

17-02-2011

 Universidad Católica
de Santiago de Guayaquil
CARRERA DE DERECHO SALA DE LECTURA
Dr. Raúl Gómez Lince



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**TESINA EN LA ESPECIALIDAD DE DERECHO
PÚBLICO**

TEMA:

"ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO"

**KATHERINE CALDERÓN Á.
STEFANÍA BHRUNIS S.**

**Dr. CARLOS SALMON A.
TUTOR**

2011

FC 47.536

342
C146a

LA ACCION DE INCUMPLIMIENTO EN EL NUEVO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Contenido

1.- Introducción.-	2
2.- Los derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano.-	3
3.- La acción de incumplimiento en el derecho constitucional ecuatoriano.-	7
3.1. Evolución constitucional.-.....	9
3.2. Aproximaciones conceptuales y sus alcances.-	12
4.- Perspectivas de protección y garantía.-	18
4.1. Aspectos conceptuales sobre la adecuación.-.....	19
4.2. Aspectos conceptuales sobre la eficacia.-	20
5.- La acción de incumplimiento en el derecho comparado.	21
- conclusiones y recomendaciones.-	21
6.- Anexos	22
6.1- Análisis de fallos	22
6.2- Conclusión de fallos.....	22
7.- Bibliografía:.....	23

LA ACCION DE INCUMPLIMIENTO EN EL NUEVO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

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 democrático¹.

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 derechos². Los derechos humanos pueden precisarse como aquellas 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.

¹ GALVIS Ortiz, Ligia; *Comprensión de los derechos humanos*; Tercera Edición, Ediciones Aurora; Bogotá 2005; Pág. 64.

² *Ibidem*; Pág. 61.

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 derechos³. 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 social⁴.

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.

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

³ 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

⁴ GARCIA 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

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,⁵ (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 figuras⁶.

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 públicos⁷. 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 poder⁸. 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 básicas⁹.

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 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*

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ PECES BARBA Gregorio; Derechos Fundamentales; Universidad Complutense; Madrid; 1973; Pág. 167.

⁸ 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.

⁹ PAPACCHINI, Angelo; Filosofía y Derechos Humanos; Material Diplomado Superior en Derechos Humanos PUCE; 2002; Págs. 33 y 34.

*principios dirigidos al legislador pero también, al mismo tiempo, como derechos subjetivos susceptibles de ser reclamados ante tribunales independientes*¹⁰. 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"*¹¹.

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 de relieve, y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas"*¹².

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*

¹⁰ PISARELLO Gerardo; Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción; Editorial Trotta; Madrid; 2007; Pág. 116

¹¹ DWORKIN, Ronald; Los derechos en serio; Editorial Ariel S.A.; Barcelona; segunda Reimpresión 1995; Pág. 288

¹² FERRAJOLI, Luigi; Derechos y Garantías; Traducción de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi; Editorial Trotta; Segunda Edición; Madrid; 2001; Págs. 63 y 64

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”¹³.

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 legislador¹⁴. Dentro del Estado constitucional, los derechos fundamentales 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”*.¹⁵

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”*¹⁶. 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 personas¹⁷.

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

¹³ 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

¹⁴ PRIETO Sanchís, Luis; Justicia constitucional y derechos fundamentales; Editorial Trotta; Madrid; 2003; Pág. 230

¹⁵ CHIRIBOGA Zambrano Galo; Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana; ILDIS; Quito; 1995.

¹⁶ 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

¹⁷ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES; Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional; Hábeas Corpus, Hábeas Data y Otras Competencias; Tomo III; 1999; Quito; Pág. XII

jurídico. Esto determina una apreciable permutación respecto de las concepciones del Estado de derecho¹⁸.

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 normas¹⁹.

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

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo; El derecho dúctil; Traducción de Marina Gascón; Editorial Trotta; Sexta Edición; Madrid; 2005; Pág. 93.

¹⁹ GUASTINI, Ricardo, La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico; El caso italiano, en Carbonell Miguel, Neoconstitucionalismo; Editorial Trotta; Madrid, 2003, Págs. 49 – 70.

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*²⁰. 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 popular²¹.

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 derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus vulneraciones²². 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 Constituciones²³.

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 Constitución²⁴.

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*

²⁰ GARCIA de Enterría Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional; Editorial Civitas S.A.; Madrid; 1995; Pág. 49.

²¹ FERRAJOLI Luigi; La Democracia Constitucional; en Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del Derecho; Christian Courtis Compilador; eudeba; Buenos Aires; 2001; Pág. 263.

²² Ibidem Pág. 257

²³ FERRAJOLI Luigi; La Democracia Constitucional; en Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del Derecho; Christian Courtis Compilador; eudeba; Buenos Aires; 2001; Pág. 261.

²⁴ 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.

en las que la eficacia de los derechos sociales se vea reducida de manera considerable. De ahí que la mayoría de ordenamientos plantee, junto a estas garantías institucionales primarias, garantías secundarias cuyo efecto es controlar, y en su caso reparar, vulneraciones cometidas contra aquellas²⁵”.

