

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL NUEVO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Stefanía Bhrunis*
Katherine Calderón**

RESUMEN:

El presente artículo parte, a manera de introducción, desarrollando un esquema aclarativo de la Acción de Incumplimiento y, continúa a lo largo de toda su investigación abordando con profundidad la acción constitucional investigada a través de una extensa bibliografía consultada.

La autora, a través de un lenguaje claro y profundo, nos ofrece un análisis frente a la necesidad del estudio de esta herramienta que surgió a partir del año 2008, con la entrada en vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador, garantía constitucional que demuestra la madurez y crecimiento de nuestro país en materia constitucional.

Bajo este contexto, la autora nos entrega un trabajo, el cual desarrolla las garantías y derechos de este “nuevo constitucionalismo ecuatoriano”, finalizando el mismo, con conclusiones y recomendaciones pertinentes de conformidad con el desarrollo de su investigación.

PALABRAS CLAVES:

Derecho constitucional.- Garantía constitucional.- Garantismo.-
Acción por Incumplimiento.- Acción de Cumplimiento.- Estado.-

* Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil con mención en Derecho Público. E-mail: stefa04@hotmail.com

** Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil con mención en Derecho Público.

ABSTRACT:

This article part, by way of introduction, developing the action of non-compliance scheme and continues throughout all his research addressing the constitutional action investigated through an extensive bibliography consulted with depth.

The author, through a clear and profound language, provides an analysis against the need for the study of this tool that emerged from the year 2008, with the entry into force of the current Constitution of the Republic of the Ecuador, constitutional guarantee that demonstrates maturity and growth of our country in constitutional matters.

In this context, the author gives us a work, which develops the guarantees and rights of this “new Ecuadorian constitutionalism”, ending the same, with conclusions and recommendations in accordance with the development of its research.

KEYWORDS:

Constitutional law.- Constitutional guarantee.- Action by non-observance, compliance with action.- State.-

SUMARIO:

1.- Introducción.- 2.- Los derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano.- 3.- La acción de incumplimiento en el Derecho Constitucional ecuatoriano.- 3.1.- Evolución constitucional.- 3.2.- Aproximaciones conceptuales y sus alcances.- 4.- La acción de cumplimiento.- 5.- Perspectivas de protección y garantía.- 5.1.- Aspectos conceptuales sobre la adecuación.- 5.2.- Aspectos conceptuales sobre la eficacia.- 6.- Conclusiones y recomendaciones.- 7.- Bibliografía.-

1.- Introducción.-

Las responsabilidades de los Estados conjuntamente con la comunidad internacional respecto de las sociedades, están orientadas a

desarrollar su transformación y reconstrucción, básicamente en lo relativo al ejercicio y materialización de los derechos en el marco institucional de la democracia, pero fundamentalmente cuando se trata de brindar protección y garantía a los derechos en el escenario del Estado "constitucional de derechos y justicia..."

A partir del año 2008, con la entrada en vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador se produce un cambio paradigmático en las estructuras estatales, por el ingreso al "nuevo constitucionalismo", cuyo objetivo fundamental es acceder a la materialización de la justicia a través de la existencia y aplicación de las "garantías judiciales de los derechos". Ello significa dejar de lado progresivamente aquellas actuaciones decimonónicas de parte de los jueces en la aplicación del derecho, es decir, la desaparición sucesiva de aquellos jueces asimilados como "la boca de la ley", "subsuncionistas o silogistas", quienes son reemplazados por otros que ejerzan esfuerzos y razonamientos jurídicos más rigurosos, que les permitan erigirse como verdaderos "creadores de derecho" y a su vez como efectivos aplicadores de los valores y principios constitucionales, confrontados como criterios axiológicos y superiores a las reglas, todo lo cual redundaría en la actuación de los jueces evidenciada en la efectiva protección, garantía y ejercicio de los derechos humanos. En el ámbito filosófico, los derechos humanos se caracterizan por su pertenencia esencial a la persona como sus atributos fundamentales, por ello son inalienables e intransferibles, en tanto que desde la óptica política, se determina la relación entre el individuo y el Estado y el modo de ser del sistema democrático.

Los derechos humanos tienen estricta relación con los sistemas democráticos contemporáneos, de allí que su ejercicio tiene validez si asimila su universalidad, si son asumidos como patrimonio de cada ser humano y cada pueblo, ya que la especie está compuesta por seres humanos dotados éstos de iguales atributos y los mismos derechos y libertades fundamentales. Estas realidades estipularán la concienciación de los atributos del ser y el conocimiento integral de la titularidad de sus derechos¹. Los derechos humanos pueden precisarse como aquellas

¹ FAÚDEZ Ledesma Héctor; El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Tercera Edición; San José-Costa Rica; 2004; Págs. 1 y 2

prerrogativas que tiene todo individuo frente a todos y al Estado, para preservar su dignidad como ser humano, cuyo efecto es suprimir la interferencia del Estado y de poderes fácticos en áreas específicas de la vida individual, como es el caso de la libertad personal, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado orientadas a la satisfacción de sus necesidades, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano hacia la sociedad de la que es parte.

El Derecho interno tiene un desempeño importante en el reconocimiento o en la incorporación de los derechos humanos a nivel nacional, pero también en la construcción de mecanismos para el aseguramiento adecuado en el ejercicio de esos derechos². El Estado contemporáneo es progresivamente fortalecido en base a la idea de legitimidad, cuyo fundamento está en el respeto al valor del individuo y de sus derechos y, correlativamente, ciertos valores cuya realización es vital para la realización de tales derechos y para la protección del individuo como tal. En este sentido, cabe indicar que al Estado y su poder se le exige, continuamente, que asegure la paz, la libertad y la justicia social³.

En este contexto, a través del nuevo concepto del Estado ecuatoriano, queda claro que este se ha reorientado en cuanto a los mecanismos de garantía y protección de los derechos humanos, es decir, que la actuación estatal está dirigida a crear los mecanismos o medios para efectivizar materialmente los derechos fundamentales y humanos garantizados en la Constitución. Así se concibe que la vigente Constitución de la República ha congregado aceptables garantías para la efectivización de los derechos, entre ellas consta la acción de incumplimiento, la cual pretende convertirse en el antídoto para la inercia en el cumplimiento de las normas y sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, por parte de las autoridades estatales.

² GARCÍA AMADO Juan Antonio; Legitimidad y Derechos Humanos; en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos; Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana; España; Primera Edición; 2000; Pág. 132

³ DE PARAMO ARGUELLES Juan; Derechos Humanos y Derechos Subjetivos; en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos; Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana; España; Primera Edición; 2000; Pág. 186.

