfo de la revolución liberal burguesa, es así que en el año 1848 con la Constitución de la Segunda República francesa se "quiso representar la proclamación de los principios de 1789 en la esfera económica: si ésta había sido la declaración de la libertad, la del 48 pretendía ser la de la igualdad".⁵

La Constitución de México de 1917 es considerada como el primer intento de conciliación entre los derechos de libertad y los derechos sociales. En el Ecuador los derechos económicos, sociales y culturales aparecen constitucionalmente en 1929. Aunque ha habido un avance significativo en la correcta incorporación teórica de los derechos económicos, sociales y culturales como justiciables, hasta hoy muchas personas consideran que éstos no son derechos sino meras aspiraciones o derechos programáticos, es decir, no exigibles al Estado mediante los mecanismos jurídicos de protección.

"Aceptar el carácter programático y de simples expectativas de los derechos económicos sociales y culturales y del derecho al desarrollo niega el carácter de verdaderos derechos y los aplaza en su realización para épocas futuras lo que es un contrasentido con los principios que rigen los derechos humanos y propicia la impunidad".⁶

Los últimos 20 años han visto el surgimiento de los denominados derechos colectivos. En este caso la relación ya no es individuo - Estado como en el caso de los anteriores sino colectividades - Estado - individuos. No todos los países han incorporado los derechos colectivos en su ordenamiento jurídico. De hecho en el Ecuador se los incluye recientemente en su ordenamiento jurídico por dos vías: la primera a través de la ratificación y posterior publicación en el Registro Oficial del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en el año 1998 y la segunda por medio de la positivación de estos derechos en la Constitución de 1998 por parte de la Asamblea Constituyente.

El 10 de diciembre de 1948 constituye una fecha fundamental en la lucha a favor de los Derechos Humanos. Después de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, nace la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En los últimos 50 años han aparecido una serie de tratados, pactos y convenios internacionales sobre diferentes temáticas. Entre los más importantes están el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y convenios que tratan materias específicas: mujeres, pueblos indígenas, niños/as, discriminación racial, religiosa, derecho internacional humanitario, etc.

3 ROBESPIERRE, Maximiliano, "Libertad, Igualdad, Fraternidad", ERREPAR S.A., Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 60.

4 Textes choisis, Tomo I, p. 87, tomado de obra citada, ROBESPIERRE, Maximiliano, p. 55.

5 PÉREZ LUÑO, Antonio, "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", p. 120.

6 URIBE, Alirio, "Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales", tomado de Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, en documentos duplicados para el Seminario Internacional de Derechos Humanos: "Exigibilidad de los Derechos Humanos un enfoque integral: el uso efectivo de los sistemas y mecanismos internacionales", realizado en Quito, febrero de 2002.

A nivel del continente americano tenemos que también en 1948, en Bogotá, nace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y, posteriormente se dicta el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo Adicional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también conocido como el Protocolo de San Salvador.

Existen otros instrumentos internacionales que hacen relación a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y de los pueblos, que por motivos de espacio no serán analizados, pero que son de obligatorio cumplimiento para los países que los han ratificado o se han adherido a ellos.

Otros instrumentos internacionales

- Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre Derechos del Niño.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.
- Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, UNESCO.
- Convenio sobre el Trabajo Forzoso, OIT.
- Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, OIT.
- Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, OIT.

- Convenio sobre Diversidad Biológica.
 - Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición.
 - Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
 - Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico a favor de la Paz y en Beneficio de la Humanidad.
 - Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional.
 - Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social.
 - Proclamación de Teherán
-

Es importante rescatar la importancia de estos instrumentos internacionales, en un mundo globalizado en el que constituyen una herramienta de trabajo a favor de los Derechos Humanos.

4. Fundamentos filosóficos

El derecho natural fundamenta los Derechos Humanos a partir de una ley natural por la cual la persona humana por el mero hecho de ser humano/a tiene derechos. Desde el punto de vista religioso el ser humano, a imagen y semejanza de Dios tiene un valor propio y natural que le hace titular de derechos. Desde una posición no religiosa es la dignidad, característica propia de toda persona humana, por la que gozamos de los Derechos Humanos.

El derecho positivo plantea que los seres humanos tenemos derechos en tanto estos son recogidos en la ley. Es la norma la que reconoce derechos y en esa medida se puede hablar de derechos fundamentales.

La escuela historicista resalta la lucha de los pueblos y los individuos por alcanzar el reconocimiento de derechos a través de la historia, en efecto, resalta que los Derechos Humanos se van ampliando progresivamente respondiendo a las

necesidades que la realidad cambiante plantea al ser humano. Reconoce, no obstante, ciertos derechos como ligados a la naturaleza humana pero enfatiza en la evolución histórica de los Derechos Humanos de acuerdo a las necesidades.

Toda persona, por el solo hecho de ser parte de la especie humana, tiene derechos. La fuente de todos los derechos es la dignidad humana. Los Derechos Humanos surgen como una posibilidad de defensa de los derechos de las personas más débiles frente a los abusos de los/as poderosos/as y como medio para lograr una convivencia social más justa.

5. Características de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos se caracterizan por ser:

- Indivisibles
- Interdependientes
- Integrales

Los Derechos Humanos deben ser considerados de manera integral, como derechos indivisibles e interdependientes. No podemos valorar sólo algunos derechos y dejar de lado otros, o valorar a unos más que a otros. Tanto los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos son fundamentales para construir democracias que tengan como base la justicia, el desarrollo, la paz y la equidad.

Alirio Uribe nos dice que *"no hay derechos humanos de primera, de segunda o de tercera como se manifiesta usualmente en las clasificaciones generacionales de los derechos humanos, (...) avancemos en una concepción integral en la que todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales sean indivisibles e interdependientes y por tanto esenciales para poder rescatar la dignidad humana"*⁷.

⁷ Ibidem.

No basta que una persona tenga derecho al voto, a practicar su religión, si su derecho a la salud, a la vivienda, a su propia cultura, a un medio ambiente sano no es respetado. En otras palabras todos los derechos son importantes y no pueden defenderse solamente unos en desmedro de otros. Para su efectiva realización se deben considerar todos los derechos, pues todos se encuentran íntimamente ligados entre sí.

*"Simplemente nos debemos preguntar que implica el derecho a una VIDA DIGNA, para entender que la libertad política no es posible sin la libertad de información, sin la educación que permita a la persona autodeterminarse políticamente, la vida no es posible sin garantizar el derecho humano a la salud física y mental, la salud no es posible sin el acceso a los alimentos y al agua potable, el derecho humano a los alimentos implica respetar las prácticas culturales, (...) el cierre de hospitales públicos afecta la salud de los excluidos del régimen contributivo y subsidiado, (...) y se afectan los derechos laborales de los trabajadores de la salud, es decir todos los derechos humanos están interrelacionados y son interdependientes, las privaciones de las condiciones mínimas de existencia son sin duda obstáculos para el desarrollo individual y social. Son precisamente los derechos humanos bajo una concepción integral los que permitirían articular y darle contenido a los conceptos DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA y DESARROLLO"*⁸

6. Tipología de los Derechos Humanos

Entre los **Derechos Civiles y Políticos** encontramos, entre otros:

- Derecho a la vida.
- Derecho a la integridad personal y al trato humano.
- Igualdad de las personas y prohibición de discriminación.
- Derecho a la libertad personal.
- Derecho a desarrollar libremente la personalidad.
- Derecho a la honra, a la buena reputación, y a la intimidad personal y familiar.
- Derecho a la privacidad.
- Derecho a la identidad.

⁸ Ibidem.

- Derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.
- Derecho a la seguridad jurídica.
- Libertad de opinión, expresión, investigación y reunión.
- Libertad de conciencia, religión y culto.
- Libertad de asociación y libertad sindical.
- Libertad de comercio y empresa.
- Derechos de nacionalidad, residencia, circulación y asilo.
- Libertad de matrimonio.
- Igualdad de derechos y deberes entre cónyuges.
- Derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades.
- Derecho de las personas privadas de libertad a un trato adecuado.
- Derecho a elegir y ser elegido.
- Derecho a participar en las decisiones públicas.
- Derecho al debido proceso.

Este último implica entre otros puntos: Saber los motivos de una detención; ser llevado sin demora ante un juez; derecho a la presunción de inocencia; derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; derecho a un proceso justo; derecho a un proceso público; derecho a la asistencia letrada y a los medios necesarios para la preparación de la defensa; derecho a un intérprete; derecho de presentar e interrogar testigos; derecho del acusado de asistir al proceso; ser juzgado sin demora; derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa; derecho de apelación; etc. El derecho al debido proceso no se aplica solamente en el campo penal, sino en todos los procesos establecidos por las diferentes ramas del derecho, según sea su pertinencia, siendo de relevante importancia para los Derechos Humanos también el derecho administrativo por la obligación que establece al Estado, como administrador, en hacer solamente lo que jurídicamente le está permitido en su relación con el administrado. Derecho a un recurso efectivo, y derecho a la reparación como elemento del derecho a un recurso.

Entre los **Derechos Económicos, Sociales y Culturales** encontramos, entre otros:

- Derecho a la propiedad.
- Derecho al trabajo.
- Derecho a sindicarse.
- Derecho a la seguridad social.
- Derechos de la familia.
- Derecho a la alimentación.
- Derecho a la vivienda.
- Derecho a la educación.
- Derecho a participar en la vida cultural.
- Derecho a la salud.
- Derecho a un nivel de vida adecuado.
- Protección especial a niños, mujeres y en general a todas las personas que por cualquier situación se encuentran en condiciones especiales de vulnerabilidad de sus derechos.

Entre los **Derechos Colectivos** encontramos, entre otros:

- Derechos de los pueblos (indígenas, negros, etc.).
- Derecho a un medio ambiente sano.
- Derecho de los consumidores.
- Derecho al desarrollo.
- Derecho a la paz.

7. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno

Para tratar este punto nos parece importante abordar en primer lugar la discusión sobre la aplicación del Derecho Internacional en el Derecho Interno que básicamente se centra en dos teorías; la dualista y la monista.

Según Sienna Serrana la teoría dualista señala: *"Los individuos no pueden ser obligados ni beneficiados por las normas de Derecho Internacional que solo obligan o favorecen al estado en sus relaciones con otros estados. Para que el individuo sea alcanzado por la norma de Derecho Internacional ésta debe ser transformada en Disposiciones de Derecho Interno, sean leyes o medidas administrativas"*.

En tanto que define la teoría monista como aquella que "admite la incorporación automática de normas internacionales a su orden interno"⁹.

A partir de la incorporación del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es perfectamente válido que la persona individualmente considerada reclame dentro de la jurisdicción del Estado el cumplimiento de un derecho que lo beneficia y que se desprende de un tratado internacional que además ha seguido el procedimiento establecido en el ordenamiento interno para su vigencia.

Existen dos argumentos sólidos para sostener la incorporación inmediata de los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos al derecho interno de los Estados, a saber:

- El Estado al suscribir un instrumento internacional de Derechos Humanos y seguir el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico interno para su entrada en vigor, reconoce de hecho a tales normas como parte del ordenamiento jurídico interno (más allá de la jerarquía que le de dentro del ordenamiento jurídico), en tanto están vigentes.
- Al suscribir un instrumento internacional de Derechos Humanos el Estado asume una obligación frente a los individuos bajo su jurisdicción (considerando que en la actualidad el individuo es sujeto del derecho internacional de los Derechos humanos), obligación que solo puede ser cumplida en la medida que es exigible, lo que presupone per se su incorporación al ordenamiento jurídico interno.

Ahora bien, la Constitución Política del Ecuador vigente señala en su Art. 163:

"Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía".

Esta disposición es sumamente importante no solo porque expresamente se reconoce la incorporación de los instrumentos internacionales, entre éstos, los de Derechos Humanos, sino además porque se dota de jerarquía constitucional a los mismos.

⁹ SIENRA SERRANA, "Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno", p. 44.

Los instrumentos internacionales como pactos o convenios son jurídicamente obligatorios para los Estados que los han ratificado o se han adherido a ellos.

JERARQUÍA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO¹⁰

1. Supraconstitucionalización

En materia de Derechos Humanos debe otorgarse primacía al bien común internacional sobre el bien común nacional. En consecuencia, los preceptos constitucionales deben interpretarse según los artículos y la ideología del instrumento internacional.

2. Rango constitucional

Los tratados o convenios internacionales se asimilan al texto constitucional.

3. Subconstitucionalidad

Todo tratado se encuentra bajo la Constitución. En consecuencia los Derechos Humanos deben interpretarse de acuerdo con las normas constitucionales y sus tratados pueden ser considerados inconstitucionales si no se ajustan a la Constitución Política.

4. Equiparación legislativa

Todo tratado debe someterse a la Constitución, al igual que las leyes internas.

¹⁰ CHAMORRO, Fernando, INTERVENCIÓN EN EL ACTO INAUGURAL DE LOS CURSOS ABIERTOS EN LA UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, Quito, Octubre de 1999.

JERARQUÍA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL ECUADOR

Art. 163 constitución Política del Ecuador

"Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía"

8. La Constitución y la protección de los Derechos Humanos

La ley fundamental del Estado ecuatoriano es la Constitución Política, *"que debe ser un instrumento jurídico - político que a más de estructurar el Estado viabilice el pacto social de un pueblo, esto es, que contenga el tipo de gobierno que éste requiere, regule las relaciones jurídicas entre el pueblo y su gobierno, las obligaciones que éste tiene para con sus gobernados (proporcionar los medios necesarios para vivir dignamente), el respeto a las libertades y derechos de sus componentes, los límites de su poder, es decir que la Constitución se convierta en el instrumento jurídico político de obligatoriedad bilateral (pueblo - gobierno)"*¹¹.

Los contenidos básicos de la Constitución Política del Ecuador son¹² :

1. Las normas de organización y funcionamiento del Estado.
2. Las normas que determinan el programa económico, social, cultural y político del Estado.
3. Las normas de reconocimiento de los distintos Derechos Humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos).
4. Las garantías frente a la violación de derechos.

11 VARGAS ARAUJO, Edwar, "Constitucionalidad y Derechos Humanos", Artículo, Boletín Derechos Humanos Ecuador, INREDH, Enero – Junio 1998, Quito, Ecuador, p. 7.

12 TRUJILLO, Julio César, "Teoría del Estado en Ecuador: estudio de derecho constitucional", Corporación Editora Nacional, Editorial Ecuador, Quito, 1994, pp. 73, 74.

No cabe duda que en materia de Derechos Humanos y garantías de los derechos, la actual Constitución ecuatoriana es bastante completa.

El Art. 3 numeral 2 de la Constitución Política del Estado señala dentro de los deberes primordiales del Estado:

"Asegurar la vigencia de los Derechos Humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social".

En concordancia con esta disposición el Art. 16 dice:

"El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución".

En el Art. 17 de la Carta Fundamental se establece:

"El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos".

En el Ecuador existen varios principios constitucionales básicos que han sido contemplados dentro del Título III relativo a los Derechos, Garantías y Deberes. Estos principios constituyen un marco que debe ser respetado para el efectivo ejercicio de los derechos consagrados y las garantías establecidas. Así:

- Los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por el Ecuador serán directa e inmediatamente aplicables ante cualquier juez, tribunal o autoridad y por lo tanto todos los Derechos Humanos (Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y Colectivos) consagrados en la Constitución se sustentan en los principios de exigibilidad (justiciabilidad), inmediatez y celeridad.
- Para la aplicación de los derechos y garantías el juez, tribunal o autoridad los aplicará de la manera que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales y en consecuencia serán de trámite privilegiado sobre cualquier otro recur-

so legal existente. La interpretación "pro homine" como columna vertebral de los Derechos Humanos se constitucionaliza a través de esta norma.

- Ninguna autoridad podrá exigir requisitos no determinados en la Constitución y la ley para aplicar estos derechos a favor de los/as ciudadanos/as.
- La falta de ley para aplicar los derechos y garantías constitucionales no será razón justificable para que se los viole, desconozca o no se inicie una acción para precautarlos. Por lo tanto son de aplicación directa y preferente.
- Ninguna ley podrá restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, en consecuencia su existencia es jerárquicamente superior a cualquier disposición secundaria.
- Pueden existir otros derechos y aplicarse otras garantías que provengan de la naturaleza de la persona humana perfectamente invocables y aplicables en nuestro país en aras de enfrentar el abuso de autoridad y resolver los conflictos respetando los Derechos Humanos. Así, la normativa consuetudinaria de los pueblos indígenas o de carácter alternativa de las colectividades en general.
- Las instituciones del Estado o sus delegados estarán obligados a indemnizar (reparar) a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados que violen Derechos Humanos.

"La justiciabilidad se ha definido como la posibilidad que tienen las personas de acudir a mecanismos contenciosos o administrativos para reclamar del Estado el reconocimiento, el respeto o la satisfacción de un derecho, en la forma establecida en las normas jurídicas respectivas".¹³

13 Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, "Una justicia al alcance de todos", 5 PARA APRENDER – ENSEÑAR, Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), ILSA, Bogotá, 1999, p. 10.

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS

Ejercicio 1

Usted ha sido encargado de escribir un artículo en una revista sobre Derechos Humanos. Para ello se le ha pedido conceptualizar lo que son los Derechos Humanos, intentar una definición sobre ellos y abordar en particular dos puntos:

- 1.¿Cuáles son los antecedentes históricos de los Derechos Humanos?
- 2.¿Cuáles son los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos?

☞ Puntualice en forma breve los puntos sobre los que se fundamentaría.

Ejercicio 2

Usted ha sido contratado para defender ante los tribunales de justicia un caso en que se ha producido una flagrante violación de Derechos Humanos. Es necesario que fundamente el caso no solamente con la normativa nacional existente, sino también con la normativa internacional de Derechos Humanos.

☞ ¿Cómo fundamentaría su vigencia en el ordenamiento jurídico interno?

Ejercicio 3

Usted ha sido designado para dar una charla dirigida a jueces y demás personal de la Función Judicial, en la que abordará el tema de la Constitución y la protección de los Derechos Humanos.

☞ ¿Cuáles son los principios constitucionales que usted citaría y expondría como fundamento de la charla?

III PREGUNTAS PARA EL DEBATE

1. ¿Qué importancia tiene el principio "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"?

2. ¿Por qué los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben preocuparse por las normas internacionales de Derechos Humanos?
3. ¿Le parece adecuado el rango constitucional que las normas internacionales de Derechos Humanos tienen en el Ecuador? ¿Por qué?
4. ¿Concuerda usted en que los Derechos Humanos son inherentes a todas las personas o por el contrario considera que son derechos otorgados por los Estados? ¿En la práctica, en dónde radica la diferencia entre la una y la otra?
5. ¿Son los derechos económicos, sociales y culturales verdaderos derechos humanos de igual rango que los derechos civiles y políticos?
6. ¿Son los derechos económicos sociales y culturales exigibles y justiciables?
7. ¿Son las personas titulares del Derecho al Desarrollo? ¿Es el desarrollo un derecho humano?
8. ¿Bajo qué principios fundamentaría la protección de un derecho humano sin que exista ley que lo sustente?
9. ¿Qué argumentos usaría para defender un caso en que se han violado derechos fundamentales de la persona, cuando la propia ley tiene disposiciones en contrario?
10. ¿De qué manera las autoridades judiciales pueden cometer actos de discriminación en contra de las personas?
11. ¿qué vía cree usted que es la adecuada para exigir reparación a favor de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos por parte de elementos gubernamentales que dependen del poder Ejecutivo?
12. ¿Qué vía cree que es la adecuada para exigir reparación a favor de las víctimas de violaciones de Derechos humanos por parte de las autoridades judiciales que han cometido un error judicial?

Capítulo II

Garantías Constitucionales

Objetivo del capítulo

El presente capítulo tiene como finalidad profundizar en el conocimiento sobre las Garantías Constitucionales de protección de los Derechos Humanos, para que el usuario conozca sus fundamentos, el tratamiento que de ellos hace la Constitución ecuatoriana y su aplicabilidad práctica, brindando las herramientas necesarias para que las personas, en especial jueces y profesionales del derecho, potencialicen su implementación en el quehacer diario y se sensibilicen en cuanto a su rol en el fortalecimiento de la democracia.

Principios esenciales

La brecha existente entre el reconocimiento formal - normativo de los Derechos Humanos y su falta de vigencia, plantea la necesidad de mecanismos ágiles y eficaces que garanticen su protección oportuna. Las garantías constitucionales se constituyen como uno de los mecanismos reales de protección de los Derechos Humanos.

La aplicación oportuna de las Garantías Constitucionales frente a la inminente vulneración de los Derechos Humanos fortalece el sistema democrático del país.

Las Garantías Constitucionales como mecanismos ágiles y eficaces se sustentan tanto en la normativa internacional de los Derechos Humanos así como en los principios constitucionales que rigen nuestro ordenamiento jurídico. Efectivamente, varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos establecen como una obligación del Estado poner a disposición de todas las personas un recurso efectivo frente a la violación de sus derechos.

Las Garantías Constitucionales serán de trámite privilegiado sobre cualquier otra acción o recurso legal existente. La interposición "pro homine" como columna vertebral del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se constitucionaliza a través de esta norma.

Los Derechos Humanos se sustentan en los principios de exigibilidad, inmediatez y celeridad, por ende, las Garantías Constitucionales son de aplicación directa y preferente; su existencia es jerárquicamente superior a cualquier disposición secundaria; deben ser directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribunal o autoridad.

I. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Concepto de Garantías

La proclamación y existencia de los Derechos Humanos ha estado rodeada de una serie de limitaciones para su pleno y eficaz ejercicio, es por eso que en la mayor parte de los países del mundo y en el Ecuador se evidencia el divorcio existente entre los Derechos Humanos reconocidos y declarados en la norma Constitucional con su efectiva vigencia en la práctica.

El Estado de Derecho descansa sobre tres principios que son la juridicidad, el control y la responsabilidad. De esta forma, los Derechos Humanos como fundamento del Estado Social de Derecho no pueden dejar de contemplar la existencia de normas que viabilicen la relación de los individuos o grupos con el Estado, sobre quien a la vez recae la responsabilidad del cumplimiento de los derechos de las personas, entre las que es ineludible el desarrollo de mecanismos de control que puedan activarse para la protección inmediata de tales derechos.

"El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución, no siendo concebible la Constitución como norma, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo".¹⁴

Por esta razón, vía normativa nacional e internacional, se han establecido garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales para proteger efectivamente los Derechos Humanos, firmados y ratificados por los Estados.

En la relación pueblo - gobierno - autoridad, determinada en la Constitución, frecuentemente la sociedad civil es víctima de los abusos de poder y de la autoridad, estos abusos de poder se traducen en la violación de los derechos fundamentales que el mismo Estado - gobierno se comprometió a respetar y hacer respetar.

Cuando esto ocurre, las personas podemos efectivizar las garantías constitucionales, las cuales perseguirán el equilibrio entre los principios de "autoridad y libertad" humana.¹⁵

"La transformación conceptual más destacada fue la de procurar que se cambie el concepto mismo de 'libertad y derechos' pasando, de entenderlas como unas simples nociones teóricas formuladas abstractamente para todos, una especie de proyecto o programa de ejecución gradual, a convertirlos en exigibilidades reales, inmediatas y garantizadas, traducidas en el equipamiento y dotación de medios materiales y jurídicos a sus potenciales titulares y usuarios para realizarlos".¹⁶

Los Derechos Humanos sin mecanismos de protección constituyen "letra muerta", por eso es importante conocerlos y utilizarlos.

2. Garantías de los derechos

"En la actualidad el grave problema que enfrentan los derechos humanos es precisamente el de protegerlos; y es que no basta con lograr su reconocimiento normativo, a nivel interno o en el plano internacional, sino que se requiere con urgencia fortalecer los instrumentos e instituciones que brinda cada ordenamiento jurídico para tratar de alcanzar su sincera vigencia. Para ello el examen de las garantías constitucionales resulta fundamental.

"Antonio Pérez Luño distingue tres bloques de garantías de los derechos: garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales.

- 1) *Las garantías normativas, sostiene Pérez Luño, se presentan cuando una Constitución contiene expresos dispositivos cuyo objeto es 'asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación, así como velar por la integridad de su sentido y función'. Aquí podemos referirnos a la fuerza vinculante de los derechos constitucionales frente a los poderes públicos e incluso los particulares, la rigidez del procedimiento de reforma constitucional que evita la fácil alteración del contenido de estos derechos, la reserva*

¹⁴ ARAGÓN REYES, Manuel, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: CEC, No. 19, 1987, pp. 17, 36.

¹⁵ CASTRO LORIA, Juan Carlos, "Recurso de Amparo y Hábeas Corpus: Análisis Comparativo", Editorial Jurintexto, San José, Costa Rica, 1993, p. 45.

¹⁶ Obra citada, SÁCHICA, Luis Carlos, p. 205.

de ley según la cual el legislador es quien debe desarrollar su contenido y no el ejecutivo, así como la cláusula que exige al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos constitucionales.

- 2) *Las garantías jurisdiccionales, son los procesos destinados a la protección de los Derechos Humanos que se ventilan ya sea ante el poder judicial o ante un órgano especializado, sea una Corte o Tribunal Constitucional. Héctor Fix Zamudio ha propuesto, incluso, una clasificación de estos procesos al distinguir los remedios procesales indirectos (su finalidad es proteger derechos ordinarios pero que en ocasiones podrían tutelar derechos humanos); los instrumentos complementarios (sancionan la violación de los derechos cuando ésta ha sido consumada); y los instrumentos procesales específicos (cuya finalidad es proteger los derechos humanos en forma inmediata y directa, el hábeas corpus y el amparo, tutela o recurso de protección).*
- 3) *Las garantías no jurisdiccionales, son los "instrumentos de protección institucional" destinados a la tutela de los Derechos Humanos. En tal sentido, pueden distinguirse instrumentos genéricos e instrumentos específicos. Entre los primeros, destaca el control parlamentario para verificar que los actos del poder ejecutivo sean respetuosos de los derechos reconocidos por la Constitución. Entre los segundos, el instrumento específico por excelencia es el Ombudsman, Defensoría del Pueblo o procuraduría de los Derechos Humanos, cuyo objetivo precisamente es velar por el respeto y la promoción de los Derechos Humanos, frente a los poderes públicos".*¹⁷

La obligación fundamental del Estado de garantizar el goce efectivo de los Derechos Humanos acarrea de manera intrínseca "un doble cometido: 1) formularlos mediante las técnicas de positivación de su competencia (legislación, reglamentación, interpretación jurisprudencial), y 2) protegerlos a través de los procedimientos normativos de ejecución y control"¹⁸.

En otras palabras, el Estado debe reconocer los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico, los jueces deben cumplir con el rol de protectores de los Derechos Humanos en los casos específicos que resuelven y se deben establecer los medios a los cuales puede acudir una persona que se sienta afectada en el ejercicio de sus derechos.

17 ABAD YUPANQUI, Samuel. "Las garantías como instrumentos de protección de los derechos constitucionales", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.

18 PÉREZ MORENO, Alfonso, "Garantías de los derechos, Control Judicial, Amparo, Ombudsman", en el Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1997, p. 649.

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

*"Las garantías constituyen técnicas de protección, diferentes a los derechos mismos".*¹⁹

Se encuentran, ciertamente, íntimamente relacionados, pues, ¿de qué sirve un derecho si no puede ser exigido su respeto, su ejercicio o reparación en caso de violación? Los Derechos Humanos sin garantías de protección constituyen tan solo "letra muerta", precisamente por eso surgen como alternativa las garantías que "ponen al alcance de los afectados, las vías y medios efectivos, rápidos y eficaces, a fin de que los órganos jurisdiccionales deparen tutela oportuna, que haga realidad el ejercicio de los derechos constitucionales".²⁰

*"Jurídicamente, garantías son los mecanismos que la ley pone a disposición de la persona para que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos y, por último obtener la reparación cuando son violados".*²¹

Esta definición de garantías nos parece muy esclarecedora pues evidencia que las garantías de los derechos constituyen mecanismos de protección tanto para evitar una violación como para reparar los daños cuando un derecho se ha visto efectivamente conculcado.

Un derecho escrito no sirve si no puede ser exigido su respeto, su ejercicio o la reparación en caso de violación

"Entendemos por garantías constitucionales a los procesos e instituciones cuyo objetivo principal es proteger los derechos constitucionales y velar por el respeto del prin-

19 CHIRIBOGA, Galo, SALGADO, Hernán, "Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana", ILDIS, Quito, 1995, p. 33.

20 ZARINI, Helio Juan, "Derecho constitucional", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 521.

21 Obra citada, TRUJILLO, Julio César, p. 100.

cipio de supremacía de la Constitución. En palabras de Manuel Aragón, son 'los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución'. La precisión efectuada nos sirve, además, para diferenciar las garantías de los derechos, pues no se trata de expresiones sinónimas como algunos ordenamientos jurídicos todavía suelen utilizar, por ejemplo México, sino marcadamente distintas" ²².

La cita nos permite además ubicar a las garantías constitucionales en el rango de los procesos constitucionales, de especial importancia precisamente por ser instituidos, además de velar por la supremacía constitucional, para la protección de los Derechos Humanos.

"Proceso constitucional, en consecuencia, es el medio a través del que la jurisdicción constitucional concreta su principal misión que es la de precautelar la supremacía de la Constitución y, además, en clara función de garantía jurisdiccional, tutelar los derechos fundamentales de los ecuatorianos".²³

El autor de la cita concluye, en consecuencia, que son procesos constitucionales en el Ecuador: 1) Los derivados de la acción de inconstitucionalidad; 2) Los nacidos de las cuestiones de inconstitucionalidad; 3) Los que sustancian las acciones de hábeas corpus, hábeas data y amparo.

3. Las Garantías de Protección de los Derechos Humanos en el Ecuador

La Constitución Política del Ecuador, en el capítulo que hace referencia a las garantías de los derechos, incorpora cuatro instituciones que son: La Acción de Amparo Constitucional, el Hábeas Corpus, el Hábeas Data; y la Defensoría del Pueblo.

Cabe decir, no obstante, que los procesos constitucionales para la protección de los Derechos Humanos aparecen tardíamente en nuestro ordenamiento jurídico, a excepción de la garantía del hábeas corpus que es incorporada constitucionalmente desde 1929.

²² Obra citada, ABAD YUPANQUI, Samuel.

²³ ZAVALA EGAS, Jorge, "Derecho Constitucional", Tomo II, EDINO, Guayaquil, 2002, p. 156.

Por ejemplo, en cuanto al amparo constitucional, en el Ecuador aparece en la Carta Fundamental de 1967, por primera vez, como derecho garantizado por el Estado ecuatoriano en el Art. 28 numeral 15, de la siguiente manera:

"El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes".

De todas maneras, no se conoce de demandas presentadas en el poder judicial por esta forma de amparo, ni de algún tipo de estudio doctrinario sobre la materia, de lo que se deduce que su desarrollo fue nulo o muy limitado.

La Constitución posterior de 1978 no contempla ninguna forma de acción de amparo de los derechos de las personas; y, es apenas en la Constitución Codificada de 1996 en la que se la incorpora en la sección sobre las garantías de los derechos, al igual que por primera vez el Hábeas Data y la Defensoría del Pueblo.

El 2 de julio de 1997 se expide la Ley de Control Constitucional, por medio de la cual se regula el Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data; y, el funcionamiento del Tribunal Constitucional. La expedición de la ley fue beneficiosa en cuanto terminaba con el problema que se había presentado sobre la dificultad de aplicar las garantías constitucionales por falta de ley.

En junio de 1998, producto de la Asamblea Constituyente, se elabora un nuevo texto constitucional, en el cual se innova la normativa suprema que regula al Amparo y al Hábeas Data, que entró en vigencia a partir del 10 de agosto de 1998, que si bien mejora el objetivo de protección de los derechos fundamentales ocasionó lamentablemente una caducidad temprana de algunas normas de la Ley del Control Constitucional.

La Defensoría del Pueblo comienza a desempeñar sus funciones efectivamente en septiembre de 1998, pues anteriormente problemas de presupuesto y de carácter político no permitieron su funcionamiento.

Para tener un acercamiento a la interposición de estas garantías, cabe decir que del último informe que presentó el Tribunal Constitucional al Congreso Nacional se tiene que del 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre del mismo año ingresaron al Tribunal, por apelación, 1135 acciones de amparo, 113 acciones

de hábeas data y 89 acciones de hábeas corpus, resolviendo el Tribunal Constitucional en el mismo período 960 amparos, 108 hábeas data y 88 hábeas corpus.²⁴

Nuestra Constitución prevé mecanismos rápidos y efectivos para la defensa de nuestros derechos, llamados garantías constitucionales. Estos son: La Acción de Amparo Constitucional; El Hábeas Corpus, el Hábeas Data; y, la Defensoría del Pueblo.

4. El Recurso efectivo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La permanente constatación del abismo existente entre el reconocimiento formal - normativo de los Derechos Humanos y su falta de vigencia sociológica, ha planteado la necesidad de contar con recursos o mecanismos de protección efectivos frente a la vulneración de los Derechos Humanos.

En este sentido varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocen como una de las obligaciones de los Estados el poner a disposición de todas las personas un recurso efectivo frente a la violación de sus derechos. Así:

Art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

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

Art. 2 numeral 3^a, b y c, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

"Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

Garantías Constitucionales

a) *Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiese sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;*

b) *La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recurso judicial;*

c) *Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".*

Art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

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

Art. 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos

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

"2. Los Estados Parte se comprometen:

a) *A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*

b) *A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

c) *A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".*

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, "Informe al H. Congreso Nacional Enero – Diciembre 2004". No consta en el informe el número de causas despachadas por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional del período del 1 al 31 de diciembre de 2004.

Refiriéndonos específicamente a la obligación del juez de proteger los Derechos Humanos, de conformidad a la normativa internacional revisada, Daniel O'Donnell expresa:

"El Deber de los tribunales nacionales es ofrecer un recurso contra las eventuales violaciones de los derechos fundamentales reconocidos por la normativa internacional vigente."

"Así, el juez que aplica la normativa internacional vigente, cuando es pertinente, estará efectivamente ayudando a su país a cumplir con sus obligaciones ante la comunidad de naciones".²⁵

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS

Ejercicio 1

Usted ha sido encargado de escribir un artículo en una revista sobre el tema de Garantías Constitucionales y Derechos Humanos. En él debe conceptualizar lo que son "garantías" y fundamentar la importancia de su existencia.

☞ Puntualice los puntos sobre los que fundamentará su artículo.

Ejercicio 2

Usted forma parte de una comisión del Congreso Nacional para elaborar un capítulo sobre Garantías Constitucionales en la norma suprema.

☞ Mencione las garantías que ubicaría en la Constitución y los puntos principales sobre los que fundamentaría cada una de ellas.

Ejercicio 3

Usted ha sido designado para dar una charla dirigida a jueces y demás funcionarios de la Función Judicial sobre el recurso efectivo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

☞ Mencione la normativa internacional que hace referencia al tema y fundamente su vigencia en la normativa interna.

²⁵ O'DONNELL, Daniel, "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, p. 42

III PREGUNTAS PARA EL DEBATE

1. ¿Cree usted que los Derechos Humanos tienen vigencia aún sin la existencia de garantías que los protejan? ¿Por qué?
2. ¿Qué tipos de garantías considera que existen? Clasifíquelas.
3. ¿Considera usted que los derechos que establece la Constitución son garantías de las personas? ¿Por qué?
4. ¿Cuál es la diferencia entre derechos y garantías?
5. Frente a una violación flagrante de Derechos Humanos: ¿Qué mecanismos utilizaría si no existieran las garantías de protección de esos derechos?
6. ¿Cuál es la importancia de las autoridades judiciales para la aplicación de las garantías constitucionales?
7. ¿Qué actitud y fundamentados en qué normativa deben asumir los jueces cuando no se acata una decisión de protección de derechos fundamentales de una persona en un caso en que interpuso una garantía constitucional?
8. ¿Por qué la normativa internacional y la normativa interna prevén la existencia de garantías de los derechos, cuando ya existen leyes secundarias para proteger los derechos de las personas?
9. ¿Qué aumentaría al capítulo de Garantías Constitucionales establecido en la Constitución para que sea más completo?

Capítulo III
Acción de Amparo
Constitucional

“No concebimos un sistema al que le sea ajena la búsqueda de limitar y controlar al poder”

Samuel Abad Yupanqui

Objetivo del capítulo

El presente capítulo tiene como finalidad profundizar en el conocimiento de la garantía de Amparo Constitucional, abordar sus fundamentos y su contenido normativo en el Ecuador, con el fin de facilitar a las personas, principalmente jueces y profesionales del derecho, una herramienta de protección de los derechos fundamentales de las personas que pueda ser de utilidad en su trabajo práctico.

Principios esenciales

Se trata de una garantía que activa la jurisdicción constitucional, sumaria y eficaz contra actos ilegítimos que violen o amenacen con violar derechos fundamentales.

El amparo es una acción para asegurar el efectivo ejercicio de los Derechos Humanos; tiene rango constitucional; su procedimiento es expedito, sencillo, gratuito, preferente e informal; y, su finalidad es preventiva, suspensiva y reparadora.

Protege los derechos garantizados en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes.

Procede contra actos u omisiones ilegítimos de autoridad pública; y de particulares cuando presten servicios públicos o actúen por delegación de autoridad pública, o cuando afecten gravemente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Busca que la autoridad adopte medidas urgentes para cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias del acto u omisión que violen los Derechos Humanos.

I EL AMPARO CONSTITUCIONAL

La acción de amparo constitucional es un instrumento procesal específico de defensa de los derechos fundamentales, es un proceso constitucional directo, ágil, sumario y eficaz, proceso en el cual las dilatorias, el rigorismo civilista, la prelación de lo adjetivo sobre lo sustantivo, los plazos que no se cumplen y los requisitos sacralizados para presentar una acción no se aplican, so pena de sacrificar la eficacia por las formas²⁶.

A nivel de América Latina, el amparo aparece por primera vez en México a mediados del siglo XIX y hasta hoy constituye una de las instituciones más sólidas e importantes en nuestro continente en materia de protección interna de los Derechos Humanos. Es importante rescatar la amplitud de cobertura del amparo mexicano, pues en efecto, incluye la protección frente a las detenciones arbitrarias (amparo - hábeas corpus), la impugnación de leyes inconstitucionales para casos concretos (amparo contra leyes), la impugnación de última instancia de resoluciones judiciales (amparo - casación), impugnación de resoluciones o actos de autoridades administrativas cuando no existiere otra vía y como instrumento tutelar de los derechos de los campesinos sujetos a la reforma agraria (amparo social agrario).²⁷

El amparo mexicano constituye el referente latinoamericano en esta materia, posteriormente ha sido incorporado en la mayor parte de ordenamientos jurídicos internos conociéndose con diferentes nombres: Acción de Tutela (Colombia), Mandato de Seguridad (Brasil), Recurso de Protección (Chile), Acción de Amparo (Ecuador), etc.

26 MOSCOSO ÁLVAREZ, Raúl, "El tribunal Constitucional como medio eficaz de protección de los derechos fundamentales", s/e.

27 FIX ZAMUDIO, Héctor, "Garantías de los derechos, control judicial, amparo, ombudsman" en El Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1997, pp. 606, 607.

Como es obvio, existen diversas definiciones del Amparo, cuyas especificidades dependen del tratamiento legal que recibe en cada país, sin embargo nos parece importante recoger algunos elementos básicos de este tipo de garantía.

Se trata de una acción constitucional, sumaria y eficaz contra actos ilegítimos que violen o amenacen con violar derechos fundamentales.

El objeto del amparo es tutelar un derecho por medio de la implementación de medidas urgentes que logren evitar, cesar o remediar cualquier acto ilegítimo que conlleve la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental.

"De lo dicho se desprende que el amparo tiene tres acciones: reparadora, suspensiva y preventiva del daño" ²⁸.

En Colombia la Acción de Tutela "*consiste en poder acudir a los jueces para solicitarles una orden dirigida a quien, por acción u omisión, vulnere o amenace sus derechos constitucionales fundamentales, para que actúen en consecuencia, orden que será de inmediato cumplimiento*".²⁹

Equiparamos pues, lo que en Ecuador consiste en "implementar medidas urgentes" a lo que en Colombia se denomina "actuar en consecuencia", siempre mirando el objeto que es prevenir, suspender o reparar el acto violatorio de los derechos.

Luis Cueva Carrión manifiesta que "*El amparo es el escudo jurídico del débil contra el fuerte, del que carece de poder contra el que lo posee y abusa de él*"³⁰.

1. Características del Amparo

Podemos establecer algunas características del amparo, a saber:

- a. El amparo es una garantía para asegurar el efectivo ejercicio de los Derechos Humanos.
- b. Tiene rango constitucional, es decir superior a los establecidos en la ley.

28 CUEVA CARRIÓN, Luis, "El Amparo: teoría, práctica y jurisprudencia", Impresenal, Quito, 1998, p. 111.

29 Obra citada, SÁCHICA, Luis Carlos, pp. 205.

30 Obra citada, CUEVA CARRIÓN, Luis, p. 112.

- c. El procedimiento del amparo es pronto, expedito, sencillo, gratuito, preferente e informal.

A pesar de la normativa constitucional que rige desde 1998 en la cual se da al amparo la característica de acción, todavía hay personas que lo denominan recurso, lo cual es inexacto puesto que el recurso no es sino la posibilidad de verse asistido por otro organismo o autoridad quien jurídicamente tiene la potestad de reverter la resolución que con anterioridad se ha tomado.

Raúl Moscoso al respecto dice: *"El amparo es una acción y no tanto un recurso, pues éste se otorga a una persona que es parte en un juicio o en un procedimiento, para acudir a otra autoridad con el objeto de que se revoque la resolución del inferior. El amparo es una acción de contralor de la constitucionalidad que, no fiscaliza la justicia del acto reclamado, sino que autónomamente reestablece el derecho o la libertad conculcados por él"*³¹.

La acción de amparo es una garantía constitucional, de carácter jurisdiccional, para la protección de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución del Estado, en instrumentos internacionales de derechos humanos, o inclusive para proteger aquellos no escritos o positivados que por su naturaleza puedan ser considerados como derecho humano.

Tiene rango constitucional precisamente por la categoría de los derechos que protege. Debe observarse la diferencia con las garantías y derechos de orden legal, pues si bien estos requieren de una justicia sin dilaciones, es decir, no deben sufrir demoras en su protección a causa de una justicia engorrosa y lenta, los derechos humanos requieren de un urgente tratamiento, de ahí la característica de la acción de amparo de preferente y sumaria.

En referencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido: *"(...) toda vez que la acción de amparo responde a un proceso constitucional que por su naturaleza es especial, debiéndose tramitar de forma ágil y oportuna, de ahí que el juzgador constitucional no puede aplicar normas procesales que se opongan a esta acción, ni que retarden su ágil despacho, pues, el objetivo central de la acción es cautelar los derechos humanos, por lo que es lamentable que se haya suscitado un vía crucis del expediente dejando de atender lo que es fundamental en esta materia para el derecho constitucional"*.³²

31 Obra citada, MOSCOSO, Raúl.

32 Caso No. 0913-04-RA

33 Obra citada, ZAVALA EGAS, Jorge, p. 167.

La preferencia implica: *"a) Un mandato al legislador y, consecuentemente, al juez; b) Otorgar prelación y calificar de urgente a la acción de amparo; y, c) Anteponer su trámite a cualquier otro aun cuando sea de previa calificación por el tiempo de presentación"*³³.

La sumariedad, por su parte, implica que el trámite sea ágil, rápido y sencillo. Varias normas que regulan el amparo dejan ver la necesidad de la celeridad en su trámite, así, que la calificación de la demanda debe ser inmediata, la audiencia se realizará dentro de las 24 horas subsiguiente a la presentación de la demanda, la resolución debe dictarse en un máximo de 48 horas siguientes a la realización de la audiencia, no se aceptara la aplicación de ninguna disposición que tienda a retardar su ágil despacho, entre otras.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho: *"Que, la acción de amparo es una garantía constitucional por naturaleza expedita y sencilla, precisamente por su función de protectora de derechos humanos, por lo que no es aceptable que habiéndose presentado esta acción ante el juez de instancia el 1 de marzo de 2004, recién convoque a audiencia pública para el 17 de marzo de 2004, es decir, en exceso el tiempo de las 24 horas subsiguientes a la presentación de la demanda, según establece el Art. 49 de la Ley de Control Constitucional; así como es inaceptable que dicte resolución el 19 de mayo de 2004, es decir, más de sesenta días después de presentada la demanda, desfigurando la naturaleza ágil y oportuna de esta acción, consideraciones que se realizan independientemente de que la acción de amparo propuesta haya sido concedida o negada"*.³⁴

2. El Amparo Constitucional en el Ecuador

En el Capítulo sobre las Garantías Constitucionales hicimos una breve reseña histórica sobre el Amparo en el Ecuador, quedándonos por decir que su regulación actual se encuentra en el Art. 95 de la Constitución Política del Estado, y se desarrolla en la legislación secundaria desde el Art. 46 al Art. 58 de la Ley del Control Constitucional.

El artículo 95 de la Constitución dice:

"Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma pre-

34 Caso No. 397-04-RA

ferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que prestan servicios públicos o actúan por delegación o concesión de una autoridad pública”.

“No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”.

“También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

“Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

“El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

“Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

“La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

“No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho”.

Cabe señalar que existen voces que indican que hay abuso en la interposición del amparo constitucional en el Ecuador, y aquello ha llevado a cuestionarse,

inclusive, los términos en los que está concebida la acción. Nuestro parecer, a primera vista, es que si bien se presentan algunos casos en los que se pretende aprovechar de la acción, estos se visualizan especialmente en aquellos que tienen connotaciones políticas o para defender fuertes intereses económicos. No obstante, existe una gran parte de casos en que es usado por la ciudadanía efectivamente para la protección de los derechos fundamentales. De todas formas, creemos que es necesario que se emprenda en un estudio cualitativo para que estadísticamente se establezca si el amparo constitucional está siendo aprovechado como vehículo para la protección de los intereses de poderosos grupos económicos y políticos, o por el contrario, su objetivo de ser herramienta de la ciudadanía en general ha sido eficaz. Solamente así sería pertinente pensar si corresponde realizar reformas a esta acción o mantenerla con su contenido actual, que en principio, nos parece el correcto para los fines que pretende.

En la misma línea, no podemos dejar de mencionar que la mayor parte de amparos constitucionales se centran en la protección de derechos individuales, especialmente en las normas del debido proceso, existiendo de manera predominante los casos que hacen relación al aspecto laboral; y, por el contrario, se detecta que son pocos los que involucran derechos sociales como la educación y la salud, o inclusive los colectivos como la protección del medio ambiente, debiendo este aspecto llamar a la reflexión de la ciudadanía que posiblemente está desaprovechando una herramienta eficaz en la protección de estos derechos.

3. No Subsidiaridad del Amparo

Respecto a la subsidiaridad de la acción de amparo existen dos posiciones: En algunas legislaciones como la argentina y la mexicana se expresa la subsidiaridad del recurso de amparo, la cual supone que los actos susceptibles de impugnarse por la vía de este recurso solo deben ser actos cuyos efectos no puedan remediarse por otra vía, es decir que si existe un remedio judicial al acto violatorio de un derecho constitucional, se debe demandar una solución por la vía judicial.

Sin embargo, algunos tratadistas han criticado esta afirmación aduciendo que esta subsidiaridad atenta contra el propio principio de inmediatez que rige el recurso de amparo, pues se trata de un mecanismo ágil y eficiente para prevenir o remediar las violaciones a los derechos constitucionales, por lo cual resulta absurdo que cuando esta violación se produzca las personas tengan que some-

terse a una vía legal previa, no obstante que la solución llegue después de cuatro o cinco años.

De lo argumentado respecto a la subsidiaridad de la acción de amparo y en concordancia con el principio de inmediatez podemos concluir que esta subsidiaridad no debería considerarse, pues de lo contrario sería necesario recalcar y especificar que la subsidiaridad podría aplicarse siempre y cuando exista otra vía **inmediata** para proteger el derecho violado. Si tomamos en cuenta los tiempos procesales de las distintas vías judiciales, esta aplicación resulta imposible.³⁵

Jurisprudencia de hace algunos años del Tribunal Constitucional, insistiendo que había un error conceptual al considerarse que el amparo podía ser residual, siguió la línea de la protección inmediata del derecho, así: *"La acción de amparo es, en esencia, tutelar de los derechos subjetivos constitucionales y, tal como se ha previsto en el Art. 95 de la Constitución de la República, tiene por fin adoptar, de manera expedita, medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar dichos derechos, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. De lo expuesto se tiene que sería contrario al espíritu y fines del citado artículo constitucional el supuesto carácter 'residual' del amparo, pues de ser así, de ninguna manera se podrían aplicar medidas expeditas para controlar los actos de autoridad que sean violatorios de los derechos constitucionales, y peor aún, evitar daños inminentes, esto es, que se estén consumando o que puedan llegar a consumarse"*.³⁶

En línea parecida, en otro caso, dijo: *"La excepción planteada por los demandados relativa a la existencia de litis pendencia por encontrarse pendiente de resolución la apelación de los moradores de (...) ante el Consejo Provincial no tiene fundamento alguno, pues en materia de derechos reconocidos constitucionalmente, como es el de propiedad, su aplicación debe ser directa e inmediatamente aplicables ante cualquier juez, tribunal o autoridad, de conformidad a lo previsto en el Art. 18 de la Constitución Política"*.³⁷

Por otro lado, se debe considerar que el texto constitucional que hacía referencia a la acción de amparo antes de la Constitución vigente indicaba que el daño a provocarse debía ser "grave e irreparable", disposición anacrónica que aún

consta en la Ley del Control Constitucional, pero que se encuentra tácitamente derogada a raíz del nuevo texto constitucional que elimina del daño la necesidad que fuera "irreparable", y con ello, de manera específica, que la acción de amparo sea subsidiaria de cualquier otra acción judicial, puesto que la obligación de interponer una acción previa era lo que le daba al daño el carácter de reparable.

Al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha dicho: *"El Juez a quo, en su fallo, señala que el peticionario no ha agotado las instancias administrativas que la ley le franquea para hacer valer sus derechos, y el Ministro de Educación y el Procurador General del Estado alegan que este amparo es improcedente, pues, señalan, que el accionante debió impugnar el acto en sede contencioso administrativa. Al respecto, se debe señalar que si bien el amparo no es un mecanismo mediante el cual se reemplacen otros procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, se hace presente que el amparo no es una acción residual, es decir, no es una acción subsidiaria, que sólo cabe interponerse cuando no existen otras formas o vías de impugnación del acto o bien cuando éstas se han agotado. Desde la codificación constitucional de 1998, el amparo no es residual, antes lo era, pues la Constitución exigía, como requisito de procedencia, que el acto violatorio de derechos constitucionales pueda causar daño inminente, a más de grave e irreparable. Esa irreparabilidad implicaba, precisamente, que si existieran otras vías de impugnación más o menos eficientes, o si éstas no se habían agotado, el amparo era improcedente..."*.³⁸

En definitiva, nuestra posición coincide con la del Dr. Jorge Zavala Egas, que en referencia al amparo dice: *"No es accesorio a ningún otro ni depende de otro que debe cumplirse con antelación. Se inicia y fenece con absoluta independencia y autonomía"*. Y añade: *"En Ecuador el proceso de amparo no es subsidiario y, en consecuencia, al igual que España con el amparo ordinario y Colombia con su tutela transitoria no exigen medios de defensa previos para poder ejercitar la acción que le de nacimiento y lo constituya. Y tampoco está en poder del legislador poder hacerlo, pues la Constitución la ha instituido como un proceso directo e inmediato y no subsidiario"*.³⁹

35 Tomado de ARIAS, Alicia, "El Recurso de Amparo Constitucional", Boletín Jurídico CLD, Marzo, 1998.

36 Caso No. 847-2000-RA

37 Caso No. 1066-2000-RA

38 Caso No. 0013-04-RA. Otra jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sostiene la no residualidad o subsidiaridad del amparo en la línea expuesta.

