

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE

ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO CON

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

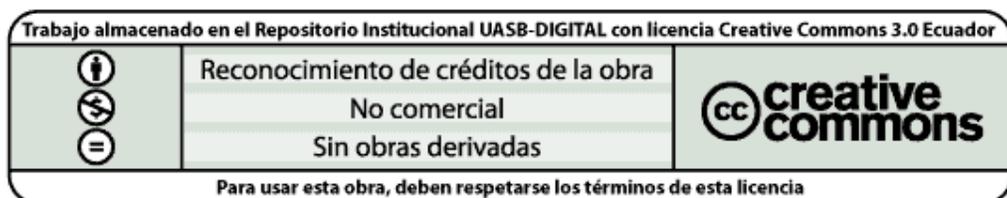
LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL ECUADOR,

EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008:

¿REALIDAD O FICCIÓN JURÍDICA?

BYRON MICHAEL TORRES AZANZA

2013



Byron Michael Torres Azanza, autor de la tesis intitulada “La acción por incumplimiento en el Ecuador, en el marco de la Constitución de 2008: ¿Realidad o ficción jurídica?” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 20 de septiembre de 2013

BYRON TORRES AZANZA

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE
ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO CON
MENCION EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL ECUADOR,
EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008:
¿REALIDAD O FICCIÓN JURÍDICA?**

BYRON MICHAEL TORRES AZANZA

TUTOR: DR. LUIS FERNANDO TORRES

QUITO, 2013

RESUMEN

Con la Constitución de Montecristi de 2008 nace una novedosa garantía constitucional denominada *acción por incumplimiento*, originaria del derecho comparado y que en la presente investigación se intentará demostrar que es una garantía constitucional que arrastra consigo problemas al momento de hacerla efectiva ante la omisión de autoridades públicas y de personas que incumplen con lo que imperativamente les imponen las normas que integran el sistema jurídico, los actos administrativos de carácter general y las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.

Analizaremos su objeto y naturaleza, así como el procedimiento de la Corte Constitucional, y el estudio de los denominados *malos casos* que han vulnerado los derechos que esta acción está llamada a proteger.

El lector además verificará los vacíos legales que dejan las normas que regulan esta acción y las limitantes que tienen los usuarios de la justicia al momento de querer hacer efectivas sus garantías.

A mis padres, Mone y Segundo, a quienes les debo todo lo que soy y lo que seguiré siendo, por su enorme sacrificio y su insuperable amor.

A Elsita Jaramillo y Julio Vásquez, por el apoyo constante e inmenso corazón.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas que colaboraron en la realización del presente trabajo; y, de manera especial al Dr. Luis Fernando Torres, profesional quien con su conocimiento y experiencia ha aportado de manera invalorable a la presente investigación.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	10
--------------------------	-----------

CAPÍTULO PRIMERO

LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL ECUADOR.

1.1. La acción por incumplimiento.....	12
1.2. La acción por incumplimiento como garantía constitucional.....	14
1.3. Objeto de la acción por incumplimiento.....	18
1.3.1. La acción por incumplimiento garantiza el cumplimiento de las normas que integran el sistema jurídico.....	20
1.3.1.1. La Constitución.....	22
1.3.1.2. El bloque de constitucionalidad y los tratados y convenios internacionales.....	23
1.3.1.3. Incumplimiento de leyes y normas constitucionales de jerarquía inferior.....	33
1.3.2. Los actos administrativos de carácter general.....	36
1.3.3. Sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.....	40
1.4. La acción por incumplimiento: ¿Naturaleza constitucional o administrativa?.....	43

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO Y EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

2.1 Antecedente de la acción por incumplimiento en el derecho comparado.....	49
2.1.1. Writ of mandamus.....	50
2.1.2. Writ of injuction.....	53
2.1.3. El mandato de injucao brasileño.....	54

2.1.4. Los mandamientos de ejecución en las constituciones federales de Argentina.....	56
2.1.5. La acción de cumplimiento en Colombia.....	57
2.1.6. La acción de cumplimiento en Perú.....	59
2.1.7. El recurso contencioso administrativo.....	60
2.1. Procedimiento constitucional de la acción por incumplimiento.....	62
2.2.1 Sujetos procesales que intervienen en la acción por incumplimiento.....	63
2.2.1.1. Legitimados pasivos.....	63
2.2.1.2. Legitimados activos.....	65
2.2.1.3. Comparecencia de terceros.....	66
2.2.1.4. Reclamo previo.....	67
2.2.2. La demanda.....	70
2.2.3. Causales de inadmisibilidad.....	75
2.2.4. Procedimiento de la acción por incumplimiento.....	78
2.2.4.1 Admisión de la demanda y notificación al accionado.....	78
2.2.4.2. Audiencia y contestación de la demanda y sentencia.....	78

CAPÍTULO TERCERO

PARECIDOS DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CON OTRAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES, Y MUERTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

3.1.- El parecido de la acción por incumplimiento con otras garantías.....	81
3.1.1.- La inconstitucionalidad por omisión y la acción por incumplimiento.....	81
3.1.1.1.- Un caso práctico: Demanda de inconstitucionalidad por omisión presentado por la asambleísta Lourdes Tibán en contra de la Asamblea Nacional.....	84
3.1.2.- Parecido de las acciones de protección, por incumplimiento e inconstitucionalidad por omisión.....	86

3.1.3.- Acción de incumplimiento o acción por incumplimiento.....	88
3.2.- La acción por incumplimiento debido al incumplimiento de la Corte Constitucional.....	96
3.3. Un ejercicio de terror: la ponderación en la acción por incumplimiento (caso Villalta).....	98

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones.....	107
4.2. Recomendaciones.....	111

BIBLIOGRAFÍA	114
---------------------------	-----

LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL ECUADOR, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008: ¿REALIDAD O FICCIÓN JURÍDICA?

INTRODUCCIÓN

Hace más de cinco años entró en vigencia la nueva Constitución de la República¹, trayendo consigo una nueva etapa constitucional para el país, esto es, “*un Estado constitucional de derechos y justicia*”, en donde la prioridad estatal es la de velar y garantizar los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los convenios y tratados internacionales, encontrándose en el artículo 93 una novedosa garantía jurisdiccional denominada *acción por incumplimiento*.

Esta acción mediante un proceso constitucional tiene por finalidad garantizar el derecho que tienen los ciudadanos frente a la administración pública para demandar el cumplimiento de normas que forman parte del sistema jurídico, así como informes y sentencias de organismos internacionales de derechos humanos por parte de la misma administración o personas particulares determinadas o determinables, en una primera y única instancia ante la Corte Constitucional.²

Es necesario el análisis de esta nueva garantía ya que en el Ecuador no existe estudio alguno sobre esta acción que está siendo muy utilizada a día de hoy por los abogados de este país en los diferentes casos que alberga este proceso constitucional y

¹ Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, misma que deroga a la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (R.O. 1, 11-VIII-1998)

² Iván Castro Patiño, *Análisis del Proyecto de la Nueva Constitución, Contribución de la Facultad de Jurisprudencia a una reflexión académica con miras al próximo referéndum septiembre 2008*, Editorial Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2008, pp. 134 y 135

que tiene como prioridad determinar si esta acción es o no una simple ficción jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En la presente investigación nos proponemos responder a la siguiente pregunta:
¿Cuál es el alcance de la Acción por Incumplimiento con relación a normas jurídicas, actos administrativos de carácter general y sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos?

CAPÍTULO PRIMERO

LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL ECUADOR.

1.1 LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La acción por “incumplimiento” o también denominada de “cumplimiento”³ nace con la Constitución de 2008, la misma que figura en su artículo 93:

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

Por otra parte, el artículo 436 numeral 5 de la Carta Fundamental amplía su objeto a los actos administrativos de carácter general dentro de las competencias y atribuciones de la Corte Constitucional:

Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía,

³ En países como Perú y Colombia se la ha denominada a esta garantía como *acción de cumplimiento*.

así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

En otras palabras, garantiza la aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico, los actos administrativos de carácter general y el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, es decir, los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante la Corte Constitucional para demandar a la autoridad, funcionario, o persona particular renuente o remisa, dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una norma o acto administrativo de carácter general, sentencia e informe de organismos internacionales de derechos humanos⁴ siempre y cuando estas contengan obligaciones claras, expresas y exigibles.

A su vez, las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional definen también a esta acción de manera similar a la Constitución en el artículo 93:

Art. 52.- Objeto y ámbito.- La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

⁴ Iván Castro Patiño, *Análisis del Proyecto de la Nueva Constitución*, pp. 134 y 135

Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

Esta norma si bien es una transcripción casi textual del artículo 93 de la Constitución, omite a los actos administrativos de carácter general a diferencia del artículo 436 numeral 5.

Para Eduardo Rozo, la acción de cumplimiento, tiene como fin primario la realización efectiva de las Constitución y las leyes por parte de las autoridades públicas o los particulares, pero más allá de su importancia fundamental, nos dice “[...]su filosofía que está a la base de esta garantía es la de la protección judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas y de la sociedad, el acceso completo a la justicia para lograr la mayor efectividad en el respeto de los derechos humanos y constitucionales”⁵

1.2. LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

La acción por incumplimiento en el Ecuador se encuentra regulada en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

⁵ Eduardo Rozo Acuña, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 349

Dicha acción se encuentra en la Constitución dentro del Título Tercero de las Garantías Constitucionales, Capítulo Tercero de las Garantías Jurisdiccionales, por su parte la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional también la denomina garantía jurisdiccional en su artículo 6 y expresa su finalidad:

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

(El subrayado es propio)

El propósito de la acción por incumplimiento es que el administrado acuda ante la Corte Constitucional con el fin de obtener de la administración pública el cumplimiento de normas constitucionales, velando de esta manera que las actuaciones y decisiones estatales no queden en simples declaraciones de buena voluntad.⁶

⁶ Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Colombia, primera edición, 2004, pp. 178-181

Esta acción pretende por su naturaleza jurídica garantizar el principio de eficacia normativa, porque de lo contrario, si existe el no cumplimiento u omisión de las obligaciones de una norma por parte de la administración pública resultaría ser una afectación directa del derecho a la *seguridad jurídica*⁷, la misma que está revestida de certeza, como una regla a seguirse para evitar todo tipo de arbitrariedad por parte de la administración pública.⁸

La Corte Constitucional de manera muy parecida se ha referido a la naturaleza de esta acción en la sentencia 004-13-SAN-CC: “[...] vía acción por incumplimiento se garantiza el principio de seguridad jurídica, puesto que conforme su objeto, procura la aplicación de normas y su cumplimiento [...] debemos recordar que la naturaleza de esta acción está direccionada hacia la tutela y protección de los derechos constitucionales.”⁹

La Constitución en su artículo 82 determina el derecho a la seguridad jurídica de la siguiente manera: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Así entendemos que la seguridad jurídica no solo es la creación de normas o la pre-existencia de normas dentro de un sistema jurídico sino que se extiende al cumplimiento de éstas logrando su consecución o finalidad para la que fue creada.

⁷ Angélica Porras y Johana Romero, *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, tomo 1, Quito, 2012, p. 140

⁸ Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, España, 1999, Universidad Carlos Tercero de Madrid, pp. 252-253

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana Nro. 004-13-SAN-CC de 13 de junio de 2013, Caso 0015-10-AN, Registro Oficial Suplemento de 25 de junio de 2013

Tal como lo señalan Porras y Romero, la acción por incumplimiento es una garantía que “surge en razón de la protección a la seguridad jurídica.”¹⁰

En virtud de la preservación de un derecho constitucional como es la seguridad jurídica, esta acción tiene la calidad de garantía constitucional, pero más allá, la eficacia normativa avala otros derechos consagrados en la Constitución que se desprenden de la inacción, por ejemplo, el incumplimiento de la Ley de Discapacidades por parte de la administración aduanera en el que no se autoriza la importación de vehículos sin el pago de impuestos para personas con capacidades diferentes, el no cumplimiento de esta norma arrastra consigo no solo la vulneración de la seguridad jurídica, sino los derechos constitucionales de un sector vulnerable del Estado, en su trato igual, en la no discriminación y dignidad humana, entre otros.

Ahora, la pregunta a respondernos es: ¿Cuál es el grado de cumplimiento al que está obligada la administración pública sobre las normas?

Para Porras y Romero en concordancia con Prieto Sanchís al referirse a la *eficacia por cumplimiento*, nos mencionan que el “grado de cumplimiento o respeto por parte de quienes vienen obligados a realizar la conducta prescrita”¹¹, puede ser realizado y cumplido en *mayor o menor medida*.

Dichas teorías acerca del *grado de cumplimiento* de la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia e informes de organismos internacionales de derechos humanos, son en suma muy de los neoconstitucionalistas, quienes han puesto grados de cumplimiento como lo hacía Robert Alexy con los principios, al

¹⁰ Angélica Porras y Johana Romero, *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, p. 141

¹¹ Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría de Derecho*, Madrid, editorial Trotta, 2005, pp. 83-85

considerarlos *mandatos de optimización (optimierungsgebot)*, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, es decir, buscan la mayor o menor satisfacción de los principios.

Pero debemos entender que no es tan así, pues las normas no tienen grados de cumplimiento, las normas se cumplen o no se cumplen, en una suerte de todo o nada, sin que existan puntos intermedios¹², tal como decía Dworkin “la forma de aplicar las normas es todo o nada (*all or nothing fashion*)”¹³, por ejemplo en el derecho penal, “si el procesado no entendiere el idioma español podrá designar un traductor, de no hacerlo se le designará de oficio”, para el caso de la administración de justicia no existen niveles intermedios de cumplimiento, es decir, o se le otorga la asistencia del interprete o no.

Lo mismo pasa con los actos administrativos de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, pues las obligaciones de las autoridades públicas o personas deben cumplirse en forma total, pues sería ineficaz una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se indemnice a un ciudadano y se lo haga de forma parcial.

1.3 OBJETO DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Tal como lo determinan los artículos 93 de la Constitución y 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

¹² Rodolfo Luis Vigo, *La Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s.d., pp. 69-70; Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista Doxa 5, Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 1988, p. 143

¹³ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72, citado por Rodolfo Luis Vigo, *La Interpretación Constitucional*, pp. 68-69

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

Por su parte, el artículo 436 numeral 5 de la misma Constitución determina dentro de las competencias de la Corte Constitucional las siguientes:

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

De estas normas se desprende el objeto de la presente acción:

- 1.- Aplicación de las normas que integran el sistema jurídico o actos administrativos de carácter general; y,
- 2.- Cumplimiento de sentencias o informes de derechos humanos emitidos por una organización internacional de derechos humanos.

1.3.1. LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL SISTEMA JURÍDICO

Para Kelsen la norma jurídica es aquella que prescribe una sanción y lo explica con su fórmula: si es A (ilícito) entonces debe ser B (sanción), con esta lógica es claro determinar porqué para él, *el derecho es un conjunto de normas coactivas*¹⁴. Para Hart tanto como para Kelsen, el sistema jurídico está definido por reglas y en donde “funciona la discrecionalidad judicial en los espacios vacíos dejados por el sistema jurídico”¹⁵

Ha existido una variada clasificación de *normas* a lo largo de la historia del derecho, como por ejemplo, las que determinaba Von Wright cuando las clasifica en: definitorias o determinativas; las técnicas o directrices; las normas prescriptivas; ideales; consuetudinarias y morales¹⁶. Kelsen en el siglo XX por su parte también hizo una clasificación de las normas que se comprendían en primarias y secundarias y se refería a que las primarias son las que determinan una sanción y las secundarias estipulan las conductas que determina el sistema jurídico bajo la amenaza de sanción.¹⁷

En cambio para Hart las normas son de dos tipos: primarias: que imponen una obligación a sus destinatarios; y normas secundarias: que son facultativas, es decir, son normas que pueden crear, eliminar o modificar a la norma primaria cómo también pueden verificar su cumplimiento, dan la respuesta que hay que dar en los casos por

¹⁴ Jaime Cárdenas Gracia, “Los Principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en *Interpretación Constitucional*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 265-266

¹⁵ Rodolfo Luís Vigo, *La Interpretación Constitucional*, p. 66; Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, U.N.A.M., 1983, pp. 71 y 72.