La realidad sobre el incumplimiento de las normas y las sentencias e informes internacionales, ha creado profundas inestabilidades e incertidumbres dentro del ordenamiento normativo ecuatoriano y con ello a la institucionalidad democrática estatal, afectando así la protección y garantía de los derechos humanos. La incapacidad o falta de voluntad demostrada fácticamente por las autoridades pertinentes, para hacer cumplir las normas o sentencias, determinó que el legislador busque el mecanismo constitucional adecuado, para superar estas falencias; de ahí que en la Constitución de la República de 2008, aparece la garantía constitucional de la acción de incumplimiento, la cual está orientada a efectivizar los derechos y a su vez evitar posibles responsabilidades y sanciones al Estado ecuatoriano en el ámbito de la comunidad internacional. Lo que se pretende efectivamente a través de la acción de incumplimiento es hacer cumplir lo resuelto y efectivizar los derechos de las personas.

2.- Los derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano.-

Los derechos constitucionales y los derechos humanos tienen la particularidad de ser inalienables, pero la realidad nos demuestra lo contrario, es decir, que constantemente son violentados. Estos hechos fácticos determinan que los derechos no se garantizan por el sólo hecho de que se encuentren positivados dentro de un determinado ordenamiento jurídico, sino que es necesario que existan los mecanismos o garantías constitucionales, para lograr su eficacia. De allí que varios tratadistas conciben que no se puede hablar de reales derechos, si éstos carecen de garantías, asimilados éstos como los mecanismos o medios para materializar los derechos.

Los derechos son las razones morales para la acción, superiores a los objetivos políticos y sociales, se tratan de bienes o valores previos a las normas dictadas para ejercer su protección. En este contexto, De Páramo reflexiona que en el pensamiento jurídico actual los derechos fundamentales, nacen de las normas "*materialmente*" fundamentales, que aunque ausentes del texto constitucional, pertenecen a esta materia. A esta clase pertenecen las normas que otorgan a los individuos derechos contra el Estado, los llamados derechos públicos subjetivos, los cuales tienen

una mayor fuerza normativa que los simples derechos legales o contractuales,⁴ (en la especie, la acción por incumplimiento). La existencia de una obligación de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales tiene sentido por medio del reconocimiento jurídico de estas figuras⁵.

En el sistema de derechos fundamentales, la efectividad de sus garantías representan la esencia misma de su condición, por delante de su proclamación constitucional o en la normativa internacional, definidas por sus buenas intenciones, aunque excluidas de su ejercicio material, debido a la ausencia de efectivas y adecuadas garantías o mecanismos rigurosos de protección, frente a todos y substancialmente ante los poderes públicos⁶. La importante incidencia que tienen los derechos en la estructura del Estado constitucional, establece que el modelo de garantías no sólo represente la efectividad real de los derechos, sino la existencia misma de la Constitución entendida como norma suprema que regula y limita el ejercicio del poder⁷. Las personas apelan al poder estatal para obtener del él, la protección y garantía de su vida y libertad, pero también para acceder a ciertas garantías en cuanto a la disponibilidad de los bienes indispensables para la satisfacción de sus necesidades básicas⁸.

Respecto al ejercicio de los derechos, Pisarello considera que: *“El reconocimiento constitucional de los derechos representa, así, el momento idóneo para superar los estatutos dogmáticos diferenciados entre ellos y reconocer, entre otras cuestiones, su similar vinculación a principios axiológicos como la libertad, la igualdad, el pluralismo o la solidaridad; su caracterización, al mismo tiempo, como derechos negativos de defensa, y como derechos positivos, de prestación; su configuración como derechos con un contenido esencial, lo suficientemente*

⁴ DE ASIS Roig, Rafael; Los Límites de los Derechos Humanos; en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos; Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana; España; Primera Edición; 2000; Pág. 198.

⁵ PECES BARBA Gregorio; Derechos Fundamentales; Universidad Complutense; Madrid; 1973; Pág. 167.

⁶ PRIETO Sanchís, Luis; La Protección Estatal de los Derechos Humanos; en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos; Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana; España; Primera Edición; 2000; Pág. 201.

⁸ PISARELLO Gerardo; Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción; Editorial Trotta; Madrid; 2007; Pág. 116

preciso como para determinar los deberes que imponen sobre los poderes públicos y sobre los particulares, y lo suficientemente amplio como para que su concreción admita interpretaciones políticas y sociales plurales; su valor jurídico como mandatos o principios dirigidos al legislador pero también, al mismo tiempo, como derechos subjetivos susceptibles de ser reclamados ante tribunales independientes”⁹. En este mismo orden de ideas, Ronald Dworkin considera que si el Gobierno toma una posición adecuada y protege el derecho más importante por sobre del que lo es menos, ello no debilita ni desvaloriza la noción de lo que es un derecho; lo contrario sucede si se deja de proteger al más importante de los dos, esto es: “reconocer que el Gobierno tiene una razón para limitar los derechos si cree en forma plausible, que un derecho concurrente es más importante”¹⁰.

El establecimiento de derechos, concomitantemente exige la presencia de las garantías, en particular en el ámbito constitucional, además que estas deben estar provistas de eficacia y adecuación, vale decir, que se estipulen las debidas técnicas de defensa y de justiciabilidad de los derechos constitucionales y humanos, particularmente en el cumplimiento de la normativa y sentencias o informes internacionales. Dentro de estos criterios, Ferrajoli acuerda que: *“La consecuencia de esta distinción entre derechos y garantías es de enorme importancia, no sólo desde el punto de vista teórico sino también en el plano metateórico. En el plano teórico supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; y que, por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una debida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; del mismo modo que las violaciones de derecho cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos. En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto. Crítico en relación con las lagunas y antinomias que ésta tiene el deber de poner*

⁹ DWORKIN, Ronald; Los derechos en serio; Editorial Ariel S.A.; Barcelona; segunda Reimpresión 1995; Pág. 288

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi; Derechos y Garantías; Traducción de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi; Editorial Trotta; Segunda Edición; Madrid; 2001; Págs. 63 y 64

de relieve, y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas”¹¹.