De acuerdo a los criterios del referido autor²⁶, 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.

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 civil²⁷.

Dentro de estas perspectivas se presenta la evolución constitucional ecuatoriana, cuya tendencia esta emplazada a acertar en la estructura normativa que perfeccione en mejor forma el disfrute de los derechos. De allí que se manifieste

²⁵ Ibidem Págs. 35 y 36

²⁶ Ibidem Pág. 47

²⁷ 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.

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 asimilación 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 judiciales²⁸. (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

²⁸ 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

trabajo, porque fue desarrollada como una garantía consignada para adoptar *"medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave..."*, 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 fundamentales²⁹.

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.

²⁹ CARBONELL, Miguel; Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas; en La Protección Judicial de los Derechos Sociales; Christian Curtis y Ramiro Avila (Editores); Serie Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito, 2009; Pág. 67.

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 cumplimiento 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 un a 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.

3.- 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 ACCION 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/accion de incumplimiento, htm](http://www.encolombia.com/derecho/accion_de_incumplimiento.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. (www.grupoapoyo.org/basn/node/5056).

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).

AQUÍ HACER UN ANALISIS DE LOS QUE FUERON LAS CARTAS CONSTITUCIONALES DE 1998 Y 208.....

4.- 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 garantizarlos³⁰.

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.

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.

4.1. 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.³¹

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"*³². 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 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.

³¹ 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.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Velásquez Rodríguez; Sentencia sobre el fondo, del 29 de julio de 1988; Párrs. 64 y 66.

estas obligaciones. 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 social³³.

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"*³⁴. 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"*³⁵.

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"*³⁶.

4.2. 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

³³ 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

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Velásquez Rodríguez; Sentencia de 29 de julio de 1988; Serie C. No. 4

³⁵ Ibidem

³⁶ 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.

sencillos, rápidos y efectivos que permitan alcanzar dicha protección.³⁷ 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 legal³⁸. 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.

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 óptimos³⁹. 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 democráticas⁴⁰.

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.

5.- La acción de incumplimiento en el derecho comparado.

- 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.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie c No. 4

³⁸ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999. Vol. 1; Párrafos 257

³⁹ GALVIS Ortiz, Ligia; Comprensión de los derechos humanos; Tercera Edición, Ediciones Aurora; Bogotá 2005; Pág. 141..

⁴⁰ Centro de Derechos Humanos, Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra; Campaña Mundial pro Derechos Humanos; Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Folleto Informativo No. 19

-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

6.- Anexos

Fallo 1:

SENTENCIA No. 001-09-SAN -CC
CASO 0008-08-AN

Fallo 2 (6):

SENTENCIA N.º 0006-09-SAN-CC
CASO N.º 0072-09-AN

Fallo 3 (7):

SENTENCIA N.º 0007-09-SAN-CC
CASO N.º 0024-2009-AN

Fallo 4 (8):

SENTENCIA N.º 0008-09-SAN-CC
CASO N.º 0027-09-AN

6.1- Análisis de fallos

6.2-Conclusión de fallos

Una vez revisado los Fallos de la Corte Constitucional sobre Acción por Incumplimiento, por acto administrativo o norma, y pudimos notar que dentro de los fallos existen sentencias mixtas, es decir cuando existen varios demandados, el Juez Sustanciador dictamina a favor de unos y en contra de otros. También pudimos observar que existe sentencia vinculante en donde dos funciones públicas han dictaminado a favor del demandado, pero el demandante no lo ha cumplido.

Así como también establecen en sus fallos los Jueces Sustanciadores que se deberá cumplir la Constitución de forma directa e inmediata.

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

ÍNDICE DE FALLOS

Fallo 1:

SENTENCIA No. 001-09-SAN -CC
CASO 0008-08-AN

Fallo 2 (6):

SENTENCIA N.º 0006-09-SAN-CC
CASO N.º 0072-09-AN

Fallo 3 (7):

SENTENCIA N.º 0007-09-SAN-CC
CASO N.º 0024-2009-AN

Fallo 4 (8):

SENTENCIA N.º 0008-09-SAN-CC
CASO N.º 0027-09-AN

D.M Quito, 13 de marzo de 2009

SENTENCIA No. 001-09-SAN -CC

CASO 0008-08-AN

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

I

ANTECEDENTES

1. El 15 de abril de 2007, mediante Consulta Popular, el pueblo ecuatoriano expresó su voluntad de convocar una Asamblea Constituyente, con el propósito de elaborar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado;
2. El 28 de septiembre de 2008, el pueblo ecuatoriano, mediante Referéndum aprobó la Constitución y el Régimen de Transición proyectados por la Asamblea Constituyente;
3. El 20 de octubre de 2008, la Constitución aprobada por el pueblo ecuatoriano, incluyendo el Régimen de Transición entraron en vigencia, a través de su publicación en el Registro Oficial No. 449, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final de la misma Constitución;
4. Los Vocales del extinto Tribunal Constitucional, basados en los argumentos constitucionales que son parte de la Resolución adoptada en la sesión celebrada el día veinte de octubre del 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451, del 22 del mismo mes y año, asumieron el ejercicio de las atribuciones constitucionales referentes al control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia;
- 5.- La Corte Constitucional para el periodo de Transición expidió las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias constitucionales, que fueron publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N° 466 del 13 de noviembre de 2008