¹⁶ Jaime Cárdenas Gracia, “Los Principios y su impacto”, pp. 264-265

¹⁷ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 71-73.

incumplimiento, a estas normas Hart las denominaba normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.¹⁸

La Constitución de 2008 en su tinte neoconstitucionalista no ha podido dejar de lado una de las partes características del positivismo, nos referimos en esencia a la pirámide kelseniana expresada en el artículo 425 que textualmente manifiesta:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos [...].¹⁹

Según lo determinado por esta norma, la Constitución está por sobre las demás normas que integran el sistema jurídico finalizando con los actos y decisiones del poder público.

1.3.1.1 LA CONSTITUCIÓN

Para nuestra Carta Fundamental, “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico [...]”²⁰

¹⁸ César Rodríguez, *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin, Estudio Preliminar*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 40

¹⁹ Constitución del Ecuador, artículo 425

²⁰ Constitución del Ecuador, artículo 424

La Constitución es la guía para gobernar: define los límites y las relaciones entre los poderes del Estado, prescribe su estructura y garantiza a los ciudadanos determinados derechos.

Es decir, determina la organización, atribuciones y relaciones entre los órganos del Estado, los derechos y garantías de las personas; por otra parte, establece los sistemas para hacer efectiva la supremacía constitucional y el procedimiento de reforma parcial o total de la Constitución.

Para Rodolfo Luís Vigo, la norma constitucional es considerada como *higher law* (derecho más alto), es decir, es aquella norma que “funda y legitima el sistema jurídico para una sociedad desde el punto de vista positivo”²¹

Ahora bien, partiendo que la Constitución es la norma suprema y que se encuentra en la punta de la pirámide kelseniana según los artículos 424 y 425 de la misma Constitución y que forma parte del sistema jurídico ecuatoriano, sería posible acudir ante la Corte Constitucional mediante una acción por incumplimiento para exigir el cumplimiento de sus preceptos que imponen un derecho, una obligación o un deber a los sujetos de derecho público.

Pero a su vez, el artículo 436 Nro. 10 le da a la atribución y competencia a la Corte Constitucional para conocer la acción de inconstitucionalidad por omisión:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los

²¹ Rodolfo Luís Vigo, *La Interpretación Constitucional*, p. 64

mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

Podemos decir entonces como primera conclusión que la acción por inconstitucionalidad asume la competencia por la omisión de mandatos prescritos en la Constitución por parte de la administración pública excluyendo a la Constitución como norma que integra el sistema jurídico determinado en el artículo 93, así la acción por incumplimiento no es una garantía que asegure el acatamiento de *todas las normas que integran el sistema jurídico* tal como lo definen los mandatos de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

1.3.1.2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas constitucionales que encontramos más allá de las que aparecen en el texto normativo constitucional, es decir, son normas supra-legales o constitucionales que no se encuentran expresas en la Constitución pero que forman parte de ella.²²

Como lo explica Uprimny, las constituciones “no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la

²² Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> (14 de noviembre de 2013)

práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional”²³

La Corte Constitucional en referencia al bloque de constitucionalidad en su sentencia 0001-009-SIS nos detalla: “Una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos las supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita.”

El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución. En tal virtud, para resolver un problema jurídico no sólo se debe tener presente a la Constitución ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos.²⁴

De estos conceptos es fácil determinar que los convenios y tratados internacionales de derechos humanos dentro de nuestra legislación forman parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriana como lo determina el artículo 424 de la Carta Fundamental: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

²³ *Ibíd*em

²⁴ Jhoel Escudero, “El Cambio de Cultura Jurídica en la Interpretación Constitucional”, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, primera edición, 2009, pp 59-60; Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana Nro. 0001-009-SIS; Corte Constitucional Colombia, sentencia Nro. C-1040-2005

Los tratados y convenios internacionales son aquellos que se celebran de forma bilateral o multilateral (entre Estados o entre Estados y Organizaciones Internacionales) siendo generales o restringidos, por determinadas materias como derechos humanos, comercial, militares, territoriales, etc., además son de duración temporal o indefinida.

El Estado central es el que tiene la competencia sobre lo que le corresponda aplicar como resultado de tratados internacionales.²⁵

Para el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución, y es a la Presidenta o Presidente a quien corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.²⁶

Históricamente los derechos humanos nacen de la Proclamación de los Derechos Civiles y Políticos, recibiendo el nombre de Derechos de Primera Generación, conociéndoselos también como derechos innatos, esenciales o del hombre y ciudadano (tal como lo prescribía el naturalismo).

A partir de 1945 nace el derecho internacional de los derechos humanos con la Carta de las Naciones Unidas; en 1948 la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desde aquí los derechos innatos de los hombres y mujeres han cobrado gran progresividad a nivel mundial sobre todo con la consideración del principio de interpretación *pro ser humano* que ha dado como

²⁵ Constitución del Ecuador, artículo 261 numeral 9

²⁶ Constitución del Ecuador, artículos 417 y 418

resultado la aplicación preferente de las normas más favorables a las personas. La Constitución de Montecristi ha recogido estos preceptos en su artículo 417:

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

Para el presente estudio, debemos respondernos a la siguiente pregunta: ¿Si los tratados y convenios internacionales son parte del bloque de constitucionalidad y son parte de las normas que integran el sistema jurídico, son susceptibles de ser garantizados por medio de una acción por incumplimiento?

Existe una única sentencia de la Corte Constitucional de 13 de junio de 2013, signada con el Nro. 0004-13-SAN-CC, la misma que conoce del incumplimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores a lo dispuesto en los artículos 60 y 65 del Convenio entre Ecuador y Colombia sobre Tránsito de Persona, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves y el artículo 64 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior, la misma que declara la vulneración del derecho a la propiedad y del principio de seguridad jurídica.

Bajo los parámetros de la sentencia de la Corte Constitucional resulta factible accionar la garantía por incumplimiento para solicitar la obediencia de la autoridad

pública en cuanto a las normas instituidas en tratados y convenios internacionales de derechos humanos por ser parte del ordenamiento jurídico.

Pero debemos analizar lo qué pasa con otras acciones que poseen similares características para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución cuando existe incumplimiento de las autoridades estatales.

La acción de protección sería una garantía idónea para hacer prevalecer los derechos constitucionales que causan daño grave tal como lo dispone el artículo 88 de la Constitución:

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

Por su parte el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional delimitan los casos en los que se puede presentar esta acción por acciones u omisiones cuando se vulneren derechos constitucionales:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Según la norma arriba mencionada, para garantizar los derechos establecidos en los tratados internacionales mediante la acción de protección se debe cumplir dos requisitos para su admisibilidad: 1) Que la violación del derecho genere daño grave y 2) Que la defensa de los derechos no estén amparados por otras garantías jurisdiccionales.

Estableciéndose de esta manera que la acción de protección no es la vía idónea para solicitar el eficaz cumplimiento de estos tratados y convenios supraestatales por existir otras vías jurisdiccionales tal como lo es la acción por incumplimiento, además que esta norma omite mencionar a los convenios internacionales de derechos humanos.

La acción de inconstitucionalidad por omisión podría ser otra de las vías idóneas por cuanto los tratados y convenios internacionales enuncia derechos que según el bloque de constitucionalidad son derechos no expresados en la Constitución pero que forman parte de ella, por tal, las vías eficaces hasta el momento serían la inconstitucionalidad por omisión normativa de autoridad pública o la acción por incumplimiento.

A diferencia de la acción por incumplimiento, no han existido caso alguno sobre la inconstitucionalidad por omisión estatal de normas supra-legales que forman parte del

ordenamiento jurídico como tratados y convenios internacionales, pero de darse un caso, debemos respondernos si sería efectiva.

Para ello no podremos guiarnos por la naturaleza pues las dos son garantías frente a las omisiones estatales que vulneran derechos y las dos necesitan que la norma contenga una obligación clara y concreta a ser cumplida, por otra parte *la acción por incumplimiento* como característica o requerimiento señala que la norma de la cual se busca el cumplimiento debe ser *clara, expresa y exigible*, a diferencia de la *inconstitucionalidad por omisión* que no exige que sea un precepto constitucional expreso el que omita la autoridad pública.

Siendo así, los tratados y convenios cumplen los requisitos para ser llevados por la acción por incumplimiento, pero a su vez, al no mediar requisito alguno surge la factibilidad de ser garantizados mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión.

La respuesta la obtendremos de lo que consideremos por normas constitucionales y la Constitución es un conjunto de normas expresas en la voluntad del soberano representado por una Asamblea Constituyente y de normas no expresas radicadas en la voluntad de los Estados con el fin único de tutelar los derechos de las personas. De esta manera, la Constitución es fuente del derecho y requiere de otras fuentes tal como lo determina el artículo 10 de la Carta Fundamental: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.”

Así mismo, el artículo 11 numeral 7 de la Constitución²⁷ abre una brecha más grande en relación a otros instrumentos que forman parte del bloque de constitucionalidad y que no siendo vinculantes ni obligatorios podrían formar parte de las fuentes de derecho en el Ecuador, como es el caso de la jurisprudencia y la costumbre internacional.²⁸

Por tal, si el Estado garantiza los derechos contemplados en la Constitución y en las normas del bloque de constitucionalidad, todos sus preceptos se vuelven mandatos constitucionales en el que se encuentran obligaciones para diversos funcionarios o para el Estado, y por tal, la acción idónea sería la garantía de la constitucionalidad por omisión de normas constitucionales.

Para corroborar lo ya mencionado, Uprimny nos menciona:

Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe vs Wade* de 1973. Igualmente, en Francia, es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de

²⁷ La Constitución del Ecuador en su artículo 11 numeral 7 señala: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”

²⁸ Luis Ávila Linzán, *Repertorio Constitucional 2008-2011*, Quito, primera edición, 2012, p. 52

esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen empero rango constitucional.²⁹

De esta manera, la acción por incumplimiento no sería la vía adecuada para hacer cumplir derechos constitucionales contemplados en las normas consagradas en tratados internacionales y convenios internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, constituyéndose en mandatos constitucionales no expresos en su texto, siendo facultad exclusiva de la acción de inconstitucionalidad por omisión normativa.

Para ampliar un poco más la razón de la viabilidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión, el artículo 56 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional señala como causal de inadmisibilidad para la acción por incumplimiento la siguiente: “Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.”

Estableciéndose un sustento más para que los mandatos o preceptos constitucionales no expresados en la Constitución y que forman parte de ella, sean optimizados mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión normativa.

Pero como habíamos mencionado anteriormente, bien o mal la Corte Constitucional ya emitió su pronunciamiento sobre el incumplimiento de un convenio internacional entre Ecuador y Colombia, desechándose la posibilidad de accionar la

²⁹ Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> (14 de noviembre de 2013)

garantía de inconstitucionalidad por omisión, aunque bajo nuestras consideraciones creemos que los tratados y convenios internacionales serían más eficaces si son procedentes mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión porque además no exige de un requisito denominado *reclamo previo* como lo hace la acción por incumplimiento y que será posterior motivo de estudio.

Para concluir, debemos mencionar que no existe ningún tipo de mecanismo judicial que garantice efectivamente el cumplimiento de estas sentencias o informes internacionales de derechos humanos como lo tiene Perú con la Ley que Regula el Procedimiento de Sentencias Emitidas por Tribunales Supraestatales, que tiene como fin el cumplimiento de sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios a cargo del Estado o sean meramente declarativas.³⁰

Al no existir dicho mecanismo judicial todas las causas serán admisibles contrario a lo que estipula el artículo 56 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.”

³⁰ Ley que Regula el Procedimiento de Sentencias Emitidas por Tribunales Supraestatales de Perú, artículo 2

1.3.1.3 INCUMPLIMIENTO DE LEYES Y NORMAS CONSTITUCIONALES DE JERARQUÍA INFERIOR

La ley tal como lo expresa el Código Civil ecuatoriano, es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en su forma prescrita la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Las leyes son de dos clases: orgánicas y ordinarias, las primeras se determinan por lo siguiente:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.

2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.

4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

Las demás leyes que no regulan lo determinado en los numerales anteriores son de naturaleza ordinaria.³¹

Un requisito previo y lógico es que la norma se encuentre vigente, es decir, una vez que entra en el mundo jurídico es de carácter obligatorio y de regla general, es improcedente cuando esta ha salido del mundo jurídico.³²

³¹ Constitución del Ecuador, artículo 133

³² Cielo Vega Navarro, *La Acción de incumplimiento: ¿Una respuesta a la inactividad estatal?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 44-45

En otras palabras, toda norma que se encuentra en armonía con la Constitución debe ser cumplida cabalmente por el ente estatal, de lo contrario se debe acudir a la Corte Constitucional, para que la autoridad mediante esta acción cumpla con lo que imperativamente determina la ley.

Pero podría existir un problema con la jurisdicción contenciosa administrativa por cuanto existe un recurso denominado *de anulación, objetivo o por exceso de poder*, el mismo que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo.³³

Ahora bien, este recurso es un mecanismo judicial para garantizar la protección de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados y así cumplan con las normas objetivas que por ley u otras normas de menor jerarquía les obligan a realizar determinados actos.

Existen por supuesto diferencias, la acción por incumplimiento es una garantía constitucional, mientras que el recurso de nulidad es una garantía judicial, por otra parte hablamos de acciones y recursos.

Si bien las dos garantizan la aplicación de normas, entre ellas la ley (primordialmente), el problema se crea al momento que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 56 determina como causal de inadmisión de acción por incumplimiento la siguiente: “3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en

³³ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968, artículo 3.

los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.”

A primera vista se puede ver una contradicción, pues si es que existe un procedimiento contencioso administrativo, sería el mecanismo judicial idóneo para hacer valer los derechos de las personas frente a las omisiones de los entes estatales que les ha impuesto una ley u otra norma de menor jerarquía, y por tal, la inactividad de la autoridad estatal no sería admisible mediante la acción por incumplimiento.

Por otra parte, el artículo citado supra nos dará la respuesta a dicha problemática, pues, es admisible en todo caso en el cual se provoque *perjuicio grave e inminente al accionante*.

Recordemos que el fin de la acción por incumplimiento es el de velar por la seguridad jurídica de los ciudadanos y con ella la defensa de otros derechos vulnerados y el perjuicio grave e inminente será requisito para acceder por esta vía, es decir, que la omisión estatal transgreda un derecho del recurrente, tal como lo señalamos en el ejemplo anterior, el incumplimiento de la Ley de Discapacidades en el cual se concede la importación de vehículos, este incumplimiento en primer grado vulnera la seguridad jurídica de las personas que desean importar un automotor por la imperiosa necesidad de moverse, pero también conlleva la vulneración de otros derechos de los accionante.

Con este ejemplo, se evidencia que la reparación debe ser rápida y eficaz sin que tenga que pasar por procedimientos judiciales ordinarios que pueden demorar la tramitación mientras se sigue vulnerando el derecho.

Ahora, si es que el derecho vulnerado causa daño grave seguramente podríamos pensar en una acción mucho más idónea como la acción de protección, pero como estudiamos anteriormente, la acción de protección procede siempre y cuando no existan otras garantías jurisdiccionales.

Finalmente con este estudio podemos concluir que la acción por incumplimiento de leyes y de normas de jerarquía constitucional inferior podrá activarse siempre y cuando exista daño grave, de lo contrario no es procedente por la existencia de mecanismos judiciales, concluyendo de esta manera que la tercera falacia de esta acción es que no garantiza efectivamente todas las normas del sistema jurídico sino solamente las que causen daño grave al recurrente.

1.3.2. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL

El numeral 5 del artículo 436 de la Carta Magna le da la atribución a la Corte Constitucional de: “Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general [...]”

Como se evidencia en este artículo, se divide a los actos administrativos de carácter general de las normas que integran el sistema jurídico estipuladas en el artículo 425 de la Constitución y por tal nos lleva a hacernos la siguiente pregunta: ¿Realmente los actos administrativos de carácter general no forman parte del ordenamiento jurídico?