La efectiva judicialización del sistema de derechos en criterio del profesor Luis Prieto Sanchís, termina con los mecanismos de garantía que el ordenamiento pone a disposición de sus titulares, ya que estas se convierten en procesos especiales, inminentes y sumarios, en cuanto limitan su objeto a la comprobación de la existencia de vulneraciones de uno o varios de los derechos tutelados; esta es la razón para que el referido autor considere que: *“(…) la posición que ocupen los derechos fundamentales constituye un elemento clave, acaso el más esencial de todos, para la definición del sistema político en su conjunto; y es en el modelo de garantías de tales derechos donde se dirime no sólo la efectividad de los mismos, sino también el significado y verdadero alcance del Estado de Derecho. La tutela constitucional de los derechos y el establecimiento consiguiente de una garantía jurisdiccional firme y rigurosa, que no deje resquicios a ninguna esfera de inmunidad de poder, representa así la expresión normativa de una filosofía política que hace del carácter supremo de los derechos el fundamento de la legitimidad del poder y, por tanto, de su pretensión de obediencia. Este es, a mi juicio, el rasgo que mejor define al Estado de Derecho en su versión de Estado constitucional; una empresa de convivencia siempre incompleta y nunca totalmente satisfecha, pero cuya construcción comienza precisamente por el diseño de un marco jurídico en el que no quepa duda de que hay algunos derechos de las personas que valen más que cualesquiera intereses sociales, aunque estos sean acordados por la mayoría parlamentaria o gubernamental”¹².*

La trascendencia que representan los derechos fundamentales en el Estado constitucional, encuentran sustento en el fortalecimiento de sus garantías y de su consistencia jurídica frente a contingentes lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos, en especial la del legislador¹³. Dentro del Estado constitucional, los derechos funda-

¹¹ PRIETO Sanchís, Luis; La Protección Estatal de los Derechos Humanos; en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos; Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana; España; Primera Edición; 2000; Pág. 208

¹² PRIETO Sanchís, Luis; Justicia constitucional y derechos fundamentales; Editorial Trotta; Madrid; 2003; Pág. 230

¹³ CHIRIBOGA Zambrano Galo; Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana; ILDIS; Quito; 1995.

mentales presentan una particular fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador, pero también cumplen un rol imprescindible en las relaciones horizontales o entre particulares.

Así, las garantías son definidas como aquellos mecanismos o procedimientos constitucionales y legales destinados para la efectivización o viabilización de los derechos. Las garantías son: *“los medios o instrumentos jurídicos establecidos, para asegurar el libre ejercicio de los derechos, es decir, estas garantías están previstas para proteger a los derechos cuando estos son vulnerados. Por lo tanto, sirven de freno contra la arbitrariedad e ilegalidad”*.¹⁴

En la materialización y efectividad de las garantías, desempeña un rol esencial el *“garantismo”* ese *“algo”* que se tutela son derechos subjetivos o bienes individuales, pero también los colectivos. El derecho garantista instituye instrumentos o mecanismos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su contingente agresión por parte de otras personas, pero principalmente de parte del poder estatal, de allí que *“estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y de minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de “Estado de derecho”, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder estatal”*¹⁵. Así las garantías son limitaciones constitucionales inmediatas, porque subordinan las normas infraconstitucionales a la Constitución; y, son mediatas, ya que buscan subordinar el poder del Estado para servir a la justicia y proteger directamente los derechos constitucionales de las personas¹⁶.

¹⁴ GASCON ABELLAN, Marina; Garantismo y Derechos Humanos; en Diccionario Crítico de los Derechos Humanos; Universidad Internacional de Andalucía Sede Iberoamericana. Primera Edición; España, 2000; Pág. 223

¹⁵ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional; Hábeas Corpus, Hábeas Data y Otras Competencias; Tomo III; 1999; Quito; Pág. XII

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo; El derecho dúctil; Traducción de Marina Gascón; Editorial Trotta; Sexta Edición; Madrid; 2005; Pág. 93.

El nuevo constitucionalismo asimilado e implementado en el Estado ecuatoriano, determina que el tratamiento de los derechos y garantías conceda nuevas características de afianzamiento a través de las normas constitucionales y de principios de justicia material, orientados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto determina una apreciable permutación respecto de las concepciones del Estado de derecho¹⁷.

Para efectos de asimilación de lo que representa el Estado Constitucional en la protección y garantía de los derechos, pueden identificarse los siguientes:

- La existencia de una Constitución rígida que, en consecuencia, no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;
- Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;
- Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas, sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;
- Directa aplicación de la Constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del estado o entre éste y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;
- Interpretación constitucional de las leyes; y,
- Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas¹⁸.

¹⁷ GUASTINI, Ricardo, La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico; El caso italiano, en Carbonell Miguel, Neoconstitucionalismo; Editorial Trotta; Madrid, 2003, Págs. 49 – 70.

¹⁸ GARCÍA de Enterría Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional; Editorial Civitas S.A.; Madrid; 1995; Pág. 49.

3.- La acción de incumplimiento en el derecho constitucional ecuatoriano.-

Habíamos enunciado que en la vigente Constitución de la República, se han introducido cambios sustanciales en lo que respecta a la protección y garantía de los derechos constitucionales y humanos; innovaciones a través de las cuales se aspira que redunden en la adecuada y eficaz administración de justicia. Este cambio de paradigma constitucional encuentra su fundamento en la dotación y aplicación de las garantías judiciales de los derechos.

La Constitución de la República, concebida como el máximo instrumento normativo del Estado, determina la configuración y ordenamiento de los poderes del Estado por ella cimentados, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales así como también determina los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe satisfacer en beneficio de la sociedad. Por estas razones la Constitución es un sistema preceptivo procedente del pueblo, en su condición de titular de la soberanía y por ende en su función constituyente, cuyos preceptos se dirigen a los diversos órganos del poder y a todos los ciudadanos. De esta manera, la Constitución no simplemente es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*¹⁹. En estas perspectivas, las normas constitucionales sustanciales representan los derechos fundamentales, porque ellas son de titularidad de todos nosotros, por tanto, somos los titulares de los derechos fundamentales. Dentro de esta titularidad general, quedan establecidos los conceptos de la democracia y de la soberanía popular²⁰.

En el ámbito del constitucionalismo y el garantismo, denominado por Ferrajoli como la "democracia constitucional", encuentra su fundamento en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los

¹⁹ FERRAJOLI Luigi; La Democracia Constitucional; en Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del Derecho; Christian Courtis Compilador; eudeba; Buenos Aires; 2001; Pág. 263.

²⁰ Ibidem Pág. 257

derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus vulneraciones²¹. Aquello tiene el significado de que el modelo garantista constitucional – asumido por el Estado ecuatoriano- refiere a aquel que está en oposición al Estado paleo-positivista liberal y preconstitucional. En este nuevo paradigma constitucional ya no se circunscribe a proyectar sólo las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además evoluciona sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia –igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales- inscritos en los Textos Constituciones²².