SOLICITUD DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO

Eduardo Sánchez Peralta, por sus propios derechos y por los que representa en su calidad de Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, amparado en lo que dispone el artículo 93 de la Constitución de la República del Ecuador comparece y deduce Acción de Incumplimiento en contra de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en la persona del Rector y representante legal, doctor Michel Doumet Antón, por la Resolución del Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, del día 10 de noviembre de 2008.

En lo principal el accionante expresa lo siguiente:

1.- Origen de la resolución.- Plebiscito Universitario.- El 6 de junio de 2008 se efectuó un Plebiscito Universitario con el objeto de reformar el Estatuto de la Federación de Estudiantes, en el que obtuvo un amplio triunfo el **SI**, para que entren en vigencia inmediata las reformas del Estatuto de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: las reformas aprobadas fueron las siguientes: "**Art. 28.**- *el número de delegados a ser elegidos lo determinará el estatuto de la Universidad y **durarán dos años en funciones**; quienes formarán parte integrante del Consejo Universitario con voz y voto, y como consecuencia de eso ejercen el cogobierno conforme lo determina la Ley Orgánica de Educación Superior y el propio estatuto de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*".- "**Art. 41.**- *Todos los integrantes de la Directiva de la Federación y Delegados al Consejo Universitario debidamente electos, serán posesionados ante la Asamblea General Ordinaria, **durarán dos años en funciones** sin la posibilidad de ser reelegidos, y solo podrán ser destituidos por el Comité Ejecutivo con voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, cuando se comprobare negligencia o corrupción en el desempeño del cargo*".- "**Art. 48.**- *El Presidente de la FEUC-G es el máximo personero de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y por ende su representante legal, judicial y extrajudicial en el caso de contar la Federación con personalidad jurídica. Será elegido por votación universal y **durará dos años en funciones**, sin la posibilidad de ser reelecto*".- "**DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA.**- *El presente estatuto entrará en vigor a partir de su aprobación mediante consulta plebiscitaria del 6 de junio del 2008, y regirá en todas sus partes, incluyendo a las normas relativas a la directiva de la FEUC-G y Delegados al Consejo Universitario, electos el 18 de enero del 2008, una vez que se oficialicen los resultados por el Tribunal Electoral del Plebiscito que lo dirige*".- El 2 de junio del 2008, en aras de impedir la reforma estatutaria los representantes estudiantiles Roberto Muñoz Jaramillo, Francisco López Mendieta, Pablo Vásconez Gutiérrez, Santiago Gómez Sánchez y Kevin López Pérez, de las Escuelas de Medicina, Ciencias Económicas, Ingeniería Civil, Ingeniería en Sistemas y Especialidades Empresariales de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, propusieron ante el Juez Octavo de lo Civil de Guayaquil, una acción de Amparo Constitucional en contra del compareciente, en su calidad de Presidente de la Federación de Estudiantes, que fue resuelta el 11 de junio del 2008 por el señor Juez Octavo de lo Civil de Guayaquil, que resolvió rechazarla, siendo esta resolución apelada para ante el Tribunal Constitucional del Ecuador, que el 24 de septiembre del 2008 a través de la Resolución de la Primera Sala niega la apelación de la resolución del juez de primera instancia.

2.- Competencia restrictiva del Consejo Universitario.- El artículo 42 de la Ley Orgánica de Educación Superior (hoy reformado) **decía:** "**Art. 42.**- *Los centros de educación superior garantizarán la existencia de organizaciones gremiales en su seno, las cuales tendrán sus propios estatutos **aprobados por el máximo órgano colegiado de la institución** y podrán ser cofinanciadas con recursos institucionales sujetos a los controles establecidos legalmente, para programas académicos o de capacitación. Sus directivas deberán renovarse de conformidad con las normas estatutarias; caso contrario, el máximo órgano colegiado de la institución convocará a elecciones que garantizarán la renovación democrática. Se expresa correctamente decía, por que **el Tribunal Constitucional mediante Resolución***

del 28 de enero del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 514, declaró la inconstitucionalidad – por el fondo – de la frase “ aprobados por el máximo órgano colegiado de la institución”, que constaba en la redacción del artículo 42 de la Ley Orgánica de Educación Superior, considerando que la frase materia del análisis de inconstitucionalidad, contradice el derecho a la libertad de asociación y reuniones con fines pacíficos, previsto en el numeral 19 del artículo 23 de la Constitución Política de 1998, (en el Capítulo de los Derechos Civiles) lo que significa que el Consejo Universitario, máximo organismo de control colegiado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, no tiene competencia para interpretar, cambiar, disponer o alterar las disposiciones inherentes a la FEUC-G, y para el caso particular que es objeto de la presente acción, lo resuelto por los estudiantes de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, vía plebiscito universitario, siendo por lo tanto que, al Consejo Universitario no le asiste otra obligación que no sea la de registrar las reformas aprobadas.