Según el artículo 65 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, nos detalla que el acto administrativo es “toda declaración unilateral

efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

Por su parte el artículo 80 del mismo estatuto nos señala que acto normativo es:

Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.

De las normas transcritas se desprende que la distinción entre acto administrativo y acto normativo son sus efectos, pues el acto administrativo produce efectos particulares y el acto normativo produce efectos generales.

De aquí nace otra pregunta, ¿Los actos administrativos al ser de efectos particulares y directos, qué son los actos administrativos de carácter general?

Juan Francisco Guerrero del Pozo citando a Bobbio nos aclara la duda de la siguiente manera:

Es a partir de este criterio diferenciador entre acto normativo y acto administrativo, donde puede comprenderse la categoría de acto administrativo

de efectos generales, como aquellos actos administrativos “que tengan por destinatario una pluralidad indeterminada de personas”, es decir, que se trataría de una subespecie de actos administrativos en razón de los destinatarios del acto [...] ³⁴

Por tal, no existen diferencia en cuanto al efecto de los actos normativos y los actos administrativos de carácter general respecto a la generalidad de las personas a las que van dirigidos dichos actos, puesto que también existen normas destinadas a particulares y actos administrativos destinados a la pluralidad indeterminada de las personas. ³⁵

Siendo que no existe diferencia, ¿los actos normativos y los actos administrativos de carácter general son lo mismo?

Una vez más Guerrero del Pozo nos señala:

Sin embargo, esta concepción que permite conceptualizar una categoría de actos administrativos de efectos generales, contiene un error conceptual que la invalida, el cual radica en que al tratarse de actos destinados a una generalidad indeterminada, el momento que se requiera precisar su destinatario final, necesariamente se van a generar otros actos administrativos posteriores, lo cual

³⁴ Norberto Bobbio, *Per una classificazione degli imperativi giuridichi*, en «*Scritti giuridichi in memoria de Pielro Oalamandrei*, vol. I, Padova, 1958, citado por Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*, en: http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/control_abstracto_de_constitucionalidad_.pdf (8 de noviembre de 2013)

³⁵ Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador*, ibidem

en el propio esquema de esta posición, tornaría a los actos administrativos de efectos generales en actos normativos, lo que nos conduciría una vez más a afirmar que se trata de una misma especie de norma y que por ende se presenta una redundancia[...] ya que los actos administrativos generales, que están direccionados a una pluralidad de personas indeterminadas, requieren para su aplicación efectiva, es decir, para la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos, de actos posteriores de índole administrativa en los que se determine su destinatario, lo que implicaría que no se agotan con su aplicación y constituirían por tanto, actos normativos, ya que su aplicación supondría la creación de otras normas³⁶

En conclusión, la división que realiza el artículo 436 numeral 5 entre normas y actos administrativos de carácter general resulta ser incongruente, pues dichos actos forman parte del ordenamiento jurídico, los mismos que producen efectos jurídicos tanto generales como particulares.

Finalmente no está de sobra señalar que para la omisión de los actos administrativos se encuentra la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que determina: “El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.”³⁷

Este recurso nos lleva nuevamente al análisis del artículo 56 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la inadmisibilidad de las

³⁶ *Ibíd*em

³⁷ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, artículo 3

acciones por incumplimiento: “3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.”

Aplicando la misma lógica que en el análisis de la ley y demás normas que integran el sistema jurídico, los actos administrativos de carácter general serán llevados por ésta acción siempre y cuando exista un daño grave e inminente para el recurrente, por tal, constituye otra falacia, pues el artículo 436 numeral 5 de la Constitución separa a estos actos administrativos de las normas que integran el sistema jurídico y no todos los incumplimientos de los actos administrativos de carácter general serán garantizados por la acción por incumplimiento.

1.3.3. SENTENCIAS E INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos son no solo un aporte a la consolidación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sino a la protección de los derechos de las personas de cada Estado por su efecto vinculante, dándole fuerza así al bloque de constitucionalidad de cada país.

Recordemos que las sentencias e informes le dan fuerza al bloque de constitucionalidad por cuanto los órganos de protección y control emiten recomendaciones o sanciones (dependiendo del caso y de la organización según su competencia), convirtiéndose en normas de carácter vinculante y en la que los Estados

Partes tienen la obligación de cumplirlas tal como lo dispone la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella [...] Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria[...]. Por último, todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno [...] siendo por tanto el Estado [...] el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas.³⁸

Hablar de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos es hablar de la “globalización de los derechos”, pues son sentencias de carácter vinculante con efecto *erga omnes*, por ende, en palabras de Ferrajoli, “[...] son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional, son derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanía [...]”³⁹

³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, Nro. T.568-99, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-568-99.htm> (13 de enero de 2012)

³⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, editorial Trotta, Madrid, p. 55.

Una vez en que los Estados han suscrito o ratificado un tratado internacional adquieren obligaciones establecidas en los mismos, mucho más cuando nos referimos a tratados en los cuales se crean organismos judiciales de protección de derechos humanos, en donde existen procedimientos al que se ajustan los Estados para ser juzgados en los casos determinados por las violaciones incurridas para luego pronunciarse con la sentencia.

La Convención Americana en su artículo 68 establece la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, al señalar expresamente el compromiso de los Estados partes en la Convención de cumplir la decisión de la Corte en todos los casos en que los Estados sean parte.

Sin embargo, en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución, podemos evidenciar que toda sentencia e informe de organismos internacionales de derechos humanos son de exclusiva atribución de la acción por incumplimiento, constituyéndose en la figura idónea para que las personas puedan acudir ante la Corte Constitucional y solicitar que se cumpla la obligación que ha impuesto el organismo internacional al Estado o a la persona que dicho organismo ha establecido una obligación determinada o determinable.

A simple vista no existiría complejidad de llevar una acción por el incumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos mediante esta garantía, pero debemos analizar a fondo las limitaciones que nos prescribe el artículo 436 numeral 5 de la misma Constitución, pues precisa que el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos

humanos son objeto de la acción por incumplimiento siempre que “*no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias*”.

A su vez, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 56 numeral 3, prescribe: “3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.”

La limitación expresada tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, posee una *vaguedad jurídica* bastante grande, pues no es accesible esta garantía si el cumplimiento de las sentencias son ejecutables por otros mecanismos judiciales, la vaguedad la encontramos en la inexistencia de un proceso judicial ordinario o constitucional para hacer viable el incumplimiento de una sentencia.

Por tal, al no existir un mecanismo judicial diferente a la acción por incumplimiento, lo prescrito en los artículos 436 numeral 5 de la Constitución y 56 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es inaplicable, conteniendo preceptos ineficaces al momento de hacer efectiva la norma en función de garantizar un derecho.

Por supuesto que no estamos exentos que en algún momento se instauren procesos judiciales por parte del legislador para un eficaz cumplimiento de informes y sentencias supranacionales pero por el momento es uno más de los errores o falacias de esta garantía, pues no tienen ningún sentido normas que regulen lo inexistente, siendo no-funcionales a la realidad procesal ecuatoriana.

1.4.- LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: ¿NATURALEZA CONSTITUCIONAL O ADMINISTRATIVA?

Si la acción por incumplimiento está determinada dentro del Título III de la Constitución llamado “Garantías Constitucionales” es fácil determinar que es de naturaleza constitucional, porque a más de esto se la interpone ante la Corte Constitucional.

Es sin dudar una garantía constitucional además (y como habíamos señalado en puntos anteriores), porque es una acción que tiene la finalidad de garantizar el derecho constitucional a la seguridad jurídica y otros derechos conexos que se encuentran inmersos en las normas, actos administrativos de carácter general, informes y sentencias de organismos internacionales que afectan a los accionantes.

Pero aun así debemos considerar otras teorías que nos hablan de su naturaleza administrativa, tal como lo señalar Edgar Carpio Marcos, “no es constitucional [...] en la medida que la materia que en su seno se resolverá está regida por el derecho administrativo.”⁴⁰

Un proceso constitucional necesita de la presencia de tres elementos:

- 1) “Su configuración o creación a nivel constitucional, y no simple mediante una ley;
- 2) Existencia autónoma, esto es, con entidad propia, y no solo como un elemento accesorio que forme parte de un proceso distinto.

⁴⁰ Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, *en Defensa de la Constitución, garantismo y controles*, Víctor Bazán, compilador, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 860

3) Su objeto, esto es, un proceso destinado a resolver controversias en materia constitucional, y no de otra clase”⁴¹

De estos elementos se desprende que la acción por incumplimiento posee los dos primeros elementos, pero con relación al tercero lo que busca es resolver controversias en materia administrativa, es decir, entre un particular y el Estado, por lo que denotaría que esta acción no es de naturaleza constitucional.

Así las controversias administrativas no son cuestiones que causen una controversia constitucional, por lo que sería carga y facultad de los Tribunales Contenciosos Administrativos el de ventilar estos asuntos, para así poder difuminar las fronteras entre procesos legales y constitucionales.⁴²

Dentro del derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia en su dictamen AC-001⁴³, sentenció 7 acciones de cumplimiento en un solo fallo y que dice de la naturaleza de esta acción:

Para determinar el grado real de protección de los derechos, garantías y deberes constitucionales en cada país, hay que tener en cuenta factores que no se circunscriben a observar la enunciación que de los derechos se haga en la Constitución, **sino que hay que investigar sobre la existencia y efectividad de los mecanismos de protección**, debe entonces concluirse que en el caso

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Alberto Borea Odría, *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima, Grigley, 1996, p. 105, citado por, Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 862

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia Nro. AC-001 de 1992.

colombiano existen mecanismos constitucionales para convertir en una realidad el disfrute de esos derechos.(El énfasis es propio)

La Corte Constitucional colombiana declaró no ser competente para conocer de las acciones de cumplimiento y decidió rechazar por incompetencia las acciones propuestas por los siguientes motivos:

Para la Corte Constitucional es absolutamente diáfano que para avocar el conocimiento de cualquier asunto, es condición indispensable que esté definida su competencia en la Constitución Nacional. El mismo artículo 241 de la Constitución enseña que sus funciones como Tribunal Supremo de la Jurisdicción Constitucional, las desempeña en los estrictos y precisos términos de este Artículo", sin siquiera abrir la posibilidad de que la ley le asigne funciones, como sí ocurre con los Supremos Tribunales de las Jurisdicciones Ordinaria y Contencioso Administrativa, esto es, la H. Corte Suprema de Justicia (artículo 237-2) y el H. Consejo de Estado (artículo 235-7).

(...) Además de la razón potísima anterior de orden constitucional, agréguese la situación antinómica e ilógica que se plantearía, si la Corte en ejercicio de la acción de cumplimiento ordenare la ejecución de las leyes. Estaría entonces asumiendo su constitucionalidad, siendo que también están sujetas a la acción de constitucionalidad y por ello podrían ser demandadas posteriormente y eventualmente halladas en contra de la Carta. La Corte estará así jugando un doble papel disponiendo el cumplimiento de leyes inconstitucionales (El subrayado es propio)

Bajo las consideraciones expuestas, se precisa que en el caso colombiano la garantía es administrativa y no constitucional, a lo que debemos ver los parecidos o diferencias con la acción por incumplimiento en el Ecuador.

En primer lugar está la competencia que no le fue asignada por Constitución a la Corte Constitucional de Colombia para conocer las acciones de cumplimiento como si lo hace la Carta Fundamental del Ecuador prescrita en los artículos 93 y 436 numeral 5.

En el caso colombiano la Constitución en su artículo 87 se remite a que la acción de cumplimiento será conocida por *autoridad judicial* y por tal se les atribuyó las competencias a los Tribunales Contenciosos Administrativos, mientras que en Ecuador se le designa como habíamos mencionado anteriormente a la Corte Constitucional.

En segundo lugar, al hacer el análisis de la existencia y eficacia de los mecanismos de protección de los derechos vulnerados por el incumplimiento de autoridad pública, en los dos casos existen mecanismos judiciales dentro de los procedimientos contenciosos administrativos, con la diferencia que la Corte Constitucional Ecuatoriana es competente para conocer la acción por incumplimiento cuando la acción o inactividad genera daño grave al recurrente y no existan mecanismos judiciales efectivos para los casos de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.

Tercero, la situación antinómica a la que se refiere la Corte Constitucional de Colombia sobre el asumir la constitucionalidad de normas que podrían ser demandadas posteriormente y eventualmente halladas en contra de la Constitución y así disponer el cumplimiento de leyes inconstitucionales, creemos que toda norma mientras no salga

del mundo jurídico o sea declarada inconstitucional se encuentran vigente y por tal goza de constitucionalidad, así la acción tiene el deber de asegurar el principio de eficacia normativa, pues sería adelantar criterio que muchas de las normas que integran el sistema jurídico serán consideradas contrarias a la Carta Fundamental.

Finalmente, en relación a lo ya mencionado por Edgar Carpio Marcos, en cuanto a la naturaleza administrativa de la acción, por no ser controversia constitucional sino entre un administrado y el Estado, consideramos que la protección de los derechos humanos es deber prioritario del Estado, que no pueden ser efectivizadas por mecanismos judiciales, en especial cuando existe la necesidad de tener mecanismos efectivos y directos para garantizar los derechos de los recurrentes y mucho más cuando existe daño grave.

Por todas estas consideraciones es indudable que la acción por incumplimiento es de naturaleza constitucional al garantizar el derecho de seguridad jurídica y otros derechos inmersos en las normas que integran el sistema jurídico.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO Y EL PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

2.1 ANTECEDENTE DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

La acción por incumplimiento tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, con dos acciones denominadas *writ of mandamus*, (mandato de ejecución), y *writ injunction* (mandato de ejecución), el *writ of mandamus*, según el derecho inglés, "se expide por las cortes [...] a cualquier individuo o entidad que tenga un cargo público, para que cumpla con sus funciones en caso de pasarlas por alto"; por su parte el *writ of injunction* implica una prohibición de hacer algo en concreto o de abstención a toda autoridad pública.⁴⁴

Esta institución del *writ of mandamus* posteriormente se expandió a Estados Unidos con el mismo nombre⁴⁵ y se refiere a la solicitud que puede presentar todo ciudadano ante el órgano de justicia, a fin de que expida un mandamiento dirigido a una autoridad para que ejecute un deber funcional que le fue legalmente impuesto, aun cuando su ejecución no hubiere sido reglamentada.

⁴⁴ Iván Castro Patiño, "Acción por Incumplimiento: antecedentes históricos y revisión del Derecho Comparado", en *Revista Jurídica*, Guayaquil, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=758&Itemid=36 (2 de octubre de 2013)

⁴⁵: Ana Brassara, *Acción de cumplimiento*, en http://www.proz.com/kudoz/spanish_to_english/law_general/1836732acci%C3%B3n_de_cumplimiento.html (14 de diciembre de 2012)

El primer país en Sudamérica en crear una acción tipo *writ of mandamus*, fue Brasil con la Constitución de 1988, con el denominado *mandato de injucao*, como acción de defensa de derechos y libertades constitucionales.⁴⁶ Dentro de los países que conforman la Comunidad Andina es la Constitución colombiana de 1991 la primera en recoger esta figura, denominándola acción de cumplimiento, como una acción que tiene por finalidad hacer cumplir normas legales y actos administrativos.

Luego es la Constitución Peruana de 1993 la que estableció esta acción, misma que procede contra cualquier funcionario o autoridad renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo⁴⁷; para luego aparecer en la Constitución Ecuatoriana de 2008, con el nombre de acción por incumplimiento que vela así mismo por la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.

2.1.1 WRIT OF MANDAMUS

Esta acción nace en el *common law* inglés, *mandamus* que en latín significa *mandamos*, es un proceso judicial que corresponde al mandato de ejecución que data del siglo XIV, en el que un tribunal de justicia le exige a la autoridad que cumpla con los deberes que le señala el ordenamiento jurídico del país.⁴⁸

⁴⁶ Jorge Danós Ordóñez, "El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 203

⁴⁷ Jorge Danós Ordóñez, "El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana", p. 202

⁴⁸ Edgar Carpio Marcos, "La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado", p. 849.; Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, Bogotá, editorial TEMIS, 1997, p. 28

El *writ of mandamus*, permite que un tribunal le ordene a un funcionario administrativo que realice una función propia de sus competencias y que se encuentra en mora de realizar.