Dentro de estas perspectivas, se puede determinar que no existe protección de los derechos con ausencia de instituciones que estén obligadas a garantizarlos. De allí que las garantías institucionales se convierten en aquellas técnicas de protección de los derechos encomendada a órganos institucionales, estos son, el legislador, la administración o los jueces (Corte Constitucional). Así la construcción de las garantías, viene condicionado por una garantía previa, esta es, la garantía constitucional, la cual se relaciona con la forma en que el poder constituyente o en su caso el legislador constituyente, establece los derechos en la Constitución²³.

Dentro del análisis constitucional, en lo que respecta a la acción por incumplimiento, se enmarca en lo referido por Pisarello, quien asume que: *“Naturalmente, las garantías primarias, tanto si se trata de normas constitucionales como de leyes o reglamentos, sirven para dotar de contenido a los derechos sociales y para establecer las obligaciones que los poderes públicos y los particulares deben observar en su resguardo. Sin embargo, la ausencia, la configuración defectuosa, la inaplicación o la aplicación arbitraria de estas normas puede dar lugar a situaciones en las que la eficacia de los derechos sociales se vea reducida de manera considerable. De ahí que la mayoría de*

²¹ FERRAJOLI Luigi; La Democracia Constitucional; en Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del Derecho; Christian Courtis Compilador; eudeba; Buenos Aires; 2001; Pág. 261.

²² PISARELLO Gerardo; Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”; en La Protección Judicial de los Derechos Sociales; Christian Courtis y Ramiro Avila (Editores); Serie Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito, 2009; Págs. 35 y 36.

²³ Ibidem Págs. 35 y 36

ordenamientos planteo, junto a estas garantías institucionales primarias, garantías secundarias cuyo efecto es controlar, y en su caso reparar, vulneraciones cometidas contra aquellas²⁴”.

De acuerdo a los criterios del referido autor²⁵, es acertado asumir que la tutela ordinaria de los derechos en general, es el propio “poder de policía administrativo”, en referencia a la existencia de órganos administrativos que estén dedicados a supervisar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de derechos. Pero también junto a estas garantías administrativas secundarias, en varias legislaciones se contempla la existencia de garantías secundarias cuya responsabilidad corresponde a órganos de control externos (ejm. caso español, al Defensor del Pueblo o las fiscalías anticorrupción). Juntamente con estas garantías secundarias delegadas a los órganos de control externo, en casi todos los ordenamientos instituyen garantías secundarias de carácter jurisdiccional, las cuales consisten en que un tribunal con características de independencia, ejerza algún tipo de control, y en su caso, de reparación, en ausencia o insuficiencia de una garantía primaria (acción por incumplimiento). Las garantías jurisdiccionales tienen el carácter ordinario y especial; en el primer caso se encargan a tribunales especializados (civiles, administrativos, contenciosos-administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar de derechos derivados de órganos administrativos o de particulares; y, las garantías jurisdiccionales especiales que son encomendadas a tribunales superiores o específicamente constitucionales, como es el caso ecuatoriano en el que la acción por incumplimiento es conocida y resuelta por la Corte Constitucional. Lo esencial en el establecimiento de estas garantías consiste en establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias son deficientes o en lo que la violación de los derechos puede responsabilizarse a actuaciones u omisiones del mismo legislador.

²⁴ Ibidem Pág. 47

²⁵ FERRAJOLI Luigi; La Democracia Constitucional; en Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del Derecho; Christian Courtis Compilador; eudeba; Buenos Aires; 2001; Págs. 264 y 265.

3.1. Evolución constitucional.-

La evolución histórica de las constituciones ratifica también su naturaleza de pacto, de contrato social escrito impuesto al soberano para limitar y vincular los poderes que de otro modo serían absolutos. Consideramos que en todas las constituciones, asimiladas como tales, han sido proyectadas, como consecuencia de la ruptura con el pasado y, correlativamente constituida como una convención programática sobre el futuro. De allí que las Cartas Constitucionales nacen de las rupturas revolucionarias y de pactos fundadores o refundadores de la convivencia civil²⁶.

Dentro de estas perspectivas se presenta la evolución constitucional ecuatoriana, cuya tendencia está emplazada a acertar en la estructura normativa que perfeccione en mejor forma el disfrute de los derechos. De allí que se manifieste que toda Constitución esquematiza un determinado momento histórico, en la que se concretan procesos sociales acumulados y se hace realidad criterios de existencia. De tal forma que cada una de nuestras Constituciones que han regido en nuestro Estado, marcan determinados momentos históricos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones.

En el desarrollo histórico constitucional ecuatoriano, en lo relacionado a la dotación de garantías para la efectivización de los derechos, consideramos que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de 1998, emergen ciertos medios constitucionales destinados para la materialización de los derechos. Es decir que, a través de la Carta Constitucional de 1998, se evidencia el punto de partida para un parcial desarrollo teórico-constitucional para el ejercicio de los derechos. Es verdad que los objetivos de los constituyentes de 1998 estuvieron encaminados a desarrollar los contenidos normativos constitucionales, que venían rigiendo desde el año de 1979, no obstante de haberse servido del desarrollo político y la evolución de la doctrina en materia constitucional y de derechos humanos, que habían sido adquiridos. La asimi-

²⁶ SALGADO Pesantes Hernán; Justicia Constitucional y Derechos Humanos en el Ecuador; en La Justicia Constitucional en la Actualidad; Luis López Guerra Coordinador; Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador; Corporación Editora Nacional; Quito; 2002; Pág. 341

lación constitucional para el Estado ecuatoriano como Social de Derecho, determinaba que la orientación de sus estructuras estatales debían estar destinadas a corregir las desigualdades sociales en todos sus ámbitos, en la que se incluía naturalmente la eficacia en la protección y garantía de los derechos humanos.

La evolución normativa constitucional que se evidenció en la anterior Constitución Política de la República –independientemente de su contenido político y económico- tuvo denotada incidencia en la intención de conceder efectividad constitucional en la protección y garantía de los derechos, sin embargo, también es verdad que en el tratamiento fáctico, las garantías constantes en este texto Constitucional, no lograron cumplir su objeto, es decir que no se justificó en la materialización y protección de los derechos constitucionales, por lo tanto dejaron de ser los mecanismos adecuados y eficaces para la garantizar los derechos.

Entre las garantías establecidas en la Constitución de 1998, constaba la acción de amparo, la cual se constituyó en una garantía relativamente nueva en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, pese a que ésta ya estuvo introducida en la Carta Constitucional de 1967, como una garantía procesal para la protección de los derechos constitucionales vulnerados, no obstante, ésta no constaba en la Constitución de 1978-1979. Es a partir de la reforma constitucional de 1995 donde se reincorpora la institución del amparo y que en la Constitución de 1998 fue regulada definitivamente, cuyas características básicas fueron las de no ser residual y tampoco de recurrir al amparo contra resoluciones judiciales²⁷. (AQUIN CONFRONTAR LO QUE ES AHORA EL INCUMPLIMIENTO...).