3.- Acción de Incumplimiento contra el Consejo Universitario.- El 10 de noviembre del 2008, el Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil resolvió que se convoque a elecciones la tercera semana del mes de enero del 2009, para elegir la Directiva de la Federación de Estudiantes y los Delegados al Consejo Universitario, desconociendo la voluntad soberana de los estudiantes, que en plebiscito del 6 de junio de 2008 aprobaron la reforma estatutaria que permite a la Directiva y a los Delegados al Consejo Universitario durar dos años en sus funciones, y que conforme a la Disposición Transitoria Primera del Estatuto de la Federación, ésta (la reforma) tiene aplicación inmediata, y que sus efectos alcanzan y rigen para la Directiva y Delegados electos en enero del 2008, y por lo tanto, la finalización de sus funciones debe entenderse se produce en enero del 2010, por lo que, lo resuelto por el Consejo Universitario incumple con lo resuelto por el Tribunal Constitucional y atenta contra lo dispuesto por el Art. 42 de la Ley Orgánica de Educación Superior, reformado. Es de advertir que ésta referida resolución de convocatoria, se resolvió en base a un Informe emitido por el Asesor Jurídico de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, de fecha 20 de octubre de 2008, que establece” *que las reformas aprobadas por el Plebiscito Universitario rigen para lo venidero, y que el alcance de las mismas no tienen efecto sobre la Directiva electa en enero del 2008.*” El referido Informe del Asesor Jurídico sostiene que a los estudiantes jamás se les consultó sobre la vigencia automática del mismo, una vez publicados los resultados; craso error pues con la pregunta del Plebiscito que se transcribe, se resalta el yerro de su Informe: “*Que entre en vigencia inmediata el Proyecto de Reformas del Estatuto de FEUC-G, propuesto y aprobado por el Comité Ejecutivo en Marzo del presente año...*” (se adjunta copia certificada de la papeleta de la Consulta Plebiscitaria, a fojas 54 del expediente) Una mayoría del Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y su Asesor Jurídico desconocen que la Federación de Estudiantes posee un nuevo Estatuto que regula sus actividades, mismo que fue aprobado mediante Plebiscito Universitario, del 6 de junio de 2008 contentivo de 90 artículos, 3 Disposiciones Generales y 3 Disposiciones Transitorias. El Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, al disponer que se convoque a elecciones para elegir a la Directiva de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica y a los Delegados al Consejo Universitario, para la tercera semana del mes de enero de 2009, incumple

disposiciones legales pues atenta contra normas expresas - Art. 42 de la Ley Orgánica de Educación Superior - artículos 28, 41, 48 y la Disposición Transitoria Primera del Estatuto vigente de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, desconociendo lo resuelto por el Tribunal Constitucional y por el Plebiscito Universitario del 6 de junio de 2008; incumple paralelamente con el derecho a la Seguridad Jurídica, garantizado en el artículo 82 de la Constitución vigente. Por lo expuesto, solicito a Uds. conminar al Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, de forma expresa y categórica: **1.** Que se cumpla y como consecuencia de ello, se respete el resultado del plebiscito universitario del 6 de junio de 2008 y todos sus efectos, entre los cuales se encuentran: la prórroga que obra a favor de la Directiva actual de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y sus Delegados al Consejo Universitario; **2.** Que se cumpla y como consecuencia de ello se respete el artículo 42, inciso segundo de la Ley Orgánica de Educación Superior que establece "Sus directivos deberán renovarse de conformidad con las normas estatutarias; caso contrario el máximo órgano colegiado de la institución convocará a elecciones que garantizarán la renovación democrática".

4.- Petición de medida cautelar.- Adicionalmente, con el propósito de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales y universales de la libertad de asociación, de la seguridad jurídica y sobre todo, para evitar que las artimañas de un poder constituido atente contra la materialización del poder constituyente aplicado en el plebiscito universitario del 6 de junio del 2008, con fundamento en el artículo 87 de la Constitución del Estado ecuatoriano, solicitó la aplicación de la siguiente medida cautelar: *"Oficiar a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, a sus principales autoridades y en especial al Consejo Universitario, la suspensión de la Convocatoria a las elecciones de la Directiva de la Federación de Estudiantes y Delegados al Consejo Universitario a desarrollarse el próximo mes de enero del 2009, no pudiendo efectuarse la misma hasta que la Corte Constitucional resuelva la presente acción. Quedando simplemente en vigencia la convocatoria a elecciones de Presidente de las Asociaciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil"*.