Hablamos de las omisiones de autoridad pública frente a sus funciones y que no lo ha realizado en el tiempo pertinente, a solicitud de un particular, ordenándole a un tribunal de justicia para que obligue a los funcionarios administrativos ejecuten un acto que legalmente están obligados a cumplir.⁴⁹

Tiene su antecedente en el *King's Writs* del siglo XII, institucionalizado por el monarca en el manejo de la cosa pública⁵⁰, con la finalidad de que el Rey pueda realizar diversos actos públicos como cobrar impuestos, designar autoridades o movilizar a sus tropas, que luego por su uso habitual se convertirían en mandatos, decretos u órdenes emanados del Rey para conocimiento de los tribunales de la corona y así poder dar respuesta a los procedimientos seguidos por los súbditos.⁵¹

Tal como lo señala Edgar Carpio, es en el siglo XIV en donde los jueces y tribunales emiten los *writ of mandamus* mediante un proceso judicial para que las autoridades cumplan con sus obligaciones.⁵²

Después del establecimiento del *writ of mandamus* en el *common law*, la hace suya los Estados Unidos de América, como un mandato de carácter extraordinario, en el cual los tribunales distritales “tienen la jurisdicción de primera instancia en toda acción de tipo *mandamus* para hacer que un funcionario o empleado del gobierno de los

⁴⁹ Jorge Danós Ordóñez, “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana”, p. 204

⁵⁰ Marta Morineau, *Una Introducción al Common Law*, UNAM, México, 1998, pp. 15-16; Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 848

⁵¹ Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, pp.849-850

⁵² *Ibidem*

Estados Unidos o de cualquiera de sus organismos, cumpla con determinada función que es preciso reconocerle al demandante”⁵³

Tradicionalmente esta acción ha sido utilizada para frenar los abusos del poder judicial, pero se extendió al contexto del derecho administrativo, la misma que se utiliza para obligar a los diferentes funcionarios a cumplir los actos que han sido abandonados.

Además debemos manifestar que los actos de los órganos administrativos están sujetos a revisión judicial por abuso de la discrecionalidad que poseen. La revisión judicial de las agencias del gobierno federal de Estados Unidos por abuso de discreción está autorizada por la Ley de Procedimiento Administrativo de Estados Unidos.⁵⁴

El caso más conocido y de connotación internacional es el caso *Marbury contra Madison* de 1803, conocido por el juez Marshall en donde "Marbury fundado en la Judiciary Act de 1789⁵⁵ promovió un *writ of mandamus* contra Madison, Ministro de Estado, porque éste no lo ponía en posesión de su cargo. La Corte no desconoció la

⁵³ Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, pp. 29-30

⁵⁴ United State Administrative Procedure Act, Section 10, Reviewable acts: "Every agency action made reviewable by statute and every final agency action for which there is no other adequate remedy in any court shall be subject to judicial review."

⁵⁵ Judiciary Act, S CE . 13 (en su sección 13 textualmente señala: "[...]The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States."). Esto significa: "[...] la Corte Suprema de Justicia tendrá jurisdicción exclusiva de todas las controversias de carácter civil, entre un Estado y sus ciudadanos, y salvo también entre un estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en este último caso se tendrá jurisdicción original, pero no excluyente. [...] La Corte Suprema también conocerá en apelación de los tribunales de circuito y los tribunales de los diversos estados, en los casos en adelante especialmente previstos, y tendrá la facultad de dictar órdenes de prohibición de los tribunales de distrito, al proceder como tribunales de almirantazgo y marítima jurisdicción, y recursos de mandamus , en los casos justificada por los principios y usos de la ley, a cualquier tribunal nombrado o personas que ocupan cargos bajo la autoridad de los Estados Unidos."(la traducción es propia)

justicia de la queja en el fondo, pero no decidió porqué la ley citada le atribuía una competencia que no le daba la Constitución".⁵⁶

Dentro de la legislación de los Estados Unidos de América, es el Código Judicial el que establece el *writ of mandamus* en el artículo 1.361 de la siguiente manera: "Las cortes del distrito tienen jurisdicción para compeler a un empleado o funcionario de los Estados Unidos o a cualquiera de sus agencias a ejecutar una obligación debida al demandante."⁵⁷

Para el maestro Fernández Segado, el *writ of mandamus* es "la solicitud ante un tribunal a fin de que expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado"⁵⁸

2.1.2 WRIT OF INJUNCTION

La acción por incumplimiento no solo procede ante las omisiones de los entes estatales sino también para detener los actos ejecutados que resultan vulneratorios de derechos fundamentales, por lo cual también tiene procedencia

Para el maestro Fernández Segado, el *writ of injunction* "tiene una aplicación prohibitiva; su finalidad es prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de

⁵⁶ Rafael Bielsa, "Lineamiento jurídico de la ley federal 48", en *Anales de Legislación Argentina*, 1852-1880, Buenos Aires, sd., p. 372, citado por Alberto Egues, *El certiorari argentino*, en http://www.estudioegues.com.ar/articulos/la_ley/certiorati.pdf (11 de noviembre de 2011)

⁵⁷ Title 28 of the United States Code (Judiciary and Judicial Procedure), Action to compel an officer of the United States to perform his duty: "The district courts shall have original jurisdiction of any action in the nature of mandamus to compel an officer or employee of the United States or any agency thereof to perform a duty owed to the plaintiff.", en <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28> (14 de noviembre de 2011)

⁵⁸ Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones jurídicas, 1994, p. 160-162, citado por Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, p. 31

una ley, orientándose, pues, a evitar la violación de la ley por entidades públicas, pudiendo operar incluso frente a los efectos de la cosa juzgada para impedir la ejecución de sentencias dictadas sin observancia de los requisitos procesales esenciales.”⁵⁹

Por su parte Gozaíni define a esta acción como “el mandamiento por el cual se solicita al juez que suspenda la ejecución de todo acto ilícito que un particular o la autoridad, indistintamente, vengán cumpliendo.”⁶⁰

La Constitución del Ecuador en su artículo 93 es claro al señalar que para que se configure el incumplimiento, la autoridad o persona tiene que no hacer lo que imperativamente manda la norma, acto administrativo de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, muy parecido al *writ of injunction* inglés.

Por tal, las acciones u omisiones de las personas y autoridades dan como resultado que la acción por incumplimiento de Ecuador sea un híbrido de estas dos acciones, tanto para las omisiones (*writ of mandamus*) como para la ejecución de actos (*writ of injunction*)

2.1.3. EL MANDATO DE INJUCAO BRASILEÑO

La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 5, inciso LXXI da origen al denominado *mandato del injuncao*, el mismo que señala: “Se concederá "mandato de injuncao" siempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de

⁵⁹ Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, 1994, p. 160

⁶⁰ Osvaldo Gozaíni, *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994, pp. 212 y 213

los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.”⁶¹

Esta es una acción de defensa a los derechos y libertades constitucionales⁶² en donde el juez “permite la realización concreta de los derechos y prerrogativas postergadas en su goce”⁶³

El procedimiento se encuentra instaurado en la misma Constitución, el numeral 16 del numeral 1 del artículo 102 no señala que es una de las competencias del Supremo Tribunal Federal, las siguientes:

“Los "mandados de injuncao", cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senado Federal, a las mesas de una de esas Cámaras Legislativas, al Tribunal de Cuentas de la Unión a uno de los Tribunales Superiores, o al propio Supremo Tribunal Federal⁶⁴

Por otra parte, dentro de la misma Carta Fundamental brasileña, el número 8 del numeral 1 del artículo 105, le confiere al Superior Tribunal de Justicia, competencia original para conocer de:

⁶¹ Constitución de la República de Brasil de 1988, ver en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0507.pdf> (15 de noviembre de 2012)

⁶² Jorge Danós Ordóñez, “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana”, p. 203; Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 853

⁶³ Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 852

⁶⁴ Constitución de la República Federativa del Brasil, artículo 102

El "mandato de injuncao", cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuese atribución de un órgano, entidad o autoridad de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de la Justicia Militar, de la Justicia Electoral, de la Justicia del Trabajo y de la justicia Federal.⁶⁵

Es evidente su parecido con el *writ of mandamus* inglés por cuanto las dos acciones proceden frente a la inactividad de autoridades públicas que han omitido la realización de una norma reglamentaria a ellos establecidos dentro de sus competencias.

Los ciudadanos pueden solicitar protección judicial cuando sus derechos o libertades fundamentales que les otorga la Constitución, no pueden ser efectivizados por falta de normas.

2.1.4. LOS MANDAMIENTOS DE EJECUCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES FEDERALES ARGENTINAS

Bajo una gran influencia del derecho norteamericano, se ha previsto un instrumento semejante al *writ of mandamus*, denominado *mandato de ejecución* en el cual y al igual que en los países señalados anteriormente, el administrado asiste ante un tribunal superior de justicia para que la administración dé cumplimiento a las obligaciones que omitió; tal es el caso de las constituciones de Río Negro(Art. 12), El

⁶⁵ Constitución de la República Federativa del Brasil, artículo 105

Chaco(Art. 22), Formosa(Art. 33), Entre Ríos(Art. 26) y Santa Cruz(Art. 18), que establecen:

Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufriese perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.⁶⁶

2.1.5 LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA

La Constitución colombiana de 1991 es la primera en implementar la *acción de cumplimiento* en la Comunidad Andina con influencia del *writ of mandamus* norteamericano, y en los mandatos de ejecución de algunas constituciones provinciales argentinas.

El mérito de la Carta colombiana de 1991 es haber constitucionalizado por primera vez un instrumento procesal de esta naturaleza, la misma que se encuentra determinada en el capítulo 4, título II, llamado “De la Protección y Aplicación de Derechos”, la misma que implementa esta garantía constitucional tal como lo expresa su artículo 87: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el

⁶⁶ Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 851; Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, pp. 36-38

cumplimiento de la ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”⁶⁷

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

La Acción de Cumplimiento está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad.⁶⁸

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

⁶⁷ Constitución colombiana de 1991

⁶⁸ Iván Castro Patiño “La acción de cumplimiento en el Proyecto de nueva Constitución del Ecuador” en *Revista Jurídica On Line*, de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, ver: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=504&Itemid=29 (13 de noviembre de 2013)

cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.” (El subrayado es propio)

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

Se confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aun de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlas”⁶⁹

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

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-158-08, citada por Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 853

2.1.6 LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN PERÚ

Tal como lo habíamos señalado con anterioridad, es con la Carta Magna de 1993 en donde surge esta acción como una nueva garantía constitucional, dentro del título V denominado “De las Garantías Constitucionales”, que en su artículo 200, inciso sexto, manifiesta la procedencia de la acción contra cualquier autoridad o funcionario renuente de acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de lo que determine sin perjuicio de las responsabilidades de ley.⁷⁰

Por otra parte la doctrina peruana señala: “La acción de cumplimiento en Perú es un proceso mediante el cual las persona pueden reparar agravios que son consecuencia del incumplimiento de mandatos establecidos en normas con rango de ley o en actos administrativos por parte de autoridades y funcionarios públicos.”⁷¹

Entendiendo que se trata de omisiones por parte de los funcionarios o autoridades públicas ante un acto o una ley que impone un deber positivo de actuación, teniendo un parecido o un reflejo de lo que determina la Constitución colombiana.

2.1.7 EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En Europa, países como España y Alemania poseen procesos que al igual que el *writ of mandamus*, tienen la finalidad de tutelar los derechos de los administrados frente a la administración pública. Tal es el caso de España, que en su Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1960 consagra la “pretensión de anulación”, con el objeto de que el administrado pueda tutelar sus derechos ante la omisión administrativa

⁷⁰ Jorge Danós Ordóñez, “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana”, p. 197

⁷¹ Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 847.

que regla la ley, intentando promover una “pretensión de condena” frente a la inactividad de la administración pública.⁷²

En Alemania, en la Ley Jurisdiccional Federal en su artículo 75 existe la denominada “acción por inactividad”⁷³ que se refleja ciertamente en las omisiones de la autoridad.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa alemana de 1998 en su artículo 29 prevé que para casos de omisión administrativas se tutelarán los derechos de los administrados mediante proceso contencioso-administrativo.⁷⁴

En países como Venezuela y Perú también existe la posibilidad para que mediante un proceso contencioso administrativo, los jueces puedan conocer la abstención o negativa de los administradores a cumplir determinados actos que estén obligados por las leyes, como en el caso de Venezuela la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.⁷⁵

Dentro de lo analizado debemos entender que todas estas acciones constitucionales o contencioso administrativos por el incumplimiento de normas y actos administrativos nacen de la necesidad de que la autoridad pública cumpla con lo que imperativamente determinan las normas o actos administrativos.

⁷² Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 850

⁷³ Jorge Danós Ordóñez, “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana”, p. 203

⁷⁴ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de España de 1998; Edgar Carpio Marcos, “La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, p. 850

⁷⁵ *Ibidem*

En el Ecuador se hace extensivo al cumplimiento de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos consagrados en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución y que fueran analizados en el capítulo primero.

2.2. PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Tal como se desprende del análisis de la acción por incumplimiento en el capítulo primero, debemos entender que existen requisitos únicos o nucleares para que se configure el incumplimiento entre ellos:

1.-La acción debe presentarse ante la Corte Constitucional como lo exigen los mandatos constitucionales.

2.- El accionante debe solicitar que las normas o actos administrativos de carácter general que no han sido respetadas por la autoridad pública se encuentren vigentes y sean válidas.

3.- Que las normas, actos administrativos de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos contengan una obligación clara expresa y exigible.

4.-Que no exista otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la

acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.⁷⁶

Una vez que se cumpla con estos requisitos, se seguirá el trámite previsto en los capítulos I, II y V del título II del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

2.2.1 SUJETOS PROCESALES QUE INTERVIENEN EN LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Los sujetos procesales son aquellas personas que tienen interés directo en un proceso, que para el caso del incumplimiento, son aquellas personas que pretenden el cumplimiento de una norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de organismos internacionales de derechos humanos que la autoridad pública o persona ha omitido por acción o inacción vulnerando derechos fundamentales y la otra parte es contra quien se pretende la acción, en palabras de Couture: "El concepto de parte es inequívoco en el derecho procesal y denota a aquel que pretende algo en juicio, a aquel de quien, o contra quien se pretende algo. Parte son respectivamente, el actor y el demandado"⁷⁷

2.2.1.1 LEGITIMADOS PASIVOS

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es clara cuando se refiere a este tema y señala textualmente:

⁷⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 56 numeral 3.

⁷⁷ Eduardo Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, tomo III p. 425

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

Es decir, procede contra toda autoridad pública o privada, persona natural o jurídica con potestad pública que se resista o se oponga a cumplir determinada norma o acto administrativo previsto en el ordenamiento jurídico nacional, como también en el caso de las personas de derecho privado o particulares, cuando se les ha impuesto una obligación mediante sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de derechos humanos, sin perjuicio de las responsabilidades que las leyes determinen.⁷⁸

El artículo analizado tiene vacíos, uno de ellos es el de omitir nombrar a las instituciones del Estado o los órganos del poder público como legitimados pasivos,⁷⁹ pudiendo inducir a un error cuando el recurrente desee proceder contra una institución estatal, o un órgano del poder público, mientras la ley no le da facultad para presentar una acción en contra de estas, deslegitimándolas, pues es evidente que los órganos con potestad pública forman parte de los legitimados pasivos.⁸⁰

⁷⁸ Jorge Danós Ordóñez, "El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana", p. 202

⁷⁹ Iván Castro Patiño, La Acción por incumplimiento y derecho comparado, en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_373a414_accionporincump.pdf (13 de diciembre de 2012)

⁸⁰ *Ibidem*

Otro error lo encontramos al no hacerse referencia si procede sobre acciones u omisiones de las autoridades públicas, o en los dos casos, pues se entiende que esta norma deja de lado las actuaciones a las que están obligados a no realizar y que han sido ejecutadas, configurándose el incumplimiento tal como lo hace el artículo 93 de la Constitución.