La acción de amparo fue estructurada como una garantía constitucional destinada en forma general para la protección de los derechos, en tanto sean vulnerados por autoridades públicas o particulares, excepto las decisiones judiciales dentro de un proceso. La alusión a la acción de amparo encuentra sentido para el presente trabajo, porque fue desarrollada como una garantía consignada para adoptar "*medidas urgentes*

²⁷ CARBONELL, Miguel; Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas; en La Protección Judicial de los Derechos Sociales; Christian Courtis y Ramiro Avila (Editores); Serie Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito, 2009; Pág. 67.

destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave...”, aquello determina que tiene estricta relación con la garantía establecida en la vigente Carta Constitucional de Montecristi, esto es, la acción por incumplimiento, la cual consideramos que goza de una mayor particularidad y por ende para encontrar mayor efectividad en la protección y garantía de los derechos constitucionales.

Las garantías establecidas en la Constitución Política de 1998, entre estas, la acción de amparo, reputamos que teóricamente se lo estableció como un mecanismo constitucional de trascendencia para la protección y garantía de los derechos, lamentablemente el accionar de las autoridades obligadas a cumplir con este cometido, lo desnaturalizaron a esta garantía constitucional, mediante la superposición de meras legalidades y acogiendo extremas subjetividades, lo cual incidió negativamente en la evolución de la garantía, a la vez que fue “ordinarizada” por los recurrentes. Inconsistencias jurídicas sin embargo, en los hechos fácticos fue desnaturalizada. Por una parte, siendo una garantía con alta potencialidad para la protección de los derechos, no fue asimilada de esta forma por los jueces; y, por otra, que este mecanismo constitucional se lo desconfiguró y se “abusó” en su ejercicio, situaciones éstas que determinaron su ineficacia. Pero otra de las causas que marcaron el detrimento de esta garantía se evidenció esencialmente en la falta de poder, para realizar la ejecución de lo resuelto, determinándose con ello una grave falencia para la protección y garantía del derecho vulnerado.

Dentro de un ejercicio de comparación, en nuestro criterio consideramos que la Constitución de la República actual marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la Constitución Política de 1998. Así, por ejemplo, en cuanto a *garantías jurisdiccionales* de los derechos constitucionales se refiere, se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de derechos. Mientras las *garantías constitucionales* previstas en la Constitución Política de 1998 se caracterizaban por su naturaleza meramente cautelar, las nuevas *garantías jurisdiccionales*, pasan a ser declarativas, de conocimiento, ampliamente reparatorias y excepcionalmente cautelares. Es decir, que a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, el juez constitucional, a través

de sentencia, está en capacidad de analizar el fondo de un asunto controvertido, y como consecuencia de ello, tiene la obligación de declarar la violación a un derecho y reparar las consecuencias que éste puede experimentar. Así, el artículo 86 numeral 3 de la Constitución de la República referente a las *Disposiciones Comunes para las Garantías Jurisdiccionales*, y el artículo 44 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición disponen: (...) *La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse*. Por su parte, la connotación *garantías jurisdiccionales*, guarda relación directa con el deber del juez constitucional de controlar que los actos públicos no violen derechos. En definitiva, la protección que otorgan las nuevas garantías guarda armonía y compatibilidad con el paradigma del Estado Constitucional previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República.

Consideramos entonces que, dentro del marco constitucional vigente, a través de la acción por incumplimiento, quedan establecidas, las herramientas constitucionales, las cuales deben ser desarrolladas y ejercitadas para lograr la efectivización de los derechos. Las nuevas obligaciones que nos impone el nuevo constitucionalismo, determina que todos los operadores jurídicos y la ciudadanía en general, adoptemos nuevas responsabilidades en el cumplimiento de nuestros derechos y obligaciones, con la finalidad de proteger y garantizar los derechos de manera eficaz.

Cabe indicar que en esta tendencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, determina desempeña un rol trascendental para su efectivización, la Función Judicial, es decir, la participación activa de los jueces ordinarios, a los cuales se les ha dotado del carácter de constitucionales, para que sean los efectivos garantizadores de los derechos, en particular, cuando se trate de *“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...”*; es decir, que serán los encargados de administrar una real justicia, en recta aplicación de las normas, sin dilaciones

inútiles, aplicando los valores y principios constitucionales, materializando la celeridad procesal e inmediatez de la justicia constitucional.

Puede confrontarse entonces, que la constitucionalización del Estado social –conforme así lo definió la Constitución de 1998 al Estado ecuatoriano- está orientado a consolidar el constitucionalismo contemporáneo, que ha comportado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, tal vez el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo XX, a efectos de proteger de mejor manera valores primordiales de las sociedades modernas, valores éstos que dentro de este nuevo paradigma, obtienen una nueva protección, en tanto han sido registrados como derechos fundamentales²⁸.

3.2. Aproximaciones conceptuales y sus alcances.-

Con la entrada en vigencia en el año de 2008 de la actual Constitución de la República del Ecuador, se perfecciona o mejor dicho nace la acción de incumplimiento, como un mecanismo constitucional destinado a hacer cumplir la normativa del orden jurídico así como las sentencias a nivel nacional e internacional.

El desarrollo constitucional, definitivamente que está orientada a proteger y garantizar de mejor manera los derechos establecidos en la Constitución, de dotar de adecuación y eficacia a la garantía constitucional. Vale decir que, la acción de incumplimiento se ha erigido como una acción de gran trascendencia para la materialización de los derechos y de la dignidad humana.

Ahora es pertinente remitirnos a lo que se define como acción de incumplimiento, la cual se encuentra definida en el Art. 93 de la Constitución de la República que reza: *“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 cum-*

²⁸ PISARELLO, Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”; en La Protección Judicial de los Derechos Sociales; Christian Courtis y Ramiro Avila (Editores); Serie Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito, 2009; Págs. 31 y 31.

plimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

La definición es clara y diáfana en su concepto y alcances que se propone a través de su activación

La acción de incumplimiento se encuentra precisada y desarrollada para su activación en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en su artículo 52 determina su objeto y ámbito y determina que: *“La acción de 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 d derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible”.* Aquello significa que la vocación constitucional ecuatoriana tiene una orientación para la defensa del ser humano y básicamente su dignidad que es lo que justifica el suma kawsay, es decir, el “Estado constitucional de derechos y justicia...”