II

CONTESTACIÓN DEL ACCIONADO

Con Oficio N° R-1128-2008 fechado al 4 de diciembre de 2008, ingresado el 8 de diciembre de 2008 y suscrito por el Ec. Mauro Toscanini Segale, Vicerrector General, Encargado del Rectorado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, constante a fojas 101 a 103 del expediente, el accionado contesta en los siguientes términos: Que el Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en sesión ordinaria del 28 de noviembre de 2008, resolvió aprobar el Informe del Asesor Jurídico, en el que se establece que la reforma del Estatuto de la Federación de Estudiantes Universitarios FEUC-G, en cuanto tiene que ver con la duración en el cargo de los Directivos, deberá regir para lo venidero y no con efecto retroactivo, negando de esta manera la pretensión del señor Eduardo Sánchez Peralta, actual Presidente de la Federación de Estudiantes, en el

sentido que el periodo para el cual fue elegido el mes de enero de 2007 y que fenecía en enero del 2008, debía prorrogarse sin necesidad de acto eleccionario alguno, por un año mas. Que la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil se apresta a celebrar la última semana de enero de 2009 las elecciones estudiantiles para renovar las Directivas, tanto de la Federación de Estudiantes Universitarios FEUC-G cuanto de las Asociaciones Estudiantiles y Miembros estudiantiles del Consejo Universitario, de acuerdo al Art. 10 del Reglamento de Elecciones en vigencia, y que no ha sufrido reforma alguna, y que manda convocar a elecciones hasta el 15 de diciembre al Presidente de la Federación en funciones, y solamente en el caso que no lo hiciera, corresponderá tal obligación al Rector de la Universidad. Que el Consejo Universitario no cuestionó la validez de las reformas estatutarias promovidas por el Presidente de la FEUC-G, pero se pronunció en cuanto al respeto universal de la irretroactividad de la Ley, en el caso puntual del Estatuto de la Federación.

III

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para hacerlo se realizan las siguientes:

PRIMERA.- Competencia.- Previo al pronunciamiento sobre la Acción de Incumplimiento planteada, el Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de Transición debe analizar sobre la facultad de conocerla y resolverla. Conforme al contenido del artículo 429 de la Constitución vigente, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control constitucional en concordancia con el numeral 5 del artículo 436 ibídem.

La Acción por Incumplimiento se define en las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de Transición, así: ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. Art. 74.- Objeto.- Esta acción tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de normas, actos administrativos de carácter general, así como de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, en los términos previstos en los Art. 93 y 436 numeral 5 de la Constitución. Art. 5.- Legitimación activa.- La acción de incumplimiento es pública. Cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, por si o a través de representante, puede demandar por el incumplimiento de una norma con rango de ley, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de los que trata el artículo anterior.-Art. 76.- Legitimación pasiva.- La demanda de incumplimiento se dirigirá contra la autoridad, funcionario, la jueza o juez, o particular, renuente de cumplir la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia, o informe, de que trata el artículo 93 de la Constitución. Si el demandado no es la autoridad obligada, así deberá informarlo la jueza o juez de conocimiento, indicando a quien corresponde el cumplimiento del deber incumplido. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades demandadas, sin perjuicio de que el juez notifique a quien tenga competencia para cumplir el deber omitido. Art. 77.- Competencia.- Es competente para conocer la demanda por acción de incumplimiento, el Pleno de la Corte Constitucional. Art. 78.- Trámite.- La demanda de incumplimiento deberá reunir los requisitos establecidos en el Art. 49 y seguirá el trámite previsto en las disposiciones comunes para la sustanciación de las

acciones ante la Corte Constitucional, en cuanto se refiere al ingreso, admisión, sorteo y sustanciación. Art. 79.- Terminación anticipada del proceso. Si estando en curso la acción y antes de la sentencia, el demandado cumple con el deber omitido, la Corte Constitucional declarará concluido el proceso y ordenará su archivo.

SEGUNDA.- Admitida a trámite la presente acción, acatando lo dispuesto en el artículo 9, inciso segundo de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, realizado el sorteo de rigor correspondió al Dr. Roberto Bhrunis Lemarie conocer el caso como Juez Sustanciador; en consecuencia, no se advierte violación del trámite ni omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERA.- La Acción por Incumplimiento, de acuerdo con lo que establece el artículo 93 de la Constitución de la República, tiene 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..."*.

CUARTA.- La presente Acción está en armonía con las Disposiciones Comunes a las Garantías jurisdiccionales, señaladas en el artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República, en vigencia, que señala *"...Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley"*.