2.2.1.2 LEGITIMADOS ACTIVOS

Cuando nos referimos a los legitimados activos, lógicamente hablamos de quienes pueden proponer la demanda, la Constitución dispone en el artículo 86 numeral 1 para proponga cualquier acción prevista en la Carta Fundamental: “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad [...]”.

Además, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos dice que los legitimados activos actuarán por sí mismos o a través de representantes o apoderados y legitima al Defensor del Pueblo para proponer una acción por incumplimiento.

Cabe advertir que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al designar a *las personas* como legitimadas, se refiere a personas naturales y jurídicas, sin hacer referencia a una de ellas en concreto.

Seguramente entenderemos que las autoridades públicas o funcionarios en sus calidades de representantes de los órganos de poder pueden también proponer las

acciones a las que se vean asistidas por estar inmersas dentro de las personas jurídicas de derecho público, pero la norma no lo especifica por lo que podría traer inconvenientes al momento de plantear una acción por parte de los entes estatales.

Por otra parte, una vez que la persona ha propuesto la demanda, “la jueza o juez deberá notificar a la persona afectada. Esta podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no haya comparecido antes.”⁸¹

2.2.1.3 COMPARECENCIA DE TERCEROS

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, permite la participación de terceros en la causa cuando tengan interés en el desarrollo y su resultado, tal como lo dispone el artículo 12:

Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.

⁸¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 11

Los terceros en el proceso tal como consta en la norma son aquellos interesados que intervienen por sí mismos o como parte coadyuvante del accionado pero no se menciona en esta norma la comparecencia que de oficio pueda hacer el juez, pues hasta aquí la comparecencia es voluntaria pero no se refiere a la comparecencia forzosa para un mejor desenvolvimiento del proceso.

2.2.5. RECLAMO PREVIO

El artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es claro en cuanto prescribe que para que se configure el incumplimiento: “la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.”

De este concepto se desprende la necesidad de un *requerimiento previo* para que se configure el incumplimiento de la norma, acto administrativo, sentencias e informes de organismos internacionales y que radica en el reclamo que debe hacer el interesado a la autoridad o persona particular (dependiendo del caso), los mismos que deberán dar respuesta en determinado tiempo, en los casos en el que se mantiene el no cumplimiento o no se da respuesta en el tiempo señalado se configura el incumplimiento⁸².

⁸² El reclamo previo es muy parecido al denominado *silencio administrativo*, que expresa que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto, véase: Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, artículo 28

Este artículo por ende da una connotación de no ser una instancia adicional o alternativa a un procedimiento administrativo, judicial ordinario o especial ya que de lo contrario sería un recurso y no una acción.

Pero debemos considerar que este artículo obstruye la garantía por las siguientes razones:

1.- El requerimiento precisa un término de cuarenta días para que la autoridad o persona renuente de acatar la norma, acto administrativo, sentencia o informe conteste el reclamo o de satisfacción al incumplimiento.

Al referirnos a término, hablamos de cuarenta días laborales para que la autoridad o persona particular de contestación, es decir, son casi dos meses que se le da a la autoridad o persona para que dé satisfacción al incumplimiento o conteste de su negativa, generándose un tiempo realmente injustificado en contra de la celeridad procesal y mucho más cuando existe daño grave de los derechos del recurrente.

Tenemos que considerar que la respuesta o no del sujeto destinatario de la obligación no tiene un efecto positivo, pues el estado de cosas sigue igual que antes del reclamo.

2.- La norma es clara, se configura el incumplimiento siempre y cuando persista el incumplimiento o no se dé contestación al reclamo del accionante.

Pero, ¿qué sucede si se da una contestación por parte de la autoridad en la que no se justifica el incumplimiento?

Existen dos respuestas a esta pregunta:

Primero, una vez que se ha dado contestación por parte de la administración o de la persona natural se daría por entendido que no se configura el incumplimiento y por tal no sería admisible la acción; y/o,

Segundo, que la *respuesta negativa* del cumplimiento de la norma, actos administrativos de carácter general, sentencia es informes de organismos internacionales de derechos humanos podría ser tomada como la prueba del incumplimiento en donde se configuraría la acción.

Consideramos que se configura la acción por la sola omisión de cumplir con las obligaciones de los sujetos destinatarios, mucho antes del reclamo previo, pero que al ser un requisito de admisibilidad de la acción, la respuesta negativa o la omisión de dar respuesta configuran el incumplimiento.

3.- Sí el reclamo previo se dirige contra una autoridad no competente o autorizada para responder al reclamo aceptando o negando lo solicitado por el accionante, se podría tornar en nulidad absoluta del proceso, por cuanto la respuesta u omisión de la autoridad o persona que no esté obligada resultaría ser ilegítima.

4.- Finalmente consideramos que podría ser una norma contraria a la Constitución, por cuanto en su artículo 93 no contiene término alguno para establecer el incumplimiento.

La obligación de hacer o no hacer que obliga la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de algún organismo internacional de derechos humanos debe ser clara, expresa y exigible, estos son los únicos requisitos para la configuración del incumplimiento según la norma constitucional.

Además que es contraria a la Constitución por cuanto al ser una garantía constitucional para la defensa de un derecho constitucional o supranacional, estos se suponen de inmediata y directa aplicación.⁸³

2.2.2. LA DEMANDA

La demanda que presentarán los interesados en el cumplimiento de la norma, acto administrativo de carácter general o sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos deberá contener:

1. Nombre completo de la persona accionante.

La Ley utiliza el nombre de accionante para designar a los legitimados activos, es decir deberán expresar la condición en la que pretenden actuar, sea persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, siempre que hayan sido lesionados en sus derechos o se vea afectada en sus intereses.

Es necesario determinar la naturaleza del accionante, ya que si es persona natural lo hará por sí misma o por interpuesta persona, si lo hacen en representación de una comunidad, pueblo o nacionalidad deberá demostrar la calidad en la que comparece.

No es necesario comparecer con abogado tal cómo lo determina la Carta Fundamental,⁸⁴ por otra parte, si es persona jurídica debe realizarse por intermedio de su representante legal.

El error de este numeral es que solicita los nombres pero no los apellidos del accionante en caso de ser persona natural.

⁸³ Constitución del Ecuador, artículo 11 numeral 3

⁸⁴ Constitución del Ecuador, artículo 86 literal c, señala: "No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción."

2. Determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir.

Tal como dispone la Constitución, la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de organismos internacionales de derechos humanos deben contener obligaciones concretas, es decir, claras y expresas, y por lógica exigibles. Si la norma estableciera un mandato abstracto entrarían en juego elementos de carácter subjetivo e incluso de apreciación política, que tornarían discutible la aplicación de la acción por incumplimiento.

El tema de que la obligación debe ser exigible plantea un problema relativo a la existencia o no de un plazo en la norma cuyo cumplimiento se persigue. Si existe plazo no hay duda: la obligación es exigible al vencimiento del plazo. Pero, si no existe, esta circunstancia no debe servir de excusa para diferir *ad infinitum*⁸⁵ el cumplimiento de lo dispuesto en la ley o en la norma administrativa de carácter general. Por tal razón y para este caso hubiera sido recomendable que la ley precise que, de no existir plazo, será la Corte Constitucional la que resuelva si existe o no incumplimiento, utilizando la figura del “*plazo razonable*” al que se refiere la acción de inconstitucionalidad por omisión en el artículo 436 No. 10 de la Constitución.

Aunque no lo dice expresamente la ley, es claro que la acción por incumplimiento no sólo debe referirse al cumplimiento de mandatos normativos obligatorios sino que además ese mandato debe ser incondicional y tratándose de

⁸⁵ Iván Castro Patiño, *La Acción por incumplimiento y derecho comparado*, en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/29/29_373a414_accionporincump.pdf (13 de diciembre de 2012)

mandatos condicionales, es necesario que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones.

Las normas, actos administrativos de carácter general, sentencias e informes de las que se pretende el cumplimiento será la base de la litis a trabarse, es decir, lo que se pretende sea cumplido por el sujeto destinatario de la obligación mediante sentencia.

Cuando nos referimos a la obligación clara, expresa y exigible que se desea sea cumplida es tal como lo determina Luis Parraguez, “[...] un vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor queda en la necesidad de realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer, en favor de otra denominada acreedor, de tal manera que compromete todo su patrimonio embargable en garantía de cumplimiento”⁸⁶

Las obligaciones pueden ser positivas cuando exigen el cumplimiento de algo, cuando son negativas en cambio la persona o ente estatal debe abstenerse de hacer algo.

- Son claras, cuando no dan lugar a interpretaciones erróneas, son claras porque se encuentran plenamente identificados los sujetos destinatarios que deben cumplir con la obligación, a quien se debe el cumplimiento, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan.
- Expresa, es decir que en el documento se encuentre plasmada y delimitada la obligación, que haya certeza respecto de su contenido, términos, condiciones, y alcance.

⁸⁶ Luis Parraguéz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones*, Loja-Ecuador, primera edición, Universidad Técnica Particular de Loja, p. 21

- Exigible, cuando no media plazo ni condición para el cumplimiento de la misma.

El problema de este numeral es que la disposición constitucional del artículo 436 numeral 5 se ve limitada o la contradice por el hecho que no contempla a *los actos administrativos de carácter general*.

3. Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento.

En este punto se trata de particularizar a la autoridad o funcionario o persona natural que incumplió con su obligación, pero más allá de eso, menciona ya a las personas públicas, por tal los entes estatales que han omitido el cumplimiento de la obligación que causa la lesión del o los derechos del recurrente.

4. Prueba del reclamo previo.

Tal como habíamos analizado antes, el reclamo previo es un requisito indispensable para que se configure el incumplimiento.

5. Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.

Este numeral tiene su razón de ser, por cuanto está acorde al principio del *non bis in idem* que lo define el artículo 6 literal i) de la Constitución que señala: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (...)”.

La finalidad se encuentra en cuanto al principio de seguridad jurídica de no aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

6. Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida.⁸⁷

Es el lugar exacto donde se debe notificar al accionado, se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. De ser posible se preferirán medios electrónicos, por lo general se siguen las reglas del procedimiento civil tal como señala la disposición final de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

A más de estas disposiciones están las reglas obligatorias que determina el artículo 10 de la norma supra: “Contenido de la demanda de garantía”

1. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.

Es decir, es necesario en la demanda poner los fundamentos de hecho, sin ser necesarios los fundamentos de derecho, en donde se describa los acontecimientos que sucedieron en la vulneración de los derechos del accionante.

2. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.

Este punto es opcional, para que el accionado pueda enterarse de la acción que se le está planteando antes de la notificación.

3. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.

⁸⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 55

Igualmente que en el punto anterior es opcional para el accionante solicitar medidas cautelares con la finalidad de que el accionado comparezca o a su vez de efectivo cumplimiento de lo que se exige.

4. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.

La existencia del acto u omisión por parte de los obligados a acatar las normas, actos administrativos de carácter general y sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos se comprueba en este caso con la presentación del reclamo previo.

2.2.3. CAUSALES DE INADMISIBILIDAD.

El artículo 56 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, manifiesta:

La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.

Tanto la acción por incumplimiento como la acción de protección que garantizan los derechos por omisiones de las autoridades públicas, nos señalan que no proceden cuando la vulneración de los derechos pueden ser garantizados por otras garantías jurisdiccionales o mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión.

La acción de protección no puede conocer de los derechos garantizados en la Constitución “que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”⁸⁸

Recordemos que si bien la Constitución pertenece al ordenamiento jurídico, los derechos establecidos en ella son garantizados por la inconstitucionalidad por omisión como lo dispone el artículo 436 numeral 10 de la Constitución.

La acción de acceso a la información pública por su parte tiene por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información.⁸⁹

La acción de habeas corpus en cambio, es el medio por el la cual se consigue la libertad de un detenido, cuando la privación de libertad ha violado normas constitucionales o legales⁹⁰, además de proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona.⁹¹

El habeas data tiene la facultad por medio de la cual una persona puede solicitar al ente público, los documentos y más información que sobre sí repose en los archivos institucionales.⁹²

⁸⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 39

⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 91

⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador, artículo 89

⁹¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionales, artículo 43

⁹² Constitución de la República del Ecuador, artículo 92

La acción extraordinaria de protección permite corregir los errores cometidos por la justicia ordinaria, en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.⁹³

Tal como observamos, de todas las acciones constitucionales, no existe otro mecanismo constitucional que garantice el cumplimiento de normas que integran el sistema jurídico, actos administrativos de carácter general o sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, por acciones u omisiones de las autoridades y personas.

2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.

Tal como habíamos analizado en el capítulo primero, el cumplimiento de los preceptos de la Constitución quedan excluidos de ser garantizados mediante la acción por incumplimiento, toda vez que los derechos contenidos en ella tienen otra vía para ser garantizados, esta es, la acción de inconstitucionalidad por omisión.

3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.

En este numeral, una vez más la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional omite a los actos administrativos de carácter general en contra de lo dispuesto en el artículo 436 numeral 5.

Para el caso de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos (y como habíamos mencionado anteriormente), no existe mecanismo judicial

⁹³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 94

alguno para la realización del efectivo cumplimiento de estas decisiones supraestatales, por lo que es una noma disfuncional a la realidad procesal.

Igualmente habíamos analizado que existen los procedimientos contencioso administrativos tanto para el cumplimiento de las normas como para el cumplimiento de actos administrativos, sea por recursos objetivos o de anulación o recursos de plena jurisdicción o subjetivos.

Pero al existir estos mecanismos judiciales debemos entender que es procedente la acción por incumplimiento siempre y cuando se genere daño grave al recurrente.

4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

En caso que el recurrente o accionante no cumpla con todos los requisitos dispuestos en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la demanda será desechada y archivada, y por ende, la acción será improcedente.

Aunque en este punto debemos precisar que si la demanda no contiene los elementos obligatorios, se dispondrá que se la complete en el término de tres días. Transcurrido este término, si la demanda está incompleta y del relato se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia.⁹⁴

2.2.4. PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO⁹⁵

2.2.4.1 ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y NOTIFICACIÓN AL ACCIONADO

⁹⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 10

⁹⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 57

Presentada la demanda, la sala de admisiones de la Corte Constitucional la admitirá o inadmitirá conforme al punto anterior en el lapso de 24 horas.

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

2.2.4.2. AUDIENCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SENTENCIA

En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes.

La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez el día y hora señalado. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver el caso.⁹⁶

Se podrá abrir el término de prueba⁹⁷ por ocho días tras los cuales se dictará sentencia. Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elaborará el proyecto de sentencia y el Pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia.

El fallo por supuesto deberá ser motivado y deberá contener al menos:

⁹⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 14

⁹⁷ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 16 señala: “La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente.”

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

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable.⁹⁸

⁹⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 17

CAPÍTULO TERCERO

PARECIDOS DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CON OTRAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES, UNA ACCIÓN PELIGROSA Y MUERTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

3.1.- EL PARECIDO DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CON OTRAS GARANTÍAS.

3.1.1.- LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

Es preciso destacar que la acción de inconstitucionalidad por omisión se refleja en el silencio de los entes públicos, en especial del legislativo, contraviniendo el principio de *supremacía constitucional*, ya que dicho silencio transgrede el deber que le da la Constitución para legislar en determinada o determinadas materias o para cumplir las funciones que están determinadas en las normas constitucionales.

Para el incumplimiento o silencio de los entes estatales ante lo que determina la Constitución, es necesario que exista un órgano que cumpla el papel de controlar y supervisar la inactividad de instituciones y autoridades públicas así como los efectos que ésta produce, es decir, la Corte Constitucional es el órgano del Estado que vela por el cumplimiento de los preceptos constitucionales.

El artículo 436 de la Carta Fundamental en su numeral 10 prescribe:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los

mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

Claramente esta disposición constitucional le da a la persona el derecho de demandar la protección de los intereses y derechos que se violenten por las omisiones que se inobserven en las normas determinadas en el artículo 425 de la Carta de Montecristi por parte de cualquier ente o autoridad estatal.