En los que respecta a la legitimación pasiva, el artículo 53 considera que: *“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.”.* Significa entonces que esta garantía constitucional tiene una amplia cobertura, en tanto incumplimiento no sólo de las autoridades públicas sino también en contra de los particulares, es decir, que es una garantía que busca la efectividad en el cumplimiento de la normativa y de las sentencias emitidas.

Un requisito fundamental para que se vea configurado el incumplimiento y este sea demandado ante la Corte Constitucional, se encuentra prescrito en el artículo 54 Ibidem que reza: *“Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el*

reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.”. A través de esta normativa lo que se intenta es que la autoridad o persona que incumple con su obligación, se le entregue una última oportunidad para que cumpla con sus obligaciones y también para cerciorarse de que verdaderamente existe un incumplimiento.

Entre los requisitos que debe contener la demanda de incumplimiento, esencialmente se encuentra, la determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con determinación de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere sea cumplida; así como la identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento, además de la prueba del reclamo previo, no sin antes establecer aquellas formalidades como el nombre completo del accionante, la declaración de no haber interpuesto otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión y el lugar para notificar a la persona requerida.

El incumplimiento de sentencias emitidas por la Corte Constitucional encuentra sanción en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República, que al respecto dispone:“(…) *Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley*”

Ahora es pertinente que para que la acción de incumplimiento cumpla con su objetivo, es pertinente que la garantía goce de una real adecuación y eficacia, para ello es necesario remitirse a definir lo que representan estas características.

4.- La acción de cumplimiento.-

La inacción e inercia de la autoridad pública para cumplir con los deberes y obligaciones que se derivan de los actos administrativos que la misma Administración profiere, “defraudan con muy graves consecuencias las expectativas de los asociados que, esperanzadamente, guardan el obrar de sus autoridades”, según expresión del extinto Constituyente Alvaro Gómez Hurtado. Semejante situación sucede con el

incumplimiento de las obligaciones y deberes que consagran las leyes por parte de las autoridades encargadas de su cumplimiento.

El paulatino progresivo y cada día mayor incumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley y los actos administrativos imponen a las autoridades, generó que el constituyente colombiano estableciera en la Constitución de 1991 un mecanismo que facultara democráticamente a toda persona para pedir ante el juez competente que ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. "sólo de esta manera, expresó el Constituyente Alvaro Gómez Hurtado, podrá erradicarse de nuestras autoridades públicas, aquella perniciosa costumbre en virtud de la cual, las normas jurídicas se obedecen pero no se cumplen.

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

Se trata de una acción popular de contenido eminentemente democrático, porque la Constitución habilita al pueblo para que por medio de cualquier persona cuestione ante los jueces competentes la omisión de las autoridades en el cumplimiento de los deberes que las leyes y los actos administrativos les imponen. El pueblo, como elector, tiene el derecho de exigir de las autoridades elegidas que cumplan con los actos que expiden. Esto resalta su carácter democrático y, por ello, esta acción se puede considerar como uno de los instrumentos más importantes de la democracia participativa; y, por consiguiente, su ejercicio tiene carácter jurídico-político.

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA.- La voluntad de la Asamblea Constituyente se puede sintetizar en los siguientes postulados de orden jurídico político:

- a).- La Constitución, las leyes y los actos administrativos no solamente establecen deberes y obligaciones a cargo de los particulares sino de las autoridades públicas;

- b).- Las autoridades públicas, con frecuencia omiten cumplir con los deberes que les señala el ordenamiento jurídico; y,
- c).- Ante la omisión o inactividad de la autoridad pública se creó la acción de cumplimiento, a fin de que la comunidad pueda hacer efectivo el cumplimiento de los deberes estatales incumplidos

El objeto de esta acción consiste en que el juez en la sentencia haga efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, mediante la orden a la autoridad renuente para que cumpla el deber omitido.

La ley se caracteriza por ser general, impersonal abstracta, coercible y obligatoria, generalmente para los habitantes o administrados. Sin embargo, en oportunidades imponen obligaciones a cargo de las autoridades públicas y en algunos casos simultáneamente para éstas y aquellos. (RODRIGUEZ Ruíz María; en el Curso Superior “Constitución y Derechos Humanos” organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, en noviembre de 1998. Disponible en [www.encolombia.com/derecho/acción de incumplimiento, htm](http://www.encolombia.com/derecho/acción%20de%20incumplimiento.htm)).

En esta ocasión me propongo destacar la importancia de la acción de incumplimiento, como una nueva institución procesal, elevada al rango de garantía constitucional, destinada a coadyuvar a la concreción de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, a la plena eficacia de las normas legales y administrativas y a la realización de postulados básicos en el estado social de derechos.

Efectuando una revisión del derecho constitucional comparado, podemos apreciar que, durante las últimas décadas, hemos asistido, particularmente en América Latina, a un proceso de permanente y progresivo reforzamiento de los derechos humanos y de sus garantías. Con este propósito, se han introducido en el ámbito constitucional una más clara y completa formulación de derechos y, simultáneamente, se han constitucionalizado diversos institutos procesales de exigibilidad y defensa de la Constitución y la ley. Uno de los más novedosos mecanismos de exigibilidad del cumplimiento de la ley, es aquel que las recientes Constituciones de Colombia (1991) y de Perú (1993) han denominado Acción de Cumplimiento, que en términos generales es el proceso constitucional por medio del cual se empodera a los ciudadanos, el derecho de acudir ante la justicia constitucional para demandar al juez

que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso, que dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo de carácter general.

Es innegable que la mora por parte de las autoridades y funcionarios públicos en cumplir con los mandatos y deberes contenidos en leyes o en actos administrativos que la propia administración genera, es un mal de progresiva y cada día mayor incidencia. Esta situación constituye una burla para el orden jurídico basado en la Constitución, pues defrauda las fundadas expectativas, que deben tener los ciudadanos, de que los poderes constituidos y funcionarios públicos cumplan sus obligaciones legales y administrativas.

Todo país que se precie de vivir en un Estado de Derecho debe asegurar que en su territorio se respete y se cumpla la Constitución, las leyes y, en general, el ordenamiento jurídico vigente. Esta obligación corresponde no sólo a los ciudadanos sino, fundamentalmente, a las autoridades y a los órganos del poder público.

El incumplimiento por acción u omisión, de las disposiciones legales o administrativas, vulnera principios básicos del derecho que están elevados a rango constitucional, como la seguridad jurídica y el derecho implícito que tenemos todos los gobernados a que las leyes y los actos administrativos se cumplan. La mora de las autoridades y de los órganos del poder público, en cumplir con las obligaciones legales o administrativas trae aparejada graves consecuencias sociales, jurídicas e incluso políticas, al permitir la supervivencia del status quo e impedir el cambio que muchas veces la norma constitucional, legal o administrativa persigue.