QUINTA.- Es pretensión del accionante: **1.** Que se cumpla y como consecuencia de ello, se respete el resultado del plebiscito Universitario de fecha 6 de junio del 2008 y todos sus efectos, entre los cuales se encuentran la prórroga que obra a favor de la Directiva actual de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y sus Delegados al Consejo Universitario; **2.** Que cumpla y como consecuencia de ello se respete el artículo 42, inciso segundo de la Ley Orgánica de Educación Superior que establece: *"Sus directivos deberán renovarse de conformidad con las normas estatutarias; caso contrario, el máximo organismo colegiado de la institución convocará a elecciones que garantizaran la renovación democrática"*, y **3.** Adicionalmente, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales y universales de la libertad de asociación, de la seguridad jurídica, y para evitar que el poder constituido atente contra la materialización del poder constituyente aplicado en el plebiscito universitario del 6 de junio de 2008, con fundamento en el artículo 87 de la Constitución del Estado Ecuatoriano, solicita la aplicación de la medida cautelar de la suspensión de la Convocatoria a elecciones de la Directiva de la Federación de Estudiantes y Delegados al Consejo Universitario, a convocarse para el mes de enero de 2009, quedando en vigencia la convocatoria a elecciones de Presidentes de las Asociaciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

SEXTA.- Mediante Providencia del 11 de diciembre de 2008, constante a fojas 128 del expediente, la Dra. Nina Pacari Vega, en su condición de Jueza Constitucional y Presidenta de la Segunda Sala de Sustanciación, dispone: **a)** la medida cautelar de suspensión de la Convocatoria a elecciones de la Directiva de la Federación de

Estudiantes y Delegados al Consejo Universitario, resuelta por el Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en sesión ordinaria del 10 de noviembre del 2008, y **b)** conforme a las disposiciones comunes a las garantías jurisdiccionales señaladas en el artículo 86, numeral 3 de la Constitución vigente, convoca a las partes a Audiencia Pública, misma que se fija para las 15H00 del miércoles 17 de diciembre de 2008; resultando fallida ésta, se vuelve a convocar para las 10H00 del 23 de diciembre del 2008, llevándose a cabo la Audiencia Pública con la presencia de los Jueces Constitucionales Doctores Nina Pacari Vega, Roberto Bhrunis Lemarie y Edgar Zárate Zárate; el Ab. Manuel Martínez Vera en representación del legitimado activo y el Ab. Víctor Granados en representación del legitimado pasivo.

SÉPTIMA.- En un alegato constante a fojas 140 a 145 del expediente, el doctor Michel Doumet Antón, Rector de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y el Ab. Aquiles Rigal Santistevan, Asesor Jurídico, sostienen que *"la acción se encuentra indebidamente planteada, en virtud de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 86 de la Constitución vigente, por que debió ser propuesta ante ...LA JUEZA O JUEZ DEL LUGAR EN QUE SE ORIGINA EL ACTO O LA OMISION O DONDE SE PRODUCEN SUS EFECTOS, Y SERAN APLICABLES LAS SIGUIENTES NORMAS DE PROCEDIMIENTO"*(SIC); en consecuencia debe ser ésta la primera cuestión a resolver. Efectivamente, ese es el texto de una de las *disposiciones comunes* de las garantías jurisdiccionales, pero el accionado no ha reparado que es el artículo 93 de la Constitución, el que define la Acción por Incumplimiento, señalando en el acápite final que *"La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional"*. El término jurídico *disposición* significa: 1. del latín *dispositio- onis: acción y efecto de disponer o disponerse. Actitud o proporción para algún fin, y 2. Precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad.* El término *común*, 1. (del latín *communis*) *dícese de lo que, no siendo privativamente de ninguno, pertenece o se extiende a varios*" en consecuencia, la norma *específica* (1. del latín *specificus*) es lo que caracteriza y distingue una especie de otra, 2. lo que es especial, característico o propio. Aplicable al caso es ésta última y no la invocada por el accionado, de lo que deviene en improcedente el cuestionamiento.

OCTAVA.- El accionado argumenta que el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución vigente, refiere que el procedimiento se concreta exclusivamente a la *entidad pública*, y que la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil es una entidad de derecho privado; el accionado olvida que las garantías jurisdiccionales pueden ser ejercidas por cualquier persona, grupos de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, cuando exista 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; en consecuencia, lo alegado es improcedente.

NOVENA.- Sostiene el accionado - con criterio parcial y excluyente- que la acción por incumplimiento definida en el artículo 93 de la Constitución vigente, *"sustenta*

su ejercicio en el hecho de que se hayan incumplido sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos"(sic): al respecto es necesario puntualizar que no es cierto que esta acción "se refiere estricta y exclusivamente a las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos"(como sostiene el accionado) .El artículo 93 de la Constitución vigente señala que la Acción por Incumplimiento -primero- "tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico", concepto amplio que concuerda con lo que dispone el artículo 436 de la Constitución vigente, al determinar las atribuciones que ejercerá la Corte Constitucional, además de las que le confiera la Ley, señalando en el numeral 5 del artículo invocado que puede "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". La acción por incumplimiento se determina en la Constitución vigente en el Ecuador en términos amplios (Colombia y Perú tienen un ámbito más restringido), por lo que se justifica y fundamenta la acción del recurrente. La medida cautelar dispuesta en el conocimiento de la acción que nos ocupa, es resultado del ejercicio de la competencia y atribución, puesto que, como lo advierte Chiovenda "el peligro de no conseguir oportunamente el bien garantizado, o el temor que su obtención se aplaze mientras el proceso se tramita, con daño de quien lo reclama, conducen a la adopción de medidas de cautela o seguridad",pensamiento jurídico claro y pertinente que justifica la adopción de la medida cautelar impugnada por el accionado.