El parecido entre la acción de inconstitucionalidad por omisión y la acción por incumplimiento es claro cuando nos referimos a garantías que tienen las personas frente a las omisiones del ente estatal que causan vulneración de derechos.

Si realizamos un análisis literal de este artículo tendremos que las dos acciones se refieren a omisiones contra las normas que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano manifestado en el artículo 425 de la Constitución, ya que la inconstitucionalidad por omisión busca “declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales.”(El subrayado es propio)

Por su parte, la acción por incumplimiento garantiza el cumplimiento de las normas que integran el sistema jurídico por parte de las autoridades públicas por acciones u omisiones.

Ahora bien, debemos entender que el espíritu del constituyente se refiere a las disposiciones que contempla la Constitución para plantear inconstitucionalidad por omisión, pero, siendo la Constitución una norma que integra el sistema jurídico ecuatoriano, sería viable presentar la acción por incumplimiento de normas por la omisión de entes estatales.

Por supuesto también hay diferencias que son evidentes y que las hemos detallado en el capítulo primero, lo que se quiere aquí demostrar es que los contenidos que reflejan estas dos acciones pueden traer problemas, no solo para los miembros de la Corte Constitucional, sino para los abogados en libre ejercicio y personas que no sabrán por cuál de las dos vías demandar el incumplimiento de la autoridad pública.

Por otra parte aquí se extinguen 260 años de la teoría clásica de los 3 poderes de Montesquieu⁹⁹ (ejecutivo, legislativo y judicial que son independientes uno del otro), con la nueva estructura estatal que se concentra en 5 funciones que se correlacionan en función de un solo poder que es el soberano, sumándose a estas 3, la Función Electoral y la de Participación Ciudadana y Control Social, en donde le da al juez la carga para crear normas, es decir, expresamente encontramos el aclamado *legislador negativo* de los iusnaturalistas, cuando determina que si “transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

⁹⁹ Barón de Secondant Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, México, editorial Porrúa, décimo octava edición, 2010, pp. 145-154

3.1.1.1.- UN CASO PRÁCTICO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN PRESENTADO POR LA ASAMBLEÍSTA LOURDES TIBÁN EN CONTRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL.

Es el caso de la Asamblea Nacional¹⁰⁰ por no haber cumplido lo que determina la transitoria primera de la Constitución, la misma que señala la aprobación de catorce leyes hasta el 14 de octubre de 2009, de las cuales hasta el tiempo en que se presentó la demanda solo se habían aprobado tres.

“Disposiciones transitorias. Primera.- El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución aprobará la ley que desarrolle el régimen de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. En el plazo máximo de trescientos sesenta días, se aprobarán las siguientes leyes [...]”

Esta demanda fue presentada por la asambleísta Lourdes Tibán en el año 2009 ya que la disposición transcrita supra disponía que en el plazo de un año deberían entrar en vigencia 14 leyes, y la función legislativa no cumplió con esta disposición, por lo que la misma debía ser resuelta por la Corte Constitucional en base a lo que determina el artículo 436, numeral 10 de la Carta Magna, norma en la cual el organismo de Control

¹⁰⁰ Periódico digital Ecuador Inmediato, *Por incumplir plazos constitucionales para aprobar leyes*, en: www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/lourdes_tiban_presenta_demanda_de_inconstitucionalidad_en_contra_de_la_asamblea--114902 (14 de diciembre de 2011)

Constitucional debió otorgar un nuevo plazo a la función legislativa para la aprobación de dichas leyes y que de volver a incumplir dicho plazo, el órgano de control tenía la atribución de dictar las normas de manera provisional.

En la demanda, la legitimada citó textualmente lo siguiente:

“Cuando la quiescencia, inacción, inercia u omisión de la Funciones del Estado frente a claros y concretos mandatos del constituyente producen efectos contrarios a lo que dispone la Constitución, estamos frente al caso de una inconstitucionalidad por omisión, pues la Constitución no solo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ella ordena que se haga, en el segundo caso, estamos frente a una inconstitucionalidad por omisión”.¹⁰¹

Desde esta perspectiva se entiende que está bien planteada la acción ya que esos mandatos imperativos de la Constitución, bien sean de carácter legislativo o de otra especie, no se cumplen, perjudicando así la fuerza normativa de la Constitución (supremacía constitucional) produciéndose un verdadero fraude constitucional. Estamos entonces frente al caso de inconstitucionalidad por omisión, en donde por la inacción de los poderes constituidos, deja sin aplicación práctica lo preceptuado por la norma constitucional.

¹⁰¹ Blog de la Asamblea Nacional, espacio de la Asambleísta Lourdes Tibán, *Demanda a la Corte Constitucional*, en: asambleanacional.gov.ec/blogs/lourdes_tiban/2009/10/14/demanda-a-la-corte-constitucional/comment-page-1/#comment-699 (3 de julio de 2011)

Pero si analizamos el artículo 93 de la Carta de Montecristi, nos dice que la acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar las normas que integran el sistema jurídico; por otra parte, los artículos 424 y 425 de la Constitución determinan que la misma es la norma suprema y que forma parte del ordenamiento jurídico, por tal, debemos entender que la demanda señalada pudo haber sido viabilizada mediante la acción por incumplimiento ya que se incurre en incumplimiento de disposiciones constitucionales por parte del legislador, que como norma suprema es parte del sistema jurídico ecuatoriano.

3.1.2.- PARECIDO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN, POR INCUMPLIMIENTO E INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La acción de protección nace con la Constitución de 2008 y es muy parecida al amparo constitucional de 1998, con eventuales excepciones que para el presente estudio no precisaremos, aunque la Real Academia de la Lengua Española define a la protección como amparo, por lo que vendrían a ser sinónimos.

La Carta Fundamental de 2008 textualmente señala:

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

concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Esta es una acción universal al que puede acudir cualquier persona cuando ha sido afectada o violentada en sus derechos constitucionales ya sea por actos u omisiones de entes estatales no judiciales o cuando persona particular causa daño grave con la violación del derecho constitucional.

Es importante señalar que esta acción se la presenta ante un juez o jueza de primera instancia, con sede en el lugar donde se originó el acto o donde se producen sus efectos, sin la necesidad de ir hasta la ciudad de Quito ante la Corte Constitucional como se lo hace en la acción por incumplimiento.

Los parecidos son evidentes al igual que con la acción de inconstitucionalidad por omisión, por cuanto las 3 acciones se refieren a *omisiones* que vulneran derechos consagrados en la Constitución, a más de ser acciones que son procedentes cuando existe daño grave de los recurrentes.

No está de más analizar las diferencias que comprenden:

1.- La inconstitucionalidad por omisión se verifica solamente en la omisión de la Constitución que vulneran derechos, en cambio la acción de protección y la acción por incumplimiento garantizan derechos por acciones y omisiones de los entes estatales.

2.- La acción de protección garantiza los derechos constitucionales por las omisiones o acciones de autoridades públicas no judiciales, mientras que las otras dos acciones garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales por parte de toda autoridad pública.

3.- Las acciones de protección y por incumplimiento no son procedentes cuando exista otra garantía jurisdiccional o sea procedente la acción de inconstitucionalidad por omisión.

4.- Solo la acción por incumplimiento requiere de un reclamo previo para ser procedente.

5.- La acción de protección se puede presentar ante cualquier juez constitucional, en el lugar que se generó la vulneración a diferencia de las otras dos acciones que se presentan exclusivamente ante la Corte Constitucional.

Bajo estas consideraciones debemos concluir que son acciones muy parecidas cuando se refieren a la vulneración de derechos plasmados en omisiones de entes estatales no judiciales, por ende, pueden traer problemas con relación a los clientes de la justicia, que en su necesidad de encontrar una vía idónea para solicitar el cumplimiento de normas que vulneran derechos se encontrarán con tres acciones de parecidos casi idénticos.

3.1.3.- ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO O ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

La acción de incumplimiento tiene por objeto conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, cuando la jueza o juez que dictó la sentencia no la haya ejecutado en un plazo razonable o cuando hay renuencia de la autoridad obligada, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 436 numeral 9 de la Constitución, artículos 162 a 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y artículo 84 del Reglamento de sustanciación de proceso de competencia de la Corte Constitucional.

Según lo señalado por el Dr. Patricio Herrera Betancourt, juez de la Corte Constitucional¹⁰², existiría conflictos para los usuarios de la justicia de sostener cada una de estas acciones:

En la praxis ha generado problemas de fundamentación y de ejercicio, toda vez que los operadores de la justicia confunden y mezclan su naturaleza y objetivo al utilizar fundamentos de una acción de incumplimiento para sustentar la acción por incumplimiento y viceversa, por lo que esta última ha sido inadmitida por la Sala de Admisión en un mayor porcentaje de causas ingresadas.

Para que la acción por incumplimiento o de incumplimiento sea una herramienta eficaz para hacer cumplir en forma oportuna e íntegra los derechos, el legitimado activo debe fundamentar su acción observando y cumpliendo todos y cada uno de los presupuestos formales y sustanciales que exige la normativa constitucional correspondiente.

La acción de incumplimiento se presenta en contra de la jueza o juez que dictó la sentencia y no la haya ejecutado en un plazo razonable o cuando considere que no se la ha ejecutado integral o adecuadamente, además cuando se trate del incumplimiento de sentencias expedidas dentro de procesos de garantía judiciales de derechos constitucionales y en caso de incumplimiento de sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional.¹⁰³

¹⁰² Patricio Herrera Betancourt, *Acciones por incumplimiento y acciones de incumplimiento*, en http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ACCIONES_POR_INCUMPLIMIENTO_Y_ACCIONES_DE_INCUMPLIMIENTO.pdf (13 de octubre de 2013)

¹⁰³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 164

La acción por incumplimiento en cambio garantiza la aplicación de normas, actos administrativos de carácter general y el cumplimiento de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.

Las dos acciones tienen finalidades diferentes, el problema radica en el parecido de los nombres que confunde a los operadores de justicia como nos manifiesta el magistrado Herrera, pero mucho más allá, es a los usuarios a quien más han confundido estas dos acciones proponiendo acciones de incumplimiento por acciones por incumplimiento y viceversa.

Pero a más de ello, nos encontramos con un gran problema, cuando en un mismo caso exista el incumplimiento de normas que integran el sistema jurídico y el incumplimiento de sentencias o dictámenes constitucionales, debemos respondernos: ¿Qué garantía constitucional es la idónea para hacer efectivos nuestros derechos?

El temor de todo usuario de la justicia radica en que si proponemos una acción por incumplimiento pueda ser desechada por no ser la acción adecuada o viceversa, que la acción de incumplimiento no sea procedente.

Para tener un poco más de luces creemos necesario analizar una de las sentencias de la Corte Constitucional, la misma que fue signada como caso 0005-08-AN:

Resumen:

Silvia Game Muñoz y Alfredo Luna Narvárez proponen ante la Corte Constitucional, una acción por incumplimiento en contra de la Procuraduría General del Estado y la Corporación Aduanera Ecuatoriana, por no cumplir normas constitucionales, informes de derechos humanos y dictámenes del Tribunal Constitucional del Ecuador, que se refieren a los derechos contemplados en los

artículos: 35; 47 numeral 4; 47 numeral 10 (corresponden a los derechos de las personas con capacidades diferentes y grupos de atención prioritaria); 11 numeral 2 (principio de igualdad y no discriminación).

Este es el caso de personas con capacidades diferentes, que presentan acción por incumplimiento en contra de la Procuraduría General del Estado y Corporación Aduanera de las siguientes normas: Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, artículo 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, artículo 11; Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, artículo 18; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 20 literal b; Acuerdo de Cartagena y Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, artículo 1; Carta Andina de Derechos Humanos, artículo 48; Ley de la Procuraduría General del Estado.

Informes de Organismos de Derecho Humanos: Observación Nro. 5 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas con discapacidad, en relación al artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Resoluciones: Nro. 0770-07-RA (acción de amparo emitido por el Tribunal Constitucional del Ecuador, en el que se conminó al CONADIS a emitir la autorización para importar vehículos de hasta tres años de fabricación anteriores a la fecha de expedición de la autorización del CONADIS); Nro. 335-98-TC (Inconstitucionalidad de varios artículos del Reglamento General de la Ley sobre Discapacidades, dejó sin efecto el artículo 76, con la excepción de la frase “los vehículos importados serán de hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de autorización”

La Corte Constitucional respecto a la acción por incumplimiento expuso las siguientes consideraciones:

Naturaleza Jurídica, alcance y efectos:

La Corte Constitucional en la presente sentencia hizo referencia a la naturaleza jurídica de la acción por incumplimiento, limitándose a hacer una comparación de la Constitución de 1998 con la actual Constitución, subrayar el deber de los jueces bajo lo preceptuado en el artículo 86 numeral 3 de la Carta Fundamental y señalar la compatibilidad de las garantías con el artículo 1 de la Constitución.

A más de esto argumentó que “[...] en el pasado no existió garantía constitucional semejante, que vele por la eficacia del sistema jurídico [...]”

Por otra parte en referencia *al objeto*, determinó que la acción por incumplimiento:

- a) Garantiza la aplicación de las normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza y jerarquía, que integran el sistema jurídico; y
- b) Garantiza el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de Derechos Humanos.

Respecto al pronunciamiento del Procurador en el que declara inaplicable el artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades por contravenir la Ley de Aduanas, Ley de Tránsito y Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, en beneficio de otros preceptos normativos, la Corte Constitucional señaló:

La declaratoria de inaplicabilidad de un precepto normativo no puede entenderse como incumplimiento, como tampoco es procedente sostener la aplicabilidad es sinónimo de cumplimiento. En el evento que a partir de un análisis de inaplicabilidad se vulneran derechos fundamentales, existe la vía constitucional idónea para atender esa pretensión, esta es, la acción de protección, por lo que se declara que el Procurador General del Estado no ha incumplido norma de carácter general.

En el caso del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, determinó que existe un incumplimiento de “fondo” respecto al artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades.

Aunque el Gerente de la Corporación Aduanera había señalado en su escrito que se había actuado según la declaratoria de inaplicabilidad del Procurador General del Estado y que a su vez, los accionantes no presentaron un requisito señalado en el artículo 44 literal b de la Ley Orgánica de Aduanas.

La Corte Constitucional respecto a la inaplicabilidad del señor Procurador General del Estado, señaló:

Toda autoridad de la administración pública, dentro de las que se incluye la Corporación Aduanera Ecuatoriana, debió someter sus actuaciones al contenido de los pronunciamientos emitidos en ese entonces por el señor Procurador General del Estado. Lo contrario habría resultado atentatorio al principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República. El principio de seguridad jurídica es una garantía que el Estado

reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados, y en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela. La seguridad jurídica, en definitiva, es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales, por lo tanto inevitablemente nace una expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Por esto, es indispensable que las decisiones de los actores políticos dentro de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad.

Por lo expuesto, el dictamen del señor Procurador General del Estado, a través del cual prohíbe la importación de vehículos no ortopédicos y de hasta tres años de fabricación, no resulta vinculante para la Corporación Aduanera Ecuatoriana, y por tanto, no afecta los derechos de los accionantes.

Los efectos del mismo se generan desde el momento de su emisión hacia lo venidero. Al tiempo que los accionantes obtuvieron las autorizaciones respectivas, no existía prohibición alguna relacionada a la importación de vehículos no ortopédicos y de hasta tres años de fabricación; por el contrario, el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y los dictámenes emitidos por el señor Procurador José María Borja, garantizaban dicha importación libre de impuestos a favor de la población discapacitada.

En lo relacionado al requisito del artículo 44 literal b de la Ley Orgánica de Aduanas: presentación de la factura o proforma a fin de individualizar el vehículo que pretende importar, la Corte Constitucional señaló que, “[...]es un requisito de “forma” complementario a la autorización de importancia emitida por el órgano competente[...]”.