Efectivamente, el estado social de derecho exige lo sólo la vigencia, sino, además, a eficacia de los preceptos constitucionales, legales y administrativos en que se desarrolla su concepción, pues, el eficaz cumplimiento de sus preceptos son indispensables para la concreción material de sus principios, que tienden a asegurar el orden jurídico, social y económico justo.

En un Estado Social de Derecho, la labor de los órganos del poder público no se agota con la simple formulación de normas o expedición de

actos administrativos, pues es obligación del Estado y, en consecuencia, de sus instituciones y autoridades, lograr la efectiva vigencia del derecho en la sociedad.

Con razón se ha señalado que es justamente en las construcciones teóricas del constitucionalismo social y en su clara tendencia finalista en donde se encuentra el germen doctrinario de la acción de cumplimiento, como una garantía constitucional encaminada a conseguir la eficacia de las normas jurídicas y, a través de su aplicación, la vigencia de la normativa social y democrática en ellas inmersa.

El pleno de la Corte Constitucional de Colombia mediante auto de 10 de diciembre de 1992, con ponencia del exmagistrado, Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, señaló: “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”.

Remarcando más la vinculación de la Acción de Cumplimiento con los principios medulares que conforman el Estado Social de Derecho la misma Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C-157 del año 1998, señaló “...El objeto y finalidad de esta Acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida Acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tiendan a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económicos justos”. (CASTRO Patiño Iván; La Acción de cumplimiento en el Proyecto de nueva Constitución del Ecuador; en www.revistajuridicaonline.com/index).

Así pues, la acción de cumplimiento, tal como lo atestigua la historia constitucional latinoamericana, ha sido pensada para evitar que este tipo de situaciones afecten los derechos constitucionales de los ciudadanos y ciudadanas (Colombia 1991, Perú 1993, Ecuador 1998 y Venezuela 1999).

Ya la constituyente colombiana en 1991 tuvo que enfrentar estos casos de inacción, donde el servidor público “acata la ley pero no la cumple”, tal como lo señaló el constituyente colombiano Álvaro Gómez Hurtado y como suele decirse en la jerga popular latinoamericana.

En el caso ecuatoriano el constituyente Fernando Vega ha señalado en el informe de mayoría que, “Se ha incluido la Acción por Incumplimiento que garantiza la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, y la ejecución de sentencias o informes de cortes u organismos internacionales de derechos humanos, y que no sean ejecutables por la vías de apremio ordinarias. Con ello las autoridades, funcionarios administrativos y particulares deberán acatar estas decisiones que antes no tenían garantía de ejecución”.

Por su parte Eduardo Roza en una prospectiva regional nos dirá que: “(R)especto de la acción de cumplimiento hay que recordar que tiene como fin primario la realización efectiva de las constituciones y las leyes, cuando las autoridades públicas o los particulares no las respetan o las omiten. Pero más allá de este fin y no obstante su importancia fundamental, su filosofía que está en la base de esta garantía es 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.

Dicho en clave política, este dispositivo constitucional le permite al ciudadano controlar a los servidores públicos (parlamentario), el desarrollo constitucional o el cumplimiento de sus mandatos (para ambos casos: el Nuevo Régimen Electoral de Transición). De lo hacerlo los ciudadanos individual o colectivamente pueden exigir su cumplimiento mediante esta acción de defensa, conocida como acción de cumplimiento.

En resumen, la acción de cumplimiento es una acción que privilegia al ciudadano individual o colectivamente para efectivizar el cumplimiento de la constitución y con ello evitar que Poder Público y sus

órganos evadan mandatos emergentes de la voluntad del constituyente, peor aún si estos mandatos son derechos humanos individuales y colectivos consagrados constitucionalmente, tal como es el derecho al voto y la conformación del poder público.

La acción de cumplimiento es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger el derecho de las personas a que las autoridades competentes cumplan lo dispuesto por las leyes o lo dispuesto por algún acto administrativo, cuando ellas se muestran renuentes a ello. Lo que puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre, si el Juez comprueba que efectivamente aquéllas se han producido, ordena que la autoridad demandada cumpla lo dispuesto por la ley o lo prescrito por el acto administrativo. (www.tc.gob.pe/procesos/accum.html).

5.- Perspectivas de protección y garantía.-

Las garantías constitucionales son técnicas de protección de los derechos, ejecutadas por instituciones o poderes públicos, de allí que suele referirse a garantías legislativas o judiciales. En criterio de Pisarello, los derechos son mecanismos que pretenden actuar como límites y como vínculos al poder; sin embargo, es el mismo poder, las instituciones públicas, los responsables de garantizarlos²⁹.

La acción por incumplimiento se erige como una de las garantías más notables del actual constitucionalismo ecuatoriano, en tanto se dirige a hacer cumplir las normas del sistema jurídico, las sentencias o los informes emitidos por organismos internacionales de derechos humanos. Justamente la ausencia e efectividad en el cumplimiento de estas obligaciones por parte del Estado y de los particulares, determinó que los constituyentes de Montecristi hayan tenido que adoptar un mecanismo constitucional, esto es, la acción por incumplimiento, para tratar de corregir estas inconsistencias y correlativamente la materializar fácticamente los derechos.

²⁹ FAUNDEZ Ledesma, Héctor; El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Tercera Edición; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; San José-Costa Rica; Tercera Edición; 2004; Pág. 303.

El desarrollo de la doctrina y jurisprudencia internacional, han acordado en que cualquier garantía constitucional debe estar provista de adecuación y eficacia, a fin de obtener a través de estos mecanismos garantizar ciertamente los derechos constitucionales y humanos.

5.1. Aspectos conceptuales sobre la adecuación.-

El fundamento de la existencia de recursos adecuados, determina que el Estado debe tener la oportunidad de reparar, por sus propios medios, la situación jurídica infringida, de tal forma, que los recursos internos deben ser de tal naturaleza que suministren los medios eficaces y suficientes para alcanzar ese resultado.³⁰

El contenido en cuanto a la garantía del Art. 25 de la Convención Americana, en lo que respecta al habeas corpus, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado que con el objeto de garantizar el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, no es suficiente con que los recursos judiciales respectivos se encuentren establecidos de modo expreso en la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que deben ser adecuados y eficaces, a efectos de determinar si se han violado estos derechos y adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer su ejercicio. Ha expresado la Corte que un recurso es adecuado si, dentro del derecho interno es *"idóneo para proteger la situación jurídica infringida"*, en tanto que, su eficacia implica que su funcionamiento debe ser *"capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido"*³¹. Para el ejercicio pleno de los derechos es necesario que el Estado construya las condiciones necesarias para su seguridad, esto es, que otorgue los órganos, medios y procedimientos sencillos y efectivos, no obstante, de que la aplicación de las normas internacionales de protección de los derechos humanos, son directamente aplicables.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Velásquez Rodríguez; Sentencia sobre el fondo, del 29 de julio de 1988; Párrs. 64 y 66.