DECIMA.- "El Consejo Universitario no cuestionó en ningún momento la validez de las reformas Estatutarias promovidas por el actual Presidente de la FEUC-G señor Sánchez, ni podía objetarlas en forma alguna, pero si se pronunció en un aspecto referido al respeto universal en cuanto a la irretroactividad de la ley y en el caso puntual al Estatuto de la Federación" sic- "Acepta por cierto que una reforma prescriba que en adelante el plazo de duración de las funciones del Directorio de la FUEC-G sea de dos años, lo cual jamás se ha discutido u objetado. Lo que no aceptó el Consejo Universitario es que dichas reformas violen el Art. 7 del Código Civil que dispone que la ley no tiene efecto retroactivo y rige solo para lo venidero" sic- (alegatos del accionado, constantes a fojas 101 y 147 del expediente) El argumento de fondo del accionado, reiterativo en sus alegatos, es la concepción del principio de irretroactividad de la ley como un concepto *absoluto y rígido*, cuando en realidad es un concepto *relativo y flexible* en el Derecho. El Código Civil ecuatoriano dedica el Parágrafo 3o. Efectos de la ley, artículo 7 y siguientes a una serie de escenarios que confirman la relatividad y flexibilidad de la aplicación de la ley en el tiempo, puesto que el legislador, constituyente o asociado, pueden consagrar la retroactividad de la ley. En la doctrina se considera que la ley es de naturaleza histórica, porque tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica. El principio, en materia de efectos de la ley en el tiempo, es la irretroactividad, sin embargo, ese principio está establecido en una norma meramente legal y no constitucional, y a pesar de lo categórico de los términos en los que se lo concibe, obliga al juez común y no al legislador o constituyente, quienes pueden dictar un precepto legal contrario a otro precepto legal, sin más límite que la Constitución;

de esta forma el legislador, el constituyente o los asociados pueden modificar el principio de irretroactividad de la ley, dictando leyes o reformándolas con efecto retroactivo. La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad de la ley apunta a la preservación del orden público, seguridad y estabilidad jurídicas, pero considerando circunstancias especiales que favorezcan tanto al destinatario de la norma, cuanto a la consecución del bien común de manera concurrente, se prioriza ésta a aquella, en un ejercicio de **ponderación** realizado bajo el principio de *concordancia de las normas constitucionales*, consecuencia de la *interpretación sistemática del todo orgánico constitucional*; ello demuestra claramente que la irretroactividad de la ley no es principio *absoluto y rígido* puesto que el universo jurídico admite muy contadas posiciones de tal carácter, por ser una coordinación de posibilidades racionales, que exige una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ordena; de allí que el principio de irretroactividad no riñe con la necesidad de cambios normativos que impidan la petrificación del orden jurídico, que es *per se* dinámico para amoldarse a las exigencias de la realidad material y social.

DÉCIMA PRIMERA.- En esta línea de reflexión jurídica, es necesario advertir que el mecanismo escogido para la reforma estatutaria por los accionantes es el *plebiscito*, acto de participación democrática directa, medio idóneo para aprobar un acto de poder, mediante el cual se autoriza o se aprueba (como rasgo de reconocimiento o de la confianza otorgada por los asociados) un acto esencialmente político. Fayt define al plebiscito como el "*derecho reconocido al cuerpo de asociados para intervenir en la ratificación o aprobación de un acto esencialmente político, de naturaleza administrativa*" y Orlando destaca la naturaleza eminentemente política del plebiscito, al indicar como ejemplos del mismo, la aceptación o aprobación de una Constitución o la manifestación de confianza en un hombre o en la dirección de un órgano. Queda claro entonces que el plebiscito se utiliza en actos de naturaleza legislativa y su empleo es excepcional: **a)** cuando el ejecutivo o directivo quiere prescindir de la vía regular, y obtener mediante el voto de los asociados, la aprobación de proyectos de administración o ejercicio de poder; y, **b)** cuando se quiere dirimir conflictos de poder, permitiendo al ejecutivo o directivos apelar a los miembros asociados, para que como árbitro soberano, resuelva si aprueba o no un proyecto de administración o ejercicio de poder. El pronunciamiento en el plebiscito solo puede tener uno de dos sentidos: apoya o rechaza la decisión que se le consulta, y la decisión de los asociados es de obligatorio e inmediato cumplimiento por dos razones fundamentales: la primera es por la naturaleza del plebiscito; y la segunda es por que en él se consultó a los asociados a través de una disposición transitoria – copia certificada de la papeleta del plebiscito, obra a foja 54 del expediente – directa y claramente – de la siguiente manera: *Aprueba usted que entre en vigencia inmediata el Proyecto de Reforma del Estatuto de la FUEC-G propuesto y aprobado por el Comité Ejecutivo en marzo del presente año?, SI --- NO.*- El pronunciamiento mayoritario por el **sí**, nos sitúa en que el estudiantado aprobó, por un lado, el Proyecto de Reforma del Estatuto de la FEUC-G; y, por otro, su inmediata vigencia. Entre las normas reformadas consta lo relativo al plazo de duración de las funciones del Directorio de la FEUC-G que será el de dos años el mismo que, de no haberse contemplado una disposición transitoria, daría lugar a un acentuado debate únicamente sobre el principio de la irretroactividad; más, en el caso que

nos ocupa, el Estatuto reformado contiene una disposición transitoria que textualmente dice: "DISPOSICIONES TRANSITORIAS". PRIMERA.- El presente estatuto entrará en vigor a partir de su aprobación mediante consulta plebiscitaria del 06 de junio del 2008, y regirá en todas sus partes, *incluyendo las normas relativas a la Directiva de la FUEC-G y Delegados al Consejo Universitario, electos el 18 de enero de 2008*, una vez que se oficialicen los resultados por el Tribunal Electoral del Plebiscito que lo dirige." De su lectura se desprenden dos partes: la primera, que es obvio entender que todas las reformas aprobadas incluido aquella que se refiere a la Directiva de la FUEC-G son de aplicación inmediata, en esencia, la duración de dos años; la segunda, que la frase "*electos el 18 de enero de 2008*" nos conduce a una ineludible interpretación, esto es, si la disposición transitoria debe ser entendida como la tácita ampliación del plazo de un año (con el que fueron elegidos en enero del 2008) a dos años (que contempla la reforma aprobada), al aplicarse de manera inmediata dichas reformas. De ahí que, el análisis no circunda únicamente alrededor de la irretroactividad sino que, concomitantemente, se hace imprescindible interpretar el alcance y efecto de la mentada disposición transitoria. Al respecto, la Corte considera que la intención de los proponentes de la reforma estatutaria aprobada previamente por el Comité Ejecutivo de la FEUC-G el 5 de marzo de 2008 era la prórroga de un año a fin de que "la inmediata vigencia" cobije a la directiva elegida el 18 de enero de 2008; solo en esa medida tiene sentido la obviedad señalada anteriormente con la referencia a la directiva electa el 18 de enero de 2008 que consta expresamente en la Primera Disposición Transitoria del Estatuto reformado. Siendo así, nos encontramos ante una disposición que contiene la "prórroga tácita" de la Directiva que debiendo concluir en enero del 2009, por efectos de la reforma estatutaria en vigencia a partir del 06 de junio del 2008, necesariamente debe fenecer en enero del 2010. Es más, tratándose de una reforma estatutaria aprobada en plebiscito, esto es, por el estudiantado que para el efecto es el soberano, tanto las normas reformadas cuanto la disposición transitoria, son de estricto e ineludible cumplimiento. Es también relevante en el análisis de la presente consideración, y por ello citamos textualmente el razonamiento del voto del señor Ab. José Miguel García Baquerizo, Decano Encargado de la Facultad de Jurisprudencia, y por tanto Miembro del Consejo Universitario de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, expresado en la Sesión Ordinaria del 10 de noviembre de 2008, respecto del Informe presentado por el Dr. Aquiles Rigail Santistevan, Asesor Jurídico de la Universidad, y constante a fojas 189 del expediente, que dice: "*Voto en contra de la aprobación del informe presentado por el señor Asesor Jurídico de la institución, por las consideraciones expuestas en esta sesión, que se resume en lo siguiente: La irretroactividad de la ley invocada en el informe ha sido dejado de lado por la propia Constitución de la República del 2008 recién aprobada, afectándose periodos de autoridades en actuales funciones, y así como el pueblo ecuatoriano se pronunció por ello en la consulta, así también lo hicieron los estudiantes de esta universidad en el plebiscito convocado por la FEUC-G, al prorrogar el periodo de la actual directiva de dicha entidad gremial hasta dos años. El Tribunal Constitucional ratificó el fallo del juez de instancia, que declaró válida la convocatoria al Plebiscito, cuyo resultado no ha sido impugnado hasta la fecha, dejando constancia en la consideración QUINTA que la FEUC-G si sometió a consideración de todos los dirigentes estudiantiles la reforma del Estatuto, consideración sobre la cual se dicta la resolución, siendo aprobada la reforma estatutaria en el plebiscito. Que, por*

último, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Educación Superior, en su inciso segundo establece que las directivas de las organizaciones gremiales deberán renovarse de conformidad con las normas estatutarias, que en el caso de la FEUC-G son las aprobadas en el plebiscito". La Resolución N° 0912-08-RA, emitida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional, el veinticuatro de septiembre de dos mil ocho, que el accionante demanda incumplida, en la consideración quinta dice: "En consideración al argumento de los recurrentes en el sentido que nunca fueron informados de las reformas a los Estatutos de la FEUC-G, y que éstas fueron aprobadas de manera sorpresiva, es necesario señalar que el detenido y prolijo examen del proceso conduce a esta Sala a advertir que existía una Comisión Especializada encargada del estudio y modificación de este cuerpo normativo presidida por la señorita