Por tal, los Jueces de la Corte Constitucional en forma unánime resolvieron:

- 1.- Negar la acción por incumplimiento en contra del Procurador General del Estado
- 2.- Conceder la acción por incumplimiento en contra del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Si bien creemos que el resultado tiene sentido en cuanto al incumplimiento por parte del órgano estatal, debemos hacernos una pregunta:

¿Si existió incumplimiento de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional del Ecuador, por qué no fueron objeto de análisis y solo se refirieron al artículo 23 de la Ley de Discapacidades?

Si hablamos del incumplimiento de sentencias, resoluciones o dictámenes constitucionales, se tendrá que aplicar la acción de incumplimiento, regulada por el artículo 436 numeral 9 de la Constitución, pero, si existen normas legales incumplidas y dictámenes constitucionales incumplidos, será la acción por incumplimiento la viable, pero en caso de existir el incumplimiento de normas y sentencias constitucionales, podría resultar que estos casos sean un condicionamiento a la seguridad jurídica, pues las reglas del proceso no están claras para los accionantes e interesados en determinado proceso.

De esta manera podemos concluir que al existir este tipo de problemas es la Corte Constitucional la llamada a aclarar el panorama, mientras tanto consideramos que las dos acciones son viables siempre y cuando se ponga en un relieve más alto el no-cumplimiento de la norma para la acción por incumplimiento o la sentencia constitucional para la acción de incumplimiento, dándole así una importancia de la una sobre la otra para que la acción no sea desechada.

3.2.- LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEBIDO AL INCUMPLIMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Corte Constitucional es el órgano de control constitucional, el mismo que debe resolver todo tipo de acciones y recursos constitucionales en determinados plazos, dentro de las competencias que le han sido asignadas principalmente en el artículo 436 de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pero, ¿qué pasa si la Corte no cumple con lo que determinan dichas normas? ¿Acaso no hablaríamos de un silencio, omisión o incumplimiento por parte de dicho órgano ante las normas constitucionales?

Analizando el artículo 93 de la Constitución cuando señala que el objeto de la acción es garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, debemos señalar que sí, que la Corte Constitucional al no cumplir con dichos mandatos caería en una flagrante violación de las normas, pero a nuestra manera de ver, el problema no radica simplemente aquí, sino que la acción por incumplimiento deberá presentarse ante la misma Corte que omitió la aplicación de la norma.

Creemos que un ejemplo es clave para entender lo que puede pasar con los incumplimientos de la Corte Constitucional.

El artículo 428 de la Constitución determina:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el

expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

En base a este ejemplo, podemos observar que la Corte Constitucional en estos casos debe pronunciarse en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, de no hacerlo en este tiempo, la Corte Constitucional incumpliría la norma citada, por lo que cualquier persona podría interponer una acción por incumplimiento ante el mismo órgano, por ende, la Corte cumpliría una doble función, que es la de juez y parte.

Es necesario señalar que hasta el momento no existen casos de estas características pero que en algún momento podrían suscitarse, por tal, frente a este incumplimiento consideramos que la Corte Constitucional no tendría la capacidad moral para garantizar su inactividad pues tiene interés directo como legitimado pasivo en el proceso, por ende, quienes conozcan de estos casos necesariamente tendrían que ser los jueces suplentes a falta de conjueces para garantizar de alguna manera imparcialidad en el resultado.

Si sumamos los plazos para resolver que tiene la Corte Constitucional y el término de cuarenta días del reclamo previo y más lo que durará el proceso, nos encontramos con una acción bastante extensa, resultando ser una acción ineficaz cuando existe grave daño a los recurrentes.

3.3. UN EJERCICIO DE TERROR: LA PONDERACIÓN EN LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO (CASO VILLALTA).

Es de conocimiento que cuando existen conflictos entre reglas se puede resolver mediante el establecimiento de criterios para solucionar *la coherencia del sistema jurídico*, esta coherencia se refiere a que el sistema unitario de normas válidas no pueden entrar en incompatibilidades entre sus elementos, es decir, es la ausencia de antinomias y que de haberlas podrán ser resueltas por los criterios de jerarquía, competencia, especialidad o cronología.¹⁰⁴

Además es necesario señalar que cuando dos reglas entran en contradicción desde el punto de vista neiusnaturalista, el conflicto se soluciona o bien insertando una cláusula de excepción en una de las normas para eliminar el conflicto o bien invalidando una de ellas,¹⁰⁵ cosa que no siempre es acorde a la realidad.

Para los principios en cambio no existe un criterio determinado; la ponderación o *balance*¹⁰⁶ es empleada para aplicar la norma que en mayor medida es conveniente al resultado del caso entre principios (P1 y P2). Esta ponderación se da por la insuficiencia de criterios o criterios normativos carentes de reglas¹⁰⁷.

Pero en realidad, ¿qué es la ponderación? Para Prieto Sanchís, “[...]el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la

¹⁰⁴ Marina Gascón Abellán, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 273 a 284

¹⁰⁵ José Juan Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, en Miguel Carbonell compilador, editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 113

¹⁰⁶ Riccardo Guastini, *Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*, traducción de Pedro Grández Castro, en: <http://www.scribd.com/doc/13868794/Conflictos-de-Principios-Constitucionales> (2 de septiembre de 2011)

¹⁰⁷ Iván Vila Casado, “La Coherencia del Ordenamiento. El Problema de las Antinomias”, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, Elena Arguello Editora, Madrid, 1997, p. 269-284

arbitrariedad”¹⁰⁸, es decir, la colisión entre principios y como lo determina Alexy, han de ser resueltas de modo distinto, por lo cual, uno de los dos deberá ceder frente al otro, sin que esto signifique que uno de ellos se invalide ni que en el principio que no sea prioritario al caso se deba incluir una cláusula de excepción como en las reglas.¹⁰⁹

Es por esta razón que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso o importancia, por lo cual la solución de antinomias no es válida para el caso (*lex specialist, lex superior, o lex posterior*) sino la dimensión del peso y proporcionalidad.¹¹⁰

La regla de ponderación es la siguiente: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro.”¹¹¹

En pocas palabras y tal como Guastini lo ha manifestado, hablamos de una *jerarquía axiológica móvil*¹¹², en donde un principio tiene más peso o importancia que el otro para resolver el caso en concreto.

Pero en la aplicación de la ponderación de principios dentro de la acción por incumplimiento, encontramos uno de los casos que más horrorizó a la opinión pública, es el caso signado con el número 0001-08 AN, en donde la Corte Constitucional ecuatoriana resolvió aceptar mediante acción por incumplimiento la demanda

¹⁰⁸ Luí Prieto Sanchís, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-2/testi/D_Q-2_Prieto.rtf (28 de septiembre de 2011)

¹⁰⁹ José Juan Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, pp. 113-114

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción Carlos Bernal Pulido, segunda edición, 2007, p.161.

¹¹² El autor manifiesta que la categoría de jerarquía axiológica es una relación de valores creada no por el derecho sino por el juez constitucional, por otra parte, la jerarquía móvil es en relación a los valores móviles, es decir, mutables, que tienen superioridad para el caso concreto y que pueden ser revertidas para un caso diverso, véase Riccardo Guastini, *Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*, pp. 636-637.

presentada por Floresmilo Villalta contra el Presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, aduciendo que este no había dado cumplimiento a la amnistía Nro. 4 otorgada por la Asamblea Constituyente; a Villalta se le impuso una pena de 16 años de prisión por el delito de violación a una menor de edad.¹¹³

La Asamblea Constituyente con plenos poderes dio amnistía a 357 ciudadanos, denominada de “Derechos Humanos Criminalizados”, la misma que señala en su artículo 3: “Los beneficiados y las beneficiadas de la amnistía que están privados de su libertad serán inmediatamente excarcelados. Los procesos que se sigue en contra de los beneficiados por la amnistía se suspenderán y serán archivados y quedan libres de toda responsabilidad penal por los delitos que se les imputa”¹¹⁴.

El Juez del Tribunal Penal contestó la demanda sosteniéndose en el principio de legalidad ya que su sentencia había sido ratificada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, en cambio la Corte Constitucional señaló que la negativa de ejecutar la amnistía Nro. 4 por parte del Tribunal Penal presume una lesión de los derechos fundamentales del accionante: libertad, trato igual ante la ley, dignidad humana y atenta la independencia judicial, y eso que *graciosamente* no aplicaron el *indubio pro reo libertate*, tal como se señala en la sentencia.

La Asamblea Nacional analizó el expediente y concluyó que el juicio era un perseguimiento político al señor Villalta por una “supuesta violación de una menor”

¹¹³ Corte Constitucional de Transición de Ecuador, sentencia Nro. 0001-08-AN, de 24 de noviembre de 2009; Luis Fernando Torres, “Amnistía y Delitos Sexuales”, en *Revista Debate Constitucional* Nro. 17, Quito, 2009, p.3.

¹¹⁴ Boletín 633 de la Asamblea Constituyente, *La Asamblea aprueba amnistía para defensores de los derechos humanos*, en la página del museo de la Asamblea Nacional: <http://www.museo.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com> (1 de octubre de 2011)

La Corte Constitucional utilizó la ponderación para poder dar solución al caso con esta escueta argumentación:

La Corte Constitucional, acogándose a la ponderación jurídica [...] ha generado la colisión entre esos dos principios: el de legalidad y el de trato legal igual, lo que atenta inevitablemente contra los derechos constitucionales de libertad y dignidad humana del legitimado activo, por lo que estima que Floresmilo Villalta está siendo afectado en grado grave al no haber sido sujeto de aplicación de la Amnistía No. 4.

Al ser escueta y no tener motivación alguna su ponderación, nosotros intentaremos esbozar dicha argumentación de la siguiente manera:

P1 Principio de igualdad ante la ley,

P2 Principio de legalidad,

C. La Circunstancia: persona sentenciada a 16 años de prisión por violación y solicita su libertad por haber sido amnistiado por la Asamblea Constituyente

(P1 vs. P2) C.¹¹⁵

En la lógica de la Corte Constitucional el principio de igualdad ante la ley P1 *precede*¹¹⁶ p. al principio de legalidad P2 y a la circunstancia C. otras personas habían sido beneficiadas por dicha amnistía, por lo que lo esbozaremos en la siguiente fórmula:

¹¹⁵ Hemos tomado como modelo a la fórmula aplicada por José Juan Moreso en el caso de libertad a la información y el derecho al honor, en José Juan Moreso, "Conflictos entre principios constitucionales" en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell compilador, editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 114

(P1 p P2) C.

Esto quiere decir que de P1 en la circunstancia C. saldrá la regla R, lo que determinará que C. será el supuesto de hecho, y R cómo consecuencia jurídica.

En otras palabras: “[...] la circunstancia en que un principio precede a otro constituye el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”¹¹⁷

Para Riccardo Guastini, la ponderación “implica una doble discrecionalidad del juez constitucional” por cuanto es una operación discrecional de los jueces para crear la jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, y por otra parte la mutación de valores que se le da a los principios en casos diferentes.¹¹⁸

En definitiva y desde el análisis del caso, la ponderación es una técnica utilizada por los jueces que “no es ni interpretativa ni deductiva, sino que se basó en formulaciones de juicio de valor no sujetos a un cotejo de coherencia sistemática, aun cuando en la motivación del juez constitucional pretende que la decisión aparezca como la salida natural y lógica de un itinerario rígidamente hermenéutico”¹¹⁹

¹¹⁶ Al referirnos a la precedencia nos estamos refiriendo a la jerarquía axiológica móvil para el caso en concreto, es decir, el valor de un principio sobre el otro en el presente caso.

¹¹⁷ José Juan Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, p. 114

¹¹⁸ Riccardo Guastini, *Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales entre principios constitucionales*, p. 637

¹¹⁹ Gino Scaccia, “Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, p. 3954, citado por Santiago Sánchez González, *De la Imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*, Departamento de Derecho Político UNED, España, p. 362

Tal como señala García Amado, “todo caso de legalidad ordinaria puede ser transformado en caso de conflicto entre principios.”¹²⁰

Siendo que el Tribunal Penal dictó sentencia en contra del señor Floresmilo Villalta, la misma que fue ratificada por la Sala Penal por el delito de violación a una menor de edad significaba que estaba ejecutoriado el fallo, por lo cual, estaba cumpliendo la pena, pero se llevó el caso hasta la Corte Constitucional y esta a su vez para dar una solución utilizó la ponderación de dos principios, como lo es el principio de igualdad y el principio de legalidad, emitiendo su resolución en contra de la seguridad jurídica, que es el principio llamado a garantizar por parte de la acción por incumplimiento.

Para concluir con el análisis de este caso debemos dar nuestras críticas que se resumen en las siguientes:

1.- La sentencia es contradictoria a la naturaleza de la acción por incumplimiento al fallar en contra del principio de cosa juzgada y legalidad que es uno de los elementos esenciales de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica exige reglas que sean públicamente reconocidas y efectivamente aplicadas para resolver los casos y que las decisiones que se dicten en su aplicación se cumplan en la práctica.

Normalmente, la seguridad jurídica apunta a la certeza, a la previsibilidad de las decisiones judiciales [...] ¹²¹.

¹²⁰ Juan Antonio García Amado, “El juicio de ponderación y sus partes” en *Justicia Constitucional. El rol de la Corte constitucional en el Estado contemporáneo*, en Ricardo Sanín Restrepo coordinador, primera edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2006, p. 120

En la resolución de la Corte Constitucional se deja el precedente de que las sentencias que se encuentran en firme pueden interrumpir su ejecución por normas posteriores que descriminalicen a determinadas personas y que la seguridad jurídica de las víctimas a su reparación integral, protección especial, garantía de no repetición y satisfacción del derecho¹²² sean vulnerados.

2.- Los asambleístas al realizar un análisis del proceso penal concluyeron que el juicio era un perseguimiento político al señor Villalta por una “supuesta violación de una menor”.

Se desprende de este punto que los asambleístas dan el aval de la inocencia del acusado, convirtiéndose en procesalistas penales y académicos de la rama penal, deslegitimando las actuaciones de los *jueces a quo*.

En otras palabras, los legisladores tienen injerencia en el poder judicial volviéndose *jueces negativos* con conocimientos omnímodos en todas las ramas y materias del derecho, cumpliendo con funciones de fiscales y jueces.

3.- Con este precedente, la Corte Constitucional ecuatoriana al parecer posee poderes omnímodos al servicio de *statu quo*, y aunque parezca extraño después de tantos años, nos viene a la mente alguna de las teorías de Schmitt cuando afirma que “una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción,

¹²¹ Preámbulo de XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, *Reglas mínimas sobre seguridad jurídica en el ámbito iberoamericano*, efectuada del 4 a 6 de marzo de 2008, en <http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/Reglasminimassobreseguridad.pdf> (18 de noviembre de 2011)

¹²² Constitución del Ecuador, artículo 78

sino al Estado en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia.”¹²³

4.- La sentencia se torna en el incumplimiento de una norma que le otorgaba amnistía al acusado por ser un perseguido político, pero nunca toparon los derechos de la niña violada, lo que hizo la Corte Constitucional fue atribuirse competencias investigativas, dándole valor a los hechos y que según la Asamblea Constituyente y la Corte Constitucional no fueron tomadas en cuenta por el Tribunal Penal al momento de emitir su sentencia.

Dentro del proceso de la acción por incumplimiento, no existe un momento procesal en el cual la Corte Constitucional tenga funciones investigativas, que de ser el caso, regresaríamos a procesos inquisidores en donde el juez cumple las funciones de acusador y sancionador.

Debemos señalar que si existieron errores cometidos por la justicia ordinaria, violando derechos constitucionales, la acción por incumplimiento no es la vía idónea para garantizarlos pues es carga y potestad de la acción extraordinaria de protección que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.¹²⁴

5.- Este caso pertenece a los que denomina el maestro Gargarella, *malos casos o casos de manipulación*, en donde los “actores principales de la novela jurídica latinoamericana” se apoyan muchas veces de algunas las teorías del derecho con el

¹²³ Carl Schmitt, Trabajo de 1929, Reichsgericht als Hüter der Verfassung, citado por Eduardo García de Enterría en *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, Editorial Civitas, España, 1983, pp. 43-55

¹²⁴ Constitución del Ecuador, artículo 94

único objeto de manipularlas, que funcionan al servicio de los intereses que quieren apoyar, además de carecer de algún sustento intelectual.¹²⁵

La *manipulación* viene de la mano con el abuso de autoridad y del poder por parte de las autoridades judiciales y constitucionales.¹²⁶ Aquí, las reglas que establecen las normas y la doctrina para que la acción por incumplimiento sea una real garantía constitucional han sido tergiversadas con la finalidad de apoyar los intereses políticos.