³¹ MEDINA, Cecilia; El derecho internacional de los derechos humanos. En AA.UU Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Cecilia Medina y Jorge Mera editores. Serie: Publicaciones Especiales No. 6. Santiago Universidad Diego Portales. 1996. Pág. 45

Las obligaciones de los Estados no terminan con la dotación de los recursos, sino que también están en la responsabilidad de crear las condiciones necesarias para que los derechos puedan ejercerse. Dentro de estas obligaciones, están las de remover los obstáculos, aunque no procedan de las normas internas, sino que de la estructura y cultura social³².

La obligación de respetar, exige al Estado y sus agentes a que se abstengan de violar los derechos humanos establecidos en el Pacto y en la Convención respectivamente. La obligación de garantizar requiere del Estado el emprendimiento de las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes en el territorio del Estado o sujetos a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó exhaustivamente el contenido de esta obligación en el caso Velásquez Rodríguez y señaló que: *“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*³³. Esta acción del Estado no debe ser formal *“167. La obligación de garantizar... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*³⁴.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Velásquez Rodríguez; Sentencia de 29 de julio de 1988; Serie C. No. 4

³³ Ibidem

³⁴ Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú CIDH). (Cte IDH., El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías op. Cit., párr. 25.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que *“las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (Art. 1 (1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”*³⁵.

5.2. Aspectos conceptuales sobre la eficacia.-

Una interpretación concordante de la actual Constitución con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, nos permite afirmar que toda persona tiene el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado para lograr la protección de sus derechos fundamentales, lo cual implica contar con mecanismos sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha protección.³⁶ El Art. 25 (1) de la Convención Americana dispone que *“(t)oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”*. El artículo 25(1) incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales; no es suficiente que el ordenamiento jurídico del Estado reconozca formalmente el recurso en cuestión, sino que es necesario que desarrolle las posibilidades de un recurso efectivo y que éste sea substanciado conforme a las reglas del debido proceso legal. El artículo 2 (a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: *“... Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales...”*; Si estos mecanismos judiciales no existen, o no son idóneos ni efectivos, entonces sí afectan al derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie c No. 4

³⁶ GALVIS Ortiz, Ligia; Comprensión de los derechos humanos; Tercera Edición, Ediciones Aurora; Bogotá 2005; Pág. 141..

La eficacia de la justicia es la garantía esencial para salvaguardar la integridad del ser humano, sus derechos y sus libertades fundamentales. Es una obligación estatal que requiere de esfuerzos ingentes de racionalidad en la aplicación del debido proceso, de capacidad para el ejercicio de la administración de justicia y de recursos técnicos y financiero óptimos. Los gobiernos nacionales desempeñan una función decisiva para la realización de los derechos humanos. Estos derechos suponen relaciones de los individuos entre sí y de estos con el Estado. Su protección y promoción es básicamente una obligación concreta de carácter nacional de responsabilidad estatal. La mejor forma de defender esos derechos en el plano nacional es disponer de una legislación adecuada y una magistratura independiente, prever y hacer respetar garantías y recursos individuales, y establecer instituciones democráticas.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no termina con la existencia de un orden normativo conducente a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que exige la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia material, de una eficaz garantía de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, es decir, que el Estado establezca los órganos y procesos correspondientes para hacer efectivas las garantías.

6.- Conclusiones y recomendaciones.-

- Hacer una comparación entre lo que había en la Constitución de 1998 (no existía, solo había el desacato) y la Constitución de 2008.
- Hacer una breve reseña histórica de si existía o no la acción y cuando aparece (2008).
- La acción de incumplimiento tiene como objetivo evitar el abuso de poder.
- El incumplimiento es un irrespeto al servidor público o autoridad en tanto ordenan el cumplimiento de una sentencia y no se la cumple, por lo que había que acudir a la Fiscalía a reclamar el DESACATO y se convertía en una decisión de tipo administrativo.
No es dable que se burlen de la autoridad y que se vuelva a pedir a otra autoridad para que cumpla lo ya decidido.
- Crear una ley y jueces para que sancionen el incumplimiento
- Hacer cumplir el derecho de repetición de quienes no hacen cumplir lo que resuelven.

7.- Bibliografía:

Galvis Ortiz, Ligia
Comprensión de los derechos humanos

Faúdez Ledesma Héctor
El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos;
Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Tercera Edición; San
José-Costa Rica; 2004

García Amado Juan Antonio
Legitimidad y Derechos Humanos; en Diccionario Crítico de los
Derechos Humanos;

De Asis Roig, Rafael
Los Límites de los Derechos Humanos; en Diccionario Crítico de los
Derechos Humanos

Peces Barba Gregorio
Derechos Fundamentales; Universidad Complutense; Madrid; 1973;
Pág. 167.

Prieto Sanchís, Luis
La Protección Estatal de los Derechos Humanos; en Diccionario
Crítico de los Derechos Humanos

Papacchini, Angelo
Filosofía y Derechos Humanos

Pisarello Gerardo
Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una
reconstrucción; Editorial Trotta; Madrid; 2007; Pág. 116

Dworkin, Ronald;
Los derechos en serio; Editorial Ariel S.A.; Barcelona; segunda
Reimpresión 1995; Pág. 288

Ferrajoli, Luigi;
Derechos y Garantías; Traducción de Perfecto Ibáñez y Andrea
Greppi; Editorial Trotta; Segunda Edición; Madrid; 2001; Págs. 63 y 64

Zagrebelsky, Gustavo
El derecho dúctil; Traducción de Marina Gascón; Editorial Trotta;
Sexta Edición; Madrid; 2005; Pág. 93.

Guastini, Ricardo
La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico; El caso italiano,
en Carbonell Miguel, Neoconstitucionalismo

Salgado Pesantes Hernán
Justicia Constitucional y Derechos Humanos en el Ecuador

García de Enterría Eduardo
La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional; Editorial
Civitas S.A.; Madrid; 1995; Pág. 49.

Ferrajoli Luigi
La Democracia Constitucional; en Desde otra mirada, Textos de
Teoría Crítica del Derecho

Pisarello Gerardo
Los derechos sociales y sus garantías