39 Obra citada, ZAVALA EGAS, Jorge, p. 172, 177.

4. Objeto de la Acción de Amparo ⁴⁰

4.1. Protección de Derechos Humanos

El objeto del amparo es la tutela jurídica efectiva de los derechos consagrados en la Constitución o en tratados o convenios internacionales vigentes, mediante la adopción de medidas urgentes para cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimo que viole o pueda violar tales derechos y que, de modo inminente, amenace con causar daño grave.

La acción de amparo tutela a todos los derechos fundamentales, entiéndase tanto a los civiles como políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, revisados en el capítulo primero.

Es un error considerar que la acción de amparo existe solamente para amparar derechos individuales, tanto más que en nuestro país no existe otra garantía de tal magnitud que permita amparar derechos de las colectividades, los cuales, al estar contemplados constitucionalmente y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes, no tienen por qué permanecer sin protección jurídica efectiva. De ahí, que el legislador ha sido consecuente al permitir que la acción de amparo proteja a todos los derechos por igual, con excepción del derecho a la libertad física y a la información que cuentan con sus propios mecanismos de protección.

El principio de aplicación consiste entonces en valorar la violación de un derecho subjetivo constitucional, independientemente de cualquiera sea su categoría. La acción se propone contra las limitaciones al ejercicio del derecho, pues mal haría en interponerla quien no tiene oportunidad por sí mismo de ejercitar el derecho reclamado.

En este punto es importante ver la posición del Tribunal Constitucional en un caso en que una persona sufría de una enfermedad terminal, lo que le había llevado a ausentarse de su empleo por lo que fue despedida. El Art. 47 de la Constitución Política de la República, ubicado dentro del capítulo sobre los

derechos económicos, sociales y culturales, fue uno de los fundamentos para el pronunciamiento del Tribunal. El mencionado artículo dice:

"En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos".

En relación, el Tribunal Constitucional para conceder el amparo indicó:

"Es comprensible que una persona con cáncer requiera de mayor tiempo para efectuarse chequeos y tratamientos médicos, lo cual sin duda va a repercutir en los tiempos de asistencia a su lugar de trabajo; sin embargo, por mandato constitucional, al tratarse el sufrimiento de una enfermedad terminal, se debe dar atención prioritaria a la persona, lo cual implica, entre otras cosas, no disminuir sus oportunidades laborales; intentando las autoridades buscar soluciones más próximas al interés de las partes involucradas, esto es niñez, padres de familia, docente y autoridades, de forma tal que ellas no se vean afectadas de manera irreparable, situación que ocurriría con la accionante de perder su empleo, y por lo cual se encontraría en una situación de desventaja al momento de afrontar sus necesidades económicas y las de su familia, lo que configura también el daño inminente en esta acción".⁴¹

4.2. Medidas urgentes para cesar, evitar y remediar la vulneración del derecho

Esta tutela jurídica se manifiesta a través de medidas urgentes o resoluciones definitivas que en todo caso buscan cesar, evitar la comisión o remediar de manera inmediata las consecuencias del acto u omisión, efectos siempre tendientes a que no se produzca la vulneración del derecho.

Estas finalidades del amparo son precisamente su razón de ser. Existen casos en que hay claros indicios que una violación pueda producirse y precisamente

⁴⁰ Compendio de RIVADENEIRA SILVA, Ramiro, "La Acción de Amparo Constitucional" "Objeto de la Acción", en Procesos Constitucionales en el Ecuador, Serie 9, Corporación Editora Nacional, Quito, 2005, pp. 92 – 95.

⁴¹ Caso No. 1001-04-RA. En otro considerando añadió, de manera interesante, que tratar el caso de la accionante en el entendido que se encontraba en una situación vulnerable demostraba un profundo respeto no solamente por el Estado de Derecho vigente en el Ecuador, sino también, y especialmente, por su carácter social.

por ello una acción inmediata que logre evitarla; o casos en que producida la violación, sus efectos no han terminado, por lo que procede la acción para lograr que las consecuencias de este acto cesen; o inclusive que aún tengamos la posibilidad de remediar sus consecuencias.

Los efectos de la concesión de la acción de amparo no pueden dejar de verse en relación con los derechos tutelados. Por ello el propio Art. 95 de la Constitución Política de la República habla de cualquier *"acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho..."*.

Visto de esta forma, en general, en los casos en que se deba cesar o remediar las consecuencias del acto, el amparo tutela el derecho dejando sin efecto tal acto, es decir, ocasiona que las cosas vuelvan a su estado inmediatamente anterior de ocurridas. Pero en los casos en que se deba evitar la comisión del acto, o aún en los casos de omisión ilegítima conforme veremos posteriormente, no puede creerse que la función del juzgador constitucional sea dejar sin efecto un acto, puesto que éste no existe, sino que su función le obliga a adoptar otro tipo de medidas urgentes para la efectiva protección del derecho violado o que puede resultar violado, así, obligar a la autoridad demandada a actuar de determinada manera o a abstenerse de hacerlo, según la situación.

El Tribunal Constitucional, al respecto, ha dicho: *"Que, en referencia a los fines del amparo, evitar la comisión del acto significa que el juzgador constitucional intervenga antes que sus efectos lleguen a existir; cesar el acto es la posibilidad de intervenir antes que sus consecuencias se materialicen, es decir, solamente se lo puede hacer si ellas se están produciendo; y, sobre remediar las consecuencias del acto, ello es procedente sola y únicamente cuando las cosas pueden volver a su estado anterior, puesto que no le es posible a esta autoridad remediar mediante la aplicación de sanciones, o como sería en la causa, derrocamiento de la construcción, propio de otras vías. No hay que perder de vista que el Art. 95 de la Constitución hace referencia a tomar medidas urgentes, lo cual nos da pauta de la naturaleza del amparo como institución protectora ágil y oportuna frente a un acto u omisión que causa efectos dañosos inmediatos"*.⁴²

Cabe recalcar que el remediar solamente alcanza el lograr que las cosas vuelvan a su estado anterior, sin que signifique que como medida urgente el juez pueda ordenar algún tipo de reparación pecuniaria o indemnización. Un claro ejemplo es el funcionario público separado de su cargo que mediante la acción de amparo consigue la restitución en su puesto, pero que el derecho no le cubre para que mediante la misma acción solicite una indemnización por su despido.

La Resolución de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 639 de 29 de octubre de 2002, tenía por objeto evitar que los jueces en la ejecución del amparo adopten medidas indemnizatorias. Lamentablemente fue interpretada en el sentido que los jueces no debían, en el proceso de ejecución, ordenar el cumplimiento de la resolución, sino solamente requerir su acatamiento.

El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la mencionada resolución, indicando en uno de sus considerandos: *"Que, si bien es cierto que el amparo tiene efectos de reparación no puede ordenarse en este caso el pago de una indemnización, pues ella no puede ser cuantificada en un proceso cautelar, preferente y sumario como es el amparo, sino en uno que analice el fondo del asunto, es decir, en un proceso de conocimiento, mas ello no puede implicar limitación al juez de origen para hacer cumplir la decisión definitiva adoptada en un proceso de amparo, en los estrictos términos contenidos en el fallo que debe hacer ejecutar"*.⁴³

En todo caso, en otros fallos sobre acciones de amparo, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en la misma línea. Así, *"los efectos inmediatos de la aceptación de una acción de amparo constitucional es dejar sin efecto los actos de la autoridad pública que resulten violatorios de los derechos fundamentales, y en consecuencia, retrotraer la situación jurídica al momento inmediatamente anterior a la producción de tales actos; por lo que, la consecuencia jurídica de la aceptación del amparo en la presente causa es dejar sin efecto el Oficio No. 020-DPIM de 17 de febrero de 2004, suscrito por el Delegado Provincial del INDA Manabí, mediante el cual ordena el desalojo del hoy accionante; sin que sea posible atender a esta autoridad los otros puntos reclamados en la demanda y aquel por el*

⁴² Caso No. 0330-04-RA. En todo caso, mantenemos diferencia en cuanto a considerar que la comisión del acto signifique que el juzgador intervenga antes que sus efectos lleguen a existir, pues según hemos sostenido, tal fin significa que aún no existe acto, y en consecuencia, la tutela del derecho implica la adopción de medidas urgentes para que el mismo no se produzca.

⁴³ Caso No. 005-03-TC, publicado en el Registro Oficial No. 258 de 23 de enero de 2004. Se recomienda su revisión también para materia de objeto de la acción de amparo en su afán de cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencias de un acto u omisión, y respecto de las medidas urgentes que debe adoptar el juez para la ejecución de una resolución de amparo.

cual el propio actor apeló de la resolución del inferior, específicamente, condenar al pago de daños y perjuicios a los demandados, por no ser materia de competencia de este juzgador".⁴⁴

5. El Acto Ilegítimo

"Entendemos acto, en materia de amparo constitucional, el que ha elaborado la Teoría General del Derecho, es decir, toda manifestación de voluntad que produce un resultado y que se encuentra vinculado a ella por un nexo causal".⁴⁵

Debemos entender por actos no solamente a aquellos que nacen de una resolución escrita, sino a todas aquellas acciones que siendo ilegítimas puedan ser violatorias de un derecho fundamental, aunque ellas no se plasmen administrativamente en el papel.

El Tribunal Constitucional ha dicho: *"Que, no consta del proceso documento alguno que consista en el trámite o resolución municipal para clausurar la construcción de la estación de servicio, por lo que se torna imposible realizar un análisis sobre su forma y contenido".* Demostrado que la autoridad demandada había actuado por una vía de hecho, puesto que para clausurar la estación no había iniciado ningún trámite administrativo, el Tribunal aceptó el amparo por considerar que se trataba de un acto ilegítimo.⁴⁶

Para la procedencia del amparo no es necesario que el acto impugnado tenga el carácter de administrativo, confusión a la que se ha llegado, en algunas ocasiones, por considerar que el acto proviene de una autoridad pública, y en consecuencia, ella se pronuncia únicamente mediante actos administrativos; situación inexacta ya que una autoridad puede proceder de facto o de hecho, de manera unilateral e imperativamente, sin necesidad de resolución escrita, imponiendo su voluntad sobre el administrado.

Al respecto, el Tribunal también ha manifestado que "la Constitución de la República habla simplemente de 'acto u omisión ilegítimos de una autoridad

pública', expresión lo bastante amplia para extenderse más allá del solo concepto de acto administrativo, e incluso, de la noción de acto jurídico. En efecto, del examen atento del texto constitucional, resulta que el amparo está concebido como una garantía de los derechos fundamentales de la persona, y no a ultranza como un mecanismo de impugnación o tacha de actos administrativos"⁴⁷.

Respecto a la ilegitimidad, se ha pretendido entenderla como aquello que no está apegado a la ley, lo cual es un error. María Judith Salgado reflexiona que *"nos parece importante que al considerar un acto ilegítimo no solo se alegue su inconformidad con la Constitución o la ley, sino que puedan invocarse principios universales de derechos humanos, pues lastimosamente la historia nos ha mostrado que en muchas ocasiones se consuman actos que formalmente son apegados a la ley pero que contrarían principios fundamentales de derechos humanos como la justicia, la equidad, la no discriminación, y en tal sentido deben considerarse ilegítimos".⁴⁸*

Lo que debe tenerse presente es que los seres humanos tenemos a nuestro favor un conjunto de derechos y libertades cuyo contenido no puede ser vulnerado. De esta forma, cuando una ley contraviene uno de estos contenidos del derecho humano, tal ley no puede ser aplicada, porque su aplicación resulta ser ilegítima. Así, se tiene que la ilegitimidad de los actos no deviene únicamente de su inconformidad con la ley, sino fundamentalmente con la Constitución.

"En la acción de amparo, el Tribunal Constitucional no puede valorar la legalidad del acto, puesto que no es un juez contencioso administrativo, ni tampoco su constitucionalidad, puesto que para ello existe la vía de inconstitucionalidad; solamente puede valorar su legitimidad y el parámetro para ello, especialmente respecto al contenido del acto, no lo establece la ley sino todo el conjunto del ordenamiento jurídico que tiene su finalidad propia, y que en materia de derechos fundamentales, alcanza como tope máximo el contenido esencial de las normas que sobre derechos establece la Constitución y las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos que se constituye en lo que se conoce como el bloque de la constitucionalidad".⁴⁹

44 Caso No. 275-04-RA. En el caso No. 0302-03-RA también indica que la fijación de montos indemnizatorios no corresponde al Tribunal Constitucional, pues para ello existen en la justicia ordinaria las instancias y recursos adecuados.

45 Obra citada, ZAVALA EGAS, Jorge, p. 204.

46 Caso No. 0475-2003-RA. Dejando ver claramente que para la procedencia del amparo no era necesaria la existencia de un acto administrativo.

47 Caso No. 0367-2003-RA

48 SALGADO, María Judith, "El Recurso de Amparo como mecanismo de protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Ecuador", Quito, 1998.

49 Obra citada, RIVADENEIRA SILVA, Ramiro, p. 100.

Otro tema importante respecto a la ilegitimidad del acto es la falta de motivación de los mismos.

El Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política del Estado dice:

"Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho..."

Se tiene entonces que no es suficiente que una resolución de autoridad pública enumere normas jurídicas, sino que es absolutamente necesario que la autoridad razone sobre los motivos que le han llevado a tomar la decisión, en consecuencia, demuestre que la aplicación de tales normas se adecuan perfectamente a los antecedentes del caso sobre el que resuelve, justificando entonces la pertinencia de tal aplicación.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en innumerables casos en ese sentido, concluyendo sobre la ilegitimidad del acto que se impugna cuando no se produce tal motivación, fundamentalmente porque aquello viola el derecho a la defensa, situación que tiene íntima relación con la indefensión de las personas.

Así, el Tribunal ha dicho: *"Un acto administrativo no es formalmente perfecto y por lo tanto intangible, si no está motivado, pues la circunstancia de que la administración no obra arbitrariamente, sino en los límites que el ordenamiento jurídico legal le impone, hace imprescindible que sus decisiones expresen los motivos de hecho y de derecho que concurren para determinar su legitimidad". Añadiendo: "La falta de motivación produce indefensión en la persona a la que se dirige el acto en la medida en que impugnarlo sin conocer sus fundamentos es recurrir 'a ciegas', es decir, tener que argumentar contra motivos hipotéticos, en la suposición de que la Administración se haya querido apoyar en ellos al dictar el acto".⁵⁰*

6. La Omisión Ilegítima

Para efectos de la acción de amparo constitucional, se entiende por omisiones a todas aquellas acciones que de manera ilegítima dejan de hacerse provocando

la violación de un derecho. El fundamento es que toda autoridad pública tiene la obligación de hacer lo que la norma le indica, ya que en derecho público la administración no puede hacer más allá de lo señalado por la ley, y en consecuencia, tampoco puede dejar de cumplirla.

De esta manera se configuran un conjunto de atribuciones y competencias que las autoridades deben desempeñarlas tal como la ley se lo señala. No es discrecional de las autoridades cumplir con sus competencias, sino que es obligatorio, puesto que esa es la forma en que se configura el servicio a la sociedad como un fin público.

"Cuando la autoridad deja de ejercer sus atribuciones o competencias está faltando a sus obligaciones. Este dejar de hacer es la omisión, y la ilegitimidad se configura precisamente por la obligación de actuar que tiene la autoridad, que en materia de amparo debe ocasionar la lesión de derechos individuales. Los efectos de declarar una omisión ilegítima en el amparo constitucional son la obligatoriedad de la autoridad de la administración de hacer."⁵¹

Es interesante que la normativa contemple no solo el acto sino también la omisión ilegítima como causante de la violación o amenaza de la violación de un derecho. Si bien es cierto que en materia de derechos civiles y políticos las violaciones a los derechos humanos suelen venir de acciones concretas de las autoridades, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, más bien suelen ocurrir debido a las omisiones o inercia estatal en la protección de estos derechos. No siempre el incumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y de los pueblos devienen de la falta de recursos materiales del Estado, sino que muchas veces provienen de la desidia o simplemente inercia, y ante ello sí es posible tutelar los derechos bajo la acción de amparo, tanto más que su afectación puede ser individual o hacia la colectividad.

Para ejemplificar, recordemos que el Art. 88 de la Constitución indica que toda decisión estatal que pueda afectar el medio ambiente debe contar previamente con los criterios de la comunidad, de lo que se tiene que si se obvia el contenido de esta disposición se viola un derecho por omisión, cuyas consecuencias las sufre la colectividad.

⁵⁰ Caso No. 420-99-RA. Se recomienda la revisión de este caso por todo el sustento teórico que hace sobre la motivación de los actos.

⁵¹ Obra citada, RIVADENEIRA SILVA, Ramiro, p. 103.

Lo importante es observar si existe un derecho subjetivo público vulnerado. En tanto la persona o colectividad pueda objetivamente ejercer un derecho, la omisión de la autoridad puede ser impugnada mediante el amparo.

7. Inminencia del Daño Grave

Los elementos sobre inminencia y gravedad pueden tomar carácter subjetivo y ciertamente depender del criterio del juez, siempre que nazca de la sana crítica. Si bien es cierto lo que para nosotros puede ser grave, para el juez bien puede no serlo. De todas formas conceptos generales aceptan que lo grave es aquello, de gran importancia cuando el efecto que se ha de producir es grande, cuantioso o casi permanente; mientras que lo inminente es aquello que tendrá sus efectos en un futuro próximo, cercano, lo que va a suceder pronto.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha sostenido lo mencionado, e inclusive ha dicho que la violación de un derecho no es suficiente para la procedencia del amparo, sino que también debe existir de manera inminente la posibilidad que se ocasione un daño grave, otras posturas en la doctrina han sostenido que es suficiente la afectación de un derecho para que exista daño grave.

*"El daño es siempre la lesión actual o inminente a un derecho reconocido por la Constitución o por un tratado internacional y es grave por el solo hecho de ocurrir tal lesión. No interviene en la calificación del daño grave ningún otro parámetro como, por ejemplo, la cuantía del bien jurídico vulnerado o la temporalidad de la afectación al derecho. El constituyente ha concebido que toda lesión producida a los derechos, protegidos por la Constitución o por los convenios internacionales, como daño grave".*⁵²

En cuanto a la inminencia, no se puede dejar de mencionar la relación del tiempo. En esta materia el Tribunal Constitucional ha dicho que *"respecto de la inminencia de daño grave, la accionada ha alegado que este requisito de procedencia del amparo no se presenta en la especie, toda vez que la presentación de esta acción se ha producido luego de más de cuatro meses de la emanación de los actos impugnados. Al efecto, esta Sala hace presente que, en primer lugar, ni la Constitución ni la Ley del Control Constitucional han seña-*

*lado, en razón de la inminencia, términos o plazos de caducidad para esta garantía. La inminencia, de modo general, hace relación a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente, mas la inminencia de daño grave no solo se refiere a hechos futuros, sino también a hechos ocurridos o que están ocurriendo. Así, para efectos del amparo, si la violación del derecho ha ocurrido y ha provocado perjuicio o daño, ese daño debe persistir al momento de presentarse la acción constitucional; si el daño es actual se debe probar que el perjuicio se está causando al peticionario; y, por último, si el daño no se ha producido, debe probarse que existen hechos indicativos que el perjuicio sucederá; todo lo cual hace relación con el objeto del amparo: remediar el daño causado, cesar el daño que se está causando y evitar el daño que se amenaza causar, todos ellos, por la violación de un derecho subjetivo constitucional".*⁵³

Si bien existen posiciones que consideran que la inminencia debe ser valorada en tiempos exactos, y así se lo ha propuesto en el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que actualmente en segundo debate conoce el Congreso Nacional, que pretende que no existe inminencia pasado los tres meses de conocido el acto u omisión que se impugna, consideramos que en la práctica la cuestión de la inminencia no ha ocasionado problemas graves y que ha sido bien manejado por los jueces constitucionales, por lo que más allá que se la considere como un aspecto de carácter subjetivo, se debe pensar que su utilización actual ha otorgado apertura para la protección efectiva de los derechos. Por supuesto, esta posición no debe llevarnos a equívocos en el sentido que el tiempo de presentación de la acción no tendría importancia, más aún considerando que en la práctica existen amparos de actos ocurridos hace años cuya falta de inminencia es evidente, sino que pretende que la inminencia en cada caso sea valorada en su justo término.

8. Personas legitimadas para presentar la Acción de Amparo

Antes de realizar un análisis detallado, debe manifestarse que la acción de amparo puede presentarla cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, sin importar el sexo, edad o condición.

De acuerdo al Art. 95 de la Constitución Política del Estado y en concordancia con el Art. 48 de la Ley de Control Constitucional pueden interponer esta acción:

52 Obra citada, ZAVALA EGAS, Jorge, p. 208.

53 Caso No. 0553-03-RA

- a. El ofendido o perjudicado, por sí mismos o por intermedio de apoderado.
- b. El ofendido o perjudicado a través de agente oficioso que justifique la imposibilidad del afectado de presentar la acción, pero que sea ratificado por éste en el término de tres días desde su presentación.
- c. El representante legitimado de una colectividad.
- d. El Defensor del Pueblo o sus adjuntos y comisionados.
- e. Cualquier persona natural o jurídica cuando se trate de la protección del medio ambiente.

Por descarte tenemos que no puede presentar una acción de amparo el individuo o colectividad cuyos intereses no se ven afectados por acto u omisión ilegítimos. Es decir, no podemos hacerlo por la afectación de intereses de terceros sin que ellos lo consientan.

Respecto al "ofendido o perjudicado" la práctica no ha establecido diferencia entre estos términos, manejándose en la realidad como sinónimos. Lo que sí debe diferenciarse es cuando una persona se presenta como apoderado o cuando lo hace como agente oficioso.

En el primer caso, el del apoderado, puede tratarse de un poder especial o general, sin que sea necesario que en ellos conste de manera específica que la persona está autorizada a presentar una acción de amparo, siendo suficiente que se entienda que el poderdante autoriza a iniciar cualquier tipo de acción en defensa de sus intereses. En el caso de los procuradores judiciales debe regirse a las reglas del Código de Procedimiento Civil.

También nos referimos a apoderados en los casos de persona jurídicas. Ellas únicamente pueden interponer un amparo a través de su representante legal. En el caso 0834-2003-RA el Tribunal Constitucional estimó que no existía legitimación activa del proponente del amparo que pretendía representar a la persona jurídica sin ser su representante legal, aún cuando poseía el 50% de las acciones de la compañía.

Respecto al agente oficioso, se trata de la persona que actúa a nombre de un tercero por la imposibilidad de éste de hacerlo. No obstante, tal actuación debe

ratificarse en tres días, pues de lo contrario la acción será inadmitida, pero no negada, puesto que sería injusto que el perjudicado directamente no pudiese presentar otra acción por sí mismo, ya que quedaría en indefensión en la protección de su derecho fundamental.

No se debe olvidar que una acción de amparo que ha sido negada no puede volver a ser presentada por los mismos hechos. Es por este motivo que el Art. 51 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional prevé que en los casos de falta de legitimación activa no se produce la negativa de la acción, sino solamente su inadmisión, indicando específicamente que en estos casos el amparo puede volver a presentarse cuando se subsane las causas de inadmisión; lo que nos da la pauta, en la materia que revisamos, que si no se ha ratificado la actuación del agente oficioso se produce la inadmisión por falta de legitimación activa, y en consecuencia, la persona directamente perjudicada tiene la posibilidad de presentar nuevamente la demanda por sí misma.

La posibilidad de que un representante legitimado de una colectividad pueda interponer un amparo constituye una innovación en la Constitución vigente. Consideramos que es de esencial importancia al momento de relacionarla con la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y los derechos colectivos que afectan a grupos o colectividades.

Se debe entender a una colectividad como un grupo de personas relacionadas entre sí por lazos afectivos o características particulares que las ligan. Así, no solamente es una colectividad una comunidad indígena o un pueblo negro, sino que también puede serlo un grupo de personas como los jóvenes, los jubilados, las personas con alguna limitación física, etc. Por ello, no debe entenderse como colectividad únicamente a quienes gozan de los derechos colectivos establecidos como capítulo en la actual Constitución, puesto que la colectividad también puede defender la vulneración de sus derechos económicos, sociales y culturales, e inclusive los civiles y políticos.

Piense por ejemplo en un acto del Ejecutivo que prohíbe dar educación a las madres solteras, siendo ellas una colectividad, aunque no cuantificables, sí relacionadas por una característica particular; o una política de Estado que indique que las personas de la tercera edad no tienen derecho al voto. En estos casos, la colectividad afectada puede interponer un amparo contra esos actos, y para el

efecto, no tiene relevancia que la acción ilegítima se dirija contra un pueblo indígena o una colectividad de estudiantes.

La situación se centra en quien puede interponer el amparo, y en vista que una colectividad no consiste en una persona jurídica, puesto que en ese caso debe presentarla el representante legal, el constituyente ha previsto que a favor de la colectividad actúe un representante legitimado.

*"Actualmente existe un consenso generalizado en aceptar que la expresión 'representante legitimado' no es jurídicamente equivalente a representante legítimo (léase legal), sino que dicha expresión alude a la designación que un colectivo de personas hace a favor de una o más personas con el objeto de que ésta(s) presenten una acción de amparo destinada a proteger el derecho fundamental de ese colectivo que ha sido violado o puede serlo como consecuencia de un acto ilegítimo. Por lo tanto, la figura del representante legitimado está diseñada para que aquellos grupos o colectivos humanos que carecen de personería jurídica puedan iniciar una acción efectiva destinada a proteger sus derechos fundamentales"*⁵⁴.

De hecho uno de los argumentos más esgrimidos para desechar la justiciabilidad de los DESC ha sido el carácter colectivo de muchos reclamos vinculados con ellos y la resistencia a ver tales tipos de reclamaciones como efectivamente tutelables. Curtis y Abromovich explican estas resistencias precisamente en la *"estrecha vinculación de la noción clásica de derechos subjetivo, la noción de propiedad y el Estado liberal. Dado que gran parte de las nociones substanciales y procesales propias de la formación jurídica continental tradicional surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas dadas frente a la posible justiciabilidad de los DESC insiste en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales"*⁵⁵.

No obstante, como señala Alfredo Gozaini *"Existe en el mundo una tendencia a 'solidarizar' el derecho subjetivo. A compartir la preocupación individual. Ello obliga a repensar el contenido de la protección jurisdiccional, clásicamente dirigida al individuo, para*

54 JURADO, Romel, VARGAS, Edwar, Guía de Litigio Constitucional, Tomo I, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito, 2000, p. 45.

55 ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, "Hacia la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Revista contextos, p. 19.

*dar paso a nuevas formas de definición, sea a partir de reformas legislativas, de magistraturas especiales o de una reformulación del programa constitucional de derechos y garantías"*⁵⁶.

Respecto a la legitimación activa en los casos de medio ambiente, ésta la tiene cualquier persona, aunque en apariencia no resulte ser un perjudicado directo. La realidad es que al ser el derecho al medio ambiente un derecho difuso, es decir, un derecho en el cual no se puede determinar a sus beneficiarios de manera particular, puesto que somos todos, debe entenderse que siempre que se produce una violación a este derecho, independientemente de dónde suceda, la afectación ocurrirá a la especie de manera general, y en consecuencia, cualquier particular puede activar un amparo constitucional.

Al haberlo entendido el constituyente de la forma expuesta, se tiene que la contaminación a los ríos o la deforestación en cualquier lugar del país afecta por igual a cualquier ciudadano aunque no viva en las cercanías de donde ocurre el acto, gozando de legitimación activa para accionar el amparo.

Lastimosamente, todavía no se ha previsto así respecto a otros derechos difusos, como por ejemplo el patrimonio cultural, ya que la consecuencia de afectación a todos es igual. Por ejemplo, una decisión estatal que indique que los cuadros de la Iglesia de la Compañía de Jesús serán destruidos no afectaría únicamente a los miembros de la Compañía de Jesús, ni solamente a los religiosos o a quienes vivimos en la ciudad de Quito, sitio en el que se encuentra la Iglesia, sino que afectaría a toda la colectividad que siente como suyo ese patrimonio cultural, y en consecuencia, también toda persona debería gozar de legitimación activa.

Por último, respecto al Defensor del Pueblo, el adjunto y comisionados en sus respectivas jurisdicciones, gozan de legitimación activa para interponer el amparo constitucional a pedido expreso de quien se considere perjudicado, de forma tal que pasan a ser un abogado patrocinador de quien lo solicite; aunque también ha ocurrido que por la particularidad del caso, por ejemplo la defensa de un derecho de una colectividad, ha actuado como representante legitimado de ella, habiéndose aceptado su legitimación activa sin necesidad que haya existido un requerimiento previo para ello.⁵⁷

56 GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "Tutela procesal de los intereses difusos", p. 243.

57 Caso No. 0216-2003-RA. Por el carácter difuso del derecho reclamado, el patrimonio cultural, los afectados resultaban ser todos los habitantes de la comunidad, habiendo actuado el Alcalde y el Defensor del Pueblo conjuntamente como representantes legitimados de la colectividad. El caso fue concedido.

9. Personas que pueden ser demandadas por la Acción de Amparo

De acuerdo al Art. 95 de la Constitución Política del Estado, la acción de amparo puede presentarse:

- a. Contra una autoridad pública cuando por un acto u omisión ilegítimos viole o pueda violar un derecho consagrado en la Constitución o en los instrumentos internacionales vigentes.
- b. Contra personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.
- c. Contra los particulares, cuando por su acción u omisión se afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso, esto último referido a los derechos cuyos titulares no son sujetos determinados, hay más bien una pluralidad indefinida de beneficiarios, por ejemplo el medio ambiente, la paz, el patrimonio cultural.

9.1. Autoridad Pública

"Tienen la calidad de autoridad pública, para efectos del proceso de amparo, aquellas personas, órganos o entidades que han asumido facultades de resolución, decisión o ejecución y que están dotados, en consecuencia, de la potestad para realizar actos de trascendencia jurídica que invaden el ámbito de acción de los particulares, imponiéndoles su voluntad".⁵⁸

El mismo autor cita la siguiente definición de autoridad, dada por la Corte Suprema de Justicia mexicana: *"El término autoridades, para los efectos del amparo, corresponde a todas aquellas personas que disponen de la fuerza en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho y de que por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza que disponen".⁵⁹*

En tanto los actos u omisiones de las autoridades públicas son representativas de las instituciones del Estado en las que desarrollen sus labores, debemos referirnos a cuáles son estas instituciones y las ubicamos de acuerdo a lo que la propia Constitución señala en su Art. 118:

⁵⁸ Obra citada, ZAVALA EGAS, Jorge, p. 206.

⁵⁹ Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación. Jurisprudencia definitiva de la Suprema Corte de Justicia. Tesis Núm. 178, Tomado de obra citada, ZAVALA EGAS, Jorge, p. 330.

"Son instituciones del Estado:

1. *Los organismos o dependencias de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.*
2. *Los organismos electorales.*
3. *Los organismos de control y regulación.*
4. *Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.*
5. *Los organismos o entidades creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. (Es conveniente que el lector profundice en cuanto al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).*
6. *Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos"*

El Tribunal Constitucional ha dicho: *"El acto (u omisión) ilegítimos de autoridad pública, comportan un concepto amplio que abarca a cualquier comportamiento de una persona u órgano siempre y cuando actúen en ejercicio de una función de carácter público, sin que interese, en principio, si pertenece al Ejecutivo, Legislativo o Judicial, y de igual forma, sin que importe si actuaron con competencia o sin ella, pues este elemento será considerado a efectos de calificar la legitimidad o ilegitimidad del acto u omisión. La noción de función de carácter público es la que determina que una persona u órgano sea considerada como autoridad pública a efectos del amparo constitucional, y un acto (u omisión), por consiguiente, podrá reputarse como proveniente de autoridad pública, cuando la persona u órgano los produce dentro del ámbito de la función pública".⁶⁰*

En el caso citado, que consistía en que el Secretario Relator de una Corte Superior de Justicia se había negado a recibir el escrito de recurso de casación por no haberse acompañado el comprobante de recibo del pago de la tasa judicial, el demandado pretendió que el amparo propuesto debía negarse por cuanto contravenía la norma constitucional que indica que el amparo no procede

⁶⁰ Caso No. 0367-2003-RA

contra decisiones judiciales adoptadas en un proceso, lo cual es un error puesto que nos llevaría al equívoco de pensar que ningún acto que emane de autoridad pública de la Función Judicial es sujeto de la acción. La verdad es que tanto las autoridades públicas de la Función Judicial, así como de las otras instituciones del Estado contempladas en el Art. 118 de la Constitución, ya revisado, pueden mediante una actuación ilegítima violar derechos fundamentales que de manera inminente ocasionen un daño grave, dejando a salvo los actos de carácter judicial, tema al que nos referiremos más adelante.

Si bien es cierto que la acción de amparo se ha centrado en proteger a las personas de los actos que nacen de la función ejecutiva, es un error considerar que no puedan producirse actos u omisiones ilegítimas en las otras funciones estatales, es decir, la legislativa y judicial, o de las entidades autónomas o las de régimen seccional.

Una consideración aparte merece la emisión de actos normativos, es decir, con efectos generales o erga omnes, así, la Función Legislativa cuando genera leyes, el Presidente de la República cuando dicta decretos ejecutivos con efectos generales que no son sino leyes que por razones de excepción no siguen el órgano regular, o también respecto a ordenanzas o resoluciones con iguales efectos generales dictadas por las respectivas autoridades.

La legitimidad de la autoridad para dictar un acto no garantiza la legitimidad de su contenido. Por ejemplo, ninguno de los actos mencionados puede disponer la violación de un derecho fundamental, pero si así fuera, la aplicación de tal norma ilegítima da lugar a la acción de amparo, no contra la autoridad que la emitió, sino contra quien la ejecuta. Sin duda que la impugnación del acto normativo que viole el contenido mínimo de los derechos fundamentales es la acción de inconstitucionalidad, pero su aplicación no puede sustraerse a la acción de amparo puesto que lesiona derechos fundamentales del administrado, bien se trate de un individuo o una colectividad.

"De otra forma, resultaría que si en un proceso ordinario, el juez constata que la aplicación de una Ley comporta la violación de un derecho constitucionalmente reconocido a una de las partes procesales, está condenado a aplicarla, por sobre el dere-

*cho de la persona, porque se trata de un acto de efectos generales. La Constitución y la lógica constitucional dicen todo lo contrario".*⁶¹

El criterio de Samuel Abad Yupanqui es *"por cierto, una interpretación que trate de armonizar este inciso con el que reconoce el control difuso, permite sostener que si bien no procede el amparo contra normas legales, si cabe frente a los actos de aplicación de tales normas en la medida que sean inconstitucionales"*.⁶²

De lo que se tiene que efectivamente la acción de amparo no sería la adecuada para neutralizar la ley, pero la inconstitucionalidad de la misma permite la procedencia de la acción en contra de quien venga a ejecutarla.

Respecto a la Función Judicial, la propia Constitución impide que la acción de amparo proceda en contra de las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. Sin embargo, hay varios criterios que deben considerarse. Veamos:

Se ha discutido lo concerniente a la aplicación del derecho de amparo a las providencias judiciales que causen o están por causar una violación a un derecho constitucional. Sobre este tema, varios tratadistas colombianos principalmente afirman que estas providencias deberían ser objeto de acción de amparo pues de lo contrario se estaría limitando este recurso y restringiendo la naturaleza de los actos impugnables por el mismo.

"Algunos expertos constitucionalistas, entre ellos el Dr. Hernán Pérez Loose, afirman que los derechos y garantías constitucionales tienen un contenido mínimo y a partir de este contenido mínimo puede el juez expandir tales derechos y garantías a través de la jurisprudencia. Por lo tanto el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia puede ir expandiendo sus funciones.

"En cuanto a la aplicación del Recurso de Amparo a las providencias judiciales que causen o estén por causar una violación a un derecho constitucional, concordamos con la opinión de los expertos que afirman que este tema no requiere de una reforma. Lo importante es que el Tribunal Constitucional vaya sentando pautas que creen un precedente sobre la aplicación de dicho recurso".⁶³

61 Obra citada, ZAVALA EGAS, Jorge, p. 205. Igual razonamiento se puede hacer respecto de cualquier autoridad pública que pretenda ejecutar una norma que viole derechos fundamentales.

62 ABAD YUPANQUI, Samuel, "La Jurisdicción constitucional en el Perú: Antecedente, Balance y Perspectivas", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1ra. Edición, 1996, 143.

63 Obra citada, ARIAS, Alicia.

Vemos que la discusión sobre el tema no ha concluido. Efectivamente, hay países que aceptan esta acción para impedir que se produzca la violación de un derecho fundamental; y, aunque hay posiciones que restringen en absoluto esta posibilidad, hay otras que dejan abierta una puerta para la interposición de la acción.

En criterio de varios autores, con los que coincidimos, debería caber en el caso de violaciones a las normas del debido proceso, puesto que se trata de actos ilegítimos que no comprometen la independencia judicial respecto al fondo de la causa que se conoce.⁶⁴

"De otro lado, al disponerse que el Amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, consideramos que puede asumirse la expresión procedimiento regular como aquel en el cual se han respetado las pautas esenciales de un debido proceso, y por tanto si ellas de modo manifiesto no se respetan no habrá impedimento para acudir al amparo".⁶⁵

9.2. Particulares

Una de las discusiones más importantes que se han dado doctrinariamente en relación con el amparo ha sido precisamente el determinar si procede o no frente a actos de particulares.

Cabe resaltar que tradicional e históricamente la protección de los Derechos Humanos estaba dirigida a salvaguardar a las personas de los actos u omisiones del poder público violatorios de los derechos constitucionales.

Sin embargo, los procesos de modernización de los Estados, la dirección globalizadora y homogenizadora de los tiempos actuales, han determinado que algunas funciones cuya responsabilidad directa estaba en manos del poder público pasen a manos de los particulares, vía la delegación o la responsabilidad ciudadana en sí misma, y en consecuencia muchos actos u omisiones de éstos pueden ser violatorios de los derechos constitucionales y de normas internacionales de Derechos Humanos.

De otra parte, existen particulares que detentan poderes no estatales y que sin embargo pueden causar grandes violaciones de Derechos Humanos, frente a los cuales debería existir un mecanismo de protección eficaz.

En efecto, *"El fundamento más profundo de la limitación que los derechos fundamentales imponen al Estado consiste en el enorme poder social de que éste dispone. Solo por ello es necesario que los derechos fundamentales le limiten. Partiendo de esta idea se ha discutido si podría hablarse de una eficacia inmediata frente a terceros detentadores de un poder social superior."*⁶⁶

Como señala el jurista costarricense, Juan Carlos Castro, *"Esta circunstancia se ve reforzada por el hecho indiscutible de que si la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico, debe entonces vincular a todos por igual, incluso a los particulares, pues no es posible concebir un Estado Constitucional de Derecho, que tolere que en determinadas parcelas de la vida jurídica, reine un sistema sin sujeción alguna al derecho de la Constitución; o lo que es lo mismo, a la ley de la selva, en donde cada quien determine su propia justicia".⁶⁷*

Únicamente la constitución ecuatoriana de 1967 incorporó en su Art. 23 la siguiente disposición:

"La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona contra abusos del poder público y de los particulares".

La actual Constitución no contempla esta disposición.

Es importante tener en consideración la ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica que señala que *"el recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentre, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos y libertades fundamentales".⁶⁸*

Por otra parte, la Acción de Tutela en el derecho colombiano manifiesta que podría intentarse también respecto de particulares que presten servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente al interés colectivo, *o respecto de quien el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.⁶⁹*

⁶⁶ STEIN, Ekkehart, "Derecho Político", Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1973, pag. 242.

⁶⁷ Obra citada, CASTRO LORIA, Juan Carlos, p. 72.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 73, 74.

⁶⁹ Obra citada, SÁCHICA, Luis Carlos, pp. 217, 218.

⁶⁴ Ver al respecto obra citada, CUEVA CARRIÓN, Luis.

⁶⁵ Obra citada, ABAD YUPANQUI, Samuel, "La Jurisdicción constitucional en el Perú: Antecedentes, Balance y Perspectivas", p. 143.

El estado de indefensión consiste en la situación jurídica en la que se halla cualquier persona de forma tal que no existen leyes o recursos que le permitan defenderse, por lo menos defenderse efectivamente.

Por tanto pues es importante definir si la acción de amparo debe proteger a estas personas, aunque la acción u omisión provengan de particulares.

9.2.1. Personas que presten servicios públicos o actúen por delegación de una autoridad pública.

La norma constitucional permite el que los actos u omisiones realizados por personas que presten servicios públicos o quienes actúen por delegación de una autoridad pública, que violen o amenacen con violar un derecho, puedan ser impugnados por medio del amparo.

Cabe destacar que se presentan dos alternativas.

1. Cuando las personas presten servicios públicos.
2. Cuando las personas actúen por delegación de una autoridad pública.

Respecto a la primera cabe señalar que hay un cúmulo de obligaciones que corresponden al Estado como servidor público, pero que también se encuentran en manos de particulares sin perjuicio de la obligación del Estado de garantizar que estos servicios se presten conforme a principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

En derecho administrativo se conoce a la prestación de estos servicios como servicios públicos impropios, y no son sino aquellos que los particulares, sin actuar por delegación, prestan a la colectividad en razón de sus propios intereses y el de los usuarios. Ejemplos de éstos son la salud, educación, transporte, seguridad social en el supuesto que de acuerdo a la Constitución ésta puede prestarse con la participación privada, etc.

Esto nos lleva a afirmar que la acción de amparo constitucional cabe en contra de particulares que prestan servicios públicos sin delegación (puesto que la ley no lo requiere). En tal virtud, la acción en contra de clínicas u hospitales, servicios de educación que prestan instituciones particulares, etc. caben cuando sus actos u omisiones violen o amenacen violar un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha manifestado: *"El amparo es un instrumento jurídico idóneo para defender al débil contra el fuerte, quien posee el poder y puede abusar de él; tiene como finalidad evitar el abuso de poder de cualquier autoridad pública, pero también la acción de amparo constitucional puede interponerse si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; pues bien, la educación ha sido concebida como un servicio público, y el Estado por mandato constitucional tiene que garantizarla por ser un derecho irrenunciable de las personas, constituye para él una responsabilidad inexcusable al igual que para la sociedad y la familia; es área prioritaria de inversión social, requisito de desarrollo nacional y garantía de la equidad social. Si bien, la educación privada está garantizada, los particulares deben ceñir sus procedimientos a la Ley de Educación y su Reglamento".*⁷⁰

Respecto a la segunda alternativa, cabe la acción de amparo constitucional contra personas que actúen por delegación de una autoridad pública.

El artículo 249 de la Constitución menciona cuáles son los servicios públicos que pueden prestarse por esta modalidad. Veamos

"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 (...).

"El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos".

*"La delegación que realice el Estado a los particulares no le exime de su control, que de manera principal le permita velar que tales servicios respondan al interés público, puesto que de lo contrario sería una actividad más en el libre juego del mercado, modelo que, en tales casos, no ha sido instituido por la normativa constitucional".*⁷¹

⁷⁰ Caso No. 0307-01-RA. De igual manera se pronunció en el caso No. 0051-2002-RA, aunque en otras ocasiones el Tribunal se ha pronunciado indicando que la acción de amparo no procede contra particulares si ellas no atentan un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso, situación que pone a este tema en el tapete de la discusión.

⁷¹ Obra citada, RIVADENEIRA SILVA, Ramiro, p. 118.

Ahora bien, la legitimación pasiva de los particulares se deriva únicamente de los actos que realice en el ejercicio de la delegación, pues fuera de ello solamente consisten en actos de particulares no susceptibles de impugnarse por la acción de amparo.

9.2.2. Particulares que afecten un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso

La Constitución también prevé la posibilidad de interponer un amparo frente a acciones u omisiones de un particular en casos en los que afecte directa y gravemente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Es claro que el legislador ha buscado establecer la protección de derechos que no respondan solamente al interés individual sino también al de grupo. La primera percepción que tenemos es que tanto lo comunitario y lo colectivo responden a los intereses de un grupo determinado, independientemente del número que pueda abarcar esta colectividad o comunidad; y, lo difuso a un grupo indeterminado, o mejor dicho, aquello cuya titularidad de derechos pertenece a toda la sociedad.

De conformidad con el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, la colectividad es un conjunto de personas unidas por un fin o una relación recíproca, con conciencia más o menos clara que integran un todo de homogeneidad mayor o menor, con intereses comunes y conveniencia de acción coherente.

Por su parte, la calidad de comunitario deviene de lo que es común, es decir de lo que no siendo privativo, es pues de todos, y se encuentra identificada más bien con lo cultural y con valores espirituales.

La amplitud de ambos grupos no marca su carácter, puesto que sus sujetos pueden ser identificables o no según el número que lo componen.

Respecto a los intereses difusos consideramos conveniente tomar lo que al respecto dice Gozaini:

"Cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado, ya comienza a hablarse de interés difuso o colectivo. En consecuencia, es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés; pero es la indeterminación, la falta de límites preci-

dos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen, lo que convierte a ese interés en difuso.

"No sólo desde el punto de vista del sujeto, se puede orientar una conceptualización de derechos difusos. También desde el objeto, o esencia del bien sobre el que ha de recaer la defensa, se cuenta con la posibilidad de concretar una aclaración del concepto.

"En este sentido, derecho difuso o fragmentario, se refiere a un bien indivisible en cuotas que puedan ser atribuidas a cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo, implica en principio, la del grupo; así como la afectación a uno solo, lo es también a la clase.

"Bajo este prisma es conveniente clasificar a los intereses a los que nos referimos:

1. *Intereses relacionados con la defensa de la ecología o el medio ambiente.*
2. *Intereses ligados a la protección del consumidor.*
3. *Intereses vinculados a valores culturales y espirituales".*⁷²

Se tiene entonces que lo difuso puede establecerse tanto por la indeterminación de sujetos cuanto por la indivisibilidad del bien que se protege al punto que la lesión al individuo implica también la del grupo.

De ahí que lo comunitario, lo colectivo o lo difuso no pueden ser tratados como elementos particulares, o por lo menos no siempre, siendo que en ocasiones puede determinarse que con la afectación de un derecho difuso se afecta los intereses de una comunidad o grupo, por ejemplo cuando se afecta derechos del medio ambiente o de los consumidores de una colectividad determinada; aunque no siempre es así como cuando se afecta el derecho a la paz (difuso) sin que esto implique la afectación de un grupo o colectividad determinada.

De la misma forma, la afectación de un derecho comunitario o un derecho colectivo no siempre afecta derechos difusos, como puede ocurrir cuando se atenta contra los bienes jurídicos propios de una comunidad, o cuando se afec-

⁷² Obra citada, GOZAINI, Osvaldo Alfredo, pp. 247, 248.

ta los intereses colectivos de un grupo como prohibir el derecho a dirigir quejas y peticiones a los jóvenes.

De ahí también que el legislador no los ha identificado precisamente ni por separado, puesto que ha creado en la Constitución un capítulo denominado "De los Derechos Colectivos", en donde hace referencia específica a los derechos de los pueblos, al medio ambiente y derechos de los consumidores, pudiendo ser su afectación a la comunidad, a la colectividad o difusa según la situación.

Respecto a la jurisdicción para defender estos derechos, Gozaini dice:

"Precisamente estos (los juristas) han evidenciado la necesidad de buscar nuevos tipos de protección que nos permita canalizar adecuadamente aquellas acciones colectivas, que están potencialmente en cabeza de grupo, o una clase, o un conjunto de personas, como por ejemplo cuando se pretende preservar el hábitat, o los monumentos históricos, o cuando se intenta una adecuada tutela contra la inflación, o la publicidad que falsea la verdad, o los fraudes económicos, la discriminación social o racial, etc.

"Partiendo de estos fenómenos sociales, a los que se define como intereses o derechos difusos, entendemos razonablemente conveniente propender a un amplio ensanchamiento de la protección jurisdiccional dado que a partir de intentos reformistas legislativos, deberían iniciarse en una reformulación del programa constitucional de derecho y garantías".⁷³

Respecto a casos sobre este tipo de legitimación pasiva, no son numerosas las causas que se han presentado en el Tribunal Constitucional, sin embargo, es interesante revisar el voto salvado del caso No. 0459-2003-RA, en el que se demandaba contra un particular por la explotación de una concesión minera, aunque el fallo principal negó el reclamo por haberse considerado que no existía inminencia; y, el caso No. 994-99-RA que dio lugar al fallo No. 247-RA-00-I.S. demandado por la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador, FIPSE, contra una compañía petrolera, causa que fuera aceptada por la violación de varios derechos de la comunidad contemplados en diferentes numerales del Art. 84 de la Constitución del Ecuador.⁷⁴

⁷³ Ibídem, p. 246.

⁷⁴ Un análisis del caso se puede ver en RIVADENEIRA SILVA, Ramiro, "Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana y Derecho Indígena", publicado en la revista Temas Constitucionales, No. 1 del Tribunal Constitucional, Quito, 2004, pp. 77-81.

10. Autoridades que conocen la Acción de Amparo

De conformidad con el Art. 47 de la Ley del Control Constitucional, la Acción de Amparo puede presentarse:

- a. Ante el juez civil o tribunal de instancia de la sección territorial donde se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio.
- b. Ante juez o tribunal de lo penal, en días feriados o fuera del horario de atención de juzgados y tribunales, o en circunstancias excepcionales, que deberán ser invocadas por el solicitante y calificadas por dicho juez o tribunal, en los cuales radicará entonces la competencia privativa de la causa.

Rescatamos que la normativa prevé que la acción se presente en la jurisdicción territorial donde se produce el hecho, pero además puede hacerse en la jurisdicción en donde pueda producir sus efectos el acto violatorio.

"El espíritu de esta norma es dar facilidad al accionante para interponer la demanda y de esta manera buscar protección efectiva del derecho. Obviamente, no es conveniente que para el reclamo de un acto que se emita en Quito, pero que surta sus efectos en otra ciudad, se obligue al accionante a presentarla en Quito pues eso le quitaría facilidad de acción; pero tampoco debe ocurrir, como efectivamente ha ocurrido, que el accionante pueda realizar ciertos análisis extensivos con el fin de poder elegir el cantón para presentar la acción, lo que generalmente se ha presentado en situaciones políticas en donde se considera que el acto impugnado produce efectos en toda una provincia, o inclusive en toda una región o el país, para seleccionar el juez ante el que se demandará, complicando inclusive la asistencia de la autoridad accionada".⁷⁵

Respecto al conocimiento por parte de jueces o tribunales de lo penal, cuya competencia debe entenderse se produce por motivos excepcionales, por razones de buscar la protección inmediata de los derechos vulnerados esta facilidad al accionante tiene mucho sentido, puesto que no podría esperar el transcurso de los días para recibir la atención de un juez civil o un tribunal de instancia. Sin embargo, la ley ordena que esta circunstancia de excepción sea debidamente invocada por el solicitante, es decir, se debe explicar el motivo por el que acude

⁷⁵ Obra citada, RIVADENEIRA SILVA, Ramiro, "La Acción de Amparo Constitucional" pp. 121, 122.

a la autoridad penal, y ésta debe calificar el hecho, en otras palabras, aceptarlo como cierto y procedente, y entonces para ser el competente para conocer el amparo.

En ocasiones, el Tribunal Constitucional, principalmente en situaciones no claras, no ha aceptado que se den por obvias las circunstancias excepcionales, y ha exigido el cumplimiento estricto de la ley, es decir, la invocación del accionante y la calificación del juez.

Así dijo, "(...) por lo que se ve que la mencionada autoridad (se refiere al juez penal) en ningún momento calificó las circunstancias excepcionales que justifiquen la presentación de la demanda ante ella, ni siquiera las mencionó, por lo que es imposible conocer, al menos, si cabía o no tal actuación por parte del accionante; y, por estas razones, esta Sala observa que hubo incompetencia de la Juez..."; y añadió: "Que, se debe indicar que el hecho de que un juzgado penal se encuentre de turno no es causa excepcional para receptar un amparo, puesto que juzgados penales de turno existen todos los días y a todas horas, lo cual no significa que el accionante no pueda presentar su demanda conforme ordena la ley, es decir, ante el juez civil o tribunal de instancia".⁷⁶

No obstante, en otras ocasiones el Tribunal Constitucional ha pasado por alto la invocación que debe realizar el accionante sobre la presentación de la acción ante un juez penal, valorando fundamentalmente que la persona no quede en indefensión.⁷⁷

Cabe mencionar que aunque actualmente la acción de amparo la conozcan jueces civiles, penales u otros magistrados de diversos tribunales, no son tales cuando llega a sus manos una garantía de esta naturaleza, sino que quedan investidos de jueces constitucionales, por la importancia del asunto que deben conocer que no es sino la protección de un derecho constitucional.

Por este motivo, el trámite de la acción no se sujeta a los procedimientos civiles ni mucho menos penales que de forma ordinaria realizan estos jueces, sino al procedimiento especial previsto en la Constitución y la Ley de Control Constitucional.

⁷⁶ Caso No. 773-03-RA.

⁷⁷ Caso No. 0846-2004-RA, dictado mediante Auto Resolutorio, en el que consideró que el hecho de haberse presentado en vacancia judicial hacía competente al juez penal quien debía tramitar el caso hasta su resolución final.

Anteriormente, se detectaba que las acciones propias de estos jueces ocasionaba que en la práctica no se le otorgara la debida importancia a la acción, y se evidenciaba que se le daba el mismo trato que una demanda y trámite civil, situación que, salvo raras excepciones, se encuentra superada, puesto que los jueces le dan preferencia y sumariedad al trámite, hecho que también se ha suscitado por el pertinaz control del Tribunal Constitucional de poner en conocimiento del Consejo Nacional de la Judicatura cuando no ha ocurrido de esta manera, principalmente cuando se producen situaciones groseras en el incumplimiento de los tiempos de tramitación previstos en la ley, porque también es cierto que, por motivos de recarga en el despacho de las causas que sufren las distintas judicaturas, no alcanzan a cumplir con exactitud tales tiempos.

El legislador pensó en los jueces civiles intentando solucionar el problema del acceso a la justicia puesto que éstos existen prácticamente en todos los cantones del país. Se ha discutido mucho que al tratarse de una acción constitucional debería conocerla directamente el Tribunal Constitucional, lo cual, en las actuales circunstancias consideramos injusto para las provincias alejadas de Pichincha por el costo y tiempo que le significaría a las personas acceder al trámite.

Sin embargo, consideramos que al no ser una función específica de los jueces civiles y debido al tiempo que les lleva tramitar la acción bien podría pensarse en reformar la ley para la creación de juzgados de tutela que conozcan en general las acciones constitucionales, pudiendo depender de la Función Judicial o del Tribunal Constitucional en primera instancia, con miras a crearlos en todo el país y manteniéndolo con los jueces civiles mientras esto ocurre.

El proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ya prevé una reforma precisamente en el sentido mencionado, es decir, la creación de jueces constitucionales que dependan de la Función Judicial para conocer las acciones de amparo y hábeas data, ampliándose su existencia a todo el territorio nacional, pero que mientras esto no ocurra seguirán en el conocimiento del amparo los jueces civiles.

También debe indicarse que la propuesta de reforma a la ley se ciñe a la Constitución, puesto que ésta ordena que la acción de amparo debe interponerse "ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley", y en consecuencia, la creación de jueces constitucionales deben pertenecer a la Función Judicial. De pretenderse de otra manera, por ejemplo que se trate de jueces constitucionales que

dependan del Tribunal Constitucional, debe realizarse una reforma constitucional, por obvias razones más difícil de producirse y, además, podría resultar una aventura puesto que hay voces que alertan que la dependencia de los jueces constitucionales al Tribunal Constitucional no es conveniente puesto que, al ser el encargado de conocer por apelación la acción, el mismo vínculo podría influir para que los jueces de primera instancia no se sientan independientes, atentándose contra la correcta independencia del juzgador. Igual reforma constitucional debería producirse si se quisiera que el trabajo de los jueces constitucionales se complete con el conocimiento de las acciones de hábeas corpus, que a nuestro entender sería lo conveniente para la mejor protección del derecho a la libertad personal, pero la Constitución prevé que la acción de hábeas corpus sea presentada ante el Alcalde del cantón en el que la persona se encuentra privada de la libertad.

Por último, cabe mencionar que los jueces que conozcan la acción de amparo no pueden inhibirse de su conocimiento sino por razones de parentesco, y deben darle un trámite sumario y preferente, es decir, darle prioridad frente a cualquier causa que se encuentren conociendo.

Nos parece que el tema de la inhibición no ha sido bien tratado en la práctica, por lo que merece una puntualización.

En primer lugar, cuando el Constituyente previó que los jueces que conozcan la acción no puedan inhibirse pretendía que no se produzcan juicios de competencia, puesto que esto hubiera resultado fatal para la agilidad que debe tener el trámite. Efectivamente, el Art. 848 del Código de Procedimiento Civil Codificado establece el juicio de competencia, cuyo inicio se produce cuando un juez o tribunal pretende *la inhibición* de otro juez o tribunal para conocer de una causa, pasándole oficio en el que expuestas las razones en que se funde anuncie la competencia.

Ahora bien, la única razón permitida en el amparo constitucional para que un juez se inhiba del conocimiento de la causa, no establecida en el inciso cuarto del Art. 95 de la Constitución, en el que el mandato es directo puesto que indica que *"no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles"*, sino en el inciso tercero del Art. 47 de la Ley del Control Constitucional, en el que añade que *"salvo cuando entre éstos (se refiere a los jueces o tribunales) y el peticionario existan incompatibilidades de parentesco u otras señaladas en la ley"*, es precisamente las

razones de parentesco, que en realidad, de acuerdo al Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, numeral 1, es una razón de recusación, evidenciando que el legislador equivocó la utilización del término "inhibición" cuando intentó viabilizar posibles causas de excusa de los jueces en el conocimiento de la acción.

Por otro lado, el Art. 60 de la Ley del Control Constitucional indica que las providencias dictadas por jueces o tribunales de justicia inhibiéndose de conocer y resolver el amparo, por razones referentes a su competencia, serán obligatoriamente consultadas al Tribunal Constitucional para su confirmación o revocatoria, norma que precisamente intentaba evitar se produzca un juicio de competencia en la Función Judicial. De todas formas, el Tribunal en la práctica no ha aceptado tal consulta sino que ha devuelto los expedientes ordenando al juez de instancia que tramite la causa en tanto, dando prevalencia a la norma constitucional, ha dicho que no existe razones de inhibición, y manifestando que es, en todo caso, en la resolución final en donde se pronunciará sobre su competencia.⁷⁸

Ahora, la pregunta es: ¿Caben las razones de excusa previstas en el Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, para que los jueces no inicien el conocimiento y trámite de la acción de amparo? El Dr. Rafael Oyarte enfoca el problema de la siguiente manera:

"El parentesco es una causa de excusa, pero no es la única, por lo que, en primer lugar, queda la duda sobre la aplicación de las demás, ya que la LCC no es frontal en la remisión al CPC en esta materia, lo que se agrava con lo dispuesto en el inciso final del Art. 95 de la C.Ec. que establece que 'no serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho'. En esta materia, la contradicción más grave se produce desde que la LCC señala de manera expresa, por una parte, que el juez se puede excusar (aunque utiliza el término 'inhibición') por razones de parentesco, mas la misma LCC señala que durante los trámites ante el Tribunal Constitucional y de los recursos para las garantías constitucionales 'no proceden ni la excusa ni la recusación' (art. 59, inc. 1), disposición que no solo incluye a los Magistrados del Tribunal Constitucional, sino a los jueces constitucionales que tramitan las garantías constitucionales como es, entre otras, el amparo.

78 Resolución No. 039-RA-97-IS.

"En este entendido, existen dos finalidades que se contraponen: la celeridad con la que se debe tramitar esta acción preferente y sumaria y, por otra parte, la necesaria imparcialidad del juez constitucional que debe conocer y resolver la acción de amparo, imparcialidad a la que coadyuvan las causas de excusa previstas en el artículo 871 del Código de Procedimiento Civil (actualmente Art. 856). Del mismo modo, la prohibición de recusación de los jueces constitucionales que aparece en la reseñada disposición de la LCC se ratifica en la Resolución de la CSJ (art. 6). En todo caso, en el proyecto de LOTC se establecen como causas de excusa tanto la incompatibilidad por razones de parentesco, como por haber dado opinión o consejo sobre el caso concreto (art. 71)"⁷⁹.

Nuestro parecer es que si bien no cabe la inhibición del juez o tribunal de acuerdo al mandato constitucional, es decir, no puede generarse un juicio de competencia en la Función Judicial, atendiendo la lógica procesal sobre imparcialidad en las causas en que deba pronunciarse una autoridad judicial cabría la excusa de los jueces, en la primera providencia, por razones de parentesco, pero en tal caso, la providencia debe ser consultada al Tribunal Constitucional para su confirmación o revocatoria. Sobre la forma de proceder en las demás causas de excusa señaladas en el Art. 856 del Código de Procedimiento Civil se requiere una reforma de la ley que aclare y viabilice el tema.

En segundo lugar, al presentarse como un obstáculo la prohibición de inhibición de los jueces, se ha pretendido que en determinadas ocasiones puedan inadmitir de plano en su primera providencia la acción. Efectivamente, la Corte Suprema de Justicia dictó una resolución el 5 de julio de 2001, publicada en el Registro Oficial No. 378 de 27 de julio de 2001, inconstitucional aún por la forma aunque el Tribunal Constitucional en su momento no lo consideró así, en la que en el Art. 8 establece que:

"El Juez o Tribunal, en su providencia inicial deberá admitir o no a trámite la acción de amparo propuesta, examinando para ello su procedencia. La inadmisión no se considerará inhibición del Juez". (Lo subrayado es nuestro).

Norma que se complementa con el Art. 2 de la misma resolución de la CSJ que señala algunas razones de improcedencia de la acción de amparo indicando que en tales casos "se la rechazará de plano".

79 OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, "La Acción de Amparo", en Los Derechos Fundamentales, Serie 3, Corporación Editora Nacional, Quito, 2005, p. 216.

Esto ha provocado de manera grave confusión entre los jueces y tribunales que en algunas ocasiones, no pudiendo inhibirse, inadmiten a trámite la acción de amparo rechazándola de plano, situación que afortunadamente ha sido corregida por el Tribunal Constitucional en un sin número de ocasiones en los que ha devuelto el expediente al juez para que revoque su providencia y tramite el caso hasta su resolución final.

Como ejemplo, el Tribunal Constitucional mediante Auto Resolutorio ha dicho:

"El Juez (...) mediante providencia de 10 de septiembre de 2004, resolvió rechazar de plano el amparo por considerar que la petición es sobre una decisión judicial y que se encuentra desprovista de inminencia.- El accionante apeló de esta decisión para ante el Tribunal Constitucional.- Al respecto, esta Sala considera: 1.- Que el inciso quinto del Art. 95 de la Constitución Política del Estado dice: 'El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes...'; y, el inciso siguiente dice: 'Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución...'; normativa que también se contempla en la Ley del Control Constitucional.- 2.- Que, el Juez (...) al dictar el auto materia de este pronunciamiento se apartó del procedimiento establecido en los incisos quinto y sexto del Art. 95 de la Constitución de la República, lo que ha dejado en indefensión al accionante, vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24, N° 17, Constitución Política de la República) y el debido proceso (Art. 23, N° 27, idem.), toda vez que la valoración de sus apreciaciones debe realizarse en un fallo o resolución que sea consecuencia de un proceso tramitado debidamente, y no en un auto inicial". 80

11. ¿Qué debe contener la petición de Amparo?

- a. Debe estar dirigida a la autoridad competente para conocer la acción.
- b. Los nombres completos y si se quiere los datos más importantes de la persona que interpone el amparo (edad, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio).

80 Caso No. 0852-2004-RA, resolvió, en consecuencia, devolver el expediente al Juez para que luego de sustanciarlo de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la Ley del Control Constitucional, emita la resolución correspondiente. De igual forma se pronunció en el caso No. 0846-2004-RA en el que el Juez pretendía que el acto no era impugnado por la vía de amparo sino por la del artículo 138 de la Ley de Régimen Municipal, y había inadmitido de plano la causa en su primera providencia.

- c. La declaración bajo juramento que no ha interpuesto otra acción similar por la misma materia y con el mismo objeto.
- d. El nombre y dirección de la autoridad o persona particular demandada a través del amparo.
- e. Narrar los hechos, actos u omisiones que el recurrente considere violatorios de sus derechos consagrados en la Constitución o en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.
- f. Señalar el derecho constitucional o recogido en instrumentos internacionales vigentes que ha sido violado o pueda serlo.
- g. La petición que el juez adopte medidas urgentes para prevenir, suspender o reparar la violación del derecho. De ser posible, deberá determinarse cuáles en cada caso concreto.
- h. Fundamentar y en la medida de lo posible acompañar pruebas sobre:
 - Que el acto u omisión del demandado es ilegítimo
 - La inminencia y gravedad del daño sufrido a consecuencia del acto u omisión ilegítimos.
 - Que el daño sufrido viola un derecho constitucional o consagrado en instrumentos internacionales vigentes.
- i. Determinar el domicilio judicial en el cual se van a recibir las notificaciones correspondientes.
- j. Firma del recurrente y la del abogado patrocinador.

Respecto al último punto, cabe mencionar que en el país por disposición de la Ley de Abogados se hace obligatorio que cualquier trámite judicial se realice con el patrocinio de un abogado. No obstante, la acción de tutela en Colombia permite que el perjudicado pueda presentar la acción por sí misma, sin necesidad de que la petición sea realizada y firmada por abogado, acompañado de la obligación insoslayable del juez de suplir cualquier vacío jurídico que pueda presentarse en la causa.

"No se requiere citar normas o presentar argumentos propios del derecho, la única carga es la de exponer los hechos. El juez está obligado a aplicar el derecho sin atender consideraciones formales y aún sin averiguaciones, siempre que pueda deducirse la violación o amenaza del derecho que se pretende tutelar".⁸¹

Consideramos que el acceso a la justicia, en cuanto se refiere a la urgencia de proteger un derecho fundamental debe cuestionarnos sobre la implementación de la norma contemplada en la Ley de Abogados, y analizar si conviene o no permitir que la petición sea presentada sin el patrocinio de un abogado; y, decidir si esto podría o no tener consecuencias sobre el trámite, siempre considerando la posibilidad de que el juez, en beneficio de la protección del derecho amenazado o violado, supla las deficiencias de derecho que puedan presentarse.

12. Procedimiento de la Acción de Amparo

12.1. Primera instancia (Juez)

El juez que conoce la acción, de conformidad con el Art. 49 de la Ley del Control Constitucional, dicta una primera providencia en la cual:

- a. Acepta a trámite la acción.
- b. Convoca mediante comunicación escrita a las partes a una audiencia pública que debe celebrarse dentro de las 24 horas subsiguientes de conocida la petición.
- c. Si considera pertinente, puede ordenar fundamentadamente la suspensión del acto violatorio del derecho, hasta la resolución final de la causa.

Cabe mencionar entonces que el legislador, precisamente con el fin de darle trámite ágil a la acción, ha previsto como sistema la comunicación escrita inmediata, puesto que la audiencia se celebraría en las 24 horas subsiguientes de conocida la petición, y ha desechado que lo haga mediante citación como ocurre en las causas civiles.

De conformidad a la doctrina jurídica "subsiguiente" significa inmediatamente después, por lo que la ley prevé, respecto a la acción de amparo, que inmediatamente de transcurridas las 24 horas se realice la audiencia pertinente.

⁸¹ Obra citada, Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.

Realización de la Audiencia. Si la parte demandada no acude esto no obsta para que el juez resuelva, si la parte actora no acude se tomará esto como desistimiento. Excepcionalmente se podrá convocar a una segunda audiencia si las partes alegan que por razones de fuerza mayor no pudieron asistir a la primera (Art. 50 LCC).

De conformidad con el Art. 51 de la Ley del Control Constitucional, cuarenta y ocho horas después de la audiencia la autoridad debe dictar su resolución que puede ser:

- Conceder la acción y en consecuencia adoptar las medidas que considere pertinentes.
- Negar la acción y revocar la orden de suspensión del acto si la hubiese.

Las partes pueden apelar antes que se ejecutorie la resolución (3 días a partir de la notificación) para que la causa pase a conocimiento del Tribunal Constitucional (Art. 52 LCC).

Considerando que la actual Constitución no prevé la consulta obligatoria al Tribunal Constitucional de las resoluciones que conceden el amparo, el Tribunal Constitucional, mediante Resolución No. 184-2000-TP, publicada en el Registro Oficial No. 213 Suplemento de 28 de noviembre de 2000, declaró la inconstitucionalidad por razones de fondo y suspendió los efectos del primer inciso del Art. 52 y de la frase "*que deniegue el amparo*" del segundo inciso del mismo artículo y totalmente el Art. 54 de la Ley de Control Constitucional que contemplaban la consulta obligatoria, suspendiendo también, de paso con la eliminación del Art. 54, la obligación que tenía de resolver la causa en un plazo no mayor a diez días.

12.2. Segunda instancia (Tribunal Constitucional)

- a. De acuerdo al Art. 53 de la Ley del Control Constitucional, el Tribunal Constitucional a más de avocar conocimiento de la causa podrá disponer
 - Las medidas cautelares necesarias para proteger los derechos objeto del recurso.

- Podrá convocar a las partes para escuchar sus argumentos.
- b. Después de dictar su resolución enviará la causa al juez de primera instancia que conoció la acción para que ejecute el fallo (Art. 55 LCC).

Lamentablemente, y a pesar de ser una acción de tanta importancia, el Tribunal Constitucional demora semanas y en ocasiones hasta meses el dictar la correspondiente resolución. Puede decirse que no afecta los derechos del accionante puesto que si su petición fue aceptada por el juez y apelada por la parte demandada, de todas formas su ejecución debe ser inmediata sin perjuicio que el Tribunal Constitucional la reforme, pero en la práctica, debido a nuestra cultura jurídica, las resoluciones no llegan a ejecutarse sino hasta que por ley estén ejecutoriadas, lo cual, en la acción de amparo, es un error.

13. Sanciones

La Constitución establece que la ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez, así como a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de la acción, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar.

Si bien es cierto que la normativa estipula que la resolución de amparo debe ser inmediatamente cumplida por parte de las autoridades o personas a quienes vaya dirigida, caso contrario estas personas deberán indemnizar al recurrente por los perjuicios que cause su incumplimiento (Art. 58 LCC), lamentablemente en varias ocasiones las autoridades no acatan la resolución del juez o Tribunal Constitucional, puesto que no resulta una amenaza cierta para ellos la indemnización al recurrente por los perjuicios que cause su incumplimiento, ya que ésta procede solamente mediante un previo enjuiciamiento civil, disminuyendo o anulando de esta forma el poder real que cada juez debe tener en cada caso para hacer cumplir sus resoluciones.

Ciertamente, la ley no ha establecido sanciones cuando las autoridades o particulares no acaten las resoluciones judiciales, puesto que la indemnización por los perjuicios que cause su incumplimiento (previo juicio civil) no es una sanción sino un derecho que tenemos todos en situaciones similares. Independientemente de esta indemnización deben establecerse las respectivas sanciones impuestas por el juez, como sí ocurre en el hábeas data y hábeas cor-

pus, aunque la parte sancionada, obviamente, tenga a su mano los recursos necesarios para apelar de tales sanciones ante los organismos respectivos.

Por otro lado, los jueces, con el ánimo de hacer cumplir sus resoluciones, deben recordar que la Constitución les otorga poder para adoptar las medidas que consideren pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública; y, en este sentido, también deben tener presente el contenido del Art. 277 del Código Penal, que señala las causas de prevaricato, y que en su numeral 4 dice:

"Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rebúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rebúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquier necesidad del servicio público".

Como se ve, el mencionado artículo "presenta la alternativa de iniciar un proceso penal por prevaricato al empleado público que por voluntad propia incumpla una resolución que concede la acción de amparo, no desacato como equivocadamente se lo ha denominado puesto que ésta es una figura completamente diferente, pero tampoco es una sanción que la imponga el juez constitucional, con el agravante que opera solamente contra empleados públicos y no contra los particulares".⁸²

14. Cláusulas especiales

a.- Quien interponga una acción de amparo estará amparado por la presunción de buena fe. Si el juez comprobare lo contrario (maliciosidad) le sancionará de acuerdo con el Art. 56 de la Ley de Control Constitucional con:

- Multa de hasta cien salarios mínimos vitales.
- Terminará la tramitación del amparo.
- El perjudicado podrá iniciar acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

b.- No se podrá presentar más de una acción de amparo sobre la misma materia y con el mismo objeto ante más de un juez o tribunal. Para asegurar el cumplimiento de aquello, el accionante tendrá que declararlo bajo juramento en su escrito inicial.

Si se violare este principio se sancionará al accionante de acuerdo al Art. 57 de la Ley de Control Constitucional con:

- Multa de hasta cien salarios mínimos vitales.
- Archivo de todas las acciones de amparo presentadas
- Iniciación de las acciones civiles y penales correspondientes.

Si recapacitamos sobre el motivo de la existencia de esta disposición, conveniremos en que intenta suprimir la viveza de ciertos profesionales que presentan varias acciones a la vez para ver con cuál juez le conviene tramitar la causa; y, principalmente que no vuelva a presentarse una acción de amparo cuando ésta ha sido negada anteriormente. En la práctica, los jueces, con justo motivo, mandan a completar la demanda cuando este requisito no se cumple.

Las Salas del Tribunal Constitucional no han sido uniformes en sus pronunciamientos respecto a la obligatoriedad del juramento, puesto que en ocasiones se han manifestado sobre la inadmisión de la acción, en otras han aceptado que el juramento se realice después de presentada la demanda⁸³, e inclusive, en ocasiones, han pasado por alto la falta de juramento, situación que sin duda contraviene a la ley.

En todo caso, debe dejarse sentado que la inadmisión de la causa por falta de juramento, por demás legítima si se atiende el contenido de la ley, no implica que el accionante no pueda presentar otra acción por la misma causa y con el mismo objeto.

Al respecto, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, mediante Auto Resolutorio, ha dicho:

⁸³ Casos No. 0664-2004-RA, 0684-2004-RA, 0695-2004-RA, 0697-2004-RA, 0704-2004-RA, todos ellos presentados en contra del Banco Central, habían omitido el juramento en la demanda, pronunciándose el Tribunal Constitucional, mediante Auto Resolutorio, que se subsane el juramento y continúe el trámite.

⁸² Obra citada, RIVADENEIRA SILVA, Ramiro, "La Acción de Amparo Constitucional", p. 130.

"Que, el juramento sobre el hecho de no haber presentado otro amparo constitucional sobre la misma materia y con el mismo objeto es un requisito de admisión previsto en el artículo 57 de la Ley de Control Constitucional, cuya omisión en el caso de análisis determina que la causa sea inadmisibile, mas, una vez superada la causa de inadmisibilidad, la actora bien puede volver a interponer la presente acción, pues, por esta razón, no se realiza análisis alguno sobre el fondo del asunto sometido a resolución de esta Sala".⁸⁴

c.- Debe considerarse otras disposiciones desarrolladas en el Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional, si bien, también se debe tener presente que por su jerarquía normativa, su aplicación sería errada si se detecta que contraviene el contenido de la Constitución o la Ley.

El Art. 49 del mencionado cuerpo normativo prevé la conclusión del amparo en los siguientes casos. 1) Por inadmisión; 2) Por desistimiento expreso, recalando que solamente procede si la acción u omisión han sido subsanados; 3) Por dictarse resolución en firme que resuelva el fondo del asunto impugnado; y, 4) Por muerte del accionante, salvo que los herederos consideren necesario continuar con la acción, y que sea pertinente continuarla.

Respecto a la inadmisión, el Art. 51 del mismo Reglamento señala los casos en que el amparo no será admitido, así: 1) Por falta de legitimación activa del proponente; y, 2) Por incompetencia del juez cuya resolución se ha apelado.

Cabe señalar que el mismo Art. 51 establece que las causas de inadmisión, una vez subsanadas, no impiden que se presente nuevamente la acción, situación que tiene mucho sentido porque en tanto no se ha conocido el fondo del asunto, que en definitiva es la protección del derecho fundamental, es necesario que mediante otra acción los jueces constitucionales puedan pronunciarse sobre ello, evitando que la persona quede en indefensión en la protección de su derecho.

Respecto al desistimiento mencionado en el numeral 2 del Art. 49, no debe decir que procede si la acción u omisión materia del amparo han sido subsanados, sino que procede si la violación del derecho ha sido subsanada, puesto que

la protección del derecho fundamental es el fin último de amparo, y no la valoración del acto, función que corresponde únicamente a los tribunales de lo contencioso administrativo.

Esto se visualiza de manera más clara cuando las autoridades, por viveza, dejan sin efecto un acto para impedir el pronunciamiento final sobre el fondo del amparo, volviendo a dictarlo luego que el Tribunal Constitucional ha dicho que no existe materia para pronunciarse (por cuanto el acto ha sido dejado sin efecto). Este error se produce por la confusión que existe en creer que la concesión del amparo siempre deja sin efecto el acto, como si ese fuese su fin último, cuando en realidad ese solamente es uno de los efectos que se pueden producir por su aceptación, siendo el fin último la protección del derecho, y en ese sentido, el Tribunal Constitucional sí podría conceder el amparo si así tutela el derecho, sin pensar que no existe materia para pronunciarse aún cuando la autoridad hubiese suspendido el acto con anticipación.

Por último, el Art. 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional señala varias causas de improcedencia de la acción, aunque utiliza equivocadamente la idea que de concurrir ellas el caso será inadmitido, en realidad quiso referirse a que la causa será negada. Estas causas son:

- 1.- Cuando se refiere a actos revocados, volviendo a caer en el error recientemente puntualizado sobre el pronunciamiento respecto a los actos y no al derecho protegido.
- 2.- Respecto de decisiones judiciales adoptadas en un proceso, lo cual se ajusta al contenido del Art. 95 de la Constitución, conforme ya revisamos;
- 3.- Respecto de peticiones que exclusivamente impugnen la legalidad del acto y que no conlleven la violación de derechos subjetivos constitucionales, siendo también un acierto, puesto que el Tribunal Constitucional no debe pronunciarse sobre materia propia de lo contencioso administrativo;
- 4.- Respecto de derechos cuya protección se contemple en otras garantías o acciones constitucionales, situación que se refiere al hábeas corpus y hábeas data.
- 5.- Respecto de los actos de autoridad pública normativos de carácter general o "erga omnes", en lo que debe puntualizarse, conforme lo hicimos en su

84 Caso No. 0569-04-RA.

momento, que si bien el amparo no puede dejar sin efecto tales actos, bien puede presentarse para impugnar las acciones violatorias de derechos que se deriven de esas normas generales.

6.- Respecto de actos de naturaleza contractual o bilateral. Este asunto merece un análisis especial:

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera general que el amparo no procede respecto de actos sinalagmáticos porque considera que en ellos no se produce una relación administrado - administrador, sino que hay una relación de igualdad jurídica producto de un contrato entre partes, y en consecuencia, los problemas que se deriven de éste deben ser conocidos por los jueces competentes.

No obstante, en el caso No. 0667-2003-RA el Tribunal Constitucional se pronunció de una forma que vale la pena tener en cuenta, puesto que invertía el análisis indicando que la única forma de dar por terminado el contrato era acudir ante los jueces competentes, situación que la autoridad no respetó, por lo que actuó de manera unilateral, y en consecuencia aceptó la acción. Esta resolución plantea una nueva visión que se contrapone a la posición que considera que en todo caso de declaración unilateral del contrato no procede el amparo.

7.- Respecto de los actos del régimen seccional autónomo en que el Tribunal Constitucional deba conocer y resolver por apelación;

8.- Respecto del trámite de quejas previsto en la Ley de Elecciones; y,

9.- Respecto del trámite de quejas legislativas previsto en el Código de Ética de la Legislatura.

Las causas previstas en los numerales 7, 8 y 9 son correctas puesto que en cada una de ellas existen vías específicas para impugnar tales actos contenidas en las diferentes leyes que les rigen.

Cabe insistir, de todas maneras, que si por jerarquía normativa estas causas de improcedencia de la acción no son dables según la situación concreta, el juzgador constitucional entonces no debe considerarlas.

Por último, la mencionada Resolución de la Corte Suprema de Justicia recoge algunas de estas causas como motivo de improcedencia de la acción, aunque comete el error de considerar que su rechazo debe realizarse de plano en la pri-

mera providencia; y, menciona otra que se refiere a que no procede la acción respecto a los actos de gobierno, entendiendo aquellos como los que implican un ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en ejercicio de una actividad indelegable, y que tengan alcance o efecto general, lo cual no tiene ningún sentido, en primer lugar porque los actos de gobierno es un concepto propio de regímenes autoritarios de épocas pasadas que no tiene cabida en la concepción jurídica actual de Estado Social de Derecho, y en segundo lugar porque caeríamos en el error de considerar que cualquier acto realizado por una autoridad que provenga de sus competencias establecidas en la Constitución haría improcedente la acción, sin considerar que el amparo no tiene porque encontrar esos límites, sino únicamente ceñirse a conocer un acto u omisión, en principio de autoridad pública, que viole un derecho fundamental, y de manera inminente ocasione un daño grave, independientemente de donde éste se produzca.

FUNDAMENTO NORMATIVO	EL AMPARO CONSTITUCIONAL
<p>Art. 95 de la Constitución</p> <p>Art. 46 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>OBJETO DEL AMPARO</p> <ul style="list-style-type: none"> • La tutela jurídica efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes en el Ecuador frente a cualquier ACTO U OMISIÓN ilegítimo de autoridad pública que haya causado, cause o pueda causar de manera inminente un daño grave. • Tiene como fin evitar, cesar o remediar las consecuencias del acto ilegítimo de la autoridad pública; por medio de la adopción de medidas urgentes. • Se exceptúan las decisiones judiciales dentro de un proceso, las mismas que no son susceptibles de amparo

<p>Art. 95 de la Constitución</p> <p>Art. 47 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>AUTORIDAD COMPETENTE</p> <ul style="list-style-type: none"> • No habrá inhibición del juez que deba conocer la acción, con excepción de las incompatibilidades de parentesco. • Cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en la que se consume o pueda producir sus efectos el acto violatorio de derechos fundamentales. • Excepción: juez o Tribunal Penal en feriados, horas no hábiles, o en circunstancias excepcionales, invocadas por el solicitante y calificadas por el juez. • Tribunal Constitucional en caso de apelación.
--	---

<p>Art. 95 de la Constitución</p> <p>Art. 48 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>QUIÉN PUEDE INTERPONER EL AMPARO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cualquier persona por su propio derecho. • El representante legitimado de una comunidad. • El ofendido, el perjudicado por sí mismo o por medio del apoderado. • Agente oficioso (cualquiera que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique su decisión en el término de tres días) • El Defensor del Pueblo, Defensores Adjuntos y Comisionados. • Cualquier persona cuando se trate de la protección del medio ambiente.
--	---

<p>Art. 95 de la Constitución</p> <p>Art. 57 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>PROCEDIMIENTO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Al presentar un amparo quien lo promueve deberá declarar bajo juramento en el mismo escrito que no ha presentado otro u otros amparos sobre la misma materia y con el mismo objeto ante otro juez o tribunal.
--	---

<p>Art. 49 a 55 de la Ley de Control Constitucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El juez o tribunal convocará a las partes para ser oídas en Audiencia a celebrarse en las 24 horas subsiguientes de presentada la acción simultáneamente puede ordenar la suspensión del acto que afecte a los derechos protegidos. • La audiencia se llevará a cabo aún sin la comparecencia de la autoridad acusada o su delegado; la no comparecencia del actor se considera como desistimiento. Solo en caso de no comparecencia por motivos de fuerza mayor se convocará a nueva audiencia. • La resolución se dará en las 48 horas siguientes a la conclusión de la Audiencia • La resolución del juez puede ser apelada ante el Tribunal Constitucional dentro de 3 días desde su notificación. • El Tribunal Constitucional, podrá dictar medidas cautelares para asegurar la protección de los derechos objeto del amparo o de considerarlo necesario convocar a las partes para escuchar sus argumentos. • El cumplimiento de la decisión final corresponde al juez o tribunal ante quien se interpuso la acción
---	---

<p>Art. 51 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>RESOLUCIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conceder la demanda: se ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnado y la ejecución inmediata de medidas para remediar el daño o evitar el peligro. • Negar la demanda: Se revocará la suspensión provisional del acto impugnado, como las medidas preventivas si se las dictaron
--	---

<p>Art. 56 de la Ley de Control constitucional</p>	<p>SANCIONES</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si el juez o tribunal califica de maliciosa la actuación del demandante se le impondrá una multa de hasta cien salarios mínimos vitales, sin perjuicio de las acciones penales y civiles a que hubiere lugar. • En caso de que un funcionario o autoridad pública incumpla una resolución a él dirigida y tomada dentro de la tramitación del amparo deberá indemnizar los perjuicios que el incumplimiento causen al recurrente.
--	---

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS

Ejercicio 1

Varios estudiantes de SECAP, padres de los estudiantes y profesores de esa institución se sienten afectados porque mediante Decreto Ejecutivo, el Presidente de la República dispuso transformar el SECAP de institución de servicio público a Compañía Anónima. Consideran que esto perjudicaría a estudiantes de escasos recursos económicos en beneficio de otros que pueden pagar sus estu-

dios. Por otro lado indican que el SECAP es creado gracias al convenio de la OIT y en este sentido ha venido cumpliendo sus funciones con reconocimiento de organismos y países extranjeros, por lo que su transformación estaría violando el convenio de la OIT, y por último añaden que lejos de ser un gasto para el Estado, el SECAP significa el único organismo que presta capacitación en recursos humanos y por tanto de beneficio para el país.

Al ser consultado el Procurador del Estado manifestó que la actuación del Presidente es legítima puesto que una de sus formas de gobernar es la expedición de Decretos Ejecutivos lo cual le permite la ley, y en último caso, si desean que el decreto quede sin efecto, su demanda procedería ante el Tribunal Constitucional. Añade que esta decisión se ha tomado por la necesidad de continuar y profundizar el proceso de modernización y reforma estructural del Estado, y que en ningún caso se violan normas de la OIT puesto que el Ecuador se comprometió a desarrollar sistemas de formación profesional y no un monopolio, y sin duda, el gobierno desarrollará estos sistemas.

- ☞ ¿Se ha violado o no derechos de estas personas? Si la respuesta es positiva ¿cuáles?
- ☞ ¿Pueden o no los estudiantes, padres y profesores interponer una acción de amparo constitucional?
- ☞ ¿Puede considerarse como ilegítimo el acto del Presidente de la República?
- ☞ ¿Es verdad que la vía para demandar es la inconstitucionalidad y no el amparo?
- ☞ ¿En qué se fundamenta para afirmar que el daño es inminente y grave?
- ☞ De interponer un amparo, ¿Qué documentos debe adjuntar a su demanda?

Ejercicio 2

Dos personas presentan una solicitud a la Dirección de Planificación Urbana de la Municipalidad, con el fin de que se les conceda la factibilidad para construir una gasolinera en la Panamericana Norte. La mencionada Dirección mediante oficio responde que "De conformidad con la zonificación de la ciudad, el sitio es recomendado para este tipo de uso" y en consecuencia en mayo del mismo año les otorga el permiso provisional de construcción. Por este motivo, las per-

sonas pagaron en la Municipalidad las tasas respectivas y obtuvieron otros permisos que eran necesarios.

Sin embargo, el 22 de mayo, mediante oficio el Comisario de Construcciones de la Municipalidad se dirige a los beneficiados y les comunica que "por disposición verbal del Alcalde, y en razón de existir oposición formal a la construcción de la gasolinera de su propiedad... se dispone la suspensión de los trabajos de construcción hasta que el Consejo Municipal tome la correspondiente resolución".

El Consejo en sesión de julio del mismo año resuelve aprobar la siguiente moción: "Luego de analizar los informes... mociona aprobar la decisión tomada por el Alcalde públicamente en el mes de mayo de suspender la suspensión de la gasolinera".

- ☞ ¿Se ha violado o no derechos de las dos personas en las resoluciones del Comisario de Construcciones y el Consejo Municipal? Si la respuesta es positiva ¿Cuáles?
- ☞ ¿Pueden o no las personas interponer una acción de amparo constitucional?
- ☞ ¿En qué se fundamenta para afirmar que el daño es inminente y grave?
- ☞ De interponer un amparo ¿Qué documentos adjuntaría a su demanda?

Complemento:

La resolución del juez negó el amparo por considerar que los recurrentes han desestimado la norma contenida en el Art. 138 de la Ley de Régimen Municipal que faculta a cualquier persona natural o jurídica perjudicada por una ordenanza, acuerdo o resolución de la Municipalidad o del Consejo, recurrir al superior.

- ☞ ¿Aceptaría este argumento que hace referencia a la subsidiaridad de la acción de amparo?
- ☞ En consecuencia ¿Apelaría la decisión del juez ante el Tribunal Constitucional? ¿Qué argumentaría?

Ejercicio 3

Una persona fue elegida Consejero Provincial de Pichincha en mayo de 1998 y posesionado por el Consejo Provincial en agosto del mismo año. En sesión de

20 de agosto se procedió a designar a los miembros de las comisiones, representaciones y delegaciones de acuerdo a la Ley de Régimen Provincial y en la ordenanza de comisiones, delegaciones y representaciones dictadas por el Consejo Provincial y publicada en el Registro Oficial de julio de 1998. De acuerdo a esta ordenanza, cada Consejero Provincial, debe al menos integrar 3 comisiones, siendo que a esta persona se le ha designado únicamente para dos, estima que ha sido marginado por su filiación política.

El Consejo Provincial en lo principal considera que la elección de los miembros de las comisiones, delegaciones y representaciones, se realizó con sujeción a lo estatuido en el artículo 52 de la Ley de Régimen Provincial; y, que la ordenanza no puede anteponerse a la norma imperativa de la ley.

- ☞ ¿Se ha violado o no derechos de la persona por su designación solamente a dos comisiones? Si la respuesta es positiva ¿Cuáles?
- ☞ ¿Puede o no interponer una acción de amparo constitucional?
- ☞ La declaración de voluntad del Consejo Provincial ¿es un acto o una omisión?
- ☞ ¿Considera que el acto ejecutado por el Consejo Provincial es legítimo?
- ☞ ¿En qué se fundamenta para afirmar que el daño es inminente y grave?
- ☞ De interponer un amparo ¿Qué documentos adjuntaría a su demanda?

Complemento:

La resolución del juez negó el amparo por considerar que la elección se realizó de acuerdo a la Ley de Régimen Provincial, y que la ordenanza no puede anteponerse a esta norma; además dijo que el hecho de que el accionante no haya sido tomado en cuenta para conformar una tercera comisión mal puede ocasionarle un daño inminente y grave.

- ☞ ¿Apelaría la decisión del juez ante el Tribunal Constitucional? ¿Qué argumentaría?

III PREGUNTAS PARA EL DEBATE

1. ¿Quién es el representante legitimado de una colectividad? Ponga ejemplos.

2. Como juez, ¿Qué haría usted si recibe una demanda de amparo constitucional contra una resolución judicial que manifiestamente ha desconocido el derecho al debido proceso respecto al principio de la cosa juzgada?
3. ¿Qué opinión tiene sobre la procedencia de la acción de amparo en contra de las decisiones judiciales que violen normas del debido proceso?
4. ¿Considera usted que debería proceder la acción de amparo contra particulares si a consecuencia de sus actos u omisiones dejan a la persona en estado de indefensión?
5. Cuando una persona negra es discriminada precisamente por ser negra ¿Es esto una afectación al derecho individual solamente o puede considerarse como una afectación a la comunidad negra?
6. ¿Cuándo los particulares prestan servicios públicos sin actuar por delegación o concesión de una autoridad pública?
7. ¿Qué diferencias puede establecer entre el interés comunitario y el interés colectivo?
8. ¿Qué es un derecho difuso? ¿En este caso, quién es el titular del derecho o está legitimado para presentar la acción, y qué consecuencias tendría para terceras personas?
9. ¿Considera que debe corresponder a los jueces civiles conocer de forma ordinaria la acción de amparo constitucional? De no ser así ¿Qué autoridades cree que deberían conocer la acción de amparo y por qué?
10. ¿Considera usted que se deben contemplar sanciones más duras e inmediatas, o procedimientos efectivos, para garantizar el cumplimiento de las resoluciones que acepten la acción de amparo constitucional? De ser positivo, indique cuáles considera que serían pertinentes.

Capítulo IV

Acción de Hábeas Data

Objetivo del capítulo

El presente capítulo tiene como finalidad profundizar en el conocimiento de la garantía constitucional del hábeas data, abordar sus fundamentos y su contenido normativo en el Ecuador, con el fin de facilitar a las personas, principalmente jueces y profesionales del derecho, una herramienta de protección de los derechos fundamentales de las personas que pueda ser de utilidad en su trabajo práctico.

Principios esenciales

La garantía constitucional de hábeas data protege el derecho a la información personal y el derecho a la intimidad, honor, honra y buena reputación de las personas.

Su finalidad es acceder de manera directa a información clara, verídica y completa, en donde quiera que ella se encuentre.

Consecuentemente, tiene como finalidad solicitar que tal información personal se elimine, rectifique o no se divulgue a terceros si ella es falsa, imprecisa o puede ocasionar un daño moral.

Las personas que acceden al hábeas data pueden requerir que se informe sobre el uso que se ha dado o el que se pretende dar a la información sobre sus bienes o su persona.

Su procedimiento es ágil, expedito, sencillo e informal y de aplicación inmediata.

I. EL HÁBEAS DATA

El desarrollo de la humanidad está marcado por el avance científico y tecnológico alrededor del cual la información e informática cumplen un papel fundamental. Los conocimientos científicos, la información económica y financiera, las propuestas políticas e ideológicas, las creencias, los estilos de vida, y en general, las acciones humanas, están recopilados en documentos, informes, bancos de datos, registros, etc.

*"En la época actual los bancos de datos sobre materias sumamente variadas están adquiriendo cada vez un desarrollo mayor. Estos bancos de datos, reúnen infinidad de información, acerca de personas y de hechos, sobre las materias más variadas, lo que hace posible reunir una cantidad enorme de información que es guardada en espacios muy reducidos y que es muy fácil poder recuperar en un momento dado".*⁸⁵

*"Esta situación llevó a los estudiosos de la ciencia jurídica a generar, en la década de los años setenta, el concepto de protección de datos personales, como una respuesta del derecho tendiente a evitar que información perjudicial forme parte del abrumador flujo informático".*⁸⁶

La información existente en bancos de datos, registros o informes puede ser atinente a la vida privada, a la privacidad exclusiva de las personas o de sus propios bienes.

Michel Andrade se refiere así al hábeas data: *"Esta especialización del recurso de amparo, es una moderna garantía del derecho a intimidad, concebida en razón del crecimiento del llamado 'poder informático', que permite al individuo (o a una persona jurídica) acceder a la información que sobre su persona o sus bienes, se encuentre en poder de entes gubernamentales o particulares, y rectificarla, eliminarla o declararla de carácter confidencial. Todo esto a través de un procedimiento judicial expedito y simple".*⁸⁷

Aunque hay tratadistas que sostienen que el hábeas data es una institución autónoma, existen posiciones respecto a que se trata de una modalidad de la Acción de Amparo. En efecto, inclusive hay países que prescindiendo del hábeas data

85 NOVOA MONRREAL, Eduardo, "Derechos humanos e informática", "Los registros de informaciones personales como violaciones al derecho a la vida privada", FASIC, 1989, Santiago de Chile, p. 38.

86 EMEM, Nahim, Boletín Jurídico CLD, febrero de 1997.

87 ANDRADE, Michel, Boletín Jurídico CLD, marzo de 1998.

como figura, accionan al amparo o tutela para la defensa de los derechos violados que puede provocar la libertad informática.

*"Es preciso diferenciar el derecho fundamental susceptible de ser vulnerado o amenazado por el uso indebido del poder informático, del instrumento procesal que lo garantiza. En efecto, el hábeas data, como figura procesal muy urgente destinada a proteger la libertad informática, opera en rigor como una modalidad del amparo aunque con finalidades específicas".*⁸⁸

Cuando quienes poseen dicha información hacen un uso que puede afectar a la dignidad, o buen nombre de las personas, éstas tienen todo el derecho de exigir una serie de medidas encaminadas a precautelar su dignidad humana y solicitar a las autoridades el ejecutarse de dichas acciones en su salvaguardia.

*"A la protección de la privacidad o la dignidad de la persona, cuando hay informaciones erróneas o inexactas y cuyo uso o finalidad atenta los principios mencionados, está destinado el recurso constitucional del hábeas data".*⁸⁹

Se debe pues, entender que los avances científicos y tecnológicos son importantes en tanto en cuanto favorecen a la persona humana en su conjunto, pero son atentatorios en cuanto afecten la dignidad humana. Al respecto Juan Pablo II dice que es *"Esencial que nos convenzamos de la prioridad de lo ético sobre lo técnico, de la primacía de la persona humana sobre las cosas, de la superioridad del espíritu sobre la materia".*⁹⁰

El Msr. Christian Hess, experto en derecho constitucional y derecho informático, lo expone de esta manera: *"Queremos ser beneficiarios de la información, no sus víctimas. Lo cual nos regresa al tema del control de la información personal, que ha dado así paso al concepto de autodeterminación informativa, que -como derivado que es de los derechos de privacidad y a la libertad personal, participa de su naturaleza de derecho fundamental".*⁹¹

88 ABAD YUPANQUI, Samuel, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 153.

89 BENALCÁZAR ALARCÓN, Patricio, "La garantía jurisdiccional del hábeas data", s/e. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

90 Juan Pablo II, Citado por EMEN, Nahim, "El hábeas data en el Ecuador", EDINO, 1997, Guayaquil, Ecuador, p. 20.

91 HESS, Christian, "Derecho a la Intimidad y Autodeterminación Informativa", Revista Electrónica del Proyecto Democracia Digital, enero de 2002.

En efecto, la autodeterminación informativa, entendida como un derecho fundamental, se deriva del derecho a la intimidad de la persona, y permite que ella sea partícipe del control de sus datos en donde quiera se encuentren, lo que implica influir en la decisión de cuáles datos deben reservarse y cuáles pueden ser públicos, tener acceso a ellos, exigir su eliminación, rectificación, aclaración, inclusión de datos si son incompletos, no divulgación a terceros, y en definitiva, cuanta exigencia sea justa si se detecta que ha perdido el auto control de sus propia información.

"De lo que se trata es de reconocer que, frente al poder que la tecnología pone ahora en manos de los recolectores y clasificadores, el individuo debe estar dotado también de la poderosa arma que consiste en que la ley reconozca su derecho de participar en ese proceso para asegurar que los datos recopilados sean veraces".⁹²

La afectación de la dignidad humana debe ser defendida en todo momento, y para ello deben existir jurídicamente los caminos que nos permitan acceder a la defensa de manera ágil y oportuna. El hábeas data es una de las garantías que existen para este efecto.

1. Características del Hábeas Data

Podemos establecer algunas características generales del hábeas data, a saber:

- a) El hábeas data es una garantía para asegurar el efectivo derecho a la información, honor, honra, buena reputación e intimidad de las personas.
- b) Tiene rango constitucional lo que lo jerarquiza sobre la ley como una acción efectiva de protección de los derechos estipulados.
- c) Su procedimiento es ágil, sencillo, gratuito y de aplicación inmediata.

Debe señalarse que el hábeas data es una acción, siendo impreciso señalarlo como recurso. La opinión de Puccinelli es clara en este aspecto: *"La terminología correcta es la de acción (...) pues la voz 'recurso', recordemos, conceptualmente supone para su impenetración la preexistencia de una decisión estatal respecto de la cual su destinatario se*

encuentre disconforme. Esto último es inapropiado, por cuanto el hábeas data tradicional está previsto también para ser dirigido contra personas físicas y contra las jurídicas no estatales, con lo cual resulta más preciso hablar de 'acción', o en todo caso de 'proceso', pues, a nuestro entender en rigor técnico el hábeas data es un proceso constitucional que se despliega a partir de la interposición de la acción que la da origen".⁹³

2. El Hábeas Data en el Ecuador

El hábeas data nace en nuestro país en la Constitución Política de la República codificada en el año de 1996. Posteriormente se dicta la Ley de Control Constitucional publicada en el Registro Oficial No. 99 del 2 de julio de 1997, en la que se le incorpora desde los artículos 34 hasta el 45, en el Capítulo II del Título II denominado "De las Garantías de los Derechos de las Personas".

En el Registro Oficial No. 001 del 11 de agosto de 1998 se publica una nueva codificación de la Constitución en la que el hábeas data se ubica en el artículo 94, en la sección segunda del capítulo sobre las garantías de los derechos, con el siguiente texto:

"Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.

"Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

"Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización.

"La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional".

⁹³ PUCCINELLI, Oscar, "El Hábeas Data en Indoiberoamérica", Tomado de PÉREZ ORDÓÑEZ, Diego, "El Hábeas Data", publicado en Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año II No. 3, enero, 2001.

⁹² Ibídem.

De esta forma se tiene que el hábeas data es una garantía constitucional que protege los derechos a la información personal; y, el honor, la honra, la buena reputación y la intimidad de las personas, cuando los datos que constan en documentos, bancos de datos e informes, le puedan irrogar daño moral.

El Tribunal Constitucional ha dicho: *"Que, el hábeas data es una garantía constitucional que protege el derecho a la información personal y el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar; en consecuencia, toda persona puede accionarla con el fin de tener acceso a documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes están en poder de otra, con el objeto de que este la proporcione en forma completa, clara y verídica, así como a conocer el uso y finalidad que se le haya dado o se le esté por dar, y que sea rectificadas, eliminadas o no divulgadas a terceros si tal información afecta ilegítimamente sus derechos".*⁹⁴

Cabe mencionar que si bien el hábeas data nace del rápido desarrollo informático que permite almacenar grandes cantidades de información en reducidos espacios y ser enviados en cuestión de segundos a cualquier parte del mundo, los datos que buscan conocerse y protegerse bien pueden o no estar en registros informáticos, aún éstos pueden estar escritos, grabados, o ser solamente visuales.

El Dr. Hernán Salgado lo define de la siguiente manera: *"El hábeas data viene a ser, un correctivo para el ejercicio veraz del derecho de información, al mismo tiempo que protege el derecho a la buena imagen que tienen todos. Su procedimiento se caracteriza por ser ágil y de aplicación inmediata".*⁹⁵

Por su parte, el Dr. José García Falconí, dice: *"Es el derecho de obtener información personal, que se encuentra en archivos y bases de datos. Este derecho implica la posibilidad de ser informado acerca de los datos registrados sobre sí mismos y la facultad de corregirlos, pues lo importante en este caso es que las personas no pierdan el control sobre la propia información así como sobre su uso".*⁹⁶

94 Caso No. 0059-2003-HD. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera general en el sentido expuesto.

95 SALGADO, Hernán, "Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana" ILDIS, 1995, Quito, Ecuador, p. 43.

96 GARCÍA FALCONÍ, José, citado en "El Recurso de Hábeas Data en el Ecuador" Revista El Defensor, Defensoría del Pueblo, mayo de 1999, Quito, p. 9.

No sería justo terminar este acápite sin decir que, si bien en la actualidad se cuenta con una ley que en materia de hábeas data requiere urgentemente ser reformada, quizás el problema mayor sea que en el Ecuador se ha mostrado una falta de aceptación por esta garantía que se denota en la poca interposición que se hace de ella, como si profesionales del derecho y ciudadanía en general no la aprehendieran para la protección de los derechos que protege, o en el mal uso que en muchas ocasiones se le ha dado, así como su no utilización cuando pudiera ser necesaria, de tal forma que pareciera que no se ha asimilado su importancia, o no se ha desarrollado una cultura jurídica sobre ella como lo demuestra la poca categoría que le ha dado la doctrina ya que muy poco se ha escrito en esta materia en comparación con otras, y a lo mejor, también se hace presente esto cuando en el propio contenido de la Constitución no se ve que la desarrolle con la solidez que debería imponer su razón de ser.

Nuestra apreciación es que esta acción debe ser pensada en cuanto a si realmente esta siendo utilizada para cumplir con los objetivos que tiene, puesto que de nada sirve una garantía constitucional subutilizada, y esto implica la reactivación de dar a conocer su importancia por parte de las organizaciones sociales, la difusión a la ciudadanía, la elaboración de doctrina que la profundice, un estudio serio por parte de profesionales del derecho y de los demás operadores de justicia, y principalmente una reforma a la Constitución que la caracterice con todo su contenido doctrinario, acompañada de una reforma a la ley para que se adecue plenamente al contenido constitucional.

3. Derechos que protege el Hábeas Data

¿Cuáles derechos fundamentales protege el hábeas data? Cabe mencionar que si hacemos una revisión de los derechos constitucionales establecidos en los capítulos que abarcan específicamente los derechos de las personas, no encontraremos uno que hable sobre el derecho a la información personal, lo cual, desde nuestro punto de vista, es un vacío constitucional, ya que se debe incorporar uno que concretamente se refiera a la autodeterminación informativa.

Sin embargo, el mismo artículo 94 que trata sobre el hábeas data, en su inciso primero, establece el derecho a la información personal y dice:

"Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito".

El hábeas data no es sino la vía para defender el derecho mencionado. Por otro lado, cabe recordar que el artículo 19 de la Constitución indica:

"Los derechos y garantías señalados en esta constitución y en los instrumentos internacionales no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material".

En consecuencia, si alguien discutiera la validez de defender el derecho a la autodeterminación informativa por no estar contemplado dentro del capítulo sobre los derechos, es obligación del juez hacer una interpretación extensiva de la Constitución y protectora de los Derechos Humanos, en el sentido que el derecho a la autodeterminación informativa se deriva de la naturaleza de la persona y es necesario para su pleno desenvolvimiento moral; interpretación extensiva y protectora que le corresponde al juez hacer en cada caso que se trate de proteger un derecho humano, derivado de su condición de agente del Estado y por lo tanto de uno más en quien recae la responsabilidad de buscar, desde su posición, la protección permanente de los Derechos Humanos.

Otro derecho fundamental que protege el hábeas data está claramente establecido en el artículo 23, numeral 8 de la Constitución que dice:

"El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar".

4. Información Sensible

La información sensible es aquella especial, que hace referencia a la vida personal, íntima diríamos, cuya divulgación puede causar graves daños y que por lo tanto no puede ser de interés general.

"Evitar el registro de información 'sensible' del individuo, es decir, aquella que tiene que ver directamente con su intimidad y que por lo tanto no es de interés público, de autoridades o entidades".⁹⁷

"Información sensible es la información cuyo contenido se refiere a cuestiones privadas y cuyo conocimiento general puede ser generador de perjuicio por discriminación. Esta información debe ser guardada y protegida.

"Se llaman datos sensibles porque pertenecen a una categoría tal, que su manipulación no se relaciona con su veracidad o no, sino con los principios que su utilización puede ocasionar.

"Se refieren a situaciones personales y su exposición arbitraria e injustificada puede ocasionar un gravísimo agravio".⁹⁸

Rescatamos que los datos correspondientes a la información sensible en nada hacen relación a su veracidad o no, sino que simplemente son de naturaleza tal que tienen íntima relación con la dignidad de la persona, y por ello, aunque sean verídicos, no pueden ser divulgados.

De acuerdo a Néstor Sagüés, la información sensible hace referencia al aspecto sexual de la persona, religión, salud moral y física, vinculaciones sindicales, raza, y otros semejantes.

En Ecuador, aunque no ha sido valorado en la doctrina y jurisprudencia mediante el señalamiento específico que se trata de información sensible, sin duda se encuentra desarrollada como derecho fundamental en el Art. 23 numeral 21 de la Constitución Política del Estado que dice:

"El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre ellas. En ningún caso se podrá utilizar la información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política, ni sobre datos referentes a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica".

5. Objeto del Hábeas Data

De acuerdo al artículo 94 de la Constitución Política del Estado, el Hábeas Data tiene un triple propósito:

⁹⁸ GARCÍA FALCONÍ, José, "El juicio Especial por la Acción de Hábeas Data", Ediciones Rodin, Quito 2000, pp. 265, 266.

⁹⁷ Obra citada, Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, pp. 55, 56.

- a) Acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas;
- b) Conocer el uso que se haga de los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas; y,
- c) Solicitar la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Por su parte, el Art. 35 de la Ley del Control Constitucional (LCC) indica que el hábeas data tiene por objeto:

- a) Obtener del poseedor de la información que éste la proporcione al recurrente en forma completa, clara y verídica;
- b) Obtener el acceso directo a la información;
- c) Obtener del poseedor de la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y,
- d) Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado o no la ha divulgado.

Es claro que los literales a) y b) del Art. 35 LCC tienen referencia directa con el acceso a la información que se señala en la Constitución; mientras que los literales c) y d) se ajusta al contenido constitucional establecido en el segundo inciso del Art. 94, esto es, a la posibilidad de solicitar la rectificación o eliminación de los datos cuando fueren erróneos o afectaren ilegítimamente los derechos.

El objeto señalado en la Constitución sobre conocer el uso que se haga de la información, se detecta, si bien mal ubicado, en el Art. 39 literal c) LCC que en referencia a la información en ciernes indica "el uso dado y el que se pretenda dar a ella".

5.1. Acceso a la información

El primer objeto del hábeas data es que el interesado tenga acceso a información que sobre sí mismo o sobre sus bienes posean las entidades públicas, las personas naturales o jurídicas privadas. Ahora bien, la información a la que se

refiere deberá constar en documentos, bancos de datos e informes, siendo indiferente si éstos se encuentran en archivos manuales o automatizados, o bien archivos públicos o privados. La información que debe proporcionarse no será mutilada, oscura y mucho menos falsa, puesto que de ser éste el caso la persona tiene la oportunidad de solicitar al juez que disponga la verificación directa, para lo cual se facilitará al interesado acceder a las fuentes de información, bien sea individualmente o con el acompañamiento de peritos si así lo requiere (Art. 40 LCC).

El Tribunal Constitucional, al respecto, ha dicho: "*Que, a diferencia de lo que señala el accionado, al sostener la legalidad de los actos administrativos, mediante el hábeas data no se analiza la legitimidad, legalidad o constitucionalidad de actos de autoridad pública, sino que se garantiza el acceso a la información referida al peticionario o sobre sus bienes. En la especie, la información que requiere el accionante se refiere a su persona y a una situación de estricto orden personal: la supresión de su partida presupuestaria, que exige algunos presupuestos para su procedencia. Es el Banco Central del Ecuador, institución a la que pertenecía el solicitante, la entidad que debe poseer la información requerida -pues en ésta se debió basar la supresión del puesto- y quien debe proporcionarla al peticionario y permitir su acceso directo, de conformidad con las letras a) y b) del artículo 35 de la Ley del Control Constitucional*".⁹⁹

Se debe hacer hincapié en que la información a la que se intenta acceder tiene que ser personal, es decir, debe ser sobre sí mismo o sobre sus bienes. El Tribunal Constitucional ha desechado varios hábeas data por cuanto se ha solicitado información que evidentemente corresponde a terceras personas. Por ejemplo:

"Que, del contenido de la demanda se detecta que el actor no solicita información sobre sí misma o sobre sus bienes, requisito fundamental del hábeas data, sino que lo hace respecto a información que perteneciendo a la empresa (...) involucra directamente a sus trabajadores, tal como roles de pago, liquidaciones, pago de décimos, pago de utilidades, nóminas de trabajadores, justificaciones de éstos firmados, aceptados y suscritos desde hace seis años a esta parte y refrendados por el Inspector del Ministerio del Trabajo; lo cual, de por sí, torna improcedente la presente acción".¹⁰⁰

⁹⁹ Caso No. 0087-2004-HD

¹⁰⁰ Caso No. 0040-2004-HD. En este tema es interesante también la revisión del caso No. 0076-2004-HD, en el que el actor, en su condición de militar, se siente perjudicado por no haber sido considerado idóneo para acceder al grado superior. El Tribunal realiza un análisis pormenorizado de cada punto de la información que se solicita para llegar a la conclusión que no se trata de información de terceros sino personal.

Obtener el acceso directo a la información implica que el demandado entregará la información tal como existe para que el peticionario la pueda observar o escuchar en su forma actual, pura e íntegra. Se prohíbe por tanto que la información se entregue mediante informes escritos o verbales. Se debe tener en cuenta que el fondo del asunto es poder acceder a las fuentes de información, y es por eso que se puede pedir la verificación directa o con el acompañamiento de peritos.

Así, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado: *"Que, la información solicitada por el actor es personal y no atañe a terceros, por lo que es procedente que tenga acceso a ella en los términos que establece el Art. 94 inciso primero de la Constitución, en relación con los artículos 34 y 35 de la Ley del Control Constitucional, es decir, acceso a la información que está en posesión del demandado, para que se la entregue en forma completa, clara y verídica; siendo improcedente lo solicitado en la demanda de que se entregue 'bajo juramento copias certificadas', puesto que el alcance de esta acción es el acceso a la información, y por ello el actor siempre tiene la posibilidad de acogerse al Art. 40 de la Ley del Control Constitucional y solicitar al juez que disponga la verificación directa con el asesoramiento de peritos si considera que la información a la que se le ha dado acceso no es completa, clara o verídica"*.¹⁰¹

5.2. Conocer el uso de la información y su propósito

De acuerdo al artículo 39 de la Ley de Control Constitucional, cuando se ha declarado con lugar el recurso, las personas requeridas tienen la obligación de emitir bajo juramento, en el plazo máximo de 8 días, un informe a la autoridad con una explicación detallada del siguiente contenido:

- a) Las razones y fundamentos legales que amparen la información recopilada.
- b) La fecha desde la cual poseen esa información.
- c) El uso dado y el que se pretende dar de ella.
- d) Las personas o entidades a quienes se le haya suministrado los referidos dato, las fechas del suministro y las razones para hacerlo.
- e) El tipo de tecnología que se utiliza para almacenar la información.
- f) Las medidas de seguridad aplicadas para precautelar dicha información

Es aquí en donde aparece otro objetivo del hábeas data, aunque el artículo 35 LCC no lo señale expresamente, y éste es el de conocer el uso que se dé

a la información y su propósito, contemplado expresamente en la Constitución. Es por este motivo que el Tribunal Constitucional, en algunas ocasiones y según las circunstancias, considerando que el Art. 39 de la Ley del Control Constitucional es mandatario, aunque el actor no lo hubiese solicitado expresamente, ha ordenado su cumplimiento. Así, en su parte resolutive ha dicho:

"Revocando la resolución subida en grado, se dispone que Filanbanco en Liquidación permita al accionante (...) acceder a la información solicitada y que consta en esa dependencia, y dé cumplimiento al Art. 39 de la Ley de Control Constitucional y Art. 40 del mismo cuerpo legal en caso de ser necesario".¹⁰²

El Dr. Diego Pérez Ordóñez manifiesta:

"La información suele estar organizada en forma de bases de datos, es decir sistematizada y clasificada. Esta organización permite que la información pueda ser suministrada a terceros (incluso con fines comerciales), por lo que existe una posibilidad de lesión de los derechos personalísimos o patrimoniales de la persona afectada, por ejemplo, por la inexactitud de la información (...).

"Así, el objeto del hábeas data es evitar que, por medio del uso incorrecto de la información (en la forma en que esta se encuentre) se pueda lesionar la intimidad y otros derechos de la persona como consecuencia de la difusión de datos erróneos, incompletos o inexactos con referencia a ellas o a sus bienes".¹⁰³

En consecuencia, en referencia exclusiva al derecho a conocer el uso y propósito de esa información dice que *"faculta saber sobre la existencia de los ficheros que contengan datos, averiguar que fin tienen éstos y la identidad de su responsable"*.¹⁰⁴

Obviamente que el acceso a la información, por completa, clara y verídica que ésta sea, podría ser insuficiente si no se cumplen los supuestos revisados, por cuanto es importante para el recurrente conocer además los motivos por los que se la posee, desde cuándo se la tiene, el uso que se le ha dado y además el que se pretende hacer de ella, a quiénes se ha suministrado esa información, la fecha

¹⁰² Caso No. 0034-2004-HD

¹⁰³ PÉREZ ORDÓÑEZ, Diego, "El Hábeas Data", publicado en Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año II No. 3, enero, 2001, p. 133.

¹⁰⁴ Ibídem.

¹⁰¹ Caso No. 0076-2004-HD, ya citado.

en que se lo hizo y los motivos que respaldaron esa acción. El tipo de tecnología en la que se almacena la información y las medidas para precautelarla es accesorio a la seguridad de la persona.

5.3. Eliminación, rectificación o no divulgación a terceros

Hasta este momento se ha analizado solamente la primera parte de la acción, puesto que ésta no termina solamente con acceder a la información que se busca, a no ser que el recurrente se sienta satisfecho con ello, sino que hay posibilidad de interponer lo que sería una nueva petición en la misma causa, que permita cumplir con lo estipulado en el literal c) del artículo 35 de la Ley de Control Constitucional, esto es obtener que las personas que poseen la información la rectifiquen, eliminen, o no la divulguen a terceros.

De conformidad con la Constitución, la actualización de los datos o rectificación, eliminación o anulación de la información, procede cuando ésta es errónea o afecta ilegítimamente los derechos de la persona. Evidentemente, los mismos supuestos se aplican para impedir que la información sea divulgada a terceros.

De ser este el caso, el juez dispondrá de estas medidas cuando considere que la información afecta el honor, la buena reputación, intimidad y en consecuencia ocasione un daño moral a la persona. Tampoco termina la acción si el demandante considera oportuno obtener certificaciones o verificar personalmente o con la ayuda de peritos conforme se dijo anteriormente, que el poseedor de la información la ha rectificado, eliminado o no la ha divulgado, estando la autoridad que conoce la causa en la obligación de facilitar al interesado el acceso a las fuentes de información.

Para una mejor ubicación del tema, es necesario citar el Art. 41 de la Ley del Control Constitucional:

"Si de la información obtenida el interesado considera que uno o más datos deben ser eliminados, rectificados, o no darse a conocer a terceros, pedirá al juez que ordene al poseedor de la información que así proceda.

"El juez ordenará tales medidas, salvo cuando claramente se establezca que la información no puede afectar el honor, la buena reputación, la intimidad o irrogar daño moral al solicitante.

"El depositario de la información dará estricto cumplimiento a lo ordenado por el juez, lo cual certificará bajo juramento, sin perjuicio de que ello se verifique por parte del propio interesado, solo o acompañado de peritos, previa autorización del juez del trámite.

"La resolución que niegue el hábeas data, será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional, en el término de ocho días a partir de la notificación de la misma".

Por otra parte, el segundo inciso del Art. 36 de la Ley del Control Constitucional, dice que no podrá solicitarse la eliminación de la información cuando por disposición de la ley debe mantenerse en archivos o registros públicos o privados (entiéndase que tampoco podrá solicitarse tal eliminación, a pesar que afecte el buen nombre de la persona), no obstante, nada impide que el interesado pueda solicitar la rectificación de dicha información cuando sea errónea o la no divulgación a terceros si afecta ilegítimamente sus derechos. La ilegitimidad, más allá del concepto de encontrarse acorde o no a las leyes, debe entenderse como aquello que por sus características pueda resultar injusto o atentatorio a los Derechos Humanos de la persona, independientemente que, por la legislación que rige en un determinado territorio, tenga en un momento dado fundamento legal.

5.4. Reflexión general al acápite 5

En realidad, casi la totalidad de los casos que se demandan se lo hace solamente para acceder a la información, y muy pocos para lograr que la información sea eliminada, rectificada o no dada a conocer a terceros, y quizás ello se deba a los motivos que lleva a las personas a interponer esta acción, por ejemplo, hay una gran cantidad de casos por deudas en bancos en los que las personas desean verificar la existencia de los documentos.

Por este motivo, si bien el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones se ha pronunciado en el sentido que el hábeas data no reemplaza otros procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano¹⁰⁵, queriendo referirse fundamentalmente al juicio de exhibición de documentos, lo ha hecho pensando en que el acceso a la información siempre tiene que estar vinculado a la nece-

¹⁰⁵ Como ejemplo, casos No. 0030-2003-HD y 0032-2003HD.

alidad que pueda verse afectada la intimidad de la persona, su honor, honra, y buena reputación.

No obstante, la inquietud que está presente en muchos operadores de justicia es si procede o no el acceso a la información, más allá que aquella se la pueda obtener mediante un proceso de exhibición de documentos, y sin necesidad que el contenido de tal información afecte la moral personal. De hecho, existen muchos casos tanto de los jueces de primera instancia como del Tribunal Constitucional que dan cabida a que sí procede el acceso a la información en esas circunstancias, sin ligarlo al daño moral que pueda o no producir. Así, el Tribunal Constitucional ha concedido el acceso a la información aunque de antemano se presume, por sus características, que ella no puede afectar el buen nombre de la persona.¹⁰⁶

En el caso No. 0034-2004-HD se produjo un voto concurrente por parte de un vocal del Tribunal Constitucional en el que manifestaba que, si bien estaba de acuerdo con conceder el acceso a la información, el Tribunal Constitucional no puede negar de antemano que tal información sea eliminada, rectificadas o no divulgada, ya que el actor no lo solicitó en su demanda, y manifestó que ese pronunciamiento debe producirse únicamente si el accionante lo hubiese solicitado, petición que puede producirse en una nueva demanda luego que obtenga el acceso a la información. Esta situación deja en entredicho la posición del Tribunal Constitucional en el punto expuesto, y nos deja ver que se trata de un tema de difícil tratamiento.

Esta situación se ve plasmada en la crítica doctrinaria que se ha realizado al tratamiento práctico que en el país se da al hábeas data.

Así, el Dr. Hernán Salgado dice: *"Por otro lado, la práctica ha demostrado que hay un abuso en la utilización de esta garantía, ya porque se quieren obtener por este medio documentos de crédito, contabilidades, incluso cartas escritas por el peticionario, ya porque los informes que se solicitan no corresponden a los bienes de una persona natural o jurídica colectiva."*

106 Como ejemplo, casos No. 0065-2003-HD, 0034-2004-HD, 0107-2004-HD. Si bien en estos casos se acepta el acceso a la información, se niega expresamente que tal información pueda ser eliminada, rectificadas, o no dada a conocer a terceros por considerarse que ella no puede afectar el buen nombre, honor, honra e intimidad de la persona.

*También se busca sustituir la exhibición judicial de documentos utilizando el hábeas data, lo cual no es procedente, si se quiere, después de iniciar una acción judicial".*¹⁰⁷

Por su parte, el Dr. Diego Ordóñez dice: *"De todos modos, se puede decir que ni las partes en los procesos de hábeas data ni el propio Tribunal Constitucional fundamentan sus argumentos con base en el objetivo básico que busca la garantía: evitar que el uso incorrecto de la información pueda lesionar la intimidad y otros derechos de la persona, como consecuencia de la difusión de datos erróneos, incompletos o inexactos, que tengan que ver con esa persona o con sus bienes. Más bien se ha confundido la acción de hábeas data con la exhibición, figura típica del procedimiento civil"; y, posteriormente añade: "Tomando en cuenta que el hábeas data es una garantía constitucional nueva, ni las personas en poder de la información, ni los accionantes, ni el propio Tribunal Constitucional conocen su verdadera naturaleza. La ignorancia ha convertido a esta garantía, que se pone en movimiento por medio de una acción, en una forma relativamente rápida de intentar obtener información que, las más de las veces, no responde a la relevancia constitucional que merece el hábeas data".*¹⁰⁸

En conclusión, existe ahí un tema pendiente que no se lo ha tratado con profundidad y que toca las bases mismas de la concepción del hábeas data, pero que sin duda una parte del problema deviene del contenido de la ley en esta materia, confusa en algunos casos, y que, seguramente por el tiempo en que fue promulgada, denota un amplio divorcio con el contenido de la Constitución, por lo que consideramos que se hace urgente la reforma a la ley por parte del legislativo, y como se dijo anteriormente, posiblemente también deba pensarse en una reforma a la Constitución.

6. Personas legitimadas para interponer la Acción de Hábeas Data

De acuerdo a la Constitución puede interponerla *"toda persona"*.

La Ley de Control Constitucional, en su artículo 34, manifiesta expresamente:

"Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, podrán interponer el recurso de hábeas data".

107 SALGADO PESANTES, Hernán, "Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana", Serie 5, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 87.

108 Obra citada, PÉREZ ORDÓÑEZ, Diego, p. 135.109 CORREA, Carlos y otros, citado por EMEN, Nahim, "El hábeas data en el Ecuador", EDINO, 1997, Guayaquil, Ecuador, p. 100.

La legislación señalada se encuentra acorde con la normativa constitucional al no discriminar la presentación de la acción a determinados grupos, sino por el contrario garantizar ampliamente su interposición sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o por cualquier otra condición humana, conforme a la normativa constitucional sobre la igualdad ante la ley.

Respecto a la incapacidad jurídica que por ley se produce en algunos ciudadanos o personas en general, la Ley de Control Constitucional también prevé su solución al señalar:

"Art. 45.- Están legitimados para iniciar y continuar los procedimientos previstos en esta sección, no solo las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a ello, sino también los padres, tutores y curadores en nombre de sus representados".

De esta forma se garantiza jurídicamente que ninguna persona pueda dejar de acceder a la garantía constitucional del hábeas data, buscando la eficacia en la protección de los derechos.

Por otro lado, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, en su artículo 2 literal a) indica que corresponde al Defensor del Pueblo promover o patrocinar el recurso de hábeas data, al igual que el recurso de hábeas corpus y de amparo de las personas que lo requieran.

Cabe señalar que ha sido una discusión constante a nivel internacional definir si las personas naturales y jurídicas tenían el mismo derecho de acceso al hábeas data. A saber, la posición que les negaba igual categoría se fundamentaba en que las personas jurídicas están formadas por personas naturales, y son solamente un instrumento usado por las personas físicas para diferentes propósitos, por lo que no cabría brindarles el mismo tratamiento, siendo solamente las personas naturales capaces de acceder a las garantías constitucionales en defensa de sus intereses.

Por otro lado, los defensores de que tanto las personas naturales como las jurídicas puedan interponer la acción de hábeas data, se han fundamentado principalmente en tres posiciones:

1. Reforzar la posición del individuo para acceder a información que tengan grandes administraciones públicas o privadas. Se entiende, que lo que puede resultar difícil para una sola persona puede ser accesible para un grupo, como por ejemplo ocurriría con un sindicato.
2. La exclusión de las personas jurídicas puede generar discriminación, puesto que en la competencia comercial es más fácil que las grandes empresas registren datos de las pequeñas, tornándose injusto que no puedan tener acceso a ellos.
3. Que al estar las pequeñas empresas integradas por una o dos personas físicas, se entiende que la información sobre la empresa también atañe directamente a la persona física.

Respecto al punto uno, consideramos que el temor frente a las grandes organizaciones públicas o privadas, y que en nuestro país por una errada tradición se las ha ubicado jerárquicamente, debe desaparecer ante el entendimiento que el poder judicial, y específicamente la persona del juzgador que en cada caso concentra todo su poder de juzgar, posee el mando total en materia de justicia frente a cualquier entidad, la que deberá someterse irrestrictamente a sus decisiones sin importar la condición de la otra parte, menos aún si ha procedido a sus reclamos individualmente o en grupo. Es indiferente la forma de acceso al poder judicial si el juez sabe aplicar la justicia.

Carlos Correa y otros señalan que *"otro orden de ideas, también ha sostenido a favor de la protección de datos de las personas jurídicas por considerar que una empresa que da información sobre sí misma tiene el mismo interés que el individuo en proteger la información que le concierne, sobre todo cuando se trata de 'secretos comerciales'"*.¹⁰⁹ Es lógico pues el pensar que existe información que como tal afecta a la persona jurídica y no personalmente a quienes la componen, tornándose absurdo que en este caso la persona jurídica no pueda acceder a los datos que existen sobre sí misma.

"A medida que la memorización de los datos se extiende de las personas físicas a las empresas, a los grupos sociales, a las instituciones mismas, se hace cada vez más evidente la imposibilidad práctica y formal de excluir a las personas jurídicas y las

109 CORREA, Carlos y otros, citado por EMEN, Nahim, "El hábeas data en el Ecuador", EDINO, 1997, Guayaquil, Ecuador, p. 100.

*entidades de hechos de estas formas de prevención y protección, contra el empleo abusivo del procesamiento de datos. En efecto, la defensa del derecho a la intimidad no se puede limitar a cada individuo, excluyéndolo de las formaciones sociales a las que pertenece y en las que realiza completamente su personalidad, aunque en forma colectiva y anónima. Por esto, intereses no solo económicos sino también sociales y morales de las personas imponen que se amplíe la esfera de protección de la privacidad y el control sobre los bancos de datos".*¹¹⁰

El Tribunal Constitucional tiene una posición definida en esta materia, puesto que acepta la interposición de la acción por parte de las personas jurídicas, como por ejemplo ocurrió en el caso No. 0059-2003-HD presentado por el CONESUP en contra del Banco Central, si bien la petición fue negada por solicitarse información sobre terceros, pero resalta principalmente que solicita información sobre las Universidades, concluyendo el Tribunal que ellas tienen su propia personería jurídica.

Específicamente se pronunció así: *"Que, en consecuencia, el accionante también solicita información que trasciende el ámbito personal al referirse a documentación sobre valores transferidos y acreditados a las cuentas individuales de las universidades y escuelas politécnicas, puesto que, a pesar de que el CONESUP tenga como función la de planificar, regular y coordinar la educación superior, las universidades y escuelas politécnicas tienen personería jurídica propia y por tanto distinta a la del CONESUP, motivo por el cual mediante este hábeas data se pretende acceder a información de terceros".*

Ahora bien, existe otra discusión que aún no ha sido tratada con profundidad en el país. Se trata del derecho de las comunidades de interponer una acción de hábeas data cuando busquen conocer información que sobre ellas existe. Esto toma especial importancia en el proceso minero o hidrocarburífero o de explotación maderera en un determinado territorio en cuyos límites bien puede estar asentada una comunidad.

Ciertamente, no se trata de personas naturales puesto que requieren hacerlo como comunidad, ni de personas jurídicas puesto que no tienen una base legal. De esta forma aparentemente quedarían excluidas de acceder a esta acción, sin embargo, creemos que en virtud de la protección de los Derechos Humanos de

las comunidades, bien pueden acceder a la acción de hábeas data con los mismos fines que determina la ley.

Ahora bien, cabe preguntarse si para ello puede hacerlo el representante de la comunidad o bien cabría una acción popular para el efecto, considerando que sus derechos en tales circunstancias son indivisibles, es decir, lo que afecta o beneficia a uno lo hace también a la comunidad o viceversa. No obstante, parece ser que lo único cierto es que el Defensor del Pueblo, con fundamento legal, puede en estos casos interponer una acción de hábeas data en beneficio de la comunidad.

Por último, aunque la Ley de Control Constitucional no lo señala expresamente, al tratarse de una acción judicial, fundamentados en lo que dispone la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, en el sentido que todo trámite judicial requiere el patrocinio de un abogado, esta acción no escapa a tal disposición, por lo que su demanda y posterior trámite debe tener a un abogado patrocinador de la causa; aunque voces a favor de la defensa inmediata de los Derechos Humanos indiquen que esto atentaría contra la característica de informalidad que debe contener esta acción, tornándose en ocasiones de difícil acceso la justicia para personas con limitadas posibilidades de contar con un abogado, por lo que la jerarquía constitucional de la acción a favor de la defensa de los Derechos Humanos, debiera obviar la disposición mencionada y permitir la petición del hábeas data a toda persona por sí misma.

7. Personas que pueden ser demandadas por la Acción de Hábeas Data

La normativa constitucional indica que el accionante puede tener acceso a la información que conste en entidades públicas o privadas.

La Ley de Control Constitucional, en su Art. 34 indica que los documentos, bancos de datos e informes pueden estar *"en poder de entidades públicas, de personas naturales o jurídicas privadas"* y en su parte final añade que mediante el hábeas data se exigirá respuestas *"por parte de las personas que poseen tales datos o informaciones"*.

Este es un tema que tampoco ha ocasionado conflicto en el Tribunal Constitucional, que ha aceptado la interposición de los hábeas data de conformidad al contenido de la ley, esto es, indistintamente se presente contra entida-

¹¹⁰ FROSINI, Vittorio, Citado por EMEN, Nahim, "El hábeas data en el Ecuador", EDINO, 1997, Guayaquil, Ecuador, pp. 100, 101.

des públicas o personas naturales o jurídicas privadas, si bien las demandas en contra de personas naturales son prácticamente inexistentes.

Esto nos permite entender que la información requerida puede estar en manos de cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, y tiene sentido concebirlo así, puesto que la dignidad de las personas protegida por el hábeas data no puede estar limitada al acceso de determinadas personas o entidades.

Ahora bien, respecto a la petición y trámite propiamente dicho, ¿hasta qué punto las personas que poseen la información son la parte contradictoria del recurrente?, ¿o se trata de una acción de jurisdicción voluntaria en la que el poseedor de la información es un ente facilitador del proceso? Consideramos que de hecho es así, hasta cuando se cumple lo establecido en el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil que dice que la jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa desde que se produce contradicción en las pretensiones de las partes.

No es obligación jurídica acudir directamente a las personas que poseen la información como trámite previo a solicitarlo judicialmente. Pero en caso de negársele la información estamos frente a un legítimo contradictor al que deberá demandársele ante la autoridad respectiva el acceso a ella.

Por este motivo, las autoridades exigen en la demanda inicial se indique qué persona es la que deberá ser notificada para que a su propio nombre o en el de la institución representada otorgue la información requerida¹¹¹ o de lo contrario se oponga a hacerlo, debiendo entonces responder por el motivo de la negativa. Esto se fortalece cuando ambas partes tienen la posibilidad de discutir en audiencia sus puntos, primeramente respecto al derecho a conocer la información y por otra parte su derecho a negársela.

8. Autoridades que conocen la Acción de Hábeas Data

Encontramos un vacío inmenso en la Constitución al no mencionar expresa ni tácitamente las autoridades encargadas de conocer la acción. Señala que se

111 En el caso No. 0034-2004-HD se visualiza con facilidad la obligación del representante legal de responder por la institución demandada. En este caso la procuradora judicial pretendía que sus funciones no le permiten entregar información, dejando en claro el Tribunal que por su cargo ella se encuentra obligada a hacerlo a nombre de la institución que representa y no a título personal.

podrá solicitar ante el funcionario respectivo la actualización, rectificación, eliminación o anulación de los datos, dejando sin mayor entendimiento el conocer a qué funcionario se refiere.

Esto llevó a equivocaciones, principalmente antes que se dicte la Ley de Control Constitucional, puesto que, lamentablemente, algunos abogados interponían esta acción ante la propia entidad de quien requerían la información. Intentar acceder a la información directamente no es propiamente la acción, aunque el trámite previo es adecuado con el fin de no usar la Función Judicial sin motivos legítimos; el hábeas data es propiamente el requerimiento judicial que se compone de dos partes: la primera es el conocimiento de la información y el uso que se le ha dado y se pretende hacer de ella, y la segunda el demandar su rectificación, eliminación o no divulgación, conforme analizaremos más adelante.

Actualmente la Ley de Control Constitucional señala de manera clara las autoridades encargadas de conocer la acción de hábeas data. El artículo 37 dice

"La acción de hábeas data deberá interponerse ante cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos. Los jueces o magistrados, avocarán conocimiento de inmediato, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo cuando entre éstos y el peticionario existan incompatibilidades de parentesco u otros señalados en la ley".

Se puede ver que se presenta la misma situación que analizamos en la acción de amparo, esto es que el legislador pretendió evitar con esta norma que ocurran juicios de competencia que implicarían demoras injustificadas en un proceso que por su naturaleza es ágil y expedito; y, también comete el error de confundir una razón de excusa, como es el parentesco entre el juez y el peticionario, con la figura de la inhibición. En todo caso, esta contradicción legal debe ser revisada por el legislador, y en tanto se produzca una razón de excusa por motivo de parentesco, creemos que cabe la aplicación del Art. 60 de la Ley del Control Constitucional que dice:

"Las providencias dictadas por jueces o tribunales de justicia inhibiéndose de conocer sobre recurso de hábeas data y amparo, por razones referentes a su competencia, serán obligatoriamente consultadas al tribunal constitucional para su confirmación o revocatoria; debiendo el juez o tribunal remitirle el expediente inmediatamente después de que se ejecutorie la respectiva providencia".

Volviendo a la cuestión principal, se tiene que el hábeas data puede interponerse ante cualquier juez, bien sea éste civil, penal, laboral o de inquilinato, judicaturas tradicionalmente dependientes directamente del poder judicial, sin que deban avocar conocimiento estos jueces por la materia. Cabe mencionar que esta garantía constitucional despoja a los jueces de sus típicas funciones y los convierte en jueces constitucionales, por lo que mal se haría en radicar su competencia por materias.

Por otro lado, aunque la Constitución actual determina la unidad jurisdiccional, en la práctica todavía no se ha hecho el cambio de ciertos jueces que han venido dependiendo del poder ejecutivo, como el juzgado de caminos, juzgado de aguas, juzgados de policía, militares, entre otros, por lo que cabe puntualizar que al no ser parte del poder judicial no procede la interposición del hábeas data ante ellos.

Con respecto al señalamiento que también son competentes para conocer el hábeas data los tribunales de primera instancia, debemos entender como tales a todos aquellos que tienen funciones jurisdiccionales en materias específicas como son el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal Fiscal, y si bien no se ha presentado una causa que cree antecedente, no hay motivo para considerar que esta acción no se pueda presentar ante las cortes de la Función Judicial cuando entre sus competencias actúan como tribunal de primera instancia, aunque no se debe confundir esta posición con la creencia que en el hábeas data podría presentarse razones de fuero especial

Efectivamente, la acción de hábeas data no contempla fueros especiales de ninguna naturaleza. Tampoco puede radicarse la competencia por la materia como lo dijimos anteriormente, ni por las personas o los grados, aunque sí señala la ley la radicación de la competencia por territorio, puesto que la acción debe realizarse ante la autoridad del domicilio de quien posee la información o los datos requeridos.

Por otro lado, es cuestionante la decisión que debe tomar un juez cuando se le presenta un pedido de hábeas data respecto de personas poseedoras de la información que tienen el domicilio en otra jurisdicción territorial, cuando la propia ley le prohíbe inhibirse de tramitar la causa de no ser por razones de parentesco, aunque en este caso, consideramos que cabría proceder como en la acción de amparo, es decir, inadmitir la causa en la resolución final, lo que obviamen-

te no impide que la persona pueda volver a presentarla ante el juez competente.

Por último, cabe señalar que en ciudades de provincia se encuentran limitantes serios respecto a la interposición de la acción en el domicilio de quien posee la información, puesto que la información de las instituciones estatales suele estar centralizada en la capital. Concretamente ocurre con quienes acceden al hábeas data para conocer, eliminar o rectificar información sobre sus antecedentes policiales, y que han recibido como respuesta de la parte demandada, es decir autoridades policiales de provincia, que tal información la maneja la oficina central en Quito, por lo cual nada pueden hacer para satisfacer la demanda, posición que ha sido aceptada por los jueces quienes en consecuencia han negado la petición.

El caso No. 0077-2004-HD presenta de manera clara la situación. En este caso, la persona interpone acción de hábeas data ante el juez civil de Cuenca, en contra del Jefe Zonal del CONSEP, solicitando se elimine su nombre de personas marginadas que constaba a partir de un juicio en su contra, del que fue absuelta. El demandado indicó que la información no se encontraba en su poder sino en la oficina central en Quito, alegato que fue aceptado por el Tribunal Constitucional. De todas maneras, y relacionando con lo que habíamos manifestado anteriormente, la consecuencia de la decisión del Tribunal no fue la negativa de la acción, sino la inadmisión, puesto que al no ser la institución demandada la poseedora de la información se consideró que el juez ante quien se había presentado no era el competente para conocerla, por no ser el juez del domicilio en el que la información se encontraba, inadmisión que dejaba a la persona en libertad de volverla a presentar en la ciudad de Quito, sin desconocer los perjuicios en la protección inmediata del derecho que aquello le ocasionaba.

Esta situación debe llevar a cuestionarnos la validez de la norma en contraposición con la efectividad de la acción, puesto que al ser una garantía de aplicación ágil y oportuna, los hechos la desdican cuando las personas afectadas no tienen posibilidades ciertas de interponer la acción en otra ciudad. Recomendamos pues que el legislador revise esta norma para que en situaciones similares sea el Estado quien deba dar respuesta de manera efectiva a la petición de la persona en cualquier lugar del país en que ocurra.

9. ¿Qué debe contener la petición de Hábeas Data?

- a) Debe dirigirse ante un juez o tribunal de primera instancia.
- b) Los nombres completos y si se quiere los datos más importantes de la persona que interpone la acción (edad, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio).
- c) Identificación de la persona sobre la que recae la demanda.
- d) Relato claro de los antecedentes que preceden a la petición. Esto es, los motivos por los que se considera oportuno solicitar el hábeas data. Aquí deben mencionarse los derechos que están siendo afectados.
- e) La petición misma, que contendrá con claridad cuál es la exigencia. Ésta puede ser:
 - Acceder directamente a información que sobre sí misma o sobre sus bienes conste en documentos, bancos de datos e informes.
 - Pedir la rectificación de la información, la eliminación o no divulgación a terceros.
 - Obtener certificaciones o verificaciones de que la información es completa, clara y verídica.
 - Obtener certificaciones o verificaciones de que la información ha sido rectificadas, eliminadas o no divulgadas.
 - Conocer el uso y finalidad que se haya dado a la información o el que se pretende dar de ella.
 - Las razones y fundamentos legales por los que la persona posee esa información.
 - La fecha desde la cual posee esa información.
 - Las personas o entidades a quienes se les haya suministrado los datos, la fecha del suministro y las razones para hacerlo.
 - El tipo de tecnología que se utiliza para almacenar la información.

- Las medidas de seguridad aplicadas para precautelar dicha información.

- f) El lugar en el que debe notificarse al demandado.
- g) El lugar en el que debe notificarse al actor.
- h) Firmar conjuntamente con un abogado patrocinador.

10. Procedimiento de la Acción de Hábeas Data

10.1. Primera instancia (Juez)

- a) En el día hábil siguiente a la presentación de la petición, el juez o tribunal convocará a una audiencia a las partes, la que deberá realizarse dentro de un plazo de ocho días.
- b) En esta diligencia las partes pueden llegar a un acuerdo, como de hecho ha ocurrido en varias ocasiones, o de lo contrario, deben argumentar sobre sus fundamentos. En cualquier caso, de esta diligencia se dejará constancia escrita.
- c) La resolución se dictará en el término máximo de dos días, desde que tuvo lugar la audiencia, aunque el demandado no hubiese asistido a ella.
- d) Si la autoridad declara con lugar la acción, las personas requeridas deberán enviar la información dentro del plazo de ocho días, y bajo juramento explicar los supuestos del artículo 39 de la Ley de Control Constitucional, conforme estudiamos anteriormente.
- e) Si el interesado considera insuficiente la información o respuesta, puede solicitar al juez disponga la verificación directa o con el asesoramiento de peritos.
- f) El interesado podrá solicitar al juez ordene la rectificación, eliminación, o la no divulgación a terceros. El juez ordenará esta medida, a no ser que considere que la información proporcionada no afecta el honor, la buena reputación, la intimidad, o irroga daño moral al solicitante.
- g) El depositario de la información dará estricto cumplimiento a lo ordenado por el juez, lo cual certificará bajo juramento.

- h) La resolución que niegue el hábeas data, será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional, en el término de 8 días desde que se notificó la resolución.

Respecto a los literales a) y c), que tiene que ver con la agilidad que debe darse al trámite, el Tribunal Constitucional observó al juez de instancia en este sentido: *"Que, el hábeas data como garantía constitucional y protectora de derechos fundamentales es por naturaleza de tramitación expedita y preferente, y en ese sentido lo ha entendido la Ley del Control Constitucional, específicamente el Art. 38 que señala el trámite de esta acción, cuando prevé que la audiencia se realizará dentro de ocho días de presentada la demanda, y la respectiva resolución se dictará en el término máximo de dos días de realizada la audiencia; por lo que también cabe observar al Juez a quo al haber convocado a audiencia pública, en ambas ocasiones en que le correspondió hacerlo, a las tres semanas de haber sido solicitada por el accionante; haber dictado resolución luego de haber transcurrido más de dos meses de realizada la audiencia; y, haber enviado los autos al Tribunal Constitucional pasados los dos meses de haber dictado el correspondiente fallo".*¹¹²

En la misma causa se observó al juez por haber requerido el pago de la tasa judicial para la presentación de la demanda y la apelación. Específicamente dijo: *"Que, por otra parte, esta Sala debe observar la conducta del Juez a quo al exigir el pago de tasa judicial para la interposición de la demanda de hábeas data mediante providencia de 26 de abril de 2004 (folio 23), así como para la interposición del recurso de apelación mediante providencia de 21 de septiembre de 2004 (folio 100) en aplicación del Reglamento de Tasas Judiciales, el que fue declarado parcialmente inconstitucional por esta Magistratura en la parte que obligaba a pagar este tributo dentro de los trámites de defensa de derechos constitucionales y a toda referencia que, en la materia, se realizaba a las acciones de amparo y hábeas data, en Resolución N° 020-2002-TC, la que se encuentra publicada en el Registro Oficial N° 708 de 20 de noviembre de 2002, asunto que se le hizo presente al Juez a quo por parte del accionante en dos ocasiones (folio 27 y 114)".*¹¹³

Respecto al literal h) se debe observar que la apelación procede únicamente de la negativa de la acción, es decir, no puede apelar el poseedor de la información si el hábeas data fuere concedido. El Tribunal Constitucional, de manera general mediante Auto Resolutorio, se ha pronunciado de la siguiente manera:

*"(...) Mediante resolución de 15 de diciembre de 2004, el Juez (...) resuelve aceptar la acción propuesta. El demandado interpone recurso de apelación llegando la causa a conocimiento de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional. Con estos antecedentes, esta Sala: Considerando: 1.- Que el Art. 276 de la Constitución Política del Estado dice: 'Competerá al Tribunal Constitucional: 3. Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data...' precepto que guarda plena concordancia con el Art. 12 numeral 3 de la Ley del Control Constitucional; 2.- Que el Art. 41 inciso cuarto de la Ley del Control Constitucional dice: 'La resolución que niegue el hábeas data, será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional, en el término de ocho días a partir de la notificación de la misma'; 3.- Que en el presente caso, el juez de instancia no negó la acción de hábeas data, por el contrario, la concedió, por lo que el recurso de apelación interpuesto por el demandado resulta improcedente. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala Resuelve: Devolver el proceso al juzgado de origen".*¹¹⁴

10.2. Segunda instancia (Tribunal Constitucional)

Lamentablemente, el capítulo sobre el hábeas data en la Ley de Control Constitucional tiene un vacío jurídico, puesto que no detalla la manera de actuar del Tribunal Constitucional frente a estos casos, ni indica el tiempo en el que deberá resolver el recurso. Sin embargo, las disposiciones generales de la Ley de Control Constitucional, respecto a la actuación del Tribunal sobre los recursos de las Garantías Constitucionales manifiesta que no se admitirán incidentes de ninguna clase durante los trámites, los mismos que deben atenerse a los principios de celeridad procesal e inmediatez, y añade que, en consecuencia no proceden ni la excusa ni la recusación de las causas que deberán resolverse según el orden cronológico de su ingreso.

Debe indicarse, de todas formas, que la práctica del Tribunal Constitucional es el despacho inmediato de las acciones de hábeas data, teniendo prioridad sobre estos casos únicamente los que corresponden al recurso de hábeas corpus, obviamente por la importancia que se confiere a situaciones de privación de la libertad personal. También es la poca cantidad de casos que conoce el Tribunal Constitucional sobre hábeas data, que giran alrededor de las cien causas anuales, lo que presupone que su despacho no debe tardar frente a otras causas como el amparo constitucional que son de continuo conocimiento.

¹¹² Caso No. 0107-2004-HD. El Tribunal Constitucional añade un numeral en su resolución enviando copias del proceso al Consejo Nacional de la Judicatura.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Caso No. 0006-2005-HD

El Tribunal Constitucional está facultado, en caso de existir hechos que deban justificarse, de oficio o a petición de parte, a disponer o solicitar la actuación de tal práctica.

Resuelta la apelación, el Tribunal Constitucional devolverá el expediente a la autoridad que conoció el trámite en primera instancia para que la ejecute.

11. Observaciones al trámite

Con respecto al trámite debemos hacer las siguientes observaciones:

1. Al tratarse el hábeas data de un proceso constitucional que se rige bajo una ley especial, y considerando que debe consistir en una acción ágil y eficaz, la demanda y trámite no se encuentran sujetos a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.
2. La demanda de hábeas data no se rige por el artículo 71 del CPC en cuanto a sus aspectos formales se refiere, por lo tanto, no es requisito indispensable mencionar el estado civil, edad, profesión y los nombres completos del demandado, aunque sí su identificación; y, tampoco es necesario determinarse cuantía. Si en la demanda de hábeas data faltaren estos puntos, el juez que conozca la causa no debe mandarla a completar, situación equívoca que ha ocurrido en varias ocasiones.
3. En el trámite no se contempla la citación del demandado. La autoridad mediante comunicación escrita que entregará directamente al demandado le hará conocer de la demanda y en la misma lo convocará a la audiencia con señalamiento del día y la hora.
4. No se admiten incidentes de ninguna clase durante el trámite del hábeas data, por lo que no procede ni la excusa ni la recusación de la causa, excepto por razones de parentesco.
5. No se abrirá la causa a prueba. No obstante, en las providencias emitidas por el juez requerirá a las partes la justificación de los hechos.
6. La ley no contempla que la no asistencia del peticionario a la audiencia sea considerada como desistimiento de la acción, que sí ocurre en la acción de

amparo constitucional, por lo que se entiende que el juez debe continuar la causa.

7. La resolución del hábeas data, como en todas las resoluciones emitidas por autoridades públicas, deben ser fundamentadas.

12. Sanciones

El artículo 42 de la Ley del Control Constitucional manifiesta que los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado o las naturales que incumplieren las resoluciones que expidan los jueces o tribunales que concedan el hábeas data, serán sancionados mediante la prohibición que ejerzan, directa o indirectamente, las actividades que venían desarrollando, y que dieron lugar al hábeas data, por el lapso de un año.

En ocasiones, el hábeas data se interpone no contra el representante legal de la entidad privada, sino contra una o varias personas del personal administrativo que negaron la información. A nuestro entender, si del proceso se desprende que el representante legal ha sido notificado con el hábeas data, sobre él recaería la sanción por la negativa de la información, y de no ser así, recaería sobre el personal responsable. Esto ocurre porque el hábeas data genera responsabilidad personal en quien es el encargado, según sus funciones, de brindar la información, a no ser que la responsabilidad provenga directamente de las autoridades de la institución.

Por otro lado, el artículo mencionado se refiere a prohibir "*las actividades que venían desarrollando y que dieron lugar al hábeas data*", lo cual puede resultar de difícil interpretación, pues genera obscuridad en conocer si la persona pierde su cargo, o simplemente debe dejar de realizar ciertas funciones, lo que por otro lado, resultaría de difícil control y verificación.

El mismo artículo añade que la sanción será comunicada a los órganos de control, sin mencionar específicamente cuáles son éstos y los mecanismos que usaría para ejecutar la sanción; y también será comunicada a "*entidades públicas o privadas que sean del caso*", posiblemente con el afán que estas entidades no permitan o no reconozcan las actividades de la persona sancionada, pero consideramos que también existe en esta parte de la ley el mismo oscurantismo. De todas formas insistimos que ante la dificultad de controlar este tipo de sanciones

debería pensarse si son las más adecuadas respecto a sus objetivos y buscar otras alternativas viables.

Con respecto a los funcionarios públicos de libre remoción que se negaren a cumplir con las resoluciones de las autoridades sobre el hábeas data serán destituidos inmediatamente de su cargo o empleo, para lo cual la autoridad que resolvió la acción comunicará sobre esta sanción de destitución a la Contraloría General del Estado y a la autoridad nominadora correspondiente. Evidentemente, contrario a la dificultad señalada anteriormente, en el caso de funcionarios públicos, las vías son claras y eficaces. Aunque en este caso la ley no lo menciona expresamente, siempre el funcionario destituido tendrá la vía administrativa para reclamar sobre la destitución, puesto que en ningún caso el derecho puede cerrar los caminos de reclamo judicial, ya que de ser así, la persona quedaría en la indefensión.

Esta disposición tiene como excepción a los funcionarios públicos elegidos por el Congreso Nacional, que sería el órgano llamado a destituirlos, a petición fundamentada del juez o tribunal, luego del respectivo juicio político. Esta excepción hace pensar que el trámite de destitución puede no darse, e inclusive que puede ser manejado políticamente, disminuyendo equivocadamente el poder que debe tener la función judicial conforme habíamos señalado anteriormente, y generado discriminación en el trato a los funcionarios públicos frente a una misma falta.

En todo caso, si la negativa de cumplir con la resolución judicial ocasiona daños al interesado, siempre existen las vías civiles y penales para determinar la responsabilidad de sus autores.

La Constitución al respecto señala que *"si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización"*. Consideramos que este perjuicio se refiere a dos ámbitos: al daño que ocasione la falta de atención por parte de las autoridades judiciales encargadas de conocer y resolver el hábeas data; y, al daño que ocasionen las personas al desconocer las resoluciones judiciales que concedan el hábeas data.

Por último, vale la pena señalar lo que dice el artículo 61 de la Ley de Control Constitucional, comprendido dentro de las disposiciones generales, cuando se refiere a que el incumplimiento de las resoluciones de los jueces y tribunales

permite a estas autoridades hacer uso de la Fuerza Pública, la cual no podrá negarse a colaborar bajo responsabilidad administrativa.

13. Cláusulas especiales

El artículo 36 de la Ley del Control Constitucional, señala que el hábeas data no procede cuando:

- a) Afecta al sigilo profesional.
- b) Pueda obstruir la acción de la justicia.
- c) La información requerida sea considerada secreta por razones de seguridad nacional.

Respecto al literal b) el Tribunal Constitucional manifestó que se pretendía obstruir la acción de la justicia considerando de la siguiente manera:

"Que, el actor procura justificar la necesidad de obtener tal información en virtud de que en su contra se ha iniciado un proceso penal; por lo que extraña que el mecanismo de obtención de prueba pretenda ser una garantía constitucional como el hábeas data, cuando en el ordenamiento jurídico ecuatoriano cada vía procesal cuenta con los procedimientos adecuados para ejercer la defensa, y la materia penal no se constituye en excepción, puesto que de manera clara indica la prueba que puede practicarse y la forma de hacerlo."

"Que, si bien es cierto, las personas tienen derecho a obtener la información que consideren adecuada para ejercer su defensa en un proceso judicial; no es menos cierto que deben hacerlo del modo que lo estipula el ordenamiento jurídico; y, en la especie, el hábeas data no es el procedimiento adecuado para obtener prueba en materia penal, observándose por el contrario, que al existir un proceso penal en contra del actor, lo que se ha pretendido es obstruir la acción de la justicia, lo cual también torna improcedente a la acción".¹¹⁵

En relación al literal c), creemos que esta disposición es inconstitucional, puesto que la Constitución manifiesta: *"La ley establecerá un procedimiento especial para*

115 Caso. No. 0040-2004-HD, ya citado. En el caso se tornaba evidente, además, que el accionante solicitaba información no personal sino sobre terceros.

acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional".

Si la ley señala que el hábeas data **no procede** cuando la información sea considerada secreta por razones de seguridad nacional, contraría el precepto constitucional que acepta establecer un procedimiento especial para estos casos.

Esta ley especial a la que se refiere la Constitución no ha sido dictada, por lo que actualmente las autoridades estarían en la obligación de conocer y aceptar el pedido de hábeas data en estos casos, puesto que la propia Constitución, en el inciso tercero del artículo 18 señala que *"no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desear la acción por esos hechos o para negar el reconocimiento de tales derechos"*.

En tal sentido, en los casos que tengan relación con la defensa nacional, el hábeas data es aplicable conforme a las normas que la rigen hasta que el legislador emita la correspondiente ley especial.

En la misma línea, vale señalar que al aceptarse como impedimento el hecho que los documentos que se soliciten tengan el carácter de reservados por razones de seguridad nacional, desvirtúan el hábeas data.

"Se abre una brecha a través de la que se hace posible que el individuo quede totalmente desprotegido en aquello que precisamente se busca proteger. En otras palabras, queda un espacio incommensurable en el que no existe ninguna protección.

"Tengamos en cuenta que tampoco le es posible al individuo enterarse de la información registrada sobre él en un documento reservado, sino hasta que quizás sufra las injustas consecuencias de una información errada, lo que supone de manera elemental que se le conceda el derecho a la rectificación, bajo una normatividad especial, aún cuando no sea posible, en definitiva, que ejerza el derecho de acceso en su plenitud".

116

En esta materia, en el caso No. 0076-2004-HD, ya citado, en el que un militar pretendía obtener información sobre la negativa a calificarlo para acceder al grado superior, y en el que la parte accionada argumentaba que se trataba de información reservada por razones de seguridad nacional, el Tribunal

Constitucional emitió un pronunciamiento específico, que por su importancia lo citamos de manera amplia:

"Que, no se observa que la información que solicita el accionante pueda afectar a la seguridad nacional, y en consecuencia, no se justifica el carácter de reservado. Este criterio encuentra sustento directo en el Art. 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que inicia el Título Tercero denominado 'De la Información Reservada y Confidencial', que dice: 'No procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos: a) Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional, de conformidad con el Art. 81, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y que son: 1) Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado; 2) Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contrainteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional; 3) La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y, 4) Los fondos de uso reservado exclusivamente para fines de la defensa nacional; y, b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes';

"Que, si bien es cierto que en este caso no se trata de información pública, la referencia al sustento directo en el artículo citado es por la calificación que se realiza de lo que es información reservada y confidencial, que además se fundamenta en el Art. 81 inciso tercero de la Constitución Política de la República que dice: 'No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la Ley';

"Que, del análisis y relación del Art. 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública con la información que en la presente acción se solicita, se puede ver que ésta no se ajusta a los supuestos del literal a) del mencionado artículo, puesto que no se configuran razones de defensa nacional, amenazas al Estado, situación de conmoción nacional, peligro para la población, entre otros similares; y, tampoco con el literal b) puesto que la Constitución y la Ley prevén que puede existir otro tipo de información que puede ser reservada, siempre que así se

116 Obra citada, EMEN, Nahim, "El hábeas data en el Ecuador", pp. 111, 112

establezca expresamente en leyes vigentes, situación que no ocurre en la especie por cuanto la información que se niega con el carácter de reservado ha sido así establecida por el Reglamento de los Consejos de Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas, que es el que se ha aplicado para calificar y decidir sobre la no idoneidad del ascenso del accionante, pero que en el orden normativo jerárquico se encuentra por debajo de las leyes, y por lo tanto resulta inaplicable en cuanto a establecer información reservada;

"Que, aún en el supuesto que efectivamente se tratara de información reservada, lo cual queda desechado por el análisis realizado, no es aplicable la improcedencia que estipula el Art. 36 de la Ley del Control Constitucional, ya citado, puesto que no se adecua a la norma constitucional que legisla sobre la acción de hábeas data. Efectivamente, el Art. 94 inciso cuarto de la Constitución Política del Estado dice: 'La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional';

"Que, se puede ver que para la Constitución no es causal de improcedencia la información que tiene que ver con la defensa nacional, sino que procura que mediante ley se establezca un procedimiento especial para su acceso, ley que no existe, lo cual obliga a recurrir a la normativa constitucional establecida en los principios generales de los derechos, garantías y deberes, específicamente al Art. 18 inciso tercero que dice...".

FUNDAMENTO NORMATIVO	EL HÁBEAS DATA
Art. 94 de la Constitución Art. 35 de la Ley de Control Constitucional	OBJETO DEL HÁBEAS DATA <ul style="list-style-type: none"> ● Obtener del poseedor de la información que éste la proporcione al recurrente, en forma completa, clara y verídica; ● Obtener el acceso directo a la información; ● Conocer el uso que se le ha dado y el que se pretenda de ella; ● Obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros. ● Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado o no la ha divulgado

FUNDAMENTO NORMATIVO	EL HÁBEAS DATA
<p>Art. 37 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>AUTORIDAD COMPETENTE</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos. • No existe causa alguna que justifique su inhibición, salvo cuando entre éstos y el peticionario existan incompatibilidades de parentesco. • El Tribunal Constitucional en caso de apelación si la acción ha sido negada.
<p>Art. 94 de la Constitución</p> <p>Arts. 34 y 45 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>QUIÉN PUEDE INTERPONER EL HÁBEAS DATA</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras • Los padres, tutores y curadores en nombre de sus representados.
<p>Art. 94 de la Constitución</p> <p>Arts. 38 al 41 de la Ley de Control Constitucional</p> <p>Arts. 59 y 61 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>PROCEDIMIENTO</p> <p>Primera instancia</p> <ul style="list-style-type: none"> • En el día hábil siguiente a la presentación de la petición, el juez o tribunal convocará a una audiencia a las partes, la que deberá realizarse dentro de un plazo de ocho días. De esta diligencia se dejará constancia escrita.

<p>Art. 94 de la Constitución</p> <p>Arts. 38 al 41 de la Ley de Control Constitucional</p> <p>Arts. 59 y 61 de la Ley de Control Constitucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La resolución se dictará en el término máximo de dos días, desde que tuvo lugar la audiencia, aunque el demandado no haya asistido a ella. • Si la autoridad declara con lugar la acción, las personas requeridas deberán enviar la información contenida en el Art. 39 LCC dentro del plazo de ocho días. • Si el interesado considera insuficiente la información o respuesta, puede solicitar al juez disponga la verificación directa, con el asesoramiento de peritos si así lo desearse. • El interesado podrá solicitar al juez ordene la rectificación, eliminación, o la no divulgación a terceros. El juez ordenará esta medida, a no ser que considere que la información proporcionada no afecta el honor, la buena reputación, la intimidad o irroge daño moral al solicitante. • El depositario de la información dará estricto cumplimiento a lo ordenado por el juez, lo cual certificará bajo juramento. • La resolución que niegue el hábeas data, será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional, en el término de 8 días desde que se notificó la resolución. <p>Segunda instancia</p> <p>La sección sobre el hábeas data no contempla el trámite que debe seguirse en el Tribunal Constitucional, no obstante, las disposiciones generales de la Ley de Control Constitucional indican:</p>
--	---

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS

Ejercicio 1

Una persona indica que ha accedido a un préstamo de 40 millones en un banco y que pese a efectuar importantes abonos no pudo servirlo en su totalidad y que por iniciativa del banco ha procedido a "simular" nuevos préstamos de tracto sucesivo mediante el cual aparentaba el pago de capital más el interés de cada deuda anterior vencida, forzando a la conformación de un nuevo capital lo que a la postre provocó una multiplicación geométrica desproporcionada de su deuda al punto que el banco asegura que se le adeuda 118 millones. Para poder entender aquello ha solicitado de manera reiterada al Banco proceda a explicarle detalladamente la secuencia histórica de tales créditos, lo que el Banco se ha opuesto a realizar.

El Banco indica que por los créditos ha seguido un juicio ejecutivo que tiene sentencia ejecutoriada, de la que la persona ha demandado su nulidad aduciendo que se ha negado su derecho a la defensa. El Banco añade que esta persona intenta burlar la acción de la justicia dentro del juicio que existe, puesto que lo que pretende es acumular pruebas para el juicio de nulidad de sentencia ejecutoriada.

- ☞ ¿Puede o no la persona interponer una acción de hábeas data?
- ☞ ¿Está en capacidad de solicitar que el Banco le entregue información de manera directa, completa, clara y verídica?
- ☞ ¿Está en capacidad de solicitar que el Banco informe sobre el uso que se ha dado a esa información o el que se pretende dar a ella?
- ☞ Está en capacidad de solicitar que se elimine la información, se la rectifique o no se la divulgue a terceros? ¿Cuál de ellas y por qué?
- ☞ ¿Qué otras peticiones realizaría usted como abogado de la persona?
- ☞ De interponer un hábeas data, ¿Qué documentos adjuntaría a su demanda?

<p>Art. 94 de la Constitución</p> <p>Arts. 38 al 41 de la Ley de Control Constitucional</p> <p>Arts. 59 y 61 de la Ley de Control Constitucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> • No se admitirán incidentes de ninguna clase durante los trámites ante el Tribunal Constitucional y de los recursos para las garantías constitucionales, los mismos que deben atenerse a los principios de celeridad procesal e inmediatez, en consecuencia no proceden ni la excusa ni la recusación de las causas. • De existir hechos que deban justificarse, de oficio o a petición de parte, podrá disponerse o solicitarse, así como actuarse la práctica. • Para el cumplimiento de las resoluciones de los jueces y tribunales se podrá hacer uso de la Fuerza Pública, que no podrá negarse a colaborar bajo responsabilidad administrativa
--	---

<p>Art. 94 de la Constitución</p> <p>Arts. 42 al 44 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>SANCIONES</p> <ul style="list-style-type: none"> • La falta de atención que causare perjuicio da lugar a que el afectado pueda demandar indemnización. • Los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado o las naturales no podrán ejercer, ni directa ni indirectamente, las actividades que venían desarrollando y que dieron lugar al hábeas data, por el lapso de un año. • Los funcionarios públicos de libre remoción serán destituidos inmediatamente de su cargo o empleo. • Los funcionarios elegidos por el Congreso Nacional deberán ser destituidos por éste, a pedido fundamentado del juez o tribunal, y previo del correspondiente juicio político. • Estas sanciones se impondrán sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.
---	--

Complemento:

La resolución del juez negó el hábeas data por considerar que al estar accionando la justicia en otros juicios, éstos no pueden ser interrumpidos por otro juez sea para reformar, aclarar o revocar sus resoluciones puesto que se atentaría contra el principio de independencia judicial.

☞ ¿Apelaría la decisión ante el Tribunal Constitucional? ¿Qué argumentaría?

Ejercicio 2

El señor Juan Escobar fue contratado por una compañía petrolera. Debido a que la compañía no le pagaba sus haberes por más de 6 meses, pidió al Superintendente de la misma conversar de su caso. El Superintendente al recibirlo le dijo que no debía hacer tanto problema, pues ni siquiera constaba en los roles de pago ni había sido afiliado al seguro social.

El señor Juan Escobar inició un juicio de trabajo contra la compañía y al cabo de dos años logró ganar el juicio, siendo indemnizado por los perjuicios que fue víctima.

Decidió buscar trabajo en otra compañía petrolera, pero el encargado de la compañía le manifestó que no podía darle trabajo porque estaba "fichado" dentro de las compañías contratistas.

El señor Juan Escobar pidió se le informaran los motivos por los que le negaban el trabajo, lo que se decía de él, qué impedía que accediera a un puesto a laborar, sin embargo le negaron toda información.

☞ ¿Puede o no el señor Juan Escobar interponer una acción de hábeas data?

☞ ¿Está en capacidad de solicitar que la compañía le entregue información de manera directa, completa, clara y verídica?

☞ ¿Está en capacidad de solicitar que la compañía informe sobre el uso que se ha dado a esa información o el que se pretende dar a ella?

☞ ¿Está en capacidad de solicitar que se elimine la información, se la rectifique o no se la divulgue a terceros? ¿Cuál de ellas y por qué?

☞ ¿Qué otras peticiones realizaría usted como abogado del señor Escobar?

☞ De interponer un hábeas data, ¿Qué documentos adjuntaría a su demanda?

Ejercicio 3

El señor Remigio Quiñónez, el día 24 de agosto de 1999, de manera sorpresiva fue visitado por miembros de la Policía Nacional, quienes lo acusaban de haber robado ganado, por lo que fue detenido y llevado a prisión.

El juez penal, una vez que conoció el caso, inició las investigaciones, sin embargo, luego de dos días, determinó que el señor Quiñónez no estaba implicado en ningún robo de animales, ordenando que se lo dejara en libertad.

Al cabo de dos meses, al señor Remigio Quiñónez le ofrecieron trabajo de conserje en una Fundación Ecológica, sin embargo le pidieron que adjuntara en sus documentos el récord policial.

Cuando fue a sacar el récord policial se encontró con la sorpresa que tenía antecedentes por haber sido detenido por robo de ganado.

☞ ¿Puede o no el señor Remigio Quiñónez interponer una acción de hábeas data?

☞ ¿Está en capacidad de solicitar que la Policía le entregue información de manera directa, completa, clara y verídica?

☞ ¿Está en capacidad de solicitar que la Policía informe sobre el uso que se ha dado a esa información o el que se pretende dar a ella?

☞ ¿Está en capacidad de solicitar que se elimine la información, se la rectifique o no se la divulgue a terceros? ¿Cuál de ellas y por qué?

☞ ¿Qué otras peticiones realizaría usted como abogado del señor Quiñónez?

☞ De interponer un hábeas data, ¿Qué documentos adjuntaría a su demanda?

III PREGUNTAS PARA EL DEBATE

1. ¿Qué derechos le parece que protege el hábeas data? ¿Por qué?
2. ¿Qué opinión le merece el reconocimiento constitucional específico de un nuevo derecho que consista en la autodeterminación informativa?
3. ¿Considera usted como oportuno que tanto las personas naturales como las jurídicas se encuentren legitimadas para proponer la acción de hábeas data?
4. ¿Cree usted que las comunidades pueden acceder a la acción de hábeas data? ¿Por qué?5. ¿Considera usted que las personas requieren el patrocinio de un abogado para interponer la acción, o podrían hacerlo sin él?
6. ¿Cuál es su opinión sobre crear juzgados de tutela especializados para conocer las garantías constitucionales?
7. ¿Cuál es su opinión sobre que la acción de hábeas data y en general las garantías constitucionales las conozca de manera directa el Tribunal Constitucional?
8. ¿Cree usted que la petición debe presentarse directamente al juez o pasar por la Sala de Sorteos? ¿Podría la Sala de Sorteos no esperar un día para sortear la causa en estos casos sino hacerlo inmediatamente?
9. ¿Cuál es su opinión respecto que el juez dé el mismo tratamiento al hábeas data que a una demanda civil?
10. ¿Cuál es su opinión respecto a la comunicación escrita del demandado y a la citación en la acción de hábeas data?
11. ¿Considera usted adecuadas las penas que impone la ley a los particulares que no acatan las decisiones judiciales?

Capítulo V

Acción de Hábeas Corpus

Objetivo del capítulo¹¹⁷

El presente capítulo tiene como finalidad abordar la garantía constitucional del hábeas corpus para profundizar sobre su contenido, analizar el derecho a la libertad personal y conocer sobre su trámite, que en definitiva permitirá a las personas manejar técnicamente esta herramienta en los casos que en la vida práctica se presenten.

Principios esenciales

El hábeas corpus es una garantía constitucional que defiende el derecho a la libertad personal.

Las privaciones de libertad pueden llegar a ser ilegales o arbitrarias, siendo las primeras reñidas de manera categórica con la ley, y las segundas, aunque realizadas con fundamento legal, tratarse de actos que violan normativa nacional o internacional de derechos humanos y por lo tanto se traducen en abusos de autoridad frente al derecho de libertad de las personas.

Cualquier persona que creyere estar ilegalmente detenida puede acogerse al hábeas corpus, y la solicitud de libertad bien puede hacerla por sí mismo o por otra persona, sin necesidad de contar con mandato escrito de un profesional del derecho.

Las autoridades competentes para conocer esta acción son el Alcalde en primera instancia y el Tribunal Constitucional en segunda instancia en caso de apelación por la negativa del recurso, quienes deberían tramitar los procesos de manera ágil y oportuna, so pena de ser sancionados de conformidad con la ley.

Su procedimiento responde a principios de sumariedad, antiritualismo, inmediación y bilateralidad, lo que significa que debe ser sencillo, informal, de trámite inmediato, y que el detenido debe ser presentado ante la autoridad que conoce el recurso por parte de la autoridad a cuyas órdenes se encuentra detenido.

117 El presente capítulo se sustenta fundamentalmente de la publicación “Hábeas Corpus. Manual Técnico para su Manejo”, de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, con excepción del contenido en el numeral 4 referente a la prisión arbitraria y prisión ilegal de la libertad.

I EL HÁBEAS CORPUS

Etimológicamente "Hábeas Corpus" significa "que traigan el cuerpo", o "que poseas tu cuerpo".

Estos vocablos latinos recogen el espíritu que orientó el nacimiento de esta garantía; esto es, que la persona privada de la libertad recobre la posesión de sí misma.

De esta manera se buscaba que el empleado o guardián que estaba a cargo del preso lo presentara, en persona, ante la autoridad que conocía de esta garantía, con el fin de que pudiera devolverle su libertad.

Jurídicamente, se concibe el hábeas corpus como el recurso, en el sentido de medio, que tiene toda persona que se considere ilegalmente privada de su libertad, esto es, limitada en su capacidad de movimiento, para comparecer inmediata y públicamente ante una autoridad con el fin de que ésta resuelva sobre la legalidad de la misma y si la privación de la libertad debe concluir o mantenerse.

Es importante por ser un mecanismo para la protección de uno de los derechos fundamentales del ser humano, como es la libertad personal.

Ejercer la garantía del hábeas corpus, entraña generar una verdadera acción constitucional, con supremacía sobre cualquier norma, reglamentación o tramitación existente dentro del ordenamiento jurídico del país.

1. Características del Hábeas Corpus

Podemos establecer algunas características generales del hábeas corpus, a saber:

- a) El hábeas corpus es una garantía para asegurar el efectivo derecho a la libertad personal
- b) Tiene rango constitucional lo que lo jerarquiza sobre la ley como una acción efectiva de protección del derecho estipulado.
- c) Se regula por los siguientes principios:

Sumariedad:

Su gestión debe ser resuelta lo más pronto posible y las resoluciones lo más pronto acatadas por las autoridades que mantienen en custodia al detenido.

Antiritualismo:

No se admiten ritualismos procesales, ni el sometimiento a medidas formales que retarden su ejecución.

Inmediación:

Determina la necesidad que el detenido comparezca personalmente ante la autoridad que lo tramita y que el funcionario que lo mantiene comparezca (en forma personal o por escrito) para ubicar los antecedentes de privación de la libertad.

Bilateralidad:

El recurso necesariamente comporta la presencia de dos partes, por una el detenido y por otra la autoridad que ordenó o ejecutó su arresto.

2. El Hábeas Corpus en el Ecuador

El Estado ecuatoriano hizo constar desde sus primeras constituciones el derecho de toda persona a no ser privado ilegalmente de la libertad. Sin embargo, solo a través de la Constitución de 1929 se introduce el hábeas corpus como un mecanismo para proteger este derecho.

Esta Constitución no señalaba expresamente la autoridad competente para tramitar el recurso. Por este motivo se limitó su aplicación hasta 1933 en que, mediante Decreto Legislativo, se expidió la Ley de Derecho de Hábeas Corpus que determinaba como autoridades competentes para su conocimiento a: el Presidente del Consejo Municipal, el Presidente del Consejo Provincial, el Presidente del Consejo de Estado, el Presidente de la Corte Superior, y el Jefe Político o el Jefe Superior de la Guarnición Militar correspondiente.

Posteriormente, la Constitución de 1945, en su artículo 141, numeral 5, determinó como única autoridad competente al Presidente del Consejo del Cantón en que se encontrara el detenido. Disposición que se mantiene hasta la actuali-

dad, con la única variación que ahora sólo se habla del Alcalde en el ámbito cantonal.

La Constitución de 1946, en su Art. 187, numeral 4, incorporó como excepciones para su conocimiento el delito flagrante, la contravención de policía o la infracción militar y determinó la sanción de destitución del cargo para el funcionario que no acatare la orden de liberar al detenido.

La Constitución de 1967, en el Art. 28, numeral 17, literal h), introdujo el principio de informalidad del hábeas corpus, al señalar que se podría presentar sin necesidad de mandato escrito.

Finalmente, nuestra actual Constitución ha contemplado al hábeas corpus dentro de un capítulo exclusivo sobre las garantías de los derechos,teniéndolo como una garantía junto con la Acción de Amparo, el Hábeas Data y la Defensoría del Pueblo.

En la Constitución Política de la República se encuentra regulado en el artículo 93, y además hacen referencia a su aplicación en el artículo 96 referente a la Defensoría del Pueblo y 276 referente al Tribunal Constitucional.

Además se encuentra regulado en la Ley de Régimen Municipal desde el artículo 74; Ley de Control Constitucional desde el artículo 30; y, en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en el artículo 2 literal a) en donde indica que el Defensor del Pueblo puede interponer el hábeas corpus.

3. Consagración del derecho a la libertad en la Constitución

El derecho a la libertad personal está consagrado como uno de los derechos civiles en el Art. 23 numerales 4 y 14 de la Constitución Política y por el artículo 24 numeral 6 del mismo cuerpo legal, a través del cual se establece como una garantía del debido proceso que ningún ciudadano pueda ser privado de su libertad, sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente, a menos que se trate de delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá permanecer sin fórmula de juicio por más de 24 horas.

De esta forma, junto con el derecho a la libertad personal, lo que se garantiza es el derecho a ser juzgado legal y oportunamente, el derecho a que un juez

conozca de manera inmediata de la detención y a que la persona conozca y resuelva su situación jurídica lo antes posible.

4. Privación arbitraria y privación ilegal de la libertad

El Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de Naciones Unidas ha establecido tres categorías respecto a la privación de libertad:

- I. Casos en que la privación de libertad es arbitraria porque es evidentemente imposible invocar base legal alguna que la justifique (como los de mantenimiento en detención tras haber sido cumplida la condena o a pesar de una ley de amnistía aplicable a la persona de la que se trata).
- II. Casos en que la privación de libertad deriva de hechos objeto de diligencias judiciales o de una sentencia motivada por el ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 ó 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 ó 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, por los Estados Partes (El Ecuador es Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- III. Casos en que es tan grave el desacato de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, ya sea en su totalidad ya en parte, que confiere a la privación de libertad, en la forma en que fuere, el carácter de arbitraria.

Vale la pena aclarar y reflexionar sobre el punto II.

Se refiere a privaciones de la libertad personal en virtud de ejercer otros derechos o libertades fundamentales y cuya ilegalidad o arbitrariedad viene dada más bien por tintes políticos. Específicamente hace referencia a las siguientes libertades:

- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio (piénsese en el caso de que se estableciera prisión para los migrantes).

- En caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, incluso el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.
- Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Los derechos mencionados encuentran su respaldo en el principio que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

El punto III hace referencia a la privación de libertad que viola normas del debido proceso.¹¹⁸

Se tiene entonces que la doctrina internacional hace diferencia entre la privación arbitraria y la privación ilegal de la libertad, entendiéndose que si bien toda privación ilegal de libertad es también arbitraria, no siempre las privaciones arbitrarias de libertad son ilegales. En este sentido debe recordarse anteriores normas penales ecuatorianas sobre delitos relacionados con tráfico de estupefa-

118 Al respecto se recomienda revisar a O'DONNELL, Daniel, "Protección Internacional de los Derechos Humanos", especialmente los capítulos 4, 5 y 6. PREGUNTAR A SILVANA LA EDICION EXACTA DEL LIBRO

cientes que ordenaban que continuara la privación de libertad de una persona aún después de haber obtenido auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, hasta que el superior de quien dictó la resolución la ratificara, siendo esta privación de libertad absolutamente arbitraria aunque se fundamentara en una norma legal. De ahí la actual disposición constitucional que prohíbe totalmente esta práctica, conforme revisaremos posteriormente.

En la misma línea, Daniel O'Donnell, refiriéndose a la práctica del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, dice:

"El Comité se vio obligado a escoger entre dos definiciones de detención arbitraria: una que equiparaba el concepto de detención arbitraria con la privación de libertad sin autorización de la ley, y otra que consideraba el concepto de arbitrariedad más amplio que el de ilegalidad. El Comité se pronunció de la siguiente forma:

"El Comité ha llegado a la conclusión que el término arbitrario no es sinónimo de ilegal y denota un concepto más amplio. Parece claro que, aunque la detención o prisión ilegal es casi siempre arbitraria, una detención o prisión hecha de acuerdo con la ley puede, no obstante, ser también arbitraria. Por consiguiente, el Comité ha adoptado la siguiente definición: la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe: a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley; o b) conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad.

"El Comité ha incluido dentro de esa prohibición la detención sin orden judicial, la detención por motivos políticos, la detención para obtener informaciones por parte de las fuerzas de seguridad y el secuestro de nacionales residentes en el exterior trasladándolos forzosamente al territorio nacional. Así mismo, la prolongación de la detención, después del cumplimiento de la pena impuesta, después de ordenada la liberación por orden judicial o después de la promulgación de una amnistía aplicable al caso, son prácticas violatorias del derecho a no ser privado arbitrariamente de libertad, según el Comité".¹¹⁹

5. Objeto del Hábeas Corpus

Como se ha dicho, el hábeas corpus tiene por finalidad la libertad de la persona ilegal o arbitrariamente detenida. El presupuesto básico para el ejercicio de

119 *Ibidem*, pp. 125, 126.

esta garantía es la privación ilegal de la libertad y que la persona permanezca sin fórmula de juicio por un tiempo mayor al establecido por la ley. Esto es que una persona sea privada de su derecho fundamental a la libertad personal contrariando lo dispuesto por la propia Constitución, los instrumentos internacionales de protección internacional de Derechos Humanos y la ley.

Consideraciones sobre la privación ilegal de la libertad de una persona

La Constitución Política de la República del Ecuador en su Art. 24 numeral 6 establece como requisito fundamental para que proceda la privación de la libertad una orden escrita de autoridad competente, a menos que se trate de un delito flagrante en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de 24 horas.

Además en el Art. 24 numeral 1 establece que nadie puede ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza. Así, ninguna persona puede ser privada de su libertad para ser investigada o juzgada por una acción que no constituya delito.

La Constitución se remite a la ley para determinar la forma, casos y tiempos en que se debe dictar la orden de privación de la libertad. Esta ley dentro de nuestro ordenamiento es Código de Procedimiento Penal que en el libro tercero sobre las medidas cautelares, lo regula de la siguiente manera:

- Las únicas autoridades que pueden ordenar la detención o prisión de una persona son los jueces o magistrados.
- La orden de detención o prisión preventiva debe ser dada mediante una boleta en la que se detallará: el motivo de la detención, el lugar y fecha en la que se la expide y la firma de la autoridad que la ordena.
- En caso de delito flagrante, fuga de un establecimiento carcelario o detenido prófugo cualquier persona puede proceder a aprehender a la persona pero a condición de conducirlo inmediatamente ante un juez o autoridad de policía.

- La detención provisional debe durar un máximo de 24 horas cuando ha sido ordenada por el juez.
- En los casos de aprehensiones efectuadas por delito flagrante la persona no puede permanecer sin fórmula de juicio, esto es sin que el juez conozca sobre su situación legal, por más de 24 horas.
- No se ordenará la prisión preventiva de una persona en los casos en que sea sindicada como encubridora; cuando el delito objeto del proceso es de aquellos que no merecen una pena de más de un año de prisión y el detenido no ha sufrido condena anterior; y, cuando el sindicado hubiere rendido caución.
- No se ordenará la prisión preventiva de las personas sindicadas por delitos que solamente pueden perseguirse mediante acción privada, tales como el estupro, raptó, injurias, usurpación, entre otros contemplados en el Art. 36 del Código de Procedimiento Penal.

De esta forma, una detención es ilegal cuando las autoridades que la ordenan o ejecutan han incumplido con las obligaciones detalladas en la Constitución o la ley.

Una situación especial se ha dado respecto a las medidas cautelares contempladas en el Código de Procedimiento Penal, y es la incorporación de una nueva medida de carácter personal conocida como "detención en firme", que tiene vigencia desde el 13 de enero de 2003 por la publicación de la reforma al Código realizada en el Registro Oficial No. 743. Su contenido es el siguiente:

"Art. 160.- Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y la detención en firme. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo.

"La detención en firme se dispondrá en todos los casos en que se dicte auto de llamamiento a juicio, de conformidad con el artículo 232 de este código y sólo podrá ser revocada mediante sentencia absolutoria y suspendida en los delitos sancionados con prisión".

"Art. 173-A.- Detención en Firme.- A fin de contar con la presencia del acusado en la etapa del juicio y evitar en suspensión, en el auto de llamamiento a juicio, el

Juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado, con excepción de los casos siguientes:

"1.- Para quien haya sido calificado como presunto encubridor; y,

"2.- Para quienes estén siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión.

"Si el acusado tuviera en su contra orden de prisión preventiva, al dictarse el auto de llamamiento a juicio se le cambiará por la detención en firme".

"Art. 173-B.- Apelación.- Si se interpusiese recurso de apelación del auto de llamamiento a juicio, la orden de detención en firme no será suspendida".

Esta nueva figura jurídica constituye un fraude a la Constitución, específicamente al derecho que se sustenta en la duración máxima de la prisión preventiva, puesto que al dejar sin efecto la orden de prisión preventiva, deja de correr los tiempos de duración máxima, y nuevamente la privación de la libertad podría ser excesiva sin que exista control alguno.

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional, a pesar de su evidente inconstitucionalidad, no lo consideró así, y en un fallo sobre inaplicabilidad de la detención en firme sustentada por un juez penal de Cotopaxi resolvió que la norma no contradecía la Constitución. Por supuesto, esto ha tenido efectos negativos para el hábeas corpus en su objeto de proteger las privaciones arbitrarias de la libertad (pues como se explicó anteriormente, si bien tiene un sustento legal -el articulado del CPP que trata sobre la detención en firme- es arbitraria la privación excesiva de la libertad por no ajustarse al espíritu de la norma constitucional).¹²⁰

La Constitución y la ley determinan una serie de circunstancias en las que el derecho a la libertad se puede ver conculcado y ante las cuales se puede ejercer el hábeas corpus, estas son:

¹²⁰ Por ejemplo, en el caso No. 0070-2003-HC el Tribunal Constitucional no entra a considerar el excesivo tiempo de la privación de libertad, indicando que al existir detención en firme la prisión preventiva ha quedado sin efecto, y en consecuencia, niega la petición.

Duración máxima de la prisión preventiva:

Art. 24 numeral 8 de la Constitución Política. La prisión preventiva debe durar un máximo de seis meses para los delitos sancionados con prisión y de un año para los sancionados con reclusión.¹²¹

Libertad ordenada por auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria:

Art. 24 numeral 8 inciso 2do de la Constitución Política. El detenido debe recobrar inmediatamente su libertad sin perjuicio de cualquier conducta o recurso pendiente.

Prisión preventiva prolongada:

Art. 31 de la Ley de Control Constitucional. El recurso de hábeas corpus también procede para dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 04, publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 22 de 9 de septiembre de 1992, que agrega dos artículos innumerados después del artículo 114 del Código Penal, se refieren a los casos en que los detenidos se hallan bajo prisión preventiva sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito para el cual estuvieren encausados; y, de las personas que estuvieren detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas. Estas disposiciones estarían tácitamente reformadas por el Art. 24 No. 8 de la Constitución, por ser menor el tiempo para acogerse al beneficio de la libertad a causa de la prisión preventiva prolongada.

Mujeres embarazadas:

Ley 105 reformativa del Código Penal, publicada en el Registro Oficial Nro. 365 de 21 de julio de 1998, por la cual se reforma el artículo 58 prohibiendo expresamente la detención de mujeres embarazadas hasta 90 días después del parto.

¹²¹ En el caso No. 0018-2005-HC el Tribunal Constitucional concede el hábeas corpus y ordena la libertad del detenido al haberse excedido el tiempo máximo de la prisión preventiva. En otros casos, como el No. 0054-2003-HC y No. 0060-2003-HC el Tribunal resuelve equivocadamente a pesar del excesivo tiempo de la prisión preventiva, usando argumentos extraños como que la causa se encuentra por resolverse en la Función Judicial.

El Tribunal Constitucional ha dado mayor importancia al Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, último inciso, que indica que la prisión preventiva será sustituida por arresto domiciliario en todos los casos de mujeres embarazadas y hasta 90 días después del parto, por considerar que se trata de una norma de procedimiento y por lo tanto aplicable al proceso penal antes de la existencia de sentencia condenatoria. De todas formas sus fallos no han sido uniformes en esta materia.

Así, en el caso No. 0007-2004-HC el Pleno del Tribunal Constitucional concede el hábeas corpus y dispone la inmediata libertad de la recurrente; en los casos No. 0020-2003-HC y 0003-2004-HC el Pleno concede el recurso pero no dispone la libertad sino que exhorta al juez a cambiar la prisión preventiva por arresto domiciliario; en los casos No. 0031-2004-HC y 0033-2004-HC niega el hábeas corpus y exhorta al juez a cambiar la medida cautelar; y, en el caso No. 0027-2004-HC el Pleno del Tribunal Constitucional niega el recurso y ordena oficiar al juez para que sustituya la prisión preventiva por el arresto domiciliario.

Se puede ver que el Pleno del Tribunal Constitucional, con excepción del caso No. 0007-2004-HC, actúa de manera equivocada, puesto que no considera que su función al conocer de un hábeas corpus es conceder o negar la libertad, únicas alternativas que le permite la Constitución, y que por lo tanto no puede dejar de disponer la libertad de las mujeres embarazadas cuando se encuentren en un centro de rehabilitación social por ser una privación ilegal de la libertad, y mucho menos resolver sobre cuestiones que no le corresponden, como intentar subsanar los errores de procedimiento al exhortar a los jueces que actúen de determinada manera, en la especie, ordenando el arresto domiciliario.

Consumo de drogas:

Ley 25 reformatoria a la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que en su Art. 105 inciso segundo dispone que los narcodependientes o consumidores que hubieren sido capturados en posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas destinadas a su consumo serán considerados enfermos y sometidos a tratamiento de rehabilitación. Norma que se complementa con lo dispuesto por la ley 72 interpretativa de este inciso, por la cual se extingue la acción o la pena que hubiere recaído en este tipo de personas, por lo que los

jueces, tribunales penales, cortes superiores y Corte Suprema están obligados a otorgar la libertad de dichas personas.

Detención de menores en centros de adultos, o detención de niños o niñas:

Estos casos que se encuentran prohibidos en el Art. 322 y Art. 307 del Código de la Niñez y Adolescencia, respectivamente, y están en concordancia con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Art. 37 c) y Art. 40 No. 3 a)).

Como conclusión tenemos que la prisión preventiva prolongada fuera de los plazos legales y constitucionales, la detención de mujeres embarazadas, la de personas consumidoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y de menores de 12 años, así como menores de edad privados de la libertad en centros destinados a adultos, son formas de privación ilegal de la libertad y por tanto frente a ellas las personas afectadas pueden ejercer como mecanismo de protección la garantía de hábeas corpus.

Para finalizar este acápite, y en virtud de la importancia que tiene el aplicar correctamente la prisión preventiva por las autoridades, en el sentido de que ésta consiste estrictamente en una medida de excepción, vale la pena citar el comentario al artículo 5 del Proyecto de principios a no ser arbitrariamente detenido o preso: "*Solamente se permite la detención o la prisión si, en primer lugar, hay razones para sospechar que la persona que va a ser detenida o presa ha cometido una infracción. En segundo lugar la infracción debe ser grave y estar castigada con una pena que entrañe la privación de libertad. En tercer lugar, debe haber circunstancias que justifiquen la necesidad de privar de libertad al sospechoso. Estas circunstancias se limitan estrictamente a las siguientes: 1) peligro de fuga; 2) peligro que el sospechoso entorpezca la marcha de la investigación, por ejemplo, destruyendo o eliminando las pruebas, confabulándose con los testigos, influyendo en éstos, etc.*"¹²²

122 Tomado de O'DONNELL, Daniel, pp. 141,142.

6. Personas legitimadas para interponer la Acción de Hábeas Corpus

La Constitución señala que puede interponerlo toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad. Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona.

La Ley de Régimen Municipal indica que quien considere que su detención, procesamiento o prisión infringe preceptos constitucionales o legales, salvo el caso de delito in fraganti, infracción militar o contravención de policía, puede hacerlo por sí o por otra persona. No podrán acogerse a este recurso los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Civil Nacional que sufran arrestos disciplinarios o sean encausados y penados por infracciones de carácter militar o policial.

El Código de Menores señalaba que podían interponerlo los menores de edad. El actual Código de la Niñez y Adolescencia no dice nada al respecto, lo cual no es un obstáculo, por el propio contenido constitucional, que lo pueda demandar un niño, niña o adolescente.

La Ley de Control Constitucional indica que la interposición del recurso de hábeas corpus podrá también ser promovida o patrocinada por el Defensor del Pueblo.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo dice que puede interponerlo el Defensor del Pueblo, sus adjuntos o delegados provinciales.

Vemos que existe una contradicción entre lo dispuesto por la Constitución Política y la Ley de Régimen Municipal, pues la primera al determinar que su ejercicio corresponde a "toda persona" está estableciendo que no cabe excepción alguna, en cambio la Ley de Régimen Municipal contempla como excepciones el delito flagrante, la contravención de policía, la infracción militar o policial. Frente a ello cabe tener presentes los principios de supremacía constitucional, igualdad de derechos, y la interpretación que más favorezca al ejercicio de las garantías.

Cabe añadir que no se requiere del patrocinio de un abogado para presentar el hábeas corpus, aunque el trámite de apelación ante el Tribunal Constitucional sí lo exige.

Por último, cabe también indicar que mediante el hábeas corpus se exige la libertad sin que en la petición se demande la misma a otra persona. En tal virtud, no existe persona o sujeto demandado sino solamente la solicitud de la libertad, aunque para el trámite se le haga conocer de la petición al director o jefe del establecimiento en donde la persona se encuentre detenida para que sea trasladada a la audiencia.

7. Autoridades que conocen la Acción de Hábeas Corpus

Primera instancia (Alcalde)

Tanto la Constitución como la Ley de Control Constitucional y la Ley de Régimen Municipal son concordantes en que la autoridad que debe conocer la acción en primera instancia es el Alcalde. La Constitución además prevé que en caso de ausencia de éste lo remplazará quien hiciere sus veces legalmente.

De acuerdo a la Ley de Régimen Municipal puede hacer las veces del Alcalde el Vicepresidente y, a falta de éste, un concejal designado por el Consejo. En el caso del Distrito Metropolitano de Quito existen dos Vicepresidentes.

Por tratarse de una atribución especial del Alcalde, ha sido criterio del Tribunal Constitucional en Pleno (sesión del 15 de diciembre de 1998) que las acciones de hábeas corpus en las cuales no sea el Alcalde quien de forma directa y personal intervenga y resuelva, solo pueden hacer las veces de él los personeros municipales, quienes expresamente deben reemplazarlo de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Régimen Municipal.

La competencia del Alcalde está definida por el territorio, esto es por el Cantón en el cual el detenido se encontrare privado de su libertad.

La Ley de Régimen Municipal menciona además el lugar donde se encuentre el procesado, tal vez asumiendo que en principio el lugar del juicio puede ser el de la detención, pero como esto no siempre ocurre, se entenderá que es el lugar donde la persona efectivamente se encuentre privada de su libertad, considerando que de esta manera se agiliza la presentación de la persona detenida ante el Alcalde.

Segunda instancia (Tribunal Constitucional)

Del marco jurídico regulador tenemos que es el Tribunal Constitucional el organismo que conocerá la apelación del hábeas corpus cuando ha sido negado por el Alcalde.

El tribunal Constitucional ejerce jurisdicción nacional, por tanto las apelaciones podrán proceder de todo el país.

Al igual que ocurre con las garantías constitucionales del amparo y hábeas data, el hábeas corpus es conocido por una de las Salas del Tribunal Constitucional, determinadas por sorteo. Así se desprende del Art. 62 de la Ley del Control Constitucional que dice:

"Los asuntos a los que se refieren los numerales 1, 4, 5 y 6 del Art. 12 de la presente Ley; y la iniciativa a la que se refiere el artículo 180 (actual 281) de la Constitución, requerirán el pronunciamiento del Tribunal en Pleno. Los demás asuntos sometidos al Tribunal Constitucional serán conocidos y resueltos por salas de tres ministros cada una, que asumirán la competencia mediante sorteo".

Al estar las garantías constitucionales en el numeral 3 del Art. 12 LCC, su conocimiento corresponde, como se dijo, a una de las Salas; sin embargo, de no ser conforme el voto de los tres vocales, es decir, de existir un voto salvado, la causa subirá al Pleno para que lo resuelva en definitiva. Así, el último inciso del Art. 62 LCC dice:

"En el caso de que en una sala se tomaren resoluciones con un voto salvado, la resolución deberá obligatoriamente consultarse al Pleno, para que lo confirme o rectifique".

Responsabilidad de la autoridad competente

La Constitución señala que el Alcalde que no tramite el recurso será civil y penalmente responsable, de conformidad con la ley. La determinación de esta responsabilidad demuestra el alto carácter de protección que se busca dar a esta garantía.

Lamentablemente, se ha disminuido la responsabilidad de los vocales del Tribunal Constitucional en caso de no proceder al despacho oportuno de los

hábeas corpus, puesto que el propio Tribunal declaró inconstitucional la norma que le obligaba a ello, contenida en el inciso segundo del Art. 63 LCC, actualmente insubsistente, que decía:

"Cuando el Tribunal Constitucional o sus vocales hubieran incurrido en reiterado e injustificado retardo en el despacho de los asuntos que le competen, los vocales del Tribunal que fueren responsables de la no resolución de una demanda o un recurso, en los términos señalados en la ley, cesarán en sus cargos, con sujeción a las normas y procedimientos constitucionales aplicables".

De todas formas, debe indicarse que la política interna del Tribunal Constitucional es dar prioridad al despacho de los hábeas corpus, por sobre cualquier otra causa; no obstante, aún así, a pesar del contenido del inciso cuarto del Art. 32 LCC que indica que el Tribunal resolverá los hábeas corpus en el término de quince días, por los procedimientos burocráticos de sorteo de las salas y avoco de conocimiento de las causas, y eventuales solicitudes para que el Alcalde remita todo el expediente, el despacho del recurso demora alrededor de un mes hasta su resolución final, lo cual no es lo deseable, y en consecuencia, bien debería pensarse en mecanismos que logren disminuir estos tiempos.

De cualquier manera con el fin de precautelar el cabal ejercicio de esta garantía constitucional, las autoridades a quienes se ha encargado su conocimiento no puedan prescindir de él y si lo hicieren podrían dar lugar a acciones civiles, como juicios de indemnización de daños y perjuicios, acciones penales, juicios por detención arbitraria e ilegal y administrativas, procesos de destitución.

8. ¿Qué debe contener la petición de Hábeas Corpus?

La solicitud de hábeas corpus puede ser presentada de manera escrita o verbal. En el primer caso incluso puede ser formulada a mano; y, en el segundo caso la Secretaría del Municipio está en la obligación de transcribir la solicitud de quien no pudo formularla por escrito y hacerla firmar a la persona o estampar su huella digital.

Debe contener los siguientes datos mínimos:

- a) Nombre del detenido y/o de quien interpone la acción.

- b) Narración del perjuicio o violación cometida, en este caso la detención ilegal, con especificación de las circunstancias en que se produjo.
- c) Lugar donde se encuentra detenida o se presume se encuentra detenida, en caso de conocerse, y de no ser así, de todas formas la acción procede.
- d) Petición concreta de la libertad.
- e) Firma de quien interpone el recurso si sabe hacerlo o su huella digital en caso de no saberlo.

Otros datos que se pueden agregar son:

- a) Una relación clara de la forma en que se produjo la detención, con ubicación de fecha, lugar y hora en que se produjo.
- b) Las autoridades que ejecutaron y la forma como efectuaron el ingreso a algún centro de detención.
- c) El centro o lugar de detención.
- d) Normas jurídicas en las que se ampara la solicitud.
- e) El señalamiento de un casillero judicial para notificaciones.

9. Procedimiento de la Acción de Hábeas Corpus

La Constitución indica que la autoridad municipal, en el plazo de 24 horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de la libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa por los encargados del centro de rehabilitación o lugar de detención.

La Ley de Control Constitucional señala que el Alcalde requerirá inmediatamente después de recibido el recurso que el juez o tribunal penal que conozca del proceso le certifique, en término de tres días, sobre el delito o delitos por los que se halla procesado el recurrente, la fecha desde la cual el procesado se encuentra privado de la libertad y si ha dictado o no auto de sobreseimiento, o de apertura al plenario o sentencia.

La Ley de Régimen Municipal dice que presentada la denuncia o reducida a escrito, si fuere verbal, el Alcalde o el Presidente del Consejo dispondrá que el recurrente sea conducido a su presencia dentro de 24 horas, y que la autoridad o juez que ordenó la detención o dictó la sentencia informe sobre el contenido de la denuncia a fin de establecer los antecedentes.

Añade que con el mismo objeto solicitará de cualquier otra autoridad y del encargado del establecimiento carcelario o penitenciario en que se encontrare el recurrente los informes y documentos que estime necesarios. Las autoridades o empleados requeridos los presentarán con la urgencia que se les exija, y si no lo hicieren impondrán a los remisos una multa.

Las regulaciones de la Constitución y la Ley de Régimen Municipal se refieren al caso tradicional de detención o prisión arbitraria, en cambio lo dispuesto en la Ley de Control Constitucional al caso específico de prolongación indebida de la prisión preventiva prevista en la Ley 04, que bien puede asimilarse también a los casos previstos en el Art. 24 numeral 8 de la Constitución.

El marco constitucional y legal en este caso también contiene algunas diferencias, las cuales deberán ser resueltas por el principio de supremacía constitucional y de informalidad del recurso.

Así, de acuerdo al marco constitucional y legal descrito, el procedimiento es el que sigue:

1. Recepción de la solicitud.
2. De acuerdo a la Constitución, dentro de las 24 horas de recibida la solicitud se ordenará la presencia inmediata del detenido, esto significa lo más rápido posible, y la exhibición de la orden de privación de la libertad.

La Ley de Régimen Municipal prevé el plazo de 24 horas para realizar estas exhibiciones.

De esto se puede concluir que la conducción del detenido, juntamente con la orden de privación de la libertad, se puede producir hasta un máximo de 24 horas después que el Alcalde así lo ordene.

3. Según la Ley de Régimen Municipal el Alcalde podrá solicitar información al juez que ordenó la detención o dictó la sentencia, al director carcelario o a cualquier otra autoridad, con el fin de tener antecedentes.

Si bien la Constitución no prevé estas informaciones consideramos que las mismas pueden ser solicitadas por el Alcalde, directamente a los Directores de los Centros Penitenciarios quienes deberán presentar hasta el momento de la audiencia de presentación de la persona detenida. Dichas informaciones, además, deberán guardar relación con la legalidad de la detención y prisión y a ningún otro tipo de consideraciones (políticas o presión social).

Hay que tener en cuenta que la Ley de Control Constitucional ha previsto exclusivamente para los casos de aplicación de la Ley 04 un plazo de tres días para recabar los informes del proceso, puesto que de lo que se trata es de comprobar el incumplimiento de los plazos de duración de la prisión preventiva.

4. Las órdenes de presencia del detenido, presentación de la orden de privación de libertad e informaciones adicionales deberán ser obedecidos sin excusa alguna, dando lugar en caso de retardo o negativa a la imposición de una multa en los términos de la Ley de Régimen Municipal.

La potestad constitucional de tramitación del hábeas corpus faculta a que pueda exigir de cualquier autoridad o funcionario el cumplimiento inmediato y sin cuestionamientos de requerimientos conducentes a formarse un criterio sobre la privación de la libertad.

Resoluciones del Alcalde

En esta materia existe una clara contradicción entre lo dispuesto por la Ley de Régimen Municipal y la Constitución, tanto respecto al plazo en que se debe resolver como a las resoluciones que el alcalde puede adoptar.

Efectivamente, mientras la Constitución indica que el Alcalde dictará la resolución dentro de las 24 horas siguientes de realizada la audiencia, la Ley de Régimen Municipal señala el plazo de 48 horas.

Por otro lado, la Constitución admite como alternativas de resolución solamente negar o aceptar el recurso, mientras que la Ley de Régimen Municipal admi-

te tres posibilidades: La inmediata libertad del recurrente, subsanar vicios de procedimiento y poner a la persona a órdenes del juez competente.

Siguiendo el principio de Supremacía Constitucional y el propio espíritu del recurso hemos de concluir que las resoluciones de hábeas corpus deberán ajustarse a lo dispuesto por el marco constitucional, pues no cabe ningún tipo de corrección o enmienda en materia de vicios de procedimiento, ni tampoco de competencia, estas dos situaciones tornan de hecho a la privación de libertad en ilegal.

De esta forma, una vez que el Alcalde se ha instruido de los antecedentes a través de las exhibiciones: persona detenida, boleta y obtención de información, tiene como alternativa tomar dos tipos de resolución:

1. Aceptar el recurso y ordenar la libertad.
2. Rechazar el recurso en cuyo caso la privación de libertad continuará.

Para adoptar la primera resolución, la Constitución determina explícitamente, las causales en que se puede fundar:

- a) Que el detenido no fuere presentado en la audiencia.
- b) Que no se exhibiere la orden de privación de libertad.
- c) Que la orden de privación de libertad no cumpliera con los requisitos legales.
- d) Que se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención.
- e) Que se hubiese justificado el fundamento del recurso.

Las dos primeras causales no llevan a ningún tipo de duda y se entiende que estos hechos deben haberse producido dentro del plazo establecido por el Alcalde.

Respecto de la causal tercera, lo que se está exigiendo es el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 164 del Código de Procedimiento Penal en donde se señalan los requisitos que debe cumplir la boleta de detención.

Estos requisitos son:

- a) Motivos de la detención
- b) El lugar y fecha en que se la expide.
- c) La firma del juez competente y el sello.

Respecto a la orden de prisión preventiva, el Art. 168 del Código de Procedimiento Penal hace referencia al contenido del Auto en el que se la dispone. Este es:

- a) Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;
- b) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva;
- c) La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y,
- d) La cita de las disposiciones legales, aplicables.

El Tribunal Constitucional manifestó: *"Que, a folio 6 del expediente consta la boleta constitucional de encarcelamiento de 21 de diciembre de 2004, dentro de la causa penal No. 437-03-PZ, girada por el Juez Tercero de lo Penal de Pichincha. Sin embargo, tal boleta de encarcelamiento no cumple con los mínimos requisitos legales de validez, puesto que en ella no consta ni el delito que se le imputa, ni el artículo procesal penal que se aplica en su caso"*.¹²³

En relación a la causal cuarta se entiende por vicios de procedimiento todas aquellas circunstancias que sin ajustarse a la ley, por una decisión arbitraria o caprichosa de la autoridad, permitieron o propiciaron la detención de una persona. Estos vicios en sí mismos, aunque luego se subsanen, tornan a la detención o prisión en ilegal, así lo sostiene el Dr. Ricardo Vaca, quien afirma:

"La convalidación posterior de un procedimiento viciado en nada resta viabilidad al recurso de hábeas corpus. La verificación de que a un ciudadano se le ha privado de la libertad sin orden legítima de autoridad competente y de que ha permanecido dete-

nido por más de setenta y dos horas es suficiente causa para que el Alcalde ordene la libertad del ciudadano detenido, porque se han cometido vicios de procedimiento. La orden de prisión dictada por el juez penal setenta y dos horas después de que fuera originalmente detenido el ciudadano no es de ninguna manera la confirmación de una orden de detención dictada por un juez de instrucción, comisario o intendente, como en la realidad sucede en muchos casos; es, ciertamente, una decisión pero original y primaria en cuanto recién se ha dispuesto que el ciudadano sea privado de su libertad cuando la causa llega a sus manos, habiéndose mantenido la situación de ilegalidad por un considerable espacio de tiempo. Dicho de otro modo, todo el tiempo que el ciudadano permaneció detenido con anterioridad a la decisión del juez penal, fue una situación ilegal, arbitraria, viciosa en términos jurídicos y, un vicio de procedimiento es, sin lugar a dudas, la detención de un ciudadano sin orden legítima de autoridad competente".¹²⁴

En relación a la quinta causal se podría afirmar que este último caso englobaría los anteriores, pero también se considera que aquí cabrían todos aquellos casos que están contemplados como prohibiciones expresas de privación de libertad establecidos en la ley, los casos de violación de plazos legales para la duración de la misma y de competencia de las autoridades que emiten la orden. Si estas circunstancias están debidamente probadas y fundamentadas, el Alcalde podrá, amparándose en esta causal, aceptar el recurso y ordenar la libertad.

Cualquiera que sea la causal en que se funde el Alcalde para aceptar el hábeas corpus y ordenar la libertad, como para rechazarla, está en la obligación de fundamentar los motivos que le llevaron a tomar tal o cual decisión de conformidad con el Art. 24 numeral 13 de la Constitución que se refiere a que las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas.

Se deberá tener en cuenta que los motivos para la aceptación o denegación del recurso deben estar fundamentados en la Constitución y la ley, no se podrán acoger criterios de orden político o social que influyan en la decisión. Esto es tomar en consideración el tipo de delito o la reacción social que pueda ocasionar la decisión de libertad. El Alcalde o los miembros del Tribunal en su caso se constituyen en autoridades encargadas de supervigilar el cumplimiento de los

123 Caso No. 0018-2005-HC

124 VACA, Ricardo, "Teoría y Práctica del Derecho Penal: Un Divorcio Perfecto", Revista Ruptura.

requisitos legales formales para la privación de la libertad y sus decisiones no pueden fundarse en análisis basados en la sana crítica o convencimiento interno.

Procedimiento ante una resolución negativa del recurso

La Constitución Política de la República ha establecido dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional el conocer y resolver de las negativas al recurso de hábeas corpus emitidas por los Alcaldes.

De la resolución del Alcalde que niegue el recurso podrá apelarse al Tribunal Constitucional, el cual resolverá en el término de 15 días desde cuando reciba la apelación, en mérito del expediente del recurso negado. Para el efecto dispondrá al Alcalde que lo remita en las cuarenta y ocho horas siguientes de recibida la disposición.

La ley distingue entre la negativa de las resoluciones emitidas en el recurso de hábeas corpus tradicional por detención ilegal y la expedida en los casos de prolongación indebida de la prisión preventiva. No obstante, el procedimiento no tiene variaciones substanciales sino más bien complementarias, pudiendo resumirse así:

1.- Presentación de la apelación: Ni la Constitución, ni la Ley de Control Constitucional señalan en qué término o plazo debe presentarse la apelación.

El criterio del Tribunal Constitucional es que, de acuerdo a la regla general de procedimiento, se deberá presentar la apelación dentro del término de tres días, contados desde la notificación con la resolución del Alcalde. Para resolver la dificultad de la presentación de la apelación en el Tribunal Constitucional, con sede en Quito, para aquellos recurrentes que han interpuesto la garantía constitucional de hábeas corpus en las alcaldías del resto del país, el Tribunal Constitucional ha previsto que la apelación pueda ser presentada en el Municipio que negara en primera instancia el hábeas corpus, señalando expresamente el recurrente que apela "para ante el Tribunal Constitucional".

Sin embargo, nuestro criterio es que en caso que la apelación se presente después del término de tres días el Tribunal Constitucional estaría obligado

a resolver considerando que se trata de un derecho fundamental, como es la libertad personal, y por tanto debería aplicar los principios constitucionales recogidos en el Art. 192 y 18 que respectivamente disponen: "*No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades*" y "*Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*".

2.- Orden al Alcalde: que remita el expediente del recurso negado, en las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de la orden.

3.- Resolución del Tribunal en el término de quince días: Si del expediente apareciere que el detenido no fue presentado ante el Alcalde; o si no hubiere exhibido la orden de privación de la libertad; o si ésta no cumpliere los requisitos legales; o si se hubiere cometido vicios de procedimiento para la detención; o si del expediente aparecieren pruebas que den fundamento al recurso, el Tribunal Constitucional ordenará la inmediata libertad del detenido mediante oficio que se dirigirá al encargado del Centro de Rehabilitación Social o lugar de detención. Si éste no acatare la orden será inmediatamente destituido de su cargo, por resolución del Tribunal Constitucional, el cual comunicará la destitución a la autoridad nominadora.

En consecuencia, en la resolución el Tribunal ordenará la libertad, cuando el análisis del expediente encuentre:

Para los casos de detención ilegal:

- a) El detenido no fuere presentado ante el alcalde.
- b) No se exhibió la orden de privación de libertad.
- c) La orden no cumple los requisitos legales.
- d) Se cometieron vicios de procedimiento en la detención.
- e) Existen pruebas que den fundamento al recurso.

Para los casos de prisión preventiva cuando:

Comprobare el fundamento del recurso. Es decir que se hallaren vencidos los plazos establecidos en la Constitución o la ley.

En este punto hay que señalar que frecuentemente las resoluciones de hábeas corpus emitidas por la Alcaldía de Quito incurren en el error de considerar que en virtud de la independencia judicial no es competencia del Alcalde conceder la libertad, sino que es responsabilidad del juez el otorgarla, y en consecuencia, se rechaza el recurso. Esta consideración deviene de la equivocada posición que pretende que el hábeas corpus solamente procede para revisar aspectos de forma de la privación de libertad.

Al respecto cabe citar la posición de dos destacados juristas:

*"En el recurso de hábeas corpus, lo esencial es el examen sobre la legalidad de la detención y de la orden de prisión preventiva (...). Y el Alcalde se limita a establecer que existe la orden de prisión preventiva y la boleta constitucional de detención, el recurso de hábeas corpus terminaría en una cruel burla respecto del bien sagrado de la libertad personal".*¹²⁵

"Hay casos en los cuales se detiene a una persona sin razón alguna y hay situaciones en que la privación de la libertad, aún formalmente perfeccionada, se extiende más allá de lo razonable.

*"El hábeas corpus reviste hoy, además, trascendencia en cuanto con él se evita la permanencia indefinida de la situación incierta de la prisión preventiva, cuando ésta se extiende más allá de límites razonables. Aunque la detención, por lo mismo, haya sido legal, en su origen, ésta se torna ilegal si es que el juez no concluye la tramitación del proceso en los términos previstos en el ordenamiento jurídico".*¹²⁶

El Dr. Alejandro Ponce Martínez, en la misma línea, cita la siguiente resolución del Tribunal Constitucional: "... el Art. 199 de la Constitución Política textualmente dice: 'Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones.- Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos', lo que es concordante con el último inciso del artículo 276 ibídem que dice: 'las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional', por lo tanto sin entrar en mayor análisis, esta Sala no puede interferir en los asuntos propios de la Función Judicial", calificando el argumento como deleznable y que con-

*tradice resoluciones anteriores. Añade: "El consagrar este criterio significaría destruir absoluta y totalmente al hábeas corpus, puesto que por más ilegal o inconstitucional que fuera la detención, si proviene de cualquier juez, no procedería, en caso recurso alguno".*¹²⁷

En uno de sus últimos fallos, el Tribunal Constitucional ha dicho: *"Que, la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado e interpretado de tal manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algunos de sus preceptos. Por ello el derecho a la libertad personal y la garantía del hábeas corpus que lo protege deben ser interpretados de manera amplia y no restrictiva como lo ha hecho el juez de instancia.*

*"Al respecto cabe puntualizar que: 1) Cuando el Art. 24 numeral 8 de la Constitución se refiere a 'bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa' no significa que es la única autoridad que puede ordenar la libertad en caso de exceso de los plazos de la prisión preventiva, sino que en virtud de la responsabilidad de la que se hallan investidos todos los funcionarios públicos, el juez penal es responsable civil, penal y administrativamente por el exceso de tales plazos que priva de la libertad ilegítimamente a una persona; 2) El Art. 93 de la Constitución ordena al Alcalde otorgar la libertad si la orden de encarcelamiento no cumpliera con los requisitos legales como ocurre en el presente caso, y en general si se justifica los fundamentos del recurso, es decir, se demuestra la existencia de una privación ilegal de libertad, comprobada en esta causa por haber transcurrido 19 meses de detención sin que se haya dictado sentencia, y por haber transcurrido 11 meses sin que siquiera haya existido orden de detención, por lo que el juez de instancia debía hacer prevalecer su dignidad de juez constitucional y ordenar la libertad del hoy recurrente, en defensa de la Constitución, sin que correspondan reflexiones sobre la independencia judicial que no puede ser motivo de justificación de violación de la libertad personal".*¹²⁸

¹²⁷ Ibídem, p. 355. Se recomienda el estudio de este artículo, principalmente por la fuerza del contenido que hace de la prisión preventiva en relación al hábeas corpus, llegando a plantear inclusive que los supuestos de procedencia de la prisión preventiva considerados por el juez en cada caso, pueden llegar a ser revisados por el Alcalde mediante el recurso, situación que no ha sido considerada por el Tribunal Constitucional.

¹²⁸ Caso No. 0018-2005-HC, ya citado. El Tribunal concedió el hábeas corpus "por haberse cometido flagrante violación de la libertad personal del hoy recurrente, por no existir una boleta constitucional de encarcelamiento que cumpla con los requisitos legales, y por haberse violado el Art. 24 numeral 8 de la Constitución Política del Estado".

¹²⁵ ECHEVERRIA, Enrique, "Hábeas Corpus en Ecuador", publicado en Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Tribunal Constitucional, Quito, 1999, p. 315.

¹²⁶ PONCE MARTÍNEZ, Alejandro, "El recurso de Hábeas Corpus", publicado en Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Tribunal Constitucional, Quito, 1999, pp. 328, 329.

10. Sanciones

La Constitución señala que el funcionario o empleado que no acatare la orden o la resolución será inmediatamente destituido de su cargo o empleo sin más trámite, por el Alcalde, quien comunicará tal decisión a la Contraloría General del Estado y a la autoridad que deba nombrar su reemplazo.

La Ley de Régimen Municipal señala que el juez, la autoridad, el empleado o el encargado de la custodia del recurrente que desobedezca la resolución quedará destituido ipso-facto de su cargo.

Tanto la Constitución como la ley se refieren al empleado o funcionario a quien se hubiere ordenado ejecute la libertad de las personas. Por tanto puede ser el director carcelario o cualquier otra autoridad a cuyas órdenes se hubiere encontrado privado de la libertad.

La potestad del Alcalde es tan grande que de no acatar la orden puede proceder a destituir al funcionario. Sin embargo, la Constitución garantiza el derecho a la defensa del mismo, a través de la apelación, la cual solo procederá después que haya cumplido con la orden de libertad.

En el caso de destitución el Alcalde está en la obligación de:

- Notificar la destitución a la Contraloría General del Estado.
- Notificar la destitución a la autoridad que deba nombrar su reemplazo.

El funcionario para hacer valer sus derechos debe:

- Ordenar la libertad del detenido.
- Reclamar ante el Tribunal Contencioso Administrativo en 8 días.

Este hecho es importante tomarlo en cuenta con el fin de garantizar la competencia y la legalidad de las resoluciones de hábeas corpus.

11. Estado de Emergencia

Se trata de una situación de carácter excepcional por la cual se ven limitados algunos de los derechos ciudadanos. Su objetivo es enfrentar situaciones de emergencia o seguridad nacional, frente a las cuales el poder ejecutivo tiene plenas facultades y atribuciones.

Esta situación se encuentra prevista y regulada en los Arts. 180, 181 y 182 de la Constitución Política y de acuerdo a ellos se ha determinado que procede en los siguientes casos:

- a) Inminente agresión externa.
- b) Guerra internacional.
- c) Grave conmoción interna.
- d) Catástrofe natural.

Este estado se ordena mediante decreto dentro del cual se pueden suspender o limitar los siguientes derechos:

- a) Libertad de opinión o de expresión del pensamiento.
- b) La inviolabilidad de domicilio.
- c) La inviolabilidad y secreto de la correspondencia.
- d) El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger residencia.
- e) La libertad de asociación y de reunión con fines pacíficos.
- f) El derecho a no ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes, ni contra sí mismo.

Como podemos apreciar uno de los derechos limitados es el de la libertad de tránsito, que no debe confundirse con el derecho a la libertad personal. Es decir, existe restricción de circulación en el territorio (las personas no pueden salir de la Provincia o de su casa a determinadas horas), pero ello no significa que las personas puedan ser detenidas de manera ilegal, es decir sin observar los procedimientos que señala la ley. Cuando en estados de emergencia se detiene a las personas ilegalmente o arbitrariamente se puede contar como garantía con el Hábeas Corpus.

Este punto es importante tomarlo en cuenta en especial en nuestro contexto donde el auge delictivo ha determinado la declaración de estado de emergencia en el territorio nacional o parte de él.

Como hemos señalado la declaratoria de emergencia no faculta a que las autoridades policiales detengan arbitrariamente, de procederse de esta manera es legítimo el ejercicio del Hábeas Corpus y no cabría ninguna disposición legal o reglamentaria que limite su ejercicio.

En conclusión, durante el estado de emergencia total o parcial, la garantía del Hábeas Corpus no puede ser limitada en su ejercicio, en consecuencia, cualquier ciudadano puede hacer uso de ella y las autoridades deben proceder a su efectivo despacho.

Este hecho se funda en el propio ordenamiento constitucional que no lo contempla y en lo determinado en la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual nuestro país es suscriptor, que en su Art. 27 numeral segundo prohíbe expresamente la supresión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, siendo el derecho a la libertad uno de ellos.

Al respecto es importante también tener en cuenta cuál ha sido el criterio de la jurisprudencia internacional en este sentido. Así tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma:

"La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión del Estado de Derecho autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que todo momento debe ceñirse.

"Dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de la legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo o independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el Hábeas Corpus adquiere una dimensión fundamental.

"Debe también armonizarse el interés general y la libertad individual, de modo tal que no es posible siquiera suponer que quienes se hallan privados de su libertad a disposición del P.E., queden librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los jueces de la nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se prolongue el arresto... Frente a la necesidad de optar entre la libertad individual y la hipotética y no demostrada peligrosidad (del detenido), lo hacemos por la primera corriendo los riesgos que ello impone".

FUNDAMENTO NORMATIVO	LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS
<p>Art. 93 de la constitución</p> <p>Art. 74 de la Ley de Régimen Municipal</p> <p>Art. 32 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>OBJETO DEL HÁBEAS CORPUS</p> <p>La libertad de las personas ilegal o arbitrariamente detenidas</p>

<p>Art. 93 de la Constitución</p> <p>Art. 74 de la Ley de Régimen Municipal</p> <p>Arts. 30 y 31 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>AUTORIDAD COMPETENTE</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Alcalde del Cantón del lugar en donde la persona se encuentre detenida. • El Tribunal Constitucional en caso de apelación si la acción ha sido negada
--	--

<p>Art. 93 de la Constitución</p> <p>Art. 74 de la Ley de Régimen Municipal</p> <p>Art. 33 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>QUIÉN PUEDE INTERPONER EL HÁBEAS CORPUS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Toda persona que creyere estar ilegalmente privada de su libertad. • Puede ser promovida o patrocinada por el Defensor del Pueblo.
--	---

<p>Art. 93 de la Constitución</p> <p>Art. 74 de la Ley de Régimen Municipal</p> <p>Arts. Del 30 al 32 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>PROCEDIMIENTO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Toda persona que creyere estar ilegalmente privada de su libertad. • Puede ser promovida o patrocinada por el Defensor del Pueblo. <p>Primera instancia</p> <ul style="list-style-type: none"> • La autoridad municipal, en el plazo de 24 horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de libertad. • En los casos de prisión preventiva prolongada o ilegal en casos especiales, el Alcalde requerirá que el juez o Tribunal Penal que conozca el proceso le certifique la documentación pertinente para resolver. • Realizada la audiencia, el Alcalde dictará su resolución dentro de las 24 horas siguientes. • Dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere la orden, si ésta no cumple los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o, si se hubiere justificado el fundamento del recurso. • La resolución que niegue el hábeas corpus será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional.
---	---

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS

Ejercicio 1

Se le ha nombrado Jefe de una comisión encargada de elaborar un manual de ética y correcto procedimiento para la Policía.

- ☞ Elabore una lista breve de directrices e instrucciones que daría a los agentes de Policía con el fin de garantizar que solo se lleven a cabo arrestos legítimos y necesarios.

Ejercicio 2

Ha sido designado para dar un taller a jueces penales sobre el tema "Todas las formas de detención o prisión que pueden ser ilegales o arbitrarias"

- ☞ ¿A qué formas de detención daría prioridad y cómo fundamentaría su ilegalidad o arbitrariedad?

Ejercicio 3

Ha sido designado por el Congreso Nacional para asesorar a la Comisión respectiva sobre las detenciones ilegales o arbitrarias.

- ☞ Redacte una definición sobre lo que es una detención ilegal y una definición sobre detención arbitraria.

III PREGUNTAS PARA EL DEBATE

1. Los delincuentes no respetan las normas ¿por qué debe hacerlo la policía?
2. ¿Está justificado en algún caso quebrantar la ley a fin de aplicar la ley?
3. Si existen argumentos para justificar el quebrantamiento de la ley a fin de aplicar la ley, ¿cómo conciliarlos con la presunción de la inocencia de todas las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un delito?
4. ¿Por qué es importante respetar el derecho a la presunción de inocencia?

<p>Art. 93 de la Constitución</p> <p>Art. 74 de la Ley de Régimen Municipal</p> <p>Arts. Del 30 al 32 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>PROCEDIMIENTO</p> <p>Segunda instancia</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Tribunal Constitucional ordenará de inmediato que el alcalde le remita el expediente del recurso negado, en las 48 horas siguientes al recibo de tal orden. • Resolverá en el término de 15 días desde cuando reciba la apelación. • Ordenará la libertad del recurrente si se cumplen los mismos supuestos observados para la resolución del Alcalde.
---	---

<p>Art. 93 de la Constitución</p> <p>Art. 74 de la Ley de Régimen Municipal</p> <p>Art. 31 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p>SANCIONES</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Alcalde que no tramite el recurso será civil y penalmente responsable, de conformidad con la ley. • El funcionario o empleado que no acate la orden o resolución de libertad será inmediatamente destituido de su cargo o empleo por el Alcalde, quien comunicará tal resolución a la Contraloría General del Estado y a la autoridad que deba nombrar su reemplazo. • El funcionario o empleado destituido, luego de haber puesto en libertad al detenido, podrá reclamar por su destitución, ante los órganos competentes de la Función Judicial, dentro de los 8 días siguientes a aquel en que fue notificado.
--	---

5. ¿Cómo está protegido en nuestra Constitución y leyes el derecho de toda persona a no ser sometida a arresto o detención arbitraria?
6. ¿Por qué es el derecho a la libertad y la seguridad de las personas un derecho tan importante?
7. ¿Por qué razones no siempre es apropiado que un Policía detenga a una persona aunque esté facultado para ello?
8. ¿Cree usted que es misión de la Policía ocuparse de personas alcohólicas, toxicómanas o vagabundos? ¿Es necesario hacer siempre uso de las facultades de arresto o detención con ellas?
9. ¿Por qué es importante que la persona detenida sea llevada ante un juez de manera inmediata?
10. ¿Cuál es su opinión respecto a que las mujeres embarazadas no puedan ser detenidas? ¿Se trata de una protección de la mujer o del niño en gestación?

Capítulo VI

La Defensoría del Pueblo

Objetivo del capítulo

El presente capítulo tiene como finalidad profundizar sobre la Defensoría del Pueblo, conocer los antecedentes y características de esta institución, los motivos por los que las personas pueden acceder a ella y la forma de hacerlo, señalar cuál es el perfil de la figura del Defensor del Pueblo, sus obligaciones con la sociedad y sus funciones como autoridad, para que las personas en general puedan hacer uso de esta herramienta cuando las circunstancias lo requieran.

Principios esenciales

La Defensoría del Pueblo es una institución estatal autónoma en lo económico y administrativo, con el fin de mantener independencia frente al poder público.

Tiene a su cargo la promoción, protección y defensa de los Derechos Humanos y velar para que los servicios públicos se presten bajo principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

Responde de tal forma a los intereses de la sociedad civil que inclusive su elección por parte del Congreso debe hacerse luego de haber escuchado a las Organizaciones de Derechos Humanos legalmente reconocidas.

Entre sus funciones se encuentra la de promover o patrocinar las garantías constitucionales de amparo, hábeas data y hábeas corpus.

Cualquier persona puede acudir a la Defensoría del Pueblo para que promueva la observancia de los derechos fundamentales, y requerirá auxilio inmediato si de la denuncia presentada se desprende que puede producirse de forma grave una violación de un derecho fundamental.

Se basa en principios de igualdad, informalidad e inmediatez. Las personas no requieren del patrocinio de un abogado para acudir a solicitar la protección de sus derechos.

Sus resoluciones no son jurisdiccionales, por lo tanto carecen de poder coercitivo, sin embargo, por ser emitidas por el Defensor del Pueblo, se sustentan en un alto contenido moral.

I LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Los antecedentes en el mundo sobre la Defensoría del Pueblo se ubican tanto en Europa como en América.

En Europa "pueden encontrarse en las actividades desarrolladas por el Ombudsman, expresión que puede traducirse como el 'representante de otra persona', que aparece por primera vez en la Constitución sueca de 1809, aunque con antecedentes que datan de principios del siglo XVIII".¹²⁹

En el mismo continente, su expansión se produce más de un siglo después, cuando se incorpora a la legislación de Finlandia en 1819, y luego en la segunda Guerra Mundial en otros países europeos, siendo de gran referencia para América el de España, incorporado en su Constitución en 1978, luego de la dictadura franquista.

En América, "durante el Imperio incásico en el Perú (Siglo XI al XVI) actuaba Tucuyrucuy (el que todo lo ve) encargado de vigilar la compleja administración y funcionamiento burocrático del Consejo Imperial, pudiendo llegar incluso a la destitución de los distintos funcionarios".¹³⁰

"En la época de la colonia ejercía esta función el denominado Procurador General, cuya jurisdicción se extendía a las ciudades, villas y poblados. No hay que perder de vista al famoso Protector de Indias, creado por Fray Bartolomé de las Casas, con la finalidad de velar por la suerte de los indios en esta etapa nefasta de la historia".¹³¹

Luego de los años dictatoriales que vivió el continente americano, se inició una gran reforma institucional con el fin de consolidar la democracia, y en lo que respecta a la Defensoría del Pueblo, es principalmente en la década de los noventa del siglo pasado en la que se la va incorporando a las diversas constituciones y legislaciones como una garantía para la defensa de los derechos de los ciudadanos. "En América Latina también se ha tomado conciencia sobre la importancia

de la institución, apreciándose en mayor medida en la década de los noventa un especial interés por incorporar al Ombudsman -con denominaciones como Defensor del Pueblo, Procurador de los Derechos Humanos, Defensor de los Habitantes o Comisionado Nacional de Derechos Humanos- a los ordenamientos nacionales, por lo general en el marco de sendos procesos de reforma institucional".¹³²

La Defensoría del Pueblo nace por la necesidad de brindar mayores garantías para la protección de los Derechos Humanos, en un proceso en el que se "ha impulsado la creación de instituciones no jurisdiccionales de control, destinadas a frenar los abusos cometidos por las autoridades estatales, promover el respeto de estos derechos, y contribuir a crear en la sociedad una cultura que interiorice la vigencia de los derechos humanos".¹³³

Podemos decir que la Defensoría del Pueblo constituye una garantía constitucional, establecida como institución estatal, personificada en la figura del Defensor del Pueblo, especializada en actividades de prevención, protección y defensa de los Derechos Humanos de todos los habitantes del país, así como en la de vigilar por la adecuada prestación de los servicios públicos.

La Declaración del Foro Internacional sobre Defensoría del Pueblo, indica "Un aspecto esencial del trabajo de los Defensores del Pueblo y Procuradores de Derechos Humanos de América Latina, es su labor de protección y promoción de los derechos humanos, a lo que se añade la función de supervisión de la administración estatal y de los servicios públicos".¹³⁴

1. Características de la Defensoría del Pueblo

Dentro de las características de esta institución, podemos ubicar las siguientes:

- a) Es una institución de origen parlamentario. Esto obliga a la Defensoría del Pueblo a presentar informes anuales detallados de sus actividades, y extraordinariamente en cada oportunidad que sea solicitado por el Congreso Nacional, o cuando la gravedad o la urgencia de los hechos así lo ameriten.

¹²⁹ Comisión Andina de Juristas – Projusticia, "La Defensoría del Pueblo en Ecuador: Retos y Posibilidades", Quito, p. 16.

¹³⁰ Red de Abogados de Inredh, "Aportes para la Paz", "El Defensor del Pueblo", julio de 1997, Quito, Ecuador, p. 38.

¹³¹ BENALCÁZAR ALARCÓN, Patricio, "Breves apuntes sobre la Defensoría del Pueblo", s/e, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

- b) Es una institución autónoma no - jurisdiccional y no - coercitiva de protección. "Carece de atribuciones jurisdiccionales o de coerción, dada su naturaleza de magistratura de la persuasión. Es decir, no sanciona ni tiene la facultad de imponer coercitivamente sus decisiones".¹³⁵
- c) Su actuación está basada en preceptos éticos.
- d) Su desempeño es apolítico e inmune a presiones de cualquier índole y de compromiso democrático.
- e) Es independiente en su actuación y autónoma en el ejercicio de sus funciones.
- f) Es una instancia solucionadora de conflictos y problemas.
- g) Actúa como un componente autónomo dentro del ámbito de justicia básica del país.
- h) Constituye una institución que establece un punto de equilibrio entre la sociedad civil y el Estado.
- i) Apoya el proceso de gobernabilidad democrática.
- j) Su proceder es ágil, gratuito, rápido y flexible.

2. ¿Qué es la Defensoría del Pueblo?

De conformidad con las características establecidas, podemos decir que la Defensoría del Pueblo es una garantía institucional, que a pesar del vínculo estatal, generalmente parlamentario, en la designación de su representante, goza de independencia y autonomía en su actuación y ejercicio de sus funciones, las que van dirigidas a realizar acciones de prevención, protección y defensa de los Derechos Humanos de todos los habitantes de un país, no por medios judiciales ni coercitivos, sino fundamentada en el accionar ético que debe regir las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos.

135 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, "Defensoría del Pueblo en el Perú: Desafío y Respuestas", Lima, Perú, julio de 1996, p. 12.

Gozaini hace una aproximación muy pertinente de la Defensoría del Pueblo: "El comisionado del Congreso (Ombudsman) debe inmediatizar su relación con el ciudadano; ser partícipe de sus preocupaciones, revelador de sus injusticias, confesor de sus angustias. Esta proximidad, dentro del marco de respeto a las instituciones que controla, servirá para ser crítico de ese ordenamiento en aquellos puntos, temas o problemas que evidencien padecimientos o inadecuaciones".¹³⁶

Para este efecto, puede implementar mecanismos que ayuden a la resolución pacífica de conflictos, constituyéndose en un ente conciliador y de apoyo entre el Estado y la sociedad, mediante proceder sumario, oportuno y eficaz.

"Puede sostenerse que la Defensoría del Pueblo se especializa en la defensa de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado, en una triple dimensión: a) como un mecanismo de control de la legalidad que acrecienta la dimensión y balance de los poderes del Estado; b) como un canal que hace efectivos los derechos de petición del ciudadano consagrados en las constituciones modernas; y, c) como una modalidad alternativa de solución de conflictos en el ejercicio de la labor de mediación en materia de controversias entre los ciudadanos y la administración estatal o quienes prestan servicios públicos, gracias a las facultades de mediación que son inherentes a su mandato".¹³⁷

El autor añade: "El reto central es constituir una institución de la que se pueda esperar una intervención rápida y eficaz. No se trata de crear una entidad pública más, ni un nuevo procedimiento engorroso y pesado para el ciudadano ya harto de procedimientos. El objetivo es constituir la institución pública más eficiente que sea posible. Para ello, se deben establecer prioridades y atender al público en función de ellas".¹³⁸

Sin duda, para un accionar más efectivo de la Defensoría del Pueblo, además de establecer prioridades, se debe implementar en la práctica el criterio de **complementariedad y subsidiaridad** para evitar la duplicación de esfuerzos con instituciones que cumplen algunas de las funciones asignadas a la Defensoría.

136 GOZAINI, Osvaldo, del libro "El Comisionado del Congreso (Ombudsman)", cit. Capítulo XVIII, punto XVII, en prensa.

137 Obra citada, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, p. 29.

138 *Ibidem*, pp. 33, 34.

3. La Defensoría del Pueblo en el Ecuador

Nace institucionalmente en la Constitución Política del Ecuador codificada en el año 1996. Posteriormente, en febrero de 1997, se dicta la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que regula la organización estructural de la Defensoría y el procedimiento a seguir para la defensa de los Derechos Humanos. Numerosas regulaciones posteriores de la Defensoría del Pueblo han servido para seguir estructurándola con el fin de alcanzar sus objetivos, así, destaca su Reglamento Orgánico Funcional emitido el 12 de septiembre de 2001 y reformado el 3 de julio de 2002.

En marzo de 1997 es elegido el primer Defensor del Pueblo en Ecuador, designación que recayó sobre el Dr. Julio César Trujillo, pero lamentablemente, por falta de recursos y apoyo institucional, renunció al cargo.

Del proceso de reforma constitucional del año de 1998, en el que se nombró una Asamblea Nacional encargada de reformar la Constitución, surgió la carta vigente desde Agosto de ese año, en la que se ubica la Defensoría del Pueblo en el artículo 96, dentro del capítulo de las garantías de los derechos.

El texto constitucional dice:

"Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran, defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley.

"El Defensor del Pueblo reunirá los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia; será elegido por el Congreso Nacional de fuera de su seno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, luego de haber escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas. Desempeñará sus funciones durante cinco años, podrá ser reelegido una sola vez, y rendirá informe anual de labores al Congreso Nacional.

"Tendrá independencia y autonomía económica y administrativa; gozará de fuero e inmunidad en los términos que señala la ley".

Rescatamos que una de las funciones de la Defensoría del Pueblo que señala la Constitución es observar la calidad de los servicios públicos, ya que al ser obligación del Estado prestar estos servicios es indispensable vigilar para que éstos se rijan por principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

La Defensoría del Pueblo en el Ecuador *"se perfila como el órgano estatal especializado y autónomo en materia de derechos humanos, que facilita el acceso ciudadano a la administración estatal para proteger sus derechos si éstos se encuentran lesionados, promoviendo espacios de mediación o conciliación que resuelvan el conflicto o actuando a través de procedimientos no jurisdiccionales de protección, Le corresponde, además, una activa labor de evaluación y promoción de políticas públicas desde la perspectiva del respeto a los derechos humanos".*¹³⁹

Datos estadísticos de la Defensoría del Pueblo extraídos del Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional, período 1998 - 1999, indican:

- Hasta 1999 habían recibido 10.920 quejas a nivel nacional, de las cuales el 75% habían sido resueltas y el resto estaban en trámite.
- Entre los derechos vulnerados, las detenciones arbitrarias ocupaban el 43% de las quejas, derechos del consumidor el 33%, violaciones al debido proceso el 14%, y otros el 10%.
- La Adjuntía de los Consumidores y Usuarios registró 559 denuncias, de las cuales el 88% habían sido resueltas.
- La Adjuntía de la Mujer, la Niñez la Adolescencia registra al derecho al debido proceso como el más violado, muy por encima de los otros, siguiéndole en proporción violaciones al derecho económico.
- Las instituciones demandadas fueron varias, pero resaltan la Empresa Eléctrica con 13% de quejas en su contra, el Municipio, la Dirección de Educación, la Policía, con igual porcentaje para cada una de ellas, Pacifictel con el 10% y el resto en proporciones del 5% o menos.
- En relación a las garantías constitucionales, se presentaron 1068 acciones a nivel nacional, de los cuales 841 correspondían al hábeas corpus, 178 a la acción de amparo constitucional y 49 al hábeas data.

- El 57% de los hábeas corpus fueron concedidos, el 76% de las acciones de amparo y el 88% de los hábeas data.
- Además se presentaron 310 informes de procedencia sobre demandas de inconstitucionalidad con el 89% de respuesta favorable.

Es interesante realizar una comparación cuantitativa con el último informe presentado por la Defensoría del Pueblo al Congreso Nacional, por el año 2004. Se tiene:

- Quejas a nivel nacional: 18.749; la efectividad en la solución de los trámites de quejas es del 73 por ciento;
- Respecto a las garantías constitucionales: 136 Acciones de Amparo; 5 Hábeas Data; 321 Hábeas Corpus. El informe no indica la efectividad de las acciones interpuestas;
- Informes de procedibilidad de demandas de inconstitucionalidad: 98
- Consultas y asesoramientos: 63.146
- Repatriaciones de compatriotas fallecidos en el extranjero: 116

El mismo informe por el período 2004 indica que en los seis años de existencia de la institución, el gran total de trámites es de 328.300, de los cuales son 96.969 quejas, 4.692 hábeas corpus, 236 hábeas data, 2021 amparos constitucionales, 847 informes de procedibilidad inconstitucional, 223.163 consultas y asesoramientos y 372 cadáveres repatriados.¹⁴⁰

4. Jurisdicción de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo tiene su sede en la Capital de la República y jurisdicción a nivel nacional.

¹⁴⁰ El informe al que hacemos referencia tiene, además, contenido cualitativo del trabajo de la Defensoría del Pueblo, por lo que se recomienda su revisión, si bien es cierto que posiblemente, a la fecha de publicación de esta obra, ya exista el informe al Congreso Nacional por el período 2005

5. Requisitos para ser Defensor del Pueblo, elección y tiempo de duración

El Defensor del Pueblo debe reunir los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Suprema, es decir, ser ecuatoriano de nacimiento, hallarse en goce de los derechos políticos, ser mayor de 45 años, tener título de Doctor en Jurisprudencia, haber ejercido la profesión de abogado por un tiempo mínimo de 15 años, ser independiente de toda filiación o militancia partidista o de participación en contiendas electorales, durante los tres últimos años anteriores a su elección.

De acuerdo a la Constitución, el Defensor del Pueblo debe ser elegido por el Congreso Nacional fuera de su seno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. Previamente a la elección, el Congreso Nacional debe escuchar a las organizaciones de Derechos Humanos legalmente reconocidas.

El Defensor del Pueblo goza de inmunidad en los mismos términos que los Legisladores del Congreso Nacional, lo que significa que no se podrán iniciar acciones en su contra, sin la previa autorización del Congreso Nacional y tampoco se le podrá privar de la libertad, salvo el caso de cometimiento de delito flagrante.

El juzgador competente del Defensor del Pueblo es la Corte Suprema de Justicia.

El Defensor durará cinco años en sus funciones y podrá ser reelegido por una sola vez. El tiempo de duración en sus funciones se lo hizo pensando en evitar que coincida su elección con las contiendas electorales, hecho que ocurriría una vez cada 20 años, y por lo tanto intentar evitar que su elección esté sujeta a intereses políticos, aunque en la práctica se ha visto que no se ha podido eludir esta situación.

6. Organización estructural de la Defensoría del Pueblo

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, en el artículo 9, señala que existirán Defensores Adjuntos, Primero y Segundo, a los cuales delegará funciones, deberes y atribuciones. Los Defensores Adjuntos deberán cumplir con los mismos requisitos establecidos para ser Defensor del Pueblo.

Por su parte, el Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo, en el Art. 8, se limita a decir que los Adjuntos Primero y Segundo *"ejercerán las funciones, deberes y atribuciones que el Defensor del Pueblo les delegue mediante resolución. Le subrogan en su orden, en los casos y forma previstos en la Constitución y la ley"*.

Los Adjuntos reemplazan, en su orden, al Defensor en el ejercicio de sus funciones, en los supuestos de ausencia temporal y de vacancia del cargo, hasta que el Congreso nombre al titular. Por delegación, cualquiera de los Adjuntos podrá representar legalmente a la Defensoría del Pueblo.

El Defensor del Pueblo y los Adjuntos Primero y Segundo están considerados en el nivel Ejecutivo de la institución.

El capítulo II del Reglamento Orgánico Funcional señala un nivel Consultivo y Asesor. En este nivel establece en primer lugar al Consejo Tutelar de los Derechos Humanos, que lo preside el Defensor del Pueblo y lo integran los Directores Nacionales de Defensa de los Derechos de la Mujer, Niñez y Adolescencia; la Tercera Edad y de los Discapacitados; de los Pueblos Indios; de los Pueblos Afroecuatorianos; de los de Consumidores y Usuarios; de los Emigrantes; y, de los Campesinos o Montubios. Formula planteamientos y adopta resoluciones de interés social o público relacionado con los fines y funciones de la Defensoría.

El nivel Consultivo y Asesor lo complementan el Comité Jurídico integrado por los Directores de Recursos Constitucionales, de Quejas, de Mediación y de la Fuerza Pública y el Sistema Penitenciario; y, los Asesores y Auditoría Interna, encargados los primeros de asesorar al Defensor del Pueblo y a las demás autoridades de la institución, particularmente en su especialidad, y la segunda de vigilar que las políticas de control interno se cumplan en la institución, entre otras funciones de similar naturaleza.

El capítulo III del Reglamento Orgánico Funcional establece el nivel Operativo. Son parte de este nivel las siguientes Direcciones:

Dirección Nacional de Recursos Constitucionales, que tiene entre sus principales funciones el patrocinar, autorizado por el Defensor del Pueblo, las acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data; y, elaborar, para resolución y suscripción del Defensor del Pueblo, los informes de procedencia de demandas de inconstitucionalidad.

Dirección Nacional de Quejas, a la que corresponde aceptar al trámite y sustanciar las quejas que presenten personas naturales o jurídicas, por violaciones a los derechos y garantías constitucionales; y, en consecuencia, requerir a las autoridades, funcionarios públicos y personas naturales o jurídicas, los informes necesarios para la investigación y esclarecimiento de los hechos materia de la queja.

Dirección Nacional de Defensa de los Consumidores y Usuarios, tiene como finalidad velar por los derechos de los consumidores y de hacerlo también por la correcta prestación de los servicios públicos.

Dirección Nacional de Mediación, que aplica el procedimiento de la mediación cuando lo considere pertinente, facilitando de esta manera la solución inmediata de las quejas que presenta la ciudadanía.

Dirección Nacional para la Fuerza Pública y Establecimientos Penitenciarios, que se encarga de establecer las relaciones con la policía, fuerzas armadas y centros carcelarios, a través del trámite de quejas que denuncien violaciones de los Derechos Humanos en estas instituciones.

Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de la Tercera Edad y de los Discapacitados, que entre sus funciones principales tiene aceptar al trámite y sustanciar quejas que presenten las personas naturales o jurídicas pertenecientes a la tercera edad y discapacitados por violaciones a los derechos humanos y garantías constitucionales; y, requerir a las autoridades, funcionarios públicos y personas naturales o jurídicas, los informes necesarios para la investigación y esclarecimiento de los hechos materia de la queja.

Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Afroecuatorianos, y en la misma línea, la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indios, y la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Campesinos o Montubios, todas ellas con los mismos fines de conocimiento de quejas, investigación y esclarecimiento de los hechos materia de la queja, promoción de la defensa de sus derechos fundamentales, visitas in situ y capacitación.

Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de la Mujer, Niñez y Adolescencia, que tiene como objetivo el fortalecer los mecanismos de lucha contra el atropello de los derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes ecuatorianas. La Dirección se encarga de conocer y tramitar todas las denuncias

presentadas por asuntos relativos a los derechos y garantías de la mujer, niñez y adolescencia, previstos en la Constitución ecuatoriana, y en tratados y convenios internacionales.

Dirección Nacional de Defensa de los Emigrantes, que entre sus principales funciones tiene la de aceptar y sustanciar las quejas que presenten los ecuatorianos residentes en el exterior; proponer al Defensor del Pueblo, para su aprobación, los planes, programas y proyectos que sean necesarios para la promoción y defensa de los derechos humanos de los ecuatorianos radicados en el exterior; mantener con las organizaciones y entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales, las relaciones de cooperación necesarias.

Dirección Nacional de Capacitación y Cultura, a la que corresponde planificar las estrategias, políticas, planes y proyectos de estudio, capacitación, ciencia, tecnología y cultura por medio de un amplio y democrático debate interno, con todas las provincias, sobre los grandes problemas del país, sus alternativas de solución y en particular de los problemas de la institución, entre otras funciones.

Las Direcciones mencionadas también desarrollan funciones de cooperación con otras instituciones, promoción de derechos o de normas o cuerpos jurídicos atinentes a ellos, divulgación del conocimiento en su materia, visitas personales a los lugares que corresponda para el mejor desempeño de sus funciones, elaboración de proyectos y propuestas en sus respectivas ramas, investigación de la situación de los grupos poblacionales según la Dirección, capacitación, prestación de asistencia, especialmente a funcionarios de la institución a nivel nacional, entre otras afines al desarrollo institucional, social, cultural y económico de la población.

Cabe indicar que lo que ahora son las Direcciones Nacionales de Defensa de los Derechos de la Mujer, Niñez y Adolescencia, así como la de Consumidores y Usuarios, durante un tiempo fueron consideradas como Defensorías Adjuntas, con lo que se pretendía dar mayor relevancia al tratamiento de los temas que les competen.

En el mismo nivel operativo, con el fin de ejercer la jurisdicción a nivel nacional y descentralizar sus funciones, existen los Comisionados Provinciales que ejecutan la representación de la Defensoría del Pueblo en la respectiva circuns-

cripción territorial, y por delegación del Defensor del Pueblo, ejercen funciones, deberes y atribuciones que el titular les confiere.

Para ser Comisionados Provinciales deben reunirse los mismos requisitos que para ser Magistrados de las Cortes Superiores de Justicia, con excepción de la carrera judicial; y, ser nativo de la respectiva provincia o haber residido en ella los últimos tres años inmediatamente anteriores a su designación.

Dentro del nivel operativo, el Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo, en la Sección Décima Cuarta que va desde el artículo 40 al 43, contempla a Comisionados de los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de Ecuador para los Nacionales de Europa y en América del Norte, que tienen como misión establecer mecanismos de protección y asistencia al emigrante ecuatoriano en defensa de los derechos humanos, y el Art. 43 del Reglamento indica que deben cumplir la disposición específica del Art. 8 literal o) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, que dice: *"Proteger y defender, de oficio o a petición de parte, contra las violaciones de derechos humanos que sufran los ecuatorianos residentes en el exterior, mediante la utilización de las vías diplomática o judicial internacional"*.

Por último existe el nivel Auxiliar o de Apoyo, que contempla a los órganos relacionados con el manejo financiero, administrativo, informático, de comunicación y promoción social, secretaría general, y coordinaciones como las que realizan las unidades de apoyo y la Coordinación de Derechos Humanos.

Por último, vale indicar que los Defensores Públicos de la Función Judicial estarán a órdenes de la Defensoría del Pueblo para el patrocinio de las acciones y recursos que sean necesarios, garantizar el derecho de defensa y tutela penal en las indagaciones previas e investigaciones procesales penales. En los lugares en donde no existan defensores públicos deberá encomendarse el patrocinio a un abogado en libre ejercicio profesional.

7. Deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo

Por una cuestión didáctica hemos decidido separar las funciones del Defensor del Pueblo en administrativas, preventivas y de intervención. De conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, las funciones del Defensor son las siguientes:

7.1. Funciones administrativas

- Ejercer la representación legal y la administración de la Defensoría del Pueblo.
- Organizar la Defensoría del Pueblo en todo el territorio nacional.
- Elaborar y aprobar los reglamentos necesarios para el buen funcionamiento de la institución.
- Elaborar el proyecto del presupuesto anual de la Defensoría del Pueblo, y presentarlo para su trámite, ante el Gobierno Nacional.

7.2. Funciones preventivas

- Defender y excitar de oficio o a petición de parte la observancia de los derechos individuales y colectivos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Ecuador.
- Promover, capacitar, difundir y asesorar sobre Derechos Humanos, ambientales y de patrimonio cultural, a las personas que lo requieran.
- Hacer públicas sus recomendaciones y orientar a los ciudadanos sobre sus derechos.
- Pronunciarse públicamente sobre casos cuyos criterios sean doctrina para la defensa de los Derechos Humanos.
- Emitir censura pública en contra de los responsables materiales o intelectuales de actos o comportamientos contrarios a los Derechos Humanos.
- Informar sobre la firma y ratificación de tratados internacionales de Derechos Humanos y velar por su cumplimiento.
- Representar al país en foros internacionales en materia de Derechos Humanos.
- Presentar proyectos de ley en materias específicas de Derechos Humanos o en representación de la iniciativa popular.

7.3. Funciones de intervención

- Promover y patrocinar las garantías constitucionales de hábeas corpus, hábeas data y amparo.
- Intervenir como parte en los asuntos de medio ambiente y del patrimonio cultural en representación del interés colectivo y difuso.
- Proteger o defender de oficio o a petición de parte a los ecuatorianos cuyos Derechos Humanos sean violados en el exterior, sea a través de la vía diplomática o de la vía judicial internacional.
- Investigar en forma gratuita, inmediata y oportuna a las autoridades o personas que se encuentren denunciadas por los particulares como violadores de Derechos Humanos.
- Dar informes favorables sobre la procedencia de demandas de inconstitucionalidad de leyes orgánicas, ordinarias, decretos - leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidas por órganos del Estado o de actos administrativos de toda autoridad pública.
- Visitar periódicamente los Centros de Rehabilitación Social, unidades de investigación, recintos policiales y militares, para velar por el respeto a los Derechos Humanos.
- Ser mediador de conflictos existentes entre personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, cuando lo considere conveniente.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 337, de 18 de mayo de 2004, en los artículos que van del 11 al 13, confiere a la Defensoría del Pueblo facultades de promoción, vigilancia y garantías establecidas en la ley, e inclusive de sanción de las autoridades que incumplan su obligación de difundir la información institucional correctamente.

Además, de conformidad con el literal p) del artículo 8, el Defensor del Pueblo deberá informar anualmente al Congreso Nacional sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador y de las labores de la Defensoría del Pueblo.

Los informes, también podrán ser presentados, en cualquier momento cuando la gravedad del caso lo exija o el Congreso Nacional lo requiera.

8. Procedimiento del Defensor del Pueblo

El artículo 12 de la Ley Orgánica indica que el Defensor del Pueblo al realizar sus investigaciones organizará el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez.

En tal virtud, las personas no deben cancelar ningún valor para acudir a la Defensoría del Pueblo ni por los trámites que la institución realice en su beneficio; no requiere del patrocinio de un abogado; puede presentar su denuncia o solicitud verbalmente o por escrito; la Defensoría del Pueblo tramitará el caso de forma ágil y oportuna, sin regirse por normas que puedan retardar su ágil despacho.

9. Personas legitimadas para acceder a la Defensoría del Pueblo

El artículo 14 de la ley menciona que cualquier persona, en forma individual o colectiva, que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna podrá dirigirse al Defensor del Pueblo, para presentar una queja, incluyéndose a los incapaces relativos, y por los incapaces absolutos podrán hacerlo sus representantes.

La publicación mensual de la Defensoría, al respecto dice: *"Cualquier persona, sin discriminación de ningún tipo, puede solicitar la intervención del Defensor del Pueblo, si considera que algún organismo público ha vulnerado sus derechos fundamentales o ha lesionado sus legítimos intereses"*.¹⁴¹

Debemos entender entonces que "cualquier persona" alcanza tanto a las naturales como a las jurídicas, a las colectividades y comunidades que sientan vulnerados sus derechos fundamentales, sin excepción de ninguna naturaleza.

10. ¿Cómo debe presentarse una queja?

La ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo manifiesta:

¹⁴¹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, "El Defensor", Quito, mayo de 1999, p. 9.

"Art. 15.- Las quejas podrán ser formuladas por escrito o verbalmente, contendrán la identificación del peticionario y la relación circunstanciada de los hechos".

Cuando las quejas sean presentadas por escrito, deberán contener:

- a) Identificación del peticionario.
- b) Narración de los hechos.
- c) Firma o huella digital.
- d) Cédula de identidad o pasaporte, o en su defecto, un testigo que declare conocer al denunciante.

11. ¿Cómo debe proceder el Defensor del Pueblo?

Si la queja es sobre hechos que afecten a la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas, el Defensor del Pueblo, de encontrarlas fundadas, promoverá, sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución.

Recibida la queja, se procederá a su trámite o rechazo, en el caso de esta última deberá hacerse por escrito, en la cual se expondrán los motivos y razones de esta decisión, pudiéndose informar al interesado sobre las acciones o recursos que puede ejercer para hacer valer sus derechos.

Deben rechazarse las quejas anónimas, las que revelan mala fe, carencia de pretensión o fundamentos, y aquellas cuyo trámite irroque perjuicio a derechos de terceros.

En todo caso, la negativa de una queja no impide la investigación sobre los temas que plantea.

Cuando la cuestión o asunto objeto de la queja estuviera sometido a resolución judicial o administrativa, la Defensoría del Pueblo se limitará a vigilar el respeto al debido proceso, pudiendo para este efecto interponer las acciones y recursos contemplados en la Constitución Política de la República y la ley.

Admitida la queja se procederá a su inmediata investigación sumaria e informal, admitiéndose cualquier medio de prueba conforme a derecho.

Se notificará a los presuntos responsables de las acciones u omisiones materia de la queja, para que contesten en un plazo de ocho días, prorrogables por ocho días más, a petición fundamentada de parte. La falta de contestación será tomada como aceptación de la queja, debiéndose en todo caso investigar sobre sus fundamentos.

Comprobados los fundamentos de la queja se deberán promover inmediatamente los recursos y acciones pertinentes para impedir los daños y peligros graves que pueda sufrir la persona.

12. Obligación de colaborar con la Defensoría del Pueblo

Toda autoridad pública o persona particular involucrada en un acto de violación o conocedora del mismo, está en la obligación de prestar su apoyo e informar a la Defensoría del Pueblo al respecto.

Cuando se trate de información que por ley debe mantenerse en reserva, el Defensor podrá acceder a ella con el fin de formar su propio criterio respecto a la situación que estudia, pero deberá mantener la misma reserva respecto a la información.

El Defensor deberá recibir la asistencia técnica especializada en los casos que se requiera.

13. Sanciones

Con respecto a los funcionarios públicos:

El artículo 23 de la ley indica que la negativa de dar información y la falta de colaboración por parte de los funcionarios y empleados del sector público serán

sancionados por la máxima autoridad, previo sumario administrativo, a petición del Defensor del Pueblo, con multa de uno a diez salarios mínimos vitales y hasta la destitución del cargo, según la gravedad del caso.

La resolución de la máxima autoridad podrá ser impugnada por el Defensor del Pueblo, o el afectado, ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Además de la vía administrativa, se pueden iniciar las acciones penales por delitos contra las libertades constitucionales, y civiles por daños y perjuicios ocasionados.

Respecto de personas particulares:

El artículo 24 de la ley señala que la negativa de dar información y la falta de colaboración de los particulares implicados en las quejas que se investigan, dará lugar a las consiguientes responsabilidades civiles y penales en su contra.

II EJERCICIOS HIPOTÉTICOS

Ejercicio 1

Una persona ha sido detenida de manera ilegal y torturada con el fin que se declare culpable de un robo de armamento militar. Es trasladada a un recinto militar y permanece allí un día. Familiares del detenido desean verlo pero se niegan las visitas y se les indica que permanecerá en ese lugar hasta que se le inicie un juicio en un juzgado militar por el robo de armamento.

☞ Como Defensor del Pueblo ¿Qué actuaciones realizaría de manera inmediata y mediata?

Ejercicio 2

El hospital de una ciudad cierra sus puertas al público argumentando que no tienen medicinas para atender a las personas. Se detectan casos que requieren atención de emergencia y sin embargo de ello, no se les permite el ingreso al centro para ser atendidas.

- ☞ Como Defensor del Pueblo ¿Qué actuaciones realizaría de manera inmediata y mediata?

Ejercicio 3

Las políticas gubernamentales son francamente antipopulares, al punto que cifras estadísticas dan muestra del deterioro del nivel de vida que se ha producido en los últimos años. Usted detecta que las personas no reclaman y más bien parecen conformarse con su suerte.

- ☞ Como Defensor del Pueblo ¿Qué actuaciones realizaría tanto frente a las políticas gubernamentales como frente a la actitud de las personas?

III PREGUNTAS PARA EL DEBATE

1. ¿Qué criterio tiene usted respecto a que el Defensor del Pueblo debe defender y excitar la observancia de los Derechos Humanos?
2. ¿Considera adecuado que sea función de la Defensoría del Pueblo observar la calidad de los servicios públicos?
3. ¿Cómo el Defensor del Pueblo puede promocionar el respeto por los Derechos Humanos?
4. ¿Cuál es la diferencia entre "defender" y "proteger" los derechos humanos? Dé un ejemplo.
5. ¿Considera adecuado que el Defensor del Pueblo sea elegido por el Congreso Nacional?
6. ¿Considera adecuado que el Defensor del Pueblo deba ser necesariamente abogado? ¿Por qué?
7. ¿Cree usted que es adecuado o inclusive justo que para la elección del Defensor del Pueblo deban ser escuchadas las organizaciones de Derechos Humanos? ¿Por qué?
8. ¿Considera necesario que exista una Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de la Mujer, Niñez y Adolescencia? Fundamente su respuesta.
9. ¿Considera que por la importancia de la materia, los temas de la mujer, niñez y adolescencia debieron haber continuado como parte de una

Defensoría Adjunta? ¿Puede realizar la misma consideración respecto a temas que atañen a Consumidores y Usuarios? ¿Por qué?

10. ¿Considera necesario que exista una Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Afroecuatorianos, igualmente de los Pueblos Indios, y de la misma manera de los Campesinos o Montubios? Fundamente su respuesta.
11. ¿Cree usted correcto que el Defensor del Pueblo no tenga fuerza coercitiva sino solamente moral? ¿Por qué?
12. ¿Considera usted adecuado que la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública confiera al Defensor del Pueblo facultades de promoción y vigilancia de la Ley, e inclusive de sanción a las autoridades que incumplan su obligación de difundir la información institucional correctamente? ¿Por qué?

Anexos:

Ponencias para debate

Las siguientes ponencias fueron presentadas en los seminarios - talleres sobre Derechos Humanos y Garantías Constitucionales dirigidos a jueces y profesionales del derecho, en las ciudades de Lago Agrio, Tulcán y Quito, entre Enero y Marzo del 2000.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Fernando Chamorro

Para analizar la evolución del derecho internacional de los derechos humanos es preciso identificar las condiciones en las cuales los Estados regulan sus relaciones entre sí. Entonces resulta inevitable referirnos al fenómeno de la globalización que, según algunos autores, comienza su versión moderna con los descubrimientos del siglo XV y se consolida con el florecimiento del Estado nación y el advenimiento del capitalismo en Europa.

A partir de ese momento ya no son los señores feudales sino los Estados los que pasan a convertirse en los principales actores de la relación internacional, guardando celosamente su poder y tratando de incrementarlo por diversas vías, principalmente mediante las armas o el ejercicio de políticas económicas.

La lucha intelectual entre los partidarios de la intervención del Estado en la economía, y el liberalismo, se presenta durante todo el siglo XIX con alternancias constantes. Así se suceden períodos de liberalización y otros de proteccionismo. El colonialismo primero y la división en bloques de influencia entre el este y el oeste confieren a ese vaivén entre mercantilismos y libre cambio una dimensión cada vez más planetaria.

Con el fin de la guerra fría llegamos al inicio de los noventa y prácticamente todo el mundo trata de imitar a los países desarrollados de occidente, adoptar sus instituciones y su filosofía, privatizar las industrias del Estado, reducir la intervención de los poderes públicos a su expresión más elemental. Algunos pensadores identifican a esta como la transición de un Estado paternalista a un Estado desertor.

Si a comienzos de siglo fue el comercio el que impulsó la globalización, ahora este papel le corresponde a la tecnología y el flujo de capitales. La privatización se convierte entonces en un sinónimo de mundialización. Ahora se privatiza todo, inclusive el terrorismo, que ya no es promovido por ciertos Estados sino por grupos particulares, como en el caso de Osama Ben Laden, millonario árabe refugiado en Afganistán, las sociedades secretas del Japón o los grupos neonazis europeos.

El principal síntoma de la globalización es la erosión continua del Estado tanto en sus recursos y posibilidades de acción, como de su influencia. Los agentes del sector privado van ocupando el escenario del mundo y en lo internacional personajes como Bill Gates, George Soros o Ted Turner compiten de igual a igual, y a veces con ventaja, con los jefes de gobierno de las superpotencias del mundo.

La disminución del rol de los Estados Nación se profundiza debido a la movilidad transnacional de las empresas, los capitales y tecnologías que permiten al sector privado escapar a las jurisdicciones nacionales y acogerse a sociedades menos exigentes que permiten el libre juego de sus intereses. Las Bahamas y Nassau, como antes lo fuera Suiza, constituyen lugares confiables para cierto tipo de negocios de dudoso origen.

Por otro lado, la globalización de las tecnologías, particularmente del internet, restringe severamente la libertad de acción y la eficacia de las intervenciones gubernamentales. El Estado Nación vive un proceso de disminución de sus funciones como nunca antes ocurrió desde hace más de trescientos años.

También hay un fortalecimiento de ciertos actores que, con posiciones a veces antagónicas, pueden expresarse en las sociedades transnacionales, grupos de presión tales como las fuerzas armadas, grupos de guerrilleros o paramilitares (tal es el caso de Colombia), mafias, grupos religiosos como ocurre en Japón y China, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y la llamada sociedad civil. Si bien los fines y propósitos de todos estos actores son diametralmente opuestos en algunos casos, su rol crece frente a la ausencia del Estado.

En un contexto internacional tan complejo hay ciertos factores que son compartidos entre los Estados del mundo, aunque con matices diversos. Uno de ellos es el desempleo que afecta tanto a los países desarrollados como a los del mundo en desarrollo.

Las nuevas tecnologías de los países desarrollados permiten que el trabajo de un 30% de la población sea suficiente para producir todo lo que necesitan. El mundo tiende a trabajar cada vez menos y a producir más. Los esfuerzos del mundo desarrollado por el pleno empleo de sus habitantes están muy lejos de lograrse, aunque a veces se recurre a estratagemas que estadísticamente escon-

den la situación. Así, en el Japón basta trabajar una hora semanal para ingresar a la estadística de quienes tienen empleo.

Esta preocupación y el deseo insaciable de tener mayor éxito en las empresas conduce a una suerte de campeonato mundial por un rendimiento eficiente. A menudo rendir eficientemente es sinónimo de utilizar niños mal pagados y peor nutridos para ciertas tareas, evadir toda protección social mediante las maquiladoras o el pago por horas laboradas.

La competencia conduce a menudo a las grandes fusiones que monopolizan ciertos servicios. O se triunfa o se muere. Y si para triunfar hay que asociarse con el enemigo la fórmula puede ser válida en un mundo sin escrúpulos.

Pero por cada triunfador hay cientos de perdedores. ¿qué ocurrirá con ellos?. Se resignarán a una derrota dolorosa y a la pobreza o se orientarán a otras actividades al margen de la ley. El sentido común y la sensatez deberían hacer pensar a los campeones que su triunfo es pírrico si deben gastar sumas descomunales para protegerse de las hordas de descontentos del mundo.

Todas las estadísticas demuestran que la producción del mundo es suficiente para responder a las necesidades esenciales de toda la humanidad. No hay razón para que haya hambre, falta de vivienda y carencias elementales en salud, salvo en ciertas zonas ecológicamente devastadas.

El problema surge por ese fuerte darwinismo según el cual solo los más aptos pueden sobrevivir. Frente a ello no queda otra alternativa que establecer, y sobre todo, lograr que se respeten ciertas reglas. El papel de la ley tiene que valorizarse en ese contexto y, dentro de ello, el rol de la justicia y del juez.

Si el estado de derecho no garantiza la propiedad o regula los beneficios se degenera rápidamente en un sistema mafioso. ¿Para qué tratar de vender o comprar si se puede obtener por otras vías?.

En síntesis, al preguntarnos si la globalización es beneficiosa para la humanidad no cabe sino responder NO, o por lo menos, NO TODAVÍA.

Probablemente la situación actual nos lleve inevitablemente, en el curso del siglo XXI, a una especie de gobierno mundial. Si el mundo de lo privado goza de libertades que lo colocan fuera de todo control y el Estado Nación acepta

perder paulatinamente su función reguladora, llegará un momento en que la mundialización deba ser frenada o reorientada por un sistema de regulación supraestatal. La globalización debe tener reglas y eso lo admiten inclusive los más lúcidos de los ganadores de este proceso.

DERECHO, JUSTICIA Y GLOBALIZACIÓN

Sea bajo la forma de un gobierno mundial o al amparo de un Estado que recupere su rol de regulador de situaciones, el derecho desempeña un papel fundamental en la sociedad actual.

A la justicia le corresponde resolver los conflictos particulares y, al menos por ahora, ese rol todavía le corresponde al Estado.

Pero vivimos en un mundo amenazado por nuevos riesgos entre los cuales el crimen organizado transnacional no es el menos importante. Los medios modernos de comunicación, sumados a la informática, han pulverizado prácticamente la soberanía de los Estados. El mundo prácticamente ya no tiene fronteras físicas y legales, así se producen las mejores condiciones para la impunidad.

El crimen internacional es cambiante y se adapta a diversas condiciones buscando para actuar los resquicios que deja toda legislación. Los fraudes o estafas millonarias, las redes de influencia y extorsión, la falsificación de dinero, la piratería de tarjetas de crédito o el blanqueo de dinero, son unas tantas de las múltiples formas en que se expresa el delito internacional. Los Estados con democracias frágiles y estructuras gubernamentales débiles se convierten entonces en el paraíso de los nuevos delincuentes.

Junto a estos delitos persisten ciertas formas agravadas de delincuencia, como son el **“genocidio”**, **“crímenes contra la humanidad”** como asesinatos, exterminios, desapariciones, torturas, violaciones, deportaciones o traslados forzados, encarcelamiento arbitrario, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, realizados en forma sistemática o en gran escala contra una población civil y las **“violaciones graves del derecho humanitario”**.

Para evitar que estos actos queden impunes, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX ha ido definiéndose una doctrina fundamental del derecho

internacional que permita el juzgamiento y sanción de esos delitos a través del derecho internacional de los derechos humanos.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Según señala German Bidart Campos el *“derecho internacional de los derechos humanos es un derecho mínimo”* lo que significa que *“su maximización no puede estimarse frenada, impedida o ignorada por el tratado”*.¹

Esto aparece con toda claridad en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando se señala que *“no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales, reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce, o los reconoce en menor grado”*. Se concibe entonces a estos derechos como el núcleo del ordenamiento jurídico de la comunidad internacional. Su estructura se asemeja a la de las normas constitucionales al interior de un Estado. En ella se determinan los principios esenciales que deben regular el ordenamiento jurídico de toda moderna democracia pluralista.

Frente a la situación actual de interdependencia planetaria que debe garantizar una vida pacífica que asegure en todas partes el respeto de valores esenciales de los seres humanos, se hace necesario contar con un marco jurídico universalmente válido. En la evolución actual de la humanidad y sus relaciones no es posible aferrarse a posiciones jurídicas que responden a una realidad internacional ya superada.

El sistema de las Naciones Unidas se constituye así en el antecedente de un gobierno que responda a este nuevo ordenamiento mundial y permita ir creando estructuras sociales, económicas, políticas y culturales idóneas para actuar en escala planetaria y defender los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos se compone de aquellas normas que, a diferencia de las tradicionales formas de relación internacional entre Estados-nación, responde a un nuevo ordenamiento planetario y atañen a los valores fundamentales de la humanidad. Se trata de un derecho a escala mundial que ya no responde a relaciones interestatales o multilaterales.

Es un derecho que vincula a toda la comunidad internacional y procura evitar esa doble moral que ha sido característica de ciertos Estados que suscriben y ratifican normas internacionales que no están dispuestos a cumplir.

En consecuencia, las normas de derecho internacional de los derechos humanos reflejan de manera más clara la actual evolución de un sistema internacional ante el cual es necesario ir adaptándose. Junto con ello es indispensable que analicemos su evolución a fin de evitar desviaciones que podrían desvirtuar los fines que con él se persiguen.

Conviene destacar que en esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos la sociedad civil internacional ha demostrado en las más importantes reuniones internacionales una capacidad política y de organización que ha impulsado importantes cambios en las decisiones que los gobiernos pretendieron dar a ciertos temas. Un ejemplo importante en todo ello fue el resultado de la Conferencia Diplomática realizada en Italia en julio de 1998 que dio origen a la Corte Penal Internacional.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNO

Paulatinamente ha venido configurándose la autonomía del derecho internacional de los derechos humanos, tema que no puede tratarse exclusivamente desde el ámbito del derecho internacional ni del derecho constitucional, pues está íntimamente vinculado con ellos.

Debemos reconocer que aún existen voces aisladas que cuestionan esta nueva orientación del derechos y preconizan un respeto irrestricto de la soberanía de los Estados. Sin embargo, estos criterios se ven fácilmente superados pues la nueva concepción del mundo ha producido un cambio irrefutable en la concepción de la soberanía.

Según señala **Carlos Ayala Corao** *“Este movimiento en torno a los derechos va a ir acompañado de una superación del concepto mismo de soberanía. Esta va a ser relativizada, admitiéndose así límites al Derecho Interno que van a derivar de los compromisos internacionales, y de principios universales que van a ser aceptados por los Estados. Dentro de estos principios y compromisos internacionales, los Derechos Humanos van a jugar un rol fundamental...”*³

El horror de las violaciones de los derechos humanos cometidas por gobernantes en la ex - Yugoslavia, Ruanda y anteriormente Uganda, Chile o Camboya, demuestran la necesidad de impedir que crímenes de lesa humanidad queden sin sanción.

Cada Estado tiene capacidad de otorgar a los instrumentos internacionales de derechos humanos la jerarquía que considere adecuada. Las tendencias actuales se orientan a cuatro posibilidades:

- a) **La supraconstitucionalidad** que dispone que los tratados internacionales prevalezcan por sobre la Constitución. De esta manera se quiere demostrar que el bien común internacional es superior al bien común nacional. Países como España, Países Bajos, Guatemala y Honduras han adoptado esta modalidad.
- b) Una segunda categoría otorga a las norma internacionales de derechos humanos **rango constitucional**, lo cual significa que toda norma de derecho internacional de los derechos humanos ratificada por el Estado se equipara al texto constitucional. Esta es la posición que ha adoptado nuestro país en su Constitución al igual que lo han hecho Argentina, Nicaragua y anteriormente Perú en la Constitución de 1979, que fuera derogada por la nueva Constitución que entró en vigencia en 1994.
- c) **La subconstitucionalidad**, conocida también como **rango suprallegal** es una tercera modalidad según la cual todo tratado debe someterse a lo que establecen las normas constitucionales. Según algunos se hallan en una posición superior a la ley e inferior a la Constitución, mientras otros autores la ubican al igual que la ley. Aquí las normas del derecho internacional tienen un valor superior a las de derecho interno, salvo las de carácter constitucional. Esta modalidad ha sido adoptada por Alemania, Francia, Costa Rica, El Salvador y Colombia.
- d) Finalmente hay países que han adoptado la modalidad de la **equiparación legislativa o rango legal**, según la cual los tratados internacionales tienen el mismo nivel que las leyes internas. Esta es la modalidad más frecuente todavía y la mantienen países como Estados Unidos, México y Uruguay.

La decisión ecuatoriana de otorgar categoría constitucional a las normas internacionales de derechos humanos modifica de manera sensible la legislación nacional y exige la incorporación de tales disposiciones en los actos jurídicos que se refieren al tema de los derechos humanos.

En la práctica esto aún no ocurre de manera frecuente. Resulta excepcional la innovación por parte del abogado o el juez de las normas del derecho internacional de los derechos humanos para sustentar sus peticiones o fallos.

Frente a esta situación se hace indispensable que la formación del nuevo jurista incorpore un estudio formal del derecho internacional de los derechos humanos a fin de que sus disposiciones sean cada vez más utilizadas durante el proceso y las decisiones de los jueces.

De nada servirá la posición avanzada de la Constitución ecuatoriana si en la práctica se deja de lado un arsenal importante de disposiciones que forman parte del derecho interno y que permitirán mejorar la administración de justicia

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En diciembre de 1996 la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió convocar a una conferencia diplomática internacional de plenipotenciarios para establecer una corte penal internacional permanente, su aprobación en 1998 constituye un paso esencial en el proceso de internacionalización de la justicia.

Esta decisión es producto de uno de los debates más largos del derecho internacional, pues la idea de esta Corte comienza prácticamente desde la finalización de la segunda guerra mundial y en particular los juicios de Nuremberg y Tokio que demostraron la necesidad de que la comunidad internacional tome medidas concretas para procesar y sancionar a los responsables de los delitos más graves, cuando los propios Estados no puedan o no quieran hacerlo.

Una vez más en esta reunión el papel que cumplieron los organismos no gubernamentales fue relevante pues gracias a las presiones que ejercieron se logró superar el boicot de países como India, China y Estados Unidos que trataban de impedir que se llegara a esta definición.

Al mencionar la importancia de contar con un órgano de esta naturaleza, **Héctor Gros Espiell** señala que *“La impunidad penal internacional de los criminales*

*que han atentado contra los derechos humanos, como ejecutores materiales de las violaciones, no debe ni puede ser un principio internacional. Estos criminales, que naturalmente deberían, en principio, ser siempre castigados por el Derecho Interno, no deben poder regocijarse si este castigo no se produce, si el Estado es omiso y reticente en cumplir su deber penal o si la autoridad estatal no existe, es inoperante o ineficaz”*⁴

El carácter que asignó a la Corte Penal Internacional es subsidiario y se limita a un contado número de delitos cuya gravedad los convierte en crímenes de lesa humanidad. Los delitos para los cuales se ha asignado competencia a la Corte son el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra y agresión.

Se trata de una instancia que actúa únicamente cuando el derecho interno de los Estados se resiste. El proceso de suscripción y ratificación del estatuto de la Corte es lento pero la presión de la sociedad civil internacional irá acelerándolo.

En definitiva, uno de los aspectos positivos de este proceso de globalización resulta ser la creación de una justicia universal que avanza de manera irrefrenable. No será fácil ir adaptándose a las nuevas situaciones jurídicas, políticas y éticas que están surgiendo. Sin embargo, todo aquello que se oriente a evitar la impunidad de los grandes violadores de los derechos humanos debe ser apoyado por quienes creemos en la justicia y el derecho.

NOTAS:

1 BIDART CAMPOS, Germán. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1991.

2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 5.2. Carta Internacional de Derechos Humanos, Folleto Informativo No 2. Imprenta de las Naciones Unidas, Ginebra, 1996.

3 AYALA CORAO, Carlos M. “La jerarquía de los tratados de derechos humanos”. Artículo publicado en EL FUTURO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Unidad Editorial IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

4 GROS ESPIELL, Héctor. Responsabilidad del Estado y responsabilidad penal internacional en la protección internacional de los derechos humanos. Artículo publicado en Liber Amicorum, HÉCTOR FIX ZAMUDIO. CIDH, San José, Costa Rica, 1998.

RECURSOS DE HÁBEAS CORPUS Y HÁBEAS DATA

Raúl Velasco Enríquez

La actual Constitución de la República del Ecuador ha procedido a una mejor organización de los derechos y garantías constitucionales, lo cual facilita su mejor conocimiento; anteriormente se encontraban dispersas, actualmente tenemos que en el numeral 2 del Art. 3 de la Constitución se establece como uno de los deberes del Estado “Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social”.

En el TÍTULO III cuando se trata de los DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES, en su Art. 16 habla RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS.- “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”

El Art. 17 habla de la LIBERTAD DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS.- “El Estado Garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos nacionales vigentes, Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”

En el Capítulo II DE LOS DERECHOS CIVILES. Se agrupan en este capítulo, derechos que estaban dispersos en la anterior Constitución, como por ejemplo el derecho a la propiedad; pero también se consagran o amplían derechos que no constaban, o que constando, protegían a grupos determinados. Estos derechos son: a la no discriminación por razones de orientación sexual, de estado de salud, de discapacidad, a la identidad, a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual; a la seguridad jurídica.

El derecho a una calidad de vida garantizada, además al goce de agua potable, saneamiento ambiental, nutrición, educación, trabajo, empleo y recreación.

La garantía del debido proceso recibe un tratamiento especial, tanto por ser consagrado en una norma independiente como por la incorporación de los siguientes aspectos:

- Se prohíbe la incomunicación por cualquier tiempo.

- Se limita el plazo de duración de la prisión preventiva de seis meses a un año.
- El auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria otorgan la libertad inmediata al procesado, aunque no estén firmes.
- La obligación de motivar todas las resoluciones que dicte el poder público.
- Principios reformatorio in pejus -la situación del recurrente no puede ser empeorada por el superior-. No bis in idem -Nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa- y, la obligatoriedad de comparecer a juicio los testigos y peritos, entre otras cosas.

RECURSO DE HÁBEAS CORPUS

“La Constitución limita el poder del Estado y subordina a las otras normas legales a guardar conformidad con ella. Es lo que conocemos como GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”.

El objeto de las garantías constitucionales, son bienes jurídicos protegidos por ella y el sujeto de tales garantías es el hombre.

“Las garantías constitucionales son ABSOLUTAS y RELATIVAS. Son absolutas cuando son derechos del ser humano, que no pueden ser vulnerados por ninguna ley. Tal es el caso del derecho a la vida.

Las garantías constitucionales relativas, consisten en los derechos del hombre, en los que otras normas jurídicas no pueden intervenir o privar ciertos bienes de éste, sin el cumplimiento de ciertos requisitos, como por ejemplo, la PÉRDIDA DE LIBERTAD”

La Constitución Política del Estado Ecuatoriano en vigencia desde el 10 de Agosto de 1998 contempla tres Instituciones de tutela RECURSO DE HÁBEAS CORPUS, RECURSO DE HÁBEAS DATA y AMPARO CONSTITUCIONAL, Instituciones de mucha importancia para poder mantener un control de las garantías constitucionales”.

Al haber RECURSO DE HÁBEAS CORPUS tenemos que referirnos a la base legal en la cual se encuentra su fundamento.

La Constitución Política del Estado, la Ley de Control Constitucional y la Ley de Régimen Municipal.

ORIGEN

El significado de “Hábeas Corpus” diremos que tiene su origen en voces latinas que quiere decir “Tener el cuerpo, cuerpo presente”. Su origen conocemos que se remonta a la ley inglesa que debido a la situación social imperante de los abusos de poder, nace como un instrumento jurídico para garantizar la libertad individual, frenar las detenciones arbitrarias y evitar las prisiones sin fundamento. En definitiva para frenar el abuso de poder.

Dicha ley fue creada en Inglaterra, durante el Reinado de Carlos II (año 1697) con el nombre de “HABEAS CORPUS”. Según el desarrollo del derecho político esta institución ha ido mejorándose cada día tratando de alcanzar su verdadero fin, el garantizar el derecho a la libertad.

Al iniciar su vida jurídica el Hábeas Corpus, al amparo de su libertad, toda persona detenida podía dirigirse directamente o por medio de un tercero (abogado o no) ante un juez de la “HIGHT COURT” de Londres para obtener un “writ” (escrito) de hábeas corpus o sea una orden escrita de libertad o la disposición para que fuera conducido ante la Autoridad ante la cual debía probarse que había una causa justa para arrestarlo.

Si quien ordenó la prisión no podía justificar las pruebas o el fundamento de la detención, el juez ordenaba la libertad inmediata del detenido.

Esta garantía de cárcel legal posteriormente fue adoptada por los países occidentales.

En el Ecuador el Recurso de Hábeas Corpus tiene inicios en la Constitución Política de la Asamblea Constituyente de 1928-1929, en su Título Tercero que trata de LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES consta en el Art. 151”

“El derecho de hábeas corpus. Todo individuo que por considerar que se ha infringido lo dispuesto en los numerales anteriores se considere indebidamente detenido, procesado o preso, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la magistratura que señala la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura deberá decretar que el individuo sea trasladado

do a su presencia, y su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata y hará que se reparen los defectos o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija”. Esta norma no fue aplicada por cuanto no se había establecido la magistratura ante quien debía dirigirse, es decir que no se fijó ni la competencia ni el procedimiento. No fue aplicable, pero dio inicio en el Ecuador, lo cual sirvió de base para que el Congreso Nacional el 30 de noviembre de 1933 expidiera la “LEY DEL DERECHO DE HÁBEAS CORPUS” que fue publicada en el R.O. Nr. 40 de 8 de diciembre de 1933.

En esta ley en cambio ya se determina el procedimiento aplicable para que pueda TENER VIABILIDAD EL RECURSO CONTEMPLADO EN LA constitución de 1929.

Art. 1. “Las infracciones de las garantías fundamentales que pueden reclamarse por el derecho de hábeas corpus, y que hubiesen sido perpetradas por autoridades o funcionarios parroquiales o cantonales, se denunciarán ante el Presidente del respectivo Consejo Municipal: las que se atribuyen a funcionarios o autoridades provinciales, se denunciarán ante el Presidente del respectivo Consejo Provincial: y las que se imputares a funcionarios o autoridades nacionales o de distrito o de zona, se denunciarán ante el Presidente del Consejo de Estado.

Los reclamos contra los Presidentes de los Consejos Cantonales o provinciales se presentarán ante el Presidente de la respectiva Corte Superior”

Art. 2 “Toda denuncia se presentará verbalmente o por escrito, por el interesado o por cualquiera persona a su nombre, y, en el segundo caso, con o sin firma de abogado”

“Recibida la denuncia, el magistrado a quien se la dirija procederá de acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del Art. 151 de la Constitución, y dicho Magistrado dará cualquiera de las resoluciones a que el numeral se refiere en el plazo perentorio de tres días”

“Se concederá también acción popular para estas reclamaciones”

“Si la solicitud fuera verbal se la reducirá a escrito. De todas las actuaciones se sentará el acta respectiva”.

En el año de 1938 se incorporó este recurso al Código de Procedimiento Penal que conocemos hasta la actualidad como RECURSO DE AMPARO JUDICIAL o HÁBEAS CORPUS JUDICIAL.

“Cualquier individuo que, con infracción de los preceptos constantes en este código, se encuentre detenido o preso, podrá acudir, en demanda de su libertad, al juez superior, de aquel que hubiere dispuesto la privación de la libertad.

Cuando la queja se presente ante las Cortes Suprema o Superiores, conocerá de ella el Presidente del Tribunal.

Las quejas, cuando la privación de la libertad hubiere sido ordenada por los Intendentes, Comisarios de Policía o Tenientes Políticos, se presentarán ante cualquiera de los jueces del Crimen del respectivo territorio.

La petición se hará por escrito.

El juez debe conocer de la solicitud, ordenará inmediatamente después de recibida ésta, la presentación ante él del detenido o preso, y oír su exposición, haciéndola constar en una acta que será suscrita por el Juez, el Secretario y el quejoso, o por un testigo en lugar de este último, si no supiere firmar.

Con tal exposición, el juez pedirá todos los datos que estime necesarios para formar su criterio y asegurar la legalidad de su resolución, y dentro de cuarenta y ocho horas resolverá lo que estime legal. La resolución constará a continuación del acta de que habla el inciso anterior.

De haber sido exacta la privación ilegal de la libertad, el juez dispondrá que el denunciante de que se trate sea inmediatamente excarcelado; y las autoridades y empleados encargados de la custodia del detenido o preso, obedecerán la orden necesariamente.

El juez que hubiera mandado arrestar o detener ilegalmente a un individuo, será destituido de su empleo, a cuyo efecto el juez o Tribunal que conoció de la petición o queja a que se refiere el presente artículo, dará inmediato aviso a la autoridad o corporación llamada a decretar la destitución.

En la misma pena de destitución del empleado incurrirá el juez que hiciere uso indebido de la facultad que concede este artículo.”

Este recurso entra a formar parte del Derecho Municipal en el año de 1945 en la Ley de Régimen Municipal promulgada el 2 de noviembre de 1945.

El Art. 62 de la Ley de Régimen Municipal entre las funciones del Presidente del Consejo contemplaba la de hacer “efectivo el recurso de hábeas corpus”

“Quien considere que su detención, prisión o procesamiento infringe los preceptos constitucionales o legales, puede, por sí o por otra persona, sin necesidad de mandato escrito, denunciar el hecho al Alcalde o Presidente del Concejo del Cantón en que se encuentre preso, procesado o detenido.

No se podrá presentar denuncia alguna antes de que se venza el término de cuarenta y ocho horas de que disponen autoridades y jueces para expedir la orden firmada de prisión a que se refiere el numeral 4º del Art. 141 de la Constitución.

Presentada la denuncia o reducida a escrito si fuere verbal, el Presidente ordenará que el recurrente sea traído al punto de su presencia, y que la autoridad o funcionario que ordenó la detención, prisión o procesamiento, informe sobre el particular, a fin de establecer los antecedentes. Con el mismo objeto solicitará de cualquiera otra autoridad, los informes y documentos que considere necesarios. Las autoridades requeridas los presentarán dentro de veinticuatro horas, bajo pena de una multa de cien a quinientos sucres, impuesta por quien conoce del recurso.

Si no se presentaren los informes y documentos solicitados, el Presidente del Consejo prescindirá de ellos, sin perjuicio de estudiar, dentro de veinticuatro horas, los antecedentes que le permitan dictar, una resolución justa y legal.

Establecidos los antecedentes y dentro de veinticuatro horas, dictará cualquiera de las resoluciones a que se refiere el numeral 5º del Art. 141 de la Constitución, o desechará la denuncia....”

En la Constitución del año 1946 encontramos que existe una innovación al recurso de hábeas corpus en cuanto se hace una limitación.

“El recurso de hábeas corpus, **salvo los casos de delito in fraganti, contravención de Policía o infracción militar**, nadie puede ser detenido, arrestado

ni preso, sino mediante orden firmada por autoridad competente, con expresión de motivo, el cual no podrá ser sino uno de los determinados al efecto en la Ley. El recurso de “hábeas corpus” se presentará ante el Presidente del Concejo, o quien hiciere sus veces, del cantón en que se encuentre el detenido. Recibido el recurso, la expresada autoridad dispondrá la inmediata presentación del detenido y la exhibición de la orden de privación de la libertad, dentro del término que al efecto señalare.

Si no se presentare al detenido, o si no se exhibiere la orden, o si ésta no reuniere los requisitos anteriormente prescritos, el Presidente del Concejo dispondrá, sin más trámite, la inmediata libertad del recurrente...”

En el año de 1966 la Junta Militar de Gobierno dictó una nueva Ley de Régimen Municipal en la que se establecen en forma precisa y concreta excepciones al recurso de hábeas corpus.

Art. 70 “Quien considere que su detención, procesamiento o prisión infringe preceptos constitucionales o legales, salvo el caso de delito in-fraganti, infracción militar o contravención de Policía, puede por sí o por otra persona, sin necesidad de mandato escrito, denunciar el hecho al Presidente del Concejo del Cantón en que se encontrare detenido, procesado o preso.

No podrán acogerse a este recurso los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Civil nacional que sufran arrestos disciplinarios o sean encausados, y penados por infracciones de carácter militar o policial”.

Hecho histórico y nefasto en las garantías es que el Dr. Velasco Ibarra **suspendió el RECURSO DE HÁBEAS CORPUS**, LUEGO DE DECLARARSE DICTADOR, MEDIANTE Decreto Supremo Nr. 237 de 19 de Agosto de 1970 prácticamente dejó sin efecto este recurso, para poder ejercer retaliaciones políticas y mandar a la cárcel a sus enemigos.

El texto del Decreto es el siguiente:

DR. JOSE MARIA VELASCO IBARRA

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Considerando:

Que mediante el Decreto Supremo Nr. 01 se declaró en vigencia la Constitución Política del año 1946, en todo cuanto no se opusiese a los fines de la transformación política del 22 de junio del presente año;

Que el supremo gobierno requiere de un ambiente de paz, tranquilidad, orden interno y respeto a la Autoridad para el cumplimiento de los propósitos de restauración moral y económica del país;

Que para consolidar ese ambiente se ve obligado a reprimir todo intento de subversión y transtorno; y,

Que el ejercicio del derecho de Hábeas Corpus en un momento de irregularidad institucional perturba la tranquilidad política y el normal desarrollo de la vida municipal;

DECRETA:

Art. 1º.- Suspéndase la garantía que consagra el Hábeas Corpus hasta que el país retorne al régimen de derecho;

Art. 2º.- Los personeros municipales archivarán las solicitudes que se presenten invocando dicha garantía;

Art. 3º.- Este Decreto entrará en vigencia a partir de esta fecha y de su ejecución encárguese al señor Ministro de Gobierno y Municipalidades. Dado, en el Palacio Nacional, en Quito, a 14 de Agosto de 1970

En el año de 1971 en el Gobierno de ipso del Dr. Velasco Ibarra se realizó la codificación de la Ley de Régimen Municipal y el recurso de Hábeas Corpus consta en el Art. 74

La Comisión Jurídica que codificó la Ley de Régimen Municipal, procedió también a codificar el Código de Procedimiento Penal en el que consta el RECURSO DE HÁBEAS CORPUS JUDICIAL en su Art. 431.

En el año de 1982 mediante Decreto Legislativo 104 publicado en el R.O. 315 del 26 de Agosto introdujo reformas a la Ley de Régimen Municipal, y una de las cuales reformó el Recurso de Hábeas Corpus, en el sentido de que se concedía el recurso de aplicación para ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al empleado destituido, luego de haber puesto en libertad al

detenido, en el término de ocho días contados desde la fecha en que ha sido notificado.

En el Código de Procedimiento Penal publicado en el R.O. 511 de 10 de Junio de 1983 el Recurso de Amparo Judicial o Hábeas Corpus Judicial presenta ciertos cambios y dice:

Cualquier encausado que con infracción de los preceptos constantes en este Código se encuentre detenido, podrá acudir en demanda de su libertad al juez superior de aquel que hubiese dispuesto la privación de ella.

Cuando la queja se presente ante las cortes Suprema o superiores la concederá el Presidente del Tribunal.

Cuando la prisión de libertad hubiera sido ordenada por los Intendentes, los Subintendentes, los Comisarios de Policía o los Tenientes Políticos, la queja se presentará ante cualquiera de los jueces penales del respectivo territorio.

La petición se formulará por escrito.

El juez que deba conocer la solicitud ordenará inmediatamente después de recibida ésta la presentación del detenido y oír su exposición haciéndola constar en una acta que será suscrita por el juez, el secretario y el quejoso, o por un testigo en lugar de este último, si no supiere firmar. Con la exposición el juez pedirá todos los datos que estime necesarios para formar su criterio y asegurar la legalidad del fallo, y dentro de cuarenta y ocho horas resolverá lo que estime legal. La resolución constará a continuación del acta de que habla el inciso anterior.

De haber sido cierta la privación ilegal de la libertad el juez dispondrá que el detenido sea inmediatamente excarcelado. Las autoridades y empleados encargados de la custodia del detenido obedecerán la orden, necesariamente.

El juez que hubiera mandado detener ilegalmente a un individuo será destituido de su empleo, en caso de malicia evidente, a cuyo efecto, el Superior que conoció de la petición o queja a la que se refiere el presente artículo dará inmediato aviso a la autoridad o corporación nominadora para la remoción, que deberá cumplirse forzosamente, so pena de incurrir en el delito de rebelión.

En la misma pena de destitución del cargo incurrirá, el superior que hiciere uso indebido de la facultad que concede este artículo.

Serán también destituidos los encargados de la vigilancia del detenido que no obedecieren la orden de que se trata el inciso quinto de este artículo.

Lo dicho en los incisos anteriores se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal a que diere lugar la detención arbitraria”

Considero importante referirme en este momento a un breve análisis de esta figura jurídica en la forma como se encuentra contemplado el RECURSO DE AMPARO DE LIBERTAD CONTEMPLADO EN EL TÍTULO IV DEL LIBRO SEXTO DEL nuevo Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nr. 360 de 13 de Enero de 2000, código del que a la fecha se han puesto en vigencia 37 artículos, mientras que todo el código en su totalidad debe entrar en vigencia en dieciocho meses por expreso mandato de la DISPOSICIÓN FINAL.

Entre los artículos que se encuentran en vigencia actualmente consta desde el 422 al 430 que hablan del AMPARO DE LIBERTAD.

En este nuevo Código Adjetivo Penal se incorporan nuevas reformas a la figura jurídica que garantiza el derecho de libertad de las personas, mejorando la normativa constante en el Art. 458 del Código de Procedimiento Penal vigente que habla igualmente del RECURSO DE AMPARO JUDICIAL O HÁBEAS CORPUS JUDICIAL.

Actualmente consta un Título especial que habla del AMPARO DE LIBERTAD.

El Art. 422 dice: “Procedencia./ Toda persona privada de su libertad o que crea amenazada su libertad por un juez o autoridad pública, **puede interponer por sí misma o por terceros, una acción de amparo de libertad ante cualquier juez o tribunal penal del lugar donde se encuentre el recurrente.**

El Art. 423 Reglas de competencia./ Si la orden de prisión ha sido dispuesta dentro de un proceso, el recurso se interpondrá ante el juez o tribunal superior, de la siguiente manera:

- a.- Si la orden es de un juez penal, lo conocerá el Presidente de la Respectiva Corte Superior.
- b.- Si la orden es del Presidente de la Corte Superior, el recurso será resuelto por una de las salas.
- c.- Si la orden es del Presidente de la Corte Suprema, lo conocerá una de las salas de lo penal.

Art. 424 Solicitud./ La solicitud de amparo puede ser propuesta, oralmente o mediante escrito, sin formalidades. Si se propone oralmente, se debe elaborar un acta.

El Art. 424 establece la forma como debe redactarse la solicitud.

El Art. 425 dice: AUTO DE AMPARO y AUDIENCIA./ Cuando la persona esté privada de su libertad, el juez o tribunal debe ordenar de inmediato que el detenido sea llevado a su presencia. **De ser necesario, se puede constituir en el lugar de la privación de la libertad.**

Así mismo debe convocar a una audiencia, que debe realizarse dentro de doce horas, para que, en presencia del detenido LA AUTORIDAD INFORME. Esta es una de las nuevas innovaciones importantes.

Además como una innovación tenemos que el juez o tribunal puede ordenar la producción de pruebas durante la audiencia.

El Art. 426 habla de la AUSENCIA DEL IMPUTADO. No será necesaria la presencia física del imputado cuando se encontrare prófugo, pero intervendrá en la audiencia su defensor.

Finalizada la audiencia el juez o tribunal debe resolver inmediatamente, sobre el amparo de libertad, el Art. 458 del Código de Procedimiento Penal establece 48 horas.

Si se constata fundamentado el recurso, el juez o tribunal ordenará la inmediata libertad o la revocatoria de la orden de prisión.

Art. 428 AMPARO PREVENTIVO.- Cuando se denuncie una amenaza actual e inminente de privación de libertad, el juez o tribunal debe ordenar a la auto-

ridad que la dispuso que informe en un plazo de doce horas, y posteriormente convocará a la audiencia para sustanciar el amparo.

Cuando se trate de una orden de prisión preventiva no ejecutada el amparo debe ser conocido por la Corte Superior Correspondiente. Se puede realizar una investigación sumaria para comprobar la existencia de la amenaza. Si se constata se debe ordenar que la fuerza pública proteja a la persona durante el tiempo que ordene la resolución.

Art. 429 Efectos.- La resolución no es susceptible de recurso. El rechazo de la solicitud no impide una nueva presentación por otra causa.

Art. 430 Desaparición de persona.- Cuando se haya propuesto un amparo y no se conozca el lugar donde se encuentra la persona en cuyo favor se propuso y existan sospechas fundadas de que ha sido privada de su libertad por algún funcionario público o miembro de la fuerza pública, el juez o tribunal debe ordenar una investigación urgente para ubicarla.

Se puede encargar esta investigación al Defensor del Pueblo, quien debe informar de los resultados en cinco días.

Así mismo puede nombrar auxiliar de la investigación a la persona o asociación de personas que hayan puesto la solicitud de amparo.

Como acabamos de anotar, existen importantes reformas al RECURSO DE AMPARO DE LIBERTAD, Puntualizaremos como muy importantes el hecho de que no existan mayores formalismos, y pueda formular denuncia verbal, por cualquier persona, no solamente por aquellas personas que se encuentren privadas de su libertad, sino en contra de aquellas que se crea amenazada su libertad por abuso de poder o violación de la ley por parte del juez o tribunal, por parte del que se encuentre prófugo.

La Constitución Política del Estado Ecuatoriano en su Art. 93 dice:

“Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al hábeas corpus. Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal, en el plazo de 24 horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea

conducido inmediatamente a su presencia, y se exhibirá la orden de privación de la libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención.

El alcalde dictará su resolución dentro de las veinticuatro horas siguientes. Dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere la orden, si ésta no cumpliera los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o si se hubieren justificado los fundamentos del recurso.

Si el alcalde no tramitara el recurso, será civil y penalmente responsable, de conformidad con la ley.

El funcionario o empleado que no acate la orden o la resolución será inmediatamente destituido de su cargo o empleo sin más trámite, por el alcalde, quien comunicará tal decisión a la Contraloría General del Estado y a la autoridad que deba nombrar su reemplazo.

El funcionario o empleado destituido, luego de haber puesto en libertad al detenido, podrá reclamar por su destitución ante los órganos competentes de la Función Judicial, dentro de los ocho días siguientes a aquel en que fue notificado”.

De conformidad con el numeral 6 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano que se refiere A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO, “Nadie puede ser privado de su libertad sino por orden escrita del juez competente, en los casos, por el tiempo y las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado”.

PERSONAS QUE PUEDEN PRESENTAR EL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS

El Art. 93 de la Constitución que guarda armonía con el Art. 74 de la Ley de Régimen Municipal determina que toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, esto es pueden ser ecuatorianos o extranjeros, mayores o

menores de edad, pueden hacer uso del recurso. Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los ecuatorianos a excepción de los derechos políticos.

Además del literal a) del Art. 2 de la LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO establece la facultad del Defensor del Pueblo de promover o patrocinar el RECURSO DE HÁBEAS CORPUS.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

Cuando se ha detenido a un ser humano sin observar los preceptos constitucionales y legales procede el recurso; esto es que no haya boleta de detención o prisión preventiva.

Hagamos un breve análisis de la diferencia que existe entre detención y prisión preventiva:

La detención es aplicable de conformidad con el Art. 172 del Código de Procedimiento Penal únicamente con el objeto de investigar la comisión de un delito antes de iniciada la acción penal, esto es antes de dictarse el auto cabeza de proceso; en este caso el JUEZ COMPETENTE podrá ordenar la detención, por conocimiento personal de la infracción, por informes de los agentes de policía, agentes de la policía judicial o de cualquiera otra persona que establezca la constancia del delito y las correspondientes presunciones de responsabilidad.

Esta detención se ordenará mediante boleta y contendrá los siguientes requisitos:

- 1.- Los motivos de la detención;
- 2.- El lugar y fecha en que se expide; y,
- 3.- La firma del juez competente.

La prisión preventiva en cambio procede, cuando se ha iniciado la acción penal, bien en el auto cabeza de proceso o en el transcurso del sumario pero esta orden debe dictarse siempre y cuando se cumplan los requisitos puntualizados en el Art. 177 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

- 1.- Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad;
- 2.- Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.

En el auto se precisarán los indicios que fundamentan la prisión.

En caso de que una persona sea detenida en delito flagrante debe ser puesto dentro de veinticuatro horas a órdenes del juez competente para que no permanezca sin fórmula de juicio.

Nadie podrá ser detenido sino únicamente por los agentes de justicia, a excepción de delito flagrante y en cuyo caso cualquier persona puede detenerlo y ponerlo a órdenes de la Policía; además cualquier persona puede detener:

- 1.- Al que intente cometer un delito en el momento de comenzar a cometerlo;
- 2.- Al que fugue del establecimiento de rehabilitación social en que se halla re cumpliendo su condena o detenido con auto de prisión preventiva;
- 3.- Al sindicado, procesado o reo que estuviese prófugo.

Si no se han observado las formalidades indicadas para la detención o prisión preventiva procede el recurso de hábeas corpus.

- ADEMÁS PROCEDE en el caso de no haberse dado cumplimiento a la octava garantía del debido proceso contemplada en el Art. 8 de la CONSTITUCIÓN que dice:

“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 excedieren estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa”.

QUIENES PUEDEN PRESENTAR EL RECURSO

El detenido por sí o por interpuesta persona; puede ser en forma verbal o escrita.

En caso de que la denuncia sea verbal, el Alcalde o quien haga sus veces ordenará que se la reduzca a escrito.

TRÁMITE DEL RECURSO

Presentada la petición el Alcalde ordenará que el recurrente sea conducido a su presencia dentro de VEINTICUATRO HORAS; ordenará notificar a la autoridad o juez que ordenó la detención o prisión informe sobre el contenido de la denuncia a fin de establecer los antecedentes; notificará a la autoridad bajo cuya custodia se encuentra el detenido a quien le dispondrá que concurra con el detenido y exhiba la boleta de detención.

En el día y hora señalado se realizará la audiencia, se solicitará a la autoridad bajo cuya custodia se encuentra el detenido que exhiba la boleta constitucional de detención; se escuchará a las partes.

El Alcalde después de la audiencia y de conformidad con el Art. 93 de la Constitución dentro de veinticuatro horas dictará su resolución.

RESOLUCIONES QUE PUEDE DICTAR EL ALCALDE

- 1.- La inmediata libertad del recurrente, si no aparece justificada la detención o prisión.
- 2.- La orden de que se subsanen los defectos legales, si el recurso se contrae a reclamar vicios de procedimiento o de investigación.
- 3.- La orden de que se ponga al recurrente a disposición de los jueces propios, si la denuncia alude a la competencia o el estudio del caso lo llevare a esa conclusión.

En caso de no presentarse al detenido a la audiencia, el Alcalde ordenará inmediatamente la libertad, o en caso de que no se exhiba la boleta de detención, de igual manera puede ordenar la detención en la misma audiencia.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA EL ALCALDE QUE NO TRAMITE EL RECURSO

Una de las innovaciones que contempla la Constitución en vigencia es la responsabilidad que les establecen a los alcaldes que no tramitaren el recurso de

hábeas corpus. El alcalde será civil y penalmente responsable constitucionalmente.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE RECAEN SOBRE LAS PERSONAS QUE NO ACATEN LA ORDEN DEL ALCALDE

El funcionario o empleado que no acate la orden o resolución del Alcalde será INMEDIATAMENTE DESTITUIDO de su cargo o empleo por el alcalde, sin más trámite, quien comunicará tal decisión a la Contraloría General del Estado y a la autoridad que deba nombrar su reemplazo.

El funcionario o empleado destituido luego de haber puesto en libertad al detenido podrá reclamar por su destitución ante los órganos competentes de la función judicial, dentro de los ocho días de aquel en que fue notificado.

CABE O NO APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL ALCALDE

De la resolución del alcalde que niegue el hábeas corpus se puede presentar recurso de apelación ante el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, el cual le ordenará de inmediato que el alcalde remita el expediente del recurso negado, en las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción de tal orden.

El Tribunal Constitucional revisado el expediente y si encontrare que el detenido no fue presentado ante el alcalde; o si no se hubiere exhibido la orden de privación de libertad, o si no se cumplieren lo requisitos legales; o si se hubieren cometido vicios de procedimiento para la detención; o si del expediente aparecieren pruebas que den fundamento al recurso, el Tribunal Constitucional ordenará la inmediata libertad.

Considero que el recurso no solamente debe proceder para las personas que se encuentran privadas de su libertad, sino además de las personas que se encuentran prófugas de la justicia por una orden de detención girada para efectos de investigación de conformidad con lo dispuesto en el Art. 172 del Código de Procedimiento Penal, en el auto cabeza de proceso o en la etapa sumarial y que considera que dicha limitación a su derecho de libertad es injusta, por cuanto dichas órdenes muchas veces constituyen un atentado al derecho de libertad y seguridad personales.

Quien se encuentra con una orden de detención o prisión está afectado en su seguridad e integridad y no puede circular libremente, no tiene acceso a un justo proceso.

Este punto de vista podemos indicar que en el nuevo Código de Procedimiento Penal ya se encuentra considerado, lo mismo debería realizarse en el recurso de hábeas corpus municipal.

RECURSO DE HÁBEAS DATA

La Constitución Política del Estado Ecuatoriano en vigencia contempla el Recurso de Hábeas Data, como una innovación introducida en la carta política luego de las reformas de 1995.

Como norma constitucional el Hábeas Data es una institución de tutela nueva.

Es importante el estudio de esta Institución jurídica por los criterios que se han vertido sobre ella y por la forma de aplicación de la norma por parte de los señores jueces.

Literalmente Hábeas Data significa “Traer los datos”. Es importante establecer que en nuestra legislación existió esta institución pero bajo el respaldo de normas legales como “la exhibición de documentos”; pero esta figura jurídica tiene una serie de obstáculos, por lo cual pensamos que el Legislador trató de dar una verdadera protección a las personas e incorporó como norma constitucional el Hábeas Data, con lo cual se garantiza que se pueda acceder a informaciones que muchas veces han pasado como imposibles de acceder.

El tratadista Falcon afirma que este recurso “es remedio urgente para que las personas puedan obtener conocimiento de los datos a ellas referidos y de su finalidad para exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos” pero actualmente constituye una norma constitucional y que cuenta con medidas de sanción para la autoridad que no cumpla la resolución expedida por los Jueces o Tribunales que expidan el Hábeas Data. No podrán ejercer ni directa ni indirectamente, las actividades que venían desarrollando y que dieron lugar al hábeas data, sanción que se la impone por un año.

Los funcionarios públicos de libre remoción que se nieguen a cumplir las resoluciones que expidan los jueces o tribunales serán destituidos inmediatamente

de sus cargos por el Juez o Tribunal, salvo que se trate de funcionarios elegidos por el Congreso Nacional quienes serán destituidos por éste a pedido fundamentado del juez o tribunal previo el juicio político.

Las sanciones antes mencionadas se impondrán sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

El Art. 94 de la Constitución contempla el recurso de HÁBEAS DATA y contempla textualmente lo siguiente:

“Toda PERSONA tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.

Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación de los datos, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización.

La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional”

El Art. 34 de la Ley de Control Constitucional publicada en el R.O. 99 de 2 de julio de 1997 establece el mecanismo para poder acceder al recurso de hábeas data.

El recurso de Hábeas Data tendrá por objeto:

- Obtener del poseedor de la información que éste la proporcione al recurrente en forma completa, clara y verídica.
- 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 la ha divulgado.

No es aplicable el hábeas data cuando afecte al sigilo profesional, o cuando pueda obstruir la acción de la justicia cuando los documentos que se soliciten

tengan el carácter de reservado por razones de Seguridad Nacional; el sigilo bancario.

La acción del hábeas data se podrá interponer ante cualquier juez o Tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos. Los jueces o magistrados avocarán conocimiento de inmediato, **sin que exista causa alguna para que justifique su inhibición, salvo cuando entre éstos y el peticionario existan incompatibilidades de parentesco u otros señalados en la ley.**

El Juez o Tribunal en el Día hábil siguiente a la presentación de la demanda, convocará a las partes a audiencia, que se realizará dentro de un plazo de ocho días, diligencia de la cual se dejará constancia escrita.

La respectiva resolución deberá dictarse en el término máximo de dos días, contados desde la fecha que tuvo lugar la audiencia, aún si el demandado no asistiere a ella.

Declarado con lugar al recurso la entidad o persona requerida entregará, dentro del plazo de ocho días toda la información y, bajo juramento, una explicación detallada que incluya por lo menos lo siguiente:

- Las razones y fundamentos legales que amparen la información recopilada.
- La fecha desde la cual tiene esa información.
- El uso dado y el que se pretende dar a ella..
- Las personas o entidades a quienes se les haya suministrado los referidos datos, la fecha del suministro, las razones para hacerlo.
- El tipo de tecnología que se utiliza para almacenar información.
- Las medidas de seguridad aplicadas para precautelar dicha información.

Art.40 “De considerarse insuficiente la respuesta, podrá solicitarse al juez que disponga la verificación directa, para la cual, se facilitará el acceso del interesado a las fuentes de información, proveyéndose el asesoramiento de peritos si así se solicitare.”

Art. 41 “Si de la información obtenida el interesado considera que uno o más datos deben ser eliminados, rectificadas, o no darse a conocer a terceros, pedirá al juez que ordene al poseedor de la información que así proceda. El juez ordenará tales medidas, salvo cuando claramente se establezca que la información no pueda afectar al honor, la buena reputación, la intimidad o irrogar daño moral al solicitante.

El depositario de la información dará estricto cumplimiento a lo ordenado por el juez, lo cual certificará bajo juramento, sin perjuicio de que ello se verifique por parte del propio interesado, solo o acompañado de peritos, previa autorización del juez del trámite.

De la resolución que dicte el juez negando el hábeas data se podrá interponer el recurso de apelación en el término de ocho días.

PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN LEGITIMADAS PARA PRESENTAR EL RECURSO

Están legitimadas no solo las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a ello, sino los padres, tutores, o curadores a nombre de sus representados.

Además de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del Art. 2 de la Ley Orgánica de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO corresponde al Defensor del Pueblo promover o patrocinar el Recurso de Hábeas Data, al igual que el Recurso de Hábeas Corpus y de Amparo de las personas que lo requieran.

El Recurso de HÁBEAS DATA no sirve para garantizar el honor, la dignidad, el buen nombre, como existen criterios, muy respetables, por cierto, pero que no corresponden a la filosofía de la tutela, cual es la de acceder a documentación, bancos de datos; en definitiva información que se ha negado; inclusive se ha negado el derecho de petición contemplado en el numeral 15 del Art. 23 de la Constitución, por cuanto hay determinadas autoridades que violan la garantía constitucional fundamentándose en disposiciones superiores. Por lo que para estos casos es plenamente aplicable el HÁBEAS DATA.

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN EL ECUADOR

Irene Pesantez

ANTECEDENTES

El Estado ecuatoriano alarmado por los primeros lugares que ocupaba nuestro país dentro de los informes internacionales que daban a conocer las violaciones de derechos humanos decide iniciar un proceso de concientización encaminado a lograr la aprobación de una reforma constitucional cuyo objetivo era incluir la institución de la Defensoría del Pueblo como una garantía para el respeto, promoción y vigencia de los derechos fundamentales consagrados, no solamente, en nuestra Ley Fundamental, sino también, los establecidos en las declaraciones internacionales.

Ante este requerimiento, los intentos por lograr esta reforma fueron varios, desde 1988, llegando a cristalizarse, finalmente, esta aspiración ciudadana en 1996, tras un proceso de reformas iniciado en el gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén, de esta manera el artículo 29 de la Constitución anterior consagraba y daba forma a la institución que constituirá el arma fundamental de la población ecuatoriana para ejercitar sus derechos fundamentales.

La Asamblea Nacional Constituyente, reunida en 1998, consolidó la figura del Defensor del Pueblo en nuestro país.

A pesar de que desde 1996 contábamos ya con la Defensoría del Pueblo como garantía constitucional, Varias circunstancias, básicamente las de carácter económico, le impidieron atender inmediatamente los requerimientos de todos los ecuatorianos.

En septiembre de 1998, cuando el país retornaba, por decirlo así, a la estabilidad política, el Congreso nombra al Defensor del Pueblo y se logra al fin abrir las puertas de la Defensoría del Pueblo a la ciudadanía ecuatoriana y de esta manera evacuar todas aquellas quejas, que por violación de derechos humanos, no habían sido presentadas, por cuanto no existía el lugar para hacerlo.

PAPEL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR

El artículo 96 de la Constitución Política de la República prevé la presencia de un Defensor del Pueblo que tendrá jurisdicción nacional, esto quiere decir que su campo de acción no estará solamente limitado a la capital de la república y a una que otra región o provincia, sino que actuará en todo el país.

Las funciones primordiales que ésta le asigna al Defensor del Pueblo son:

- a) La promoción y patrocinio del hábeas corpus y la acción de amparo constitucional; éstas constituyen otras garantías constitucionales encaminadas a exigir el cumplimiento de sus derechos;
- b) Defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza;
- c) Observar la calidad de los servicios públicos; y,
- d) Las demás que le asigne la ley.

Es decir que la Constitución Política de la República considera como las más importantes a estas funciones pero se remite a las demás consagradas en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Esta es norma legal que, por un lado, organiza administrativamente el funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y, por otro, establece cuáles son los mecanismos y las vías expeditas que deberán ser utilizados por esta institución para el fiel cumplimiento de su mandato constitucional.

Las funciones que constan en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo son varias, entre las cuales podemos destacar:

- Intervenir como mediador con el fin de solucionar los conflictos que se presenten entre miembros de la sociedad civil con la administración pública.
- Emitir los informes de procedibilidad para demandar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas o actos administrativos. Este informe sustituye el engorroso trámite que constituye la recolección de mil firmas, para que cualquier ciudadano pueda acudir al Tribunal Constitucional y se inicie un proceso de estudio para declarar la inconstitu-

cionalidad de alguno de estos instrumentos jurídicos, sino que con el solo informe del Defensor, los ecuatorianos podemos llegar al Tribunal Constitucional para demandar la inconstitucionalidad de cualquier norma que sea atentatoria de nuestros derechos y garantías.

- Intervenir en asuntos destinados a la protección del medio ambiente y el patrimonio cultural con el fin de resguardar el interés de la colectividad.
- Promocionar, capacitar, difundir y asesorar a los ciudadanos sobre sus derechos humanos, orientar a los ciudadanos en la aplicación y ejercicio de sus derechos.
- Vigilar que en los centros de rehabilitación del país se respeten los derechos fundamentales de quienes se encuentran en ellos recluidos.
- Ésta es una de las principales funciones que tiene la Defensoría del Pueblo y que facilita el ejercicio de la participación ciudadana y constituye la posibilidad de presentar, por su intermedio, proyectos de ley, es decir la iniciativa popular.
- Otra función muy importante que tiene a su cargo la Defensoría del Pueblo es la vigilancia del debido proceso, esto quiere decir velar porque los procesos, tanto administrativos como judiciales sean transparentes.

Todo lo expuesto nos permite concluir que tanto el Defensor del Pueblo como la Defensoría del Pueblo en general, no constituyen una entidad pública o burocrática común, cuyas características son similares a las que estamos acostumbrados a evidenciar en nuestro país, no, la Defensoría del Pueblo es un organismo de control no jurisdiccional, con el que cuenta toda la ciudadanía para exigir a través de ésta tanto a las entidades públicas como privadas el respeto de nuestros derechos fundamentales y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública. La Defensoría del Pueblo se constituye en una autoridad moral que lleva a cabo sus funciones y consigue sus objetivos a través de la persuasión y la mediación.

En la medida de que la Defensoría del Pueblo no es una autoridad jurisdiccional, ésta no cuenta con poder coercitivo alguno es decir que no está facultada para imponer sanciones de tipo penal o pecuniario, pero el mejor recurso con el que cuenta es la facultad de censurar públicamente a aquellas autoridades que han vulnerado de manera flagrante los derechos de los ecuatorianos y emitir informes defensoriales en los que dará cuenta de la situación en la que se

encuentran los derechos humanos en nuestro país y frente a esto elaborar las recomendaciones que considere pertinentes con el fin de reparar el daño que se causó y evitar que esta situación continúe afectando a los ecuatorianos.

Debido al rol que la Defensoría del Pueblo debe cumplir en nuestro país, el mismo artículo 96 de la Constitución Política de la República, consagra la independencia y autonomía tanto administrativa como financiera con la que deberá contar este organismo de control.

Estas características, casi únicas dentro de la normativa jurídica ecuatoriana responden a las necesidades que una institución con estas características tan específicas debe reunir. Requiere de una independencia económica y administrativa a fin de que sus actuaciones no sean susceptibles de condicionamiento por parte de otra autoridad, es decir que no tenga la suficiente libertad para entrar a investigar supuestas violaciones de derechos o incumplimiento de aquella autoridad que tiene como función proporcionar los recursos económicos para solventar los gastos que la Defensoría del Pueblo demande para el cabal cumplimiento de su mandato. La autonomía, es así mismo, importante por cuanto deja en claro que esta institución no está sujeta a ninguna otra entidad pública ni poder del Estado, sus actuaciones son responsabilidad únicamente suya y de su representante legal que, en este caso, es el Defensor del Pueblo.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo consagra la obligación de todas las entidades del sector público como del privado de prestar toda la colaboración que la Defensoría requiera dentro de los procesos que debe llevar a cabo, la prestación de colaboración no solo se refiere a la obligación de remitir la información que la Defensoría les solicite, en el plazo máximo de ocho días, que puede ser prorrogado solo por ocho más, previa justificación de las razones por las cuales se retarda la entrega, sino también la obligación de atender a sus funcionarios cuando éstos consideren pertinente la intervención de las autoridades. La Defensoría podrá solicitar a la máxima autoridad correspondiente, inicie un sumario administrativo, cuyo objetivo es sancionar a aquel funcionario que no ha atendido las solicitudes de la Defensoría del Pueblo.

Por cuanto la labor de la Defensoría se extiende hacia todos los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y Tratados Internacionales, ratificados por el Ecuador, se ha hecho necesario consolidar una estructura administrativa que responda a todos los requerimientos de los ciudadanos ecua-

torianos. Por lo que cuenta con Defensorías Adjuntas especializadas en temas por derechos, como por ejemplo la Adjuntía del Consumidos o Usuario, de los Indígenas y Negros o Afroecuatorianos, Defensor Adjunto Primero que tiene a su cargo la tramitación de ciertos derechos específicos como los de medio ambiente, derecho a la salud, la Defensoría Adjunta de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia.

Finalmente, con el fin de atender los requerimientos de todo el país en general, cuenta con una oficina en cada una de las provincias del país, cuyo representante es el comisionado o Defensor del Pueblo Provincial, en quien se han delegado casi todas las atribuciones que tiene el Defensor del Pueblo y los demás Adjuntos y Directores, excepto la elaboración de informes de procedibilidad para demandar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas o actos administrativos, ya que es facultad privativa del Defensor del Pueblo nacional.

LA DEFENSORÍA ADJUNTA DE LA MUJER, LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El mundo occidental nos ha presentado un modelo ideal, el modelo ideal consiste en un hombre, adulto, blanco educado, por lo que quienes no reúnen estas características, es decir no están alineados con el modelo ideal han sido discriminados y excluidos de la sociedad, por tanto quienes hemos sido excluidos hemos sido mujeres, niños/niñas, adolescentes, indígenas, negros, analfabetos.

La exclusión y discriminación de la que hemos sido objeto las mujeres, los niños, las niñas, nos ha impedido tener una participación activa de la sociedad, ciertos roles nos han sido asignados únicamente a las mujeres y a los niños limitándonos el acceso a otros. Los derechos de estos actores sociales no han sido concebidos como prácticas plenas sino como concesiones generosas.

Debido a esta situación el movimiento de mujeres, a partir del siglo XIX inicia un proceso encaminado a lograr la igualdad entre hombres y mujeres, una igualdad basada en que tanto los hombres como las mujeres nos merecemos lo mismo. Posteriormente las mujeres vamos reconociendo que esto no es así y que somos diferentes, razón por la cual necesitamos un trato diferente que nos permita obtener igualdad de oportunidades y cuyos resultados no generen discriminación alguna.

Uno de los principales logros del movimiento de mujeres ha sido el reconocimiento de la diferencia existente entre sexo y género, el sexo está íntimamente ligado con la anatomía que nos hace diferentes a los hombres de las mujeres, mientras que el género, “hace referencia a todas aquellas prácticas, valores, costumbres y tareas que la sociedad -más no la naturaleza- les ha asignado en forma distinta a ambos sexos” lo que nos permite visualizar la existencia de un género masculino y un género femenino.

Esta perspectiva nos ha permitido hacer un análisis y deconstruir una sociedad o una cultura androcéntrica es decir una cultura cuyo centro era el hombre, y de esta manera obtener una reivindicación de los derechos de las mujeres desde la perspectiva de género, es decir como ya lo dijimos anteriormente, con igualdad de oportunidades y ejerciendo plenamente nuestros derechos.

Asimismo, los movimientos encargados de velar por el interés superior de la niñez, es decir, por la obligación del Estado de crear los mecanismos necesarios y el ambiente propicio para que los niños puedan ejercer plenamente sus derechos han logrado concienciar a los humanos de que los niños también son sujetos de deberes y derechos; de que son ciudadanos.

Este reconocimiento de la ciudadanía de los hombres y mujeres y, por tanto, de que sus derechos existen llegó, en el Ecuador, a su plenitud, en la Constitución Política de la República, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente reunida en 1998, donde se recoge gran parte de sus aspiraciones.

Pero esta enunciación no es suficiente por cuanto no significa una modificación de nuestra actitud ni de nuestra conducta frente a la situación de mujeres, niñas, niños y adolescentes. Los cambios deben ser producidos a través de procesos de empoderamiento, exigibilidad coercitiva y aplicabilidad sociológica de éstos, por lo que existe de alguna manera una barrera que nos impide ejercer a plenitud los logros conseguidos.

En este contexto, aparece la Defensoría de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia, cuya finalidad principal es garantizar el ejercicio pleno de los derechos de estos actores sociales, de vigilar su cumplimiento, es decir de no permitir que únicamente se queden como enunciados, sino de generar transformaciones que les permitan cristalizarse.

La Defensora Adjunta de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia tiene jurisdicción nacional, es decir que su labor también se extiende hacia todo el país, puede, por tanto, conocer todos los casos que por violación de los derechos de las mujeres y niños se presenten en el país.

Con el fin de hacer efectivo su mandato, tiene a su cargo la defensa, promoción y garantía de los derechos fundamentales de las mujeres y la niñez, lesionados por organismos estatales, de la administración pública o de las que fueren concesionarias particulares, en los casos previstos en la ley y los particulares.

El control que debe realizar la Defensora Adjunta de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia lo ejerce a través de la recomendación, la crítica, elaboración de informes periódicos, la pedagogía y la sugerencia de modificación de conductas a fin de que sus decisiones sean respetadas por la elevada y reconocida autoridad moral que representa.

Asimismo, se le ha conferido la misión de defender, promocionar, demandar y crear las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, la niñez y la adolescencia, considerados como ciudadanos mas no como beneficiarios de políticas públicas, que son tan comunes en nuestro país.

Para reforzar la labor de la Defensoría se requiere del concurso de la sociedad civil que constituye su motor y su razón de ser, por lo que coordina la presencia y participación del movimiento de mujeres y del de niñez y establece comunicación continua con las instituciones estatales que trabajan por la mujer, la niñez y la adolescencia en orden a cumplir los objetivos propuestos.

Específicamente las funciones que debe desempeñar la Defensora Adjunta de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia son las siguientes:

- a) El conocimiento y trámite de las quejas que versen sobre violaciones a los derechos de las mujeres, la niñez y la adolescencia previstos en la Constitución Política de la República;
- b) El conocimiento y trámite de las quejas relativas a los derechos de las mujeres, la niñez y la adolescencia a que se remiten los correspondientes tratados o convenios internacionales;

- c) Asesorar al Defensor del Pueblo en los asuntos relativos al ámbito de su competencia sobre el enfoque de género y niñez;
- d) Impulsar procesos de capacitación y de difusión así como campañas que propicien el cambio de actitud de la sociedad en torno a las relaciones de género y el respeto a los derechos de las mujeres, la niñez y la adolescencia;
- e) Coordinar el ejercicio de sus funciones con los Defensores Adjuntos de la Defensoría del Pueblo; y
- f) Las demás funciones, deberes y atribuciones que por delegación le entregará el Defensor del Pueblo.

LA ACCION DE AMPARO

Julio César Trujillo

La Constitución Política de la Republica, en la versión reformada y codificada que entró en vigencia el 10 de Agosto de 1.998, contiene la versión más acabada y moderna del Estado social de derecho, o más específicamente del estado constitucional de derecho en la terminología a la que es afecto el Dr. Jorge Zavala Egas.

En efecto, al igual que todo moderno Estado de derecho cuenta con una Constitución escrita, rígida, directa e inmediatamente aplicable, cuya supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico no solo está prescrita en el Art. 272 sino que además está garantizada con medios políticos, sociales y jurídicos de control constitucional.

Por cierto, estas medidas, con las que el constituyente trata de satisfacer las exigencias de la modernidad, no son del agrado de todos y menos de quienes quisieran que la modernidad se redujera a transferir las empresas del Estado a su favor o a favor de los intereses extranjeros a los que representan, y que, en lo demás, les dejara en libertad para manejar la política y los negocios con la arbitrariedad y/o autoritarismo de siempre.

Pero, a tono con lo que la ciencia del Derecho Constitucional exige, el Art. 119 de la Ley Fundamental del Ecuador dispone que todas sus instituciones, organismos y dependencias deben organizarse y funcionar de conformidad con sus preceptos y con los preceptos de la ley; el Art. 118 coloca a las funciones legislativa, ejecutiva y judicial en el primer lugar de las instituciones del sector público.

Con el fin de asegurar que las instituciones del Estado respeten la ley, en el Art. 196 de la Constitución prevé la jurisdicción contencioso administrativa, para que todas las normas del ordenamiento jurídico del país se enmarquen, por su contenido y forma, dentro de sus preceptos en virtud de la supremacía prescrita en el Art. 272, el Título XIII y otras normas que constan en distintos títulos forman un sistema de Control Constitucional.

La Constitución, a su vez, contiene varios tipos de normas, de un tipo son las que organizan el poder político y su ejercicio, determinando los órganos que

han de ejercerlo y la forma como han de hacerlo, de otro tipo son las que fijan los valores, principios, objetivos que deben guiar la acción del Estado y de quienes en su nombre ejercen la autoridad, de un tercer tipo son las normas que reconocen los derechos de la persona humana que el Estado ha de respetar y cuyo goce está obligado a garantizar a todos los habitantes de su territorio, en fin, completan este tercer grupo de normas, las normas que institucionalizan las garantías con las que la persona puede impedir la violación de sus derechos, hacerla cesar cuando sea el caso o reclamar la reparación de perjuicios cuando la violación se ha consumado.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Las medidas de Control Constitucional son de varias especies: políticas unas, otras sociales y unas terceras jurídicas; en definitiva persiguen los tres objetivos siguientes: que todas las Instituciones del Estado actúen dentro del ámbito de las competencias o materias que la Constitución les fija y que en ellas ejerzan las facultades que se les atribuyen, que en su acción busquen la realización de los principios, valores y objetivos en ella prescritos, que el reconocimiento de los derechos de la persona conlleve su respeto efectivo y la creación de las condiciones para que nadie se encuentre impedido de gozarlos en la vida diaria.

La primera de las medidas políticas es la división de poderes de que hablara Montesquieu o de funciones según la terminología preferida en nuestro medio y la atribución a los titulares de cada una de estas funciones de mecanismos políticos de control recíproco, así al Congreso se le equipa con todo el arsenal de medidas de fiscalización de las otras funciones, al Ejecutivo del veto, etc.

A los medios políticos hay que sumar los medios de control social en manos de la sociedad, de los cuales cabe destacar: la opinión ilustrada y bien informada de los ciudadanos, la familia que forma la conciencia democrática, la escuela y más establecimientos de educación formal que difunden los valores y hábitos sin los cuales el Estado de derecho carece de sustento, los medios de comunicación social, etc.

Las medidas políticas y sociales de Control Constitucional se complementan y refuerzan con las medidas estrictamente jurídicas que integran la Justicia o Jurisdicción constitucional; para ello el Art. 275 institucionaliza el Tribunal Constitucional y el Art. 276 le inviste de las facultades necesarias para: “Dirimir

conflictos de competencias y atribuciones asignadas por la Constitución” a cada una de las Instituciones del Estado, así como para conocer los conflictos entre la Constitución y las demás normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, declarar la inconstitucionalidad de éstas últimas y suspender sus efectos en el caso de que haya una oposición insalvable entre ellas.

Los conflictos de competencias y atribuciones de que ha de conocer el Tribunal Constitucional son los que se susciten entre las tres Funciones clásicas: Legislativa, Ejecutiva y Judicial y también los conflictos que tengan como partes a las Instituciones del Estado taxativamente enunciadas en el Art. 118.

La competencia del Tribunal Constitucional para controlar la vigencia de la Constitución y de su supremacía sobre toda otra norma jurídica dentro del país es compartida con la Función Judicial que al amparo del Art. 274 de la Constitución, por intermedio de cualquier juez o tribunal, en las causas que éstos conozcan, puede “declararla inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados o convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”.

En este caso, el juez o tribunal declara la inconstitucionalidad de la norma jurídica contraria a la Constitución y no la aplica; pero, esta decisión no tiene efectos sino en el caso y para las partes de él, por tanto podría ocurrir que otro juez o tribunal sea de parecer contradictorio y aplique la ley que el primero no aplicó por haberla declarado inconstitucional.

Para evitar la subsistencia real o potencial de estas discrepancias que privarían de confianza al ordenamiento jurídico del Ecuador, con mengua del derecho a la seguridad jurídica que reconoce el Art. 23, numeral 26, la misma Constitución, el Art. 274 dispone que el juez o tribunal que no haya aplicado una norma jurídica por haberla declarado inconstitucional “presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con el carácter general y obligatorio”.

En este supuesto, habría dos decisiones de “inconstitucionalidad”, la del juez o tribunal y la del Tribunal Constitucional, aquello con valor únicamente para el caso en que tuvo lugar la decisión y la del Tribunal Constitucional con valor erga omnes o generalmente obligatorio para todos y en todos los casos.

Si hubiera discrepancia entre las dos decisiones prevalecería la del Tribunal, pero solo para el futuro y sin que incida para nada en el caso resuelto por el juez o tribunal, ya porque el Tribunal no es competente para conocer el caso en que se produjo la declaración del juez o tribunal sino para comparar las dos normas, establecer si hay contradicción entre ellas y de encontrar que la hay declarar la inconstitucionalidad de la de menor jerarquía y suspender sus efectos, ya también porque la sentencia del juez o tribunal, en el caso y para las partes, tiene efecto de cosa juzgada y ya, por último, porque las resoluciones del Tribunal no tienen efecto retroactivo.

Los jueces y tribunales de justicia tienen además competencia para aplicar la Constitución cuando se les presente una demanda en la que se les pida aceptar una pretensión del demandante sustentada o fundamentada directamente en la Constitución, pues ésta es para los habitantes del Ecuador fuente directa e inmediata de derechos y, por esta razón, los órganos del poder público no pueden desechar la demanda con el argumento de que falta ley para aplicar al caso la norma constitucional, Art. 18, inciso 3°.

La Constitución puede ser violada por un acto del poder público proveniente de las Instituciones del Estado que implique además la amenaza de violar o la violación de hecho de los derechos reconocidos en la Constitución y entonces el o los perjudicados cuentan con las acciones de hábeas corpus para defender la libertad e integridad personales, el hábeas data para protegerse del poder informático y la de amparo, para impedir la violación, hacerla cesar o demandar la reparación de los perjuicios ocasionados por la violación, de cualquier otro derecho no protegido por las otras acciones o garantías.

Del hábeas corpus conoce el alcalde del lugar en donde se encuentra la persona privada ilegalmente de su libertad y de la acción del hábeas data y de la de amparo, en cambio, conocen los jueces civiles y los tribunales de primera instancia; por excepción pueden conocer de ellas los jueces de lo penal en los días feriados o de vacancia.

En los tres casos, la persona que inconforme con lo resuelto por el alcalde, juez o tribunal puede apelar para ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal tiene competencia para conocer del caso y resolver la apelación, confirmando lo resuelto por la autoridad “a quo” o revocando lo resuelto por ésta y dando la razón al apelante.

Para que los jueces y tribunales desempeñen la augusta función de decir el derecho y hacer cumplir sus decisiones aún en contra de las del Congreso contenidas en las leyes, de los reglamentos del Ejecutivo y de los actos de la administración pública, en general, se les protege con la autonomía de ellos y de la Función en cuanto institución.

Las normas que contemplan la organización y funcionamiento de las instituciones creadas para conocer de las acciones y excepciones son el Derecho Procesal Constitucional parte, a mi modo de ver, de la Jurisdicción o Justicia Constitucional y ésta a su vez parte del Control Constitucional.

Por último, los derechos humanos cuentan para su promoción y defensa de la institución del Defensor del Pueblo, conocido también por su nombre en su país de origen: Ombudsman

LA ACCIÓN DE AMPARO

La acción de amparo es, pues, una de las medidas jurídicas que la Constitución pone a disposición de los habitantes del Ecuador para impedir que sus derechos sean violados, lo mismo que para hacer cesar la violación cuando esto sea posible y, por último, para reclamar por los perjuicios que se les ocasionare con los actos u omisiones que violaren sus derechos.

Es común, en nuestro medio, la confusión entre derechos y garantías de una parte y el uso de los términos recurso o acción de amparo para denominar a esta garantía.

La Constitución, conforme la más calificada doctrina distingue los derechos de las acciones y los regula por separado, de los primeros, en cuanto facultades que por ser inherentes a la dignidad de la persona son oponibles al Estado y a los demás hombres y mujeres, tratan los Capítulos 2 a 5 del Título III y de las segundas, como mecanismos necesarios para defender los derechos, se ocupa el Capítulo 6 del mismo Título C.

Por tanto la “acción de amparo” es una garantía para la tutela de los derechos de la persona.

En el lenguaje de uso diario, el término “recurso” es usado para referirse a los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, en este sentido el amparo puede llamarse recurso, pero no en el técnico.

En efecto, en el Derecho Procesal, como señala Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, es por antonomasia la “reclamación que, concedida por ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal, para ante el mismo o el superior inmediato, con el fin de que la reforme o revoque”, por tanto para evitar equívocos y por esto discusiones de si el juez es o no superior de otras autoridades, la Constitución llama “acción” al amparo constitucional y lo es en sentido estricto por cuanto en realidad constituye el derecho de petición ejercido ante el juez o tribunal de la función jurisdiccional, que es como Couture define a la acción.

Además, la denominación de acción de amparo diferencia a nuestra institución de la que con el nombre de recurso de amparo consagra la Constitución española con el carácter de subsidiario, que según Alfonso Pérez Moreno catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla - España tiene por objeto: “permitir la garantía en el último nivel, de los derechos fundamentales y libertades públicas, después del control previo de los Tribunales ordinarios, o contra las violaciones en que éstos hayan podido incurrir”.

La institución que nosotros llamamos acción de amparo parece tener un origen muy remoto, pero en el Derecho Constitucional contemporáneo proviene de la experiencia constitucional mexicana y en los últimos tiempos tiende a extenderse por los países de América Latina y aún de Europa, con caracteres propios e incluso nombres propios en cada lugar. Aquí nos ocuparemos de lo que sucede en el Ecuador.

La legitimación activa

El Art. 95 de la Constitución se ocupa de la acción de amparo y en este precepto hemos de buscar los elementos que la perfilan como institución constitucional distinta de toda otra. Este artículo comienza reconociendo la titularidad de la acción de amparo a “cualquier persona”, habría que agregar que se trata de la persona cuyos derechos subjetivos son o amenazan ser violados y, entonces, quedaría obligada a justificar que el acto u omisión impugnado les causa o amenaza causarles perjuicio.

El término “persona” ha dado lugar a la discusión de si ello legitima para deducir o ejercer la acción de amparo a las personas naturales y a las personas jurídicas o solamente a las primeras.

La segunda tesis, la de que solo las personas naturales, o sea las personas físicas: el hombre o la mujer, pueden ejercer la acción de amparo se sustenta en la creencia errada de que los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados o convenios internacionales corresponden a la persona humana y digo que es errada esta creencia porque hay derechos que, por igual, pertenecen a la persona humana lo mismo que a la persona jurídica, aunque hay, desde luego, derechos que son exclusivos de la persona humana.

Hay que tener en cuenta el citado Art. 95 habla de “un derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente” y entre estos derechos están los derechos a la propiedad privada, a la seguridad jurídica, al debido proceso, etc., que son comunes a la persona humana y a la jurídica, mientras que el derecho a la vida, a la libertad de conciencia, etc. Jamás puede alegarlos la persona jurídica ni mucho menos intentar la acción de amparo para defenderlos.

Mi tesis siempre ha sido, por consiguiente, que la persona natural y la persona jurídica pueden invocar la acción de amparo en defensa de sus derechos constitucionalmente reconocidos; esta tesis ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en más de una resolución, de conformidad además con el Art. 48 de la Ley de Control Constitucional.

En la Constitución se halla reconocida la legitimación activa o facultad para deducir la acción de amparo a los colectivos o grupos humanos que carecen de personalidad jurídica, siempre que comparezcan por medio de un “representante legitimado”, que no es lo mismo que “representante legítimo”, ya que éste requiere de una persona natural o jurídica en tanto que aquel está previsto a favor de una “colectividad” que no tiene personalidad jurídica. Me parece conforme con el texto y la finalidad del texto constitucional que bastaría que el grupo o colectivo se reuniera en asamblea, designara uno o más personas para que comparezcan a su nombre y en su representación, que de todo se dejara constancia en un acta con cuya copia acreditarían los comparecientes su calidad de “representante legitimado”.

Aunque, según la doctrina y la Constitución, no hace falta ley para que las colectividades sin personalidad jurídica puedan comparecer ante los jueces en ejercicio de la acción de amparo, ganaríamos mucho si se reformara el Art. 48 de la Ley de Control Constitucional para ponerse a tono con la Constitución y, entre tantas otras cosas, determinar los elementos que han de caracterizar al “representante legitimado” y prevenir fraudes que perjudiquen, en lugar de que beneficien a los miembros de los grupos o colectivos a nombre de quienes comparezca ese representante.

De otra parte, no hay que olvidar que hay “colectivos” a quienes la misma Constitución reconoce y a cuyas autoridades o dirigentes confiere la facultad de comparecer en defensa de sus colectividades, este es el caso de las nacionalidades o pueblos indígenas, pueblos afroecuatorianos, Arts. 84, numeral 7, y 85, o los grupos humanos en defensa del “ambiente sano”, Art. 91, último inciso.

Por la Constitución, también podría comparecer el Defensor del Pueblo por así disponer el Art. 96 de la Constitución para la acción de amparo en todo caso y cualquier persona natural o jurídica cuando se trate de la protección del medio ambiente como lo dice el Art. 48 de la Ley de Control Constitucional.

En algunas legislaciones se le atribuye facultad para deducir la acción de amparo al Ministerio Público, en nuestro Derecho creo que estaría comprendida esta facultad dentro de las funciones que les son propias de coadyuvar para tener el imperio de la Constitución, en términos del Art. 219 de la misma Constitución.

Para la defensa del ambiente sano están legitimadas constitucionalmente las organizaciones constituidas para el efecto aunque ni ellas ni sus miembros sean las afectadas.

No está prevista en la ley, la defensa de los derechos del consumidor, si bien la Ley sobre la materia autoriza, a las Asociaciones de Consumidores legalmente constituidas, representar a los perjudicados a petición expresa de ellos, pero no en cuanto derecho colectivo ni para la acción de amparo sino en el juicio penal que en dicha Ley se prevé.

Urge, sin embargo, la ley especialmente para precisar quien ha de representar el “interés comunitario, colectivo o derecho difuso” de que trata el tercer inciso del mismo Art. 95.

Acto u omisión de autoridad pública o de particulares

El Art. 95 también dice que la acción de amparo procede contra todo acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, de personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública, o de los particulares “cuando se conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso”.

Aquí hay varios elementos que precisa tener en cuenta: primero, lo que ha de entenderse por autoridad pública, cuándo procede la acción contra los particulares y qué significa derecho comunitario, colectivo o difuso.

- La autoridad pública a que se refiere la Constitución es todo funcionario del Estado o de sus instituciones con poder para tomar decisiones que obligan a las personas sometidas a su autoridad, éstos son los de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, así como los de las otras instituciones mencionadas en el Art. 118; en este sentido y con este alcance haya que entender el Art. 46 de la Ley de Control Constitucional que habla de actos de la administración pública.
- No están sujetas a la acción de amparo, en cambio, las leyes del Congreso Nacional ni las providencias judiciales expedidas en juicio para resolver los incidentes o litigio o las de mero trámite o tendientes a impulsar el trámite de la causa.
- Esto no quiere decir que las leyes del Congreso puedan contradecir impunemente a la Constitución en materia de derechos humanos, sino que contra las leyes se ha previsto la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional directamente, la excepción de inconstitucionalidad ante los jueces y tribunales y contra las providencias judiciales la acción de daños y perjuicios del Art. 22, acción ésta que procedería también contra leyes y actos de la administración pública que irroguen perjuicios y no solo cuando sean inconstitucionales.
- Cabe, en cambio, la acción de amparo contra resoluciones meramente administrativas del Congreso o de los jueces y tribunales, siempre que cumplan las otras condiciones o requisitos que luego examinaremos. Lo mismo puede decirse de las omisiones.

- La norma constitucional, a diferencia del Art. 46 de la Ley de Control Constitucional, extiende la eficacia de la acción de amparo para impugnar los actos y omisiones de los particulares, sean personas naturales o sean personas jurídicas, que tengan por actividad habitual la prestación de servicios públicos. He dicho más arriba que la Constitución es directa e inmediatamente aplicable y, en consecuencia, en éste como en cualquier otro caso la norma constitucional habrá reformado a la legal y, en consecuencia, habrá que aplicarla sin vacilación.
- Respecto de los servicios públicos hay que distinguir los servicios públicos propios y los servicios públicos impropios.
- Son propios, en el Derecho Administrativo, los servicios públicos que el Estado, por sí mismo y directamente o por medio de sus instituciones, los organiza y mantiene en funcionamiento.
- Estos servicios públicos pueden también ser prestados por delegación a empresas mixtas o privadas en los términos y condiciones prescritos en el Art. 249, inciso 1°.
- Por supuesto, el Estado mediante ley puede asumir la organización y funcionamiento de otros servicios con el carácter de servicios públicos y la delegación o concesión a los particulares puede versar también sobre esos servicios lo mismo que respecto de cualquier actividad que la Constitución reserve para el Estado, como lo hacen los Arts. 247 y 248 de la Constitución, las leyes y las ordenanzas municipales o provinciales.
- En todos estos casos, los actos y omisiones de los particulares que actúen por delegación o concesión, son impugnables con la acción de amparo.
- Son públicos impropios aquellos servicios que satisfacen una necesidad actual o potencial de todos los habitantes del Ecuador o de una determinada circunscripción territorial pero que, no obstante, el Estado ha dejado para que los particulares los organicen y presten libremente, pero siempre de acuerdo con las regulaciones y/o previas las autorizaciones de los poderes públicos, como sucede, por ejemplo, con el transporte, el procesamiento, la transportación y la distribución de combustibles y otros contemplados en el Art. 35, numeral 10, de la Constitución y el Art. 521 del Código del Trabajo.

- El régimen de estos servicios públicos impropios depende en todo de lo que disponga la ley. Pero a diferencia de lo que ocurre con los servicios públicos propios, en que el Estado puede asumirlos en condiciones de monopolio, en los impropios cuando el Estado considera necesario intervenir lo hace en competencia con los particulares, quienes no requieren ser delegados ni concesionarios del Estado para dedicarse a ellos o para asumirlos, como dice el Art. 35, numeral 3 inciso 3° de la Constitución.
- Los actos de las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios públicos también son impugnables con la acción de amparo.
- Acto u omisión de particulares que afecten grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

En este precepto tenemos varios conceptos que exigen una explicación y que la ley ayudaría a entenderlos mejor y de modo uniforme, estos conceptos son: interés comunitario o colectivo y derecho difuso.

El derecho subjetivo supone una norma jurídica que protege la titularidad de una persona sobre un bien cualquiera, tangible o intangible, o la facultad de una persona para exigir de otra un comportamiento de dar, hacer o no hacer, en tanto que el interés comunitario o colectivo exige un bien jurídicamente protegido que aunque no pertenezca a nadie en particular, a toda persona importa su protección porque de su existencia quienquiera puede sacar provecho mientras que por su falta quienquiera puede resultar perjudicado actualmente o en cualquier momento. Ordinariamente estos intereses están protegidos por la acción popular.

El derecho es colectivo cuando de él es titular o sujeto un grupo determinado o posible de determinar y es difuso cuando el grupo no es determinado ni posible de determinar, ya sea porque no se puede fijar con precisión ni el espacio al que se extiende ni las personas que pueden reivindicarlo, sea porque los sujetos del derecho cambian constantemente e incluso la misma persona pueda ser, a la vez, legitimado activo del derecho en un caso y en otro sujeto pasivo del mismo derecho, es la situación del que es consumidor de unos bienes y proveedor de otros.

Oswaldo Alfredo Gozaini destaca el carácter indivisible de los derechos o intereses difusos porque son de condición tal que “la satisfacción de uno solo impli-

ca, en principio, la del grupo, así como la afectación a uno solo, lo es también a la clase”, es el caso del derecho al ambiente sano del que si goza el individuo gozarán los del grupo que con él coexisten en el mismo lugar y la contaminación que afecta a uno cualquiera afecta a todos.

En todas estas materias será bueno que la ley resuelva cuestiones como, por ejemplo: el representante legitimado, el alcance de la cosa juzgada, la función reparadora y especialmente preventiva del juez y otras que son conocidas en el Derecho Comparado, y de las cuales no tenemos noticia en nuestro medio.

Difiere la acción colectiva o “class actino” de la litis consorcio o acumulación de acciones prevista en el Art. 75 del Código de Procedimiento Civil en que en ésta todos comparten el mismo proceso, que por eso viene a ser común, pero cada uno defiende su pretensión o derecho individual, en cambio en aquella son comunes tanto el proceso cuanto el derecho defendido.

Acto u omisión ilegítimos

El acto u omisión deben ser ilegítimos, dice el Art. 95, y esto exige una reflexión acerca de cuando los actos del poder público lo son. Hay quienes sostienen que la ilegitimidad debe constar a priori, es decir antes de que la acción sea propuesta, lo cual es imposible, habida cuenta de que los actos del poder público gozan de la presunción de legitimidad y lo contrario debe ser establecido y declarado por el juez competente en un proceso.

Por consiguiente, toda vez que el constituyente no pudo haber dispuesto un imposible, hemos de entender que la ilegitimidad depende de que el acto o la omisión violen o amenacen violar un derecho de los reconocidos en la Constitución o en los tratados o convenios internacionales vigentes en el Ecuador, cosa que deberá ser establecida en el proceso que, para el efecto, debe tramitarse ante un juez competente, de acuerdo con lo que ello tiene prescrito la ley.

No es concebible desestimar, dentro del proceso o fuera de él, la ilegitimidad de un acto u omisión que viola los derechos constitucionalmente reconocidos en la Constitución o instrumentos internacionales y rechazar la acción de amparo que equivaldría a decir que ese acto u omisión es legítimo cuando la legitimidad del poder mismo del Estado y de los órganos que lo ejercen depende de que

con sus actos respeten y hagan respetar esos derechos al tenor del Art. 16 de la Constitución.

Acto u omisión que viole o pueda violar un derecho

A diferencia de la acción de inconstitucionalidad cuyo objetivo es preservar la supremacía de la Constitución que garantiza la unidad del ordenamiento jurídico del país, fin abstracto y general, la acción de amparo tiene como fin proteger un derecho concreto y particular, este derecho debe ser además de los consagrados en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente en el territorio ecuatoriano.

La Constitución, conforme a los postulados del jus naturalismo, no otorga sino que se limita a reconocer derechos que pertenecen a la persona con anterioridad al Estado y además de enunciarlos uno a uno los que el constituyente estima más conocidos, agrega que reconoce y garantiza a los no enunciados que “se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

Por tanto, la acción de amparo procede a favor de derechos enunciados expresamente en la Constitución y en los tratados internacionales lo mismo que a los no enunciados en ellos que aparezcan reconocidos y garantizados en otras leyes, porque éstas en la doctrina son tenidas como partes de la Constitución material, y si, de una parte, la forma en que está redactado el Art. 95 parece que se refiere a la Constitución formal, o sea al conjunto de normas que constan en el cuerpo denominado Constitución Política de la República del Ecuador, de otra parte la regla de interpretación constitucional establecida en el Art. 18, inciso 2º respalda nuestra opinión en sentido antes dicho.

Por supuesto que la acción de inconstitucionalidad procede todavía con mayor razón contra la ley, reglamento o cualquier norma jurídica que viole o amenace violar los derechos de la persona reconocidos en la Constitución, declaraciones y tratados internacionales y otras leyes, a las que el precepto arriba citado las constitucionaliza.

Ya hemos dicho que están igualmente protegidos los intereses colectivos, comunitarios o difusos, lo mismo que los derechos subjetivos de los directamente afectados con la violación de estos intereses.

Daño grave e inminente

Tres son los requisitos que el Art. 95 exige en esta frase para que proceda la acción de amparo: que haya peligro de daño, que el daño sea grave y sea, a la vez, inminente. Este precepto ha suprimido la exigencia de que el daño sea además irreparable que consta además en el Art. 46 de la Ley de Control Constitucional en armonía con lo que disponía la Constitución antes de la reforma del año 1998.

La posibilidad de que el acto pueda causar daño es posible establecerla objetivamente, no así la gravedad del mismo y toca al juez o tribunal que conoce de la acción estimar si es o no grave el daño en consideración a la situación de la persona, el número de perjudicados, la posibilidad o no de restitución de las cosas al estado en que estaban antes de la ejecución del acto, etc.

Que amenace de modo inminente quiere decir que el efecto del acto o la omisión ha de ser un daño que ocurrirá inmediatamente que el acto sea ejecutado o la omisión no sea corregida con la actuación de la autoridad en la forma en que debería actuar en razón de las funciones que le son legalmente requeridas, la inmediatez requerida no es, por supuesto, temporal sino lógica, es decir que entre el acto y la omisión de un lado y el daño haya relación de causa efecto.

La redacción se presta a la discusión sobre la procedencia de la acción de amparo respecto de los actos u omisiones que, por haberse consumado, han causado ya el daño y no solo amenazan causarlo, porque en la primera parte, el precepto en referencia dice que la acción tiene por finalidad “remediar inmediatamente las consecuencias del acto u omisión” y más adelante dice que éstos han de amenazar causar daño grave.

La norma ha de entenderse en el sentido que más favorezca la efectiva vigencia de la garantía que en ella se reconoce a los habitantes del Ecuador, de conformidad con lo prescrito en el Art. 18, inciso 2º, y lo que mejor y más favorece a la acción de amparo como garantía para el respeto de los derechos humanos es que ella puede proponerse lo mismo cuando el daño no es sino amenaza de causar daño que cuando el daño se ha causado y requiere ser remediado, en esto también la actual Constitución difiere del ART. 46 de la Ley de Control Constitucional.

Sin embargo, según el Art. 95 de la Constitución debe tratarse de un daño que se pueda remediar inmediatamente, esto es que el remedio necesario sea de los que pueden aplicarse con la sola resolución del juez o tribunal y no necesita otras medidas para las que hagan falta pruebas o acciones que el juez o tribunal no podrían realizar sin que antes medien demostraciones acerca de la cuantía de los daños o de la clase de reparación de los daños sufridos por el accionante.

Así por ejemplo si un empleado público propone la acción alegando haber sido destituido por un delito sin que haya precedido sentencia condenatoria, el juez o tribunal al aceptar la acción por violación de los derechos consagrados en el Art. 23, numeral 8 y Art. 24, numerales 7 y 10, basta con que ordene restituir al destituido y la publicación de su resolución por los medios de comunicación para que el daño quede remediado. No sería éste el caso de quien reclama una indemnización por un acto que viola su derecho de propiedad, el juez o tribunal que acepta la acción no podría avaluar los daños ocasionados a la propiedad ni éstos se desprenderían de la simple comparación de la norma constitucional y del acto de la autoridad pública impugnado.

Juez competente

Mientras los Estados Unidos de América desde el comienzo encargaron a la Función Judicial la tutela de los derechos de la persona, en Europa, bajo la teoría de la primacía del parlamento fruto de la voluntad popular frente al ejecutivo, con frecuencia encabezado por el rey, la protección de los derechos humanos estuvo a cargo del primero, es decir del parlamento, que se lo presumía infalible y soberano.

Actualmente, lo mismo en Europa que vivió la experiencia del nazismo y del fascismo que en Latinoamérica, se ha generalizado la entrega de la defensa de los derechos humanos a la Función Judicial con medios estrictamente jurídicos, uno de los cuales es la acción de amparo.

Nuestra Constitución hace lo mismo y dispone que la acción de amparo podrá ser propuesta “ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley” y la Ley de Control Constitucional lo designa en los siguientes términos: “son competentes para conocer y resolver el recurso de amparo, cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consu-

me o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos.”

Sobre los jueces civiles no hay dificultad alguna y acerca de los “tribunales de instancia” se ha de entender que se trata de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal; pero unos y otros deben ser competentes por razón del territorio en donde el acto se haya realizado o donde el acto va a surtir efectos y el Art. 60 de la Ley de Control Constitucional dispone que las providencias que dicten los jueces o tribunales por razones diferentes a su competencia deberán ser consultadas al Tribunal Constitucional “para su confirmación o revocatoria”.

La Ley, por desgracia, deja sin resolver muchas cuestiones y no aclara si, cuando el Tribunal confirma la providencia en la que el juez o tribunal se declara incompetente, el accionante puede o no deducir la acción ante el juez o tribunal competente sin que, para el caso sea aplicable la prohibición del Art. 57 que dice: “Se prohíbe la presentación de más de un recurso de amparo sobre la misma materia y con el mismo objeto, ante más de un juez o Tribunal”. Creo que sí procede la presentación de un nuevo recurso porque la razón de ser de la prohibición, si bien es evitar la congestión de causas sobre la misma materia y fin, su principal razón de ser la de evitar resoluciones contradictorias con el caos consiguiente y, en el caso, este riesgo no existe.

La contradicción más grave es la del inciso 1° del Art. 47 que fija la competencia de los jueces y tribunales por razón del territorio con el inciso 3° del mismo artículo que, por el contrario, les prohíbe inhibirse por cualquiera otra causa que no sea la de parentesco con el peticionante. La armonía del inciso 1° del Art. 47 con el Art. 60 favorecería la interpretación en el sentido de que los jueces y tribunales deben excusarse por incompetencia en razón del territorio, mientras que el Art. 18, inciso 2° fortalecería la prohibición que tiende a asegurar de mejor manera la tutela de los derechos de la persona y ésta estimo sería la interpretación correcta.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE AMPARO

La Ley de Control Constitucional regula la organización y actividades del Tribunal Constitucional, que según los Arts. 142 y 275 de la Constitución con

jerarquía de ley orgánica. De esta Ley nos interesan las normas que regulan el trámite de la acción de amparo.

¿Petición o demanda?

La Ley se cuida de definir la naturaleza de la petición que ha de presentarse al juez competente que, cualquiera que sea su naturaleza, ha de reunir los elementos de la demanda que permitan a la autoridad conocer quiénes son las partes, qué pide el solicitante, a quién llama así y también demandante o actor, y cuáles son las razones de toda especie en que se funda para presentar la petición; no obstante, de no reunir estos elementos, el juez puede ordenar que complete la petición con los datos que necesite para resolver lo que se le pide.

En cuanto la petición llegue a manos del juez o tribunal competente, éste examinará si es cierta e inmediata la posibilidad de la violación y la gravedad, la del daño que puede ocasionar justifican que ordene a la autoridad pública de la que proviene el acto que suspenda cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace el derecho del solicitante y de ser así dictará esa orden en ese mismo momento y en la misma providencia en la que dicte tal orden convocará a las partes, por una sola vez y por escrito, a una audiencia para que expongan las razones de las que se encuentren asistidas.

Audiencia

Esta audiencia debe realizarse durante las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la providencia, que es lo mismo que decir dentro de las veinticuatro horas de recibida la petición y esto aunque sea feriado el día en que se presenta la petición o el día en que deba realizarse la audiencia. La celeridad con la que el Legislador quiere que sea tramitada la acción de amparo se justifica por la importancia que tienen los derechos humanos; pero, en la práctica las cosas no ocurren de esta manera.

En la audiencia que, como su nombre lo indica debe llevarse a cabo en presencia del juez o tribunal que está conociendo de la acción de amparo, las partes exponen verbalmente sus razones, primero el actor y luego la autoridad de la que proviene el acto impugnado, por sí o por medio de su delegado. La falta de concurrencia de la autoridad no impide la realización de la audiencia en la que se escuchará, tan solo, al actor, cuya ausencia sí equivale a desistimiento.

Esta audiencia puede postergarse solamente por ausencia de una de las partes y siempre que la que falta justifique y compruebe que su ausencia obedece u obedeció a fuerza mayor.

Problema difícil de resolver es el de si el juez puede o no abrir un término de prueba, a favor se puede invocar el Art. ... y en contra la naturaleza de la controversia que no tiene otro objeto que el de comparar dos normas, la constitucional y la del acto o resolución impugnada. Me inclino por la negativa, o sea la de que no procede la prueba.

Resolución

Dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes a la audiencia, el juez o tribunal dictará la resolución que, como toda resolución de la autoridad pública será motivada.

De esta resolución cualquiera de las partes podrá apelar para ante el Tribunal Constitucional dentro de los tres días posteriores a la notificación de la resolución a las partes, en caso contrario la resolución quedará ejecutoriada al decir del Art. 52, inciso 2°.

Resolución de la apelación

El Tribunal Constitucional tiene el plazo de diez días para resolver la apelación, de acuerdo con lo actuado ante el juez o tribunal de primera instancia, si bien puede convocar a las partes a una audiencia para escucharlas de creerlo necesario, en la práctica esta audiencia se la convoca a petición de parte.

Dentro de este plazo, la causa puede ser resuelta por la sala a la que le haya tocado conocer por sorteo, a menos que en la sala haya un voto salvado, caso en el cual pasará el asunto para ser resuelto por el Tribunal en pleno.

Con el propósito de que el Tribunal Constitucional no demore en la resolución de las causas que llegan a su conocimiento, el Art. 63 de la Ley de Control Constitucional dispone que si el pleno o la sala a la que le ha tocado conocer de una causa no dicta su resolución en el plazo, los vocales responsables perderán la competencia y serán llamados los suplentes para que lo hagan en el mismo plazo y bajo iguales prevenciones, esto es que perderán la competencia.

El buen deseo del legislador, sin embargo, tropieza con las dificultades debidas al cúmulo de asuntos y al más insalvable inconveniente de que de cumplirse la norma, muchas causas quedarían sin solución y la defensa de la Constitución y la vigencia de los derechos humanos carecerían de institución que cumpla esas funciones indispensables en el Estado de derecho.

A pesar de que el Art. 64 de la Ley previendo esta posibilidad, sobre en materia de hábeas corpus, hábeas data y acción de amparo, faculta al Tribunal a integrar salas con los vocales suplentes, en número de tres cada una, el Tribunal con el argumento de que más importante es que prevalezcan el derecho ciudadano a la justicia y su obligación de darla, según el Art. 24, numeral 17, de la Constitución, ha decidido seguir conociendo de las causas aún después de vencido el plazo y los ciudadanos han preferido esperar a quedarse en la indefensión.

La resolución del Tribunal es definitiva y debe ser cumplida, compete al juez o tribunal de primera instancia arbitrar las medidas para que la resolución sea cumplida y el Art. 58 dice que el “funcionario o autoridad que incumpla la resolución, indemnizará los perjuicios que el incumplimiento cause al recurrente”.

La falta de ley que determine el juez que conozca de la acción para perseguir la indemnización de perjuicios y el proceso en que ha de sustanciarse la demanda, ha paralizado el uso de esta importante garantía contra el autoritarismo, no obstante que, a mi juicio, el Estado sería incivilizado y en su contra habría que encaminar la acción ante los tribunales distritales de la jurisdicción contencioso administrativa, con arreglo al Art. 20 de la Constitución. Por cierto, el Estado podría ejercer el derecho de repetición contra el funcionario o autoridad responsable para obtener que se le restituya lo que ha debido pagar por su culpa. Mucho ganarían la democracia y la moralidad pública con el funcionamiento de esta institución.