En este caso es necesario dar nuestro repudio, nuestra crítica y rechazo, tal como señala el Roberto Gargarella, “habrá que decirles que están haciendo mala teoría, que están distorsionando el sentido original de aquellos textos.”¹²⁷

6.- Finalmente, la vaga motivación ponderativa en este caso se ha utilizado para que los jueces *hércules* encuentren la interpretación de la norma que más se ajuste a la finalidad de los intereses que apoyan y de allí buscar los dos principios más idóneos y subsumirlos uno hacia el otro por razón de peso e importancia, en la cual se encontrará la regla que determine como a de guiarse el caso dando como resultado que no hay “resultados razonables” y en ello la abominación de los ecuatorianos ante tal sentencia.

¹²⁵ Roberto Gargarella, “Sobre la Teoría Impura de Diego López Medina” en *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, en seminariogargarella.blogspot.com (14 de septiembre de 2012)

¹²⁶ *Ibídem*

¹²⁷ *Ibídem*

CAPÍTULO CUARTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES.

Dentro del derecho comparado la acción por incumplimiento tiene sus orígenes en el *writ of mandamus* y *writ of injunction* inglés y que progresivamente ha ido circulando por países de Europa y América. En el Ecuador, con la Carta Fundamental de 2008 se creó esta novedosa garantía, tomando como base las constituciones de Colombia de 1991 y Perú de 1993.

La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar el cumplimiento de normas que integran el sistema jurídico, actos administrativos de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, siempre y cuando exista una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible, tal como lo dispone los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución.

Se ha determinado que la acción por incumplimiento es de naturaleza constitucional toda vez que al garantizar la eficacia normativa está garantizando el principio de seguridad jurídica y otros derechos que se encuentran inmersos en las normas que integran el sistema jurídico, los actos administrativos de carácter general y las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos.

La Constitución siendo la norma suprema y parte del sistema jurídico tal como lo establecen los artículos 424 y 425 de la Constitución, no es susceptible de ser garantizada mediante una acción por incumplimiento siendo carga y potestad de la

acción de inconstitucionalidad por omisión determinada en el artículo 436 numeral 10 de la Constitución.

Ya se ha pronunciado la Corte Constitucional respecto al incumplimiento de tratados y convenios internacionales de derechos humanos, siendo procedente la acción por incumplimiento, aunque bajo lo sostenido en el capítulo primero, sería recomendable sea una atribución de la inconstitucionalidad por omisión, pues los derechos consagrados en estos instrumentos internacionales son derechos no expresos en la Carta Fundamental y que al ser parte de ella esta acción resultaría ser idónea, porque además no requiere de más requisitos como lo hace la acción por incumplimiento referente al reclamo previo a la autoridad para que se configure la violación de los derechos.

El reclamo previo es un requisito fundamental para la configuración del incumplimiento, sin este requisito la Corte Constitucional inadmitirá la demanda presentada por el accionante como lo disponen los artículos 54 y 55 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Este reclamo previo obstruye la finalidad de la acción por incumplimiento, primero por ser un requisito no solicitado en las normas constitucionales; segundo, porque es contraria a la premisa constitucional de la aplicabilidad directa de los derechos; tercero, porque es un tiempo demasiado excesivo, pues se le otorga a la autoridad o persona el término de cuarenta días para que cumpla con su deber o dé respuesta a su negativa, es decir, son casi dos meses para que se configure el incumplimiento.

Por otra parte, el precepto constitucional del artículo 436 numeral 5 de la Constitución, separa a los actos administrativos de carácter general de los actos normativos.

Este precepto no tiene razón de ser en cuanto los actos administrativo sean generales o no, son parte del sistema jurídico tal y como lo prescribe el artículo 425 de la Constitución, y aún más, cuando dichos actos producen efectos jurídicos tanto generales como particulares como lo hacen las normas del mundo jurídico.

Además, se han establecido los parecidos que tienen las garantías jurisdiccionales de protección, por incumplimiento y de inconstitucionalidad por omisión, en cuanto a la violación de derechos por actos u omisiones de las autoridades públicas no judiciales o de los particulares que han causado daño grave, que podrían traer a los usuarios de la justicia problemas al momento de activar cualquiera de estas garantías.

Existen mecanismos de protección judicial en el caso de incumplimiento de los preceptos que dispone una norma o un acto administrativo según lo determinado por el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, existiendo la condición de que cuando el incumplimiento genera daño grave al recurrente, entonces la vía idónea será la acción por incumplimiento.

Por otra parte no existen mecanismos de protección judicial para hacer cumplir las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, por lo que la disposición contenida en el artículo 56 numeral 3 como causal de inadmisión es disfuncional e inoperante hasta que exista tal mecanismo.

No podemos dejar de mencionar la posible falta de imparcialidad al momento de resolver las acciones por incumplimiento en contra de la Corte Constitucional (de ser el caso) que es el mismo órgano ante quien se demanda el cumplimiento, llegando a ser juez y parte.

Los malos casos como el de la acción por incumplimiento propuesto por el señor Floresmilo Villalta, se generan por razones entendibles pero no justificables: crisis económicas que repercuten en la academia, falta de bibliotecas y dificultad para acceder a un material de teoría jurídica actualizado¹²⁸, y por último están las manipulaciones o las malas lecturas que se ha hecho de esta acción para vulnerar derechos, principalmente el derecho a la seguridad jurídica, piedra angular de esta garantía.

Lambert compartía con Schmitt quien con razón creía que en estas condiciones se propiciaba a un “gobierno de los jueces”, mismo que conduce a un papel de defensor del *status quo*¹²⁹, esto se demuestra con la Corte Constitucional del Ecuador que en el fallo analizado se ha servido de la acción por incumplimiento para beneficiarse de la política en casos controvertidos, en contra de los derechos humanos de ciudadanos que concurren a la justicia en función del principio de seguridad jurídica, de la legalidad y debido proceso. Por otra parte, sus resoluciones sobre casos concretos son el resultado de una súper fórmula de solución de conflictos denominada *ponderación de principios*, entregándoles poderes casi omnímodos a los jueces, es decir, volvemos a los planteamientos antiquísimos del iusnaturalismo, en donde encontramos la incorporación innecesaria de la moral al derecho, lo cual representa que necesariamente será la ideología del juez la que se deje entrever en la resolución del caso, por todo esto,

¹²⁸ Roberto Gargarella, “Sobre la Teoría Impura de Diego López Medina”, p. 4

¹²⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 42-48

se le da la calidad de *señores del derecho* a los magistrados de la Corte, resultado obtenido por una parte, de la vaguedad terminológica que contienen estos principios, a más de que carecen de estructura lógica.¹³⁰

4.2. RECOMENDACIONES.

En base al análisis de los elementos de la acción por incumplimiento, desarrollados en la presente investigación, recomendamos:

1.- Reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, eliminando de los artículos 54 y 55 el reclamo previo, al ser un requisito en la configuración del incumplimiento contrario a los preceptos contenidos en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Carta Fundamental en cuanto a la procedibilidad de la acción y al principio pro ser humano de directa e inmediata aplicación de los derechos consagrados en la Constitución y los tratados y convenios internacionales de derechos humanos estipulados en los artículos 11 numeral 3, 417 y 426 de la Constitución.

2.- A la Asamblea Nacional, crear una ley que regule el procedimiento de ejecución de sentencias e informes de organismos supranacionales, de competencia de la Corte Nacional de Justicia, esta manera existirá un mecanismo judicial que le dé funcionalidad al artículo 56 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de lo contrario que el mecanismo que sugiere dicho artículo se exceptúe a las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos mediante reforma.

¹³⁰ Jaime Cárdenas Gracia, "Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial", en *Interpretación constitucional*, Eduardo Ferrer Mc-Gregor Coordinador, Editorial Porrúa, México D.F., 2005, p. 270 a 273

3.- Reformar los artículos 52 y 55 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, incluyendo a los actos administrativos de carácter general en concordancia con lo estipulado con el artículo 436 numeral 5 de la Constitución.

4.- Que se reforme la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, creando conjuces para el efecto de conocer las acciones por incumplimiento que se propongan en contra de la Corte Constitucional, para que de esta manera la misma Corte no sea juez y parte dentro del proceso.

5.- Se reforme la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 53, incluyendo a las instituciones del Estado o los órganos del poder público como legitimados pasivos y de esta manera no inducir al error a los usuarios de la justicia, pues es evidente que los órganos del poder público pueden ser accionados, además, que se incorpore en la norma que la acción procede a más de omisiones, por los actos ejecutados y que configuran el incumplimiento por parte de la autoridad o persona contra quien se reclama.

6.- A la Corte Constitucional expida sentencias delimitando el ámbito de acción de los recursos contemplados en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y cuando es procedente la acción por incumplimiento para así difuminar las fronteras entre procesos legales y constitucionales, en concordancia con el precepto estipulado en el artículo 56 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

7.- A la Corte Constitucional recomendamos que el caso signado con el Nro. 0001-08-AN, sentencia de 24 de noviembre de 2009 sea tomado como un *mal caso* y no

se vuelvan a repetir las equivocaciones que se dieron en este proceso calamitoso para los derechos humanos en pro de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

8.- Finalmente es necesario que la Corte Constitucional y el Consejo Nacional de la Judicatura a través de la Escuela Judicial organicen cursos de actualización de conocimientos sobre derechos y garantías constitucionales para funcionarios públicos, especialmente para jueces y sobre todo para abogados en libre ejercicio profesional, a fin de que los mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos sean entendidos a carta cabal y no exista error al momento de ejecutar o solicitar su cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Castro Patiño, Iván, *Análisis del Proyecto de la Nueva Constitución, Contribución de la Facultad de Jurisprudencia a una reflexión académica con miras al próximo referéndum septiembre 2008*, Guayaquil, Editorial Universidad Católica de Guayaquil, 2008.
- Rozo Acuña, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Colombia, Primera edición, 2004.
- Porras Angélica, y Johana Romero, *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*, Quito, Tomo I, 2012.
- Gozaíni, Osvaldo, *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, España, Universidad Carlos Tercero de Madrid, 1999.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría de Derecho*, Madrid, editorial Trotta, 2005.
- Vigo, Rodolfo Luis, *La Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, s.d.
- Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista Doxa 5, Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 1988.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Cárdenas Gracia, Jaime, “Los Principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en *Interpretación Constitucional*, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Editorial Porrúa, 2005.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, U.N.A.M., 1983.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin, Estudio Preliminar*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

- Escudero, Jhoel, “El Cambio de Cultura Jurídica en la Interpretación Constitucional”, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, primera edición, 2009.
- Ávila Linzán, Luis, *Repertorio Constitucional 2008-2011*, Quito, Primera edición, 2012.
- Vega Navarro, Cielo, *La Acción de Incumplimiento: ¿Una respuesta a la inactividad estatal?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Bobbio, Norberto, *Per una classificazione degli imperativi giuridichi*, en «*Scritti giuridichi in memoria de Pietro Oalamandrei*, vol. I, Padova, 1958.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*, en http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/control_abstracto_de_constitucionalidad.pdf
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, editorial Trotta, Madrid.
- Carpio Marcos, Edgar, ““La Acción de Cumplimiento en el Derecho Comparado”, en *Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles*, Víctor Bazán, compilador, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- Borea Odría, Alberto, *Evolución de las garantías constitucionales*, Grigley, Lima, 1996.
- Brassara, Ana, *Acción de Cumplimiento*, en http://www.proz.com/kudoz/spanish_to_english/law_general/1836732acci%C3%B3n_de_cumplimiento.html
- Danós, Ordóñez, Jorge, “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.
- Rey Cantor Ernesto, y María Carolina Rodríguez, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, editorial TEMIS, Bogotá, 1997.
- Morineau, Marta, *Una Introducción al Common Law*, UNAM, México, 1998.
- Bielsa, Rafael, *Lineamiento jurídico de la ley federal 48*, en “Anales de Legislación Argentina”, 1852-1880, Buenos Aires.
- Egues, Alberto, *El certiorari argentino*: http://www.estudioegues.com.ar/articulos/la_ley/certiorati.pdf
- Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones jurídicas, 1994.

- Castro Patiño, Iván “La acción de cumplimiento en el Proyecto de nueva Constitución del Ecuador” en *Revista Jurídica On Line*, de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, ver: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=504&Itemid=29
- Eduardo Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- Parraguez, Luis, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones*, Loja, Primera edición, Universidad Técnica Particular de Loja, sd.
- Montesquieu, Barón de Secondat, *El espíritu de las leyes*, introducción, México, editorial Porrúa, 2010.
- Periódico digital Ecuador Inmediato, *Por incumplir plazos constitucionales para aprobar leyes*, en: www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/lourdes_tiban_presenta_demanda_de_inconstitucionalidad_en_contra_de_la_asamblea--114902
- Blog de la Asamblea Nacional, *Demanda a la Corte Constitucional*, en: asambleanacional.gov.ec/blogs/lourdes_tiban/2009/10/14/demanda-a-la-corte-constitucional/comment-page-1/#comment-699
- Herrera Betancourt, Patricio, *Acciones por incumplimiento y acciones de incumplimiento*, en: http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/ACCIONES_POR_INCUMPLIMIENTO_Y_ACCIONES_DE_INCUMPLIMIENTO.pdf
- Gascón Abellán, Marina, “La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias”, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, en Miguel Carbonell comp., editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Riccardo Guastini, *Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*, traducción de Pedro Grández Castro, en: <http://www.scribd.com/doc/13868794/Conflictos-de-Principios-Constitucionales>
- Vila Casado, Iván, “La Coherencia del Ordenamiento. El Problema de las Antinomias”, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, en Elena Arguello Editora, Madrid, 1997.
- Prieto Sanchís, Luís, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, en http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-2/testi/D_Q-2_Prieto.rtf

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción Carlos Bernal Pulido, 2007.

Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, 1994.

Torres, Luis Fernando, “Amnistía y Delitos Sexuales”, en *Revista Debate Constitucional Nro. 17*, Quito, 2009.

Boletín 633 de la Asamblea Constituyente, página del museo de la Asamblea: <http://www.museo.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com>.

Scaccia, Gino, “Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale” *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998.

Sánchez González, Santiago, *De la Imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*, Departamento de Derecho Político UNED, España, sd.

García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes” en *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, en Ricardo Sanín Restrepo coordinador, Bogotá, Legis Editores S.A., 2006.

Schmitt, Carl, Trabajo de 1929, Reichsgericht als Hüter der Verfassung, citado por García de Enterría Eduardo en *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, España, Editorial Civitas, 1983.

Gargarella, Roberto, “Sobre la Teoría Impura de Diego López Medina” en *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, en seminariogargarella.blogspot.com

Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Constitución de la República de Colombia, 1991

Constitución de la República de Perú, 1993

Constitución de la República de Brasil

Preámbulo de XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, *Reglas mínimas sobre seguridad jurídica en el ámbito iberoamericano*, 2008.

Ley que Regula el Procedimiento de Sentencias Emitidas por Tribunales Supraestatales de Perú.

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

United State Administrative Procedure Act.

United States Code (Judiciary and Judicial Procedure).

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de España de 1998

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada.

Sentencia de la Corte Constitucional de Transición de Ecuador, Nro. 0001-08-AN, de 24 de noviembre de 2009;

Sentencia de la Corte Constitucional de Transición No. 002-09-SAN –CC de 2 de abril de 2009, Caso 0005-08-AN, Quito.

Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador Nro. 004-13-SAN-CC de 13 de junio de 2013, Caso 0015-10-AN.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, Nro. T.568-99, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia Nro. AC-001 de 1992.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia Nro. C-158-08,

Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador Nro. 0001-009-SIS

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia Nro. C-1040-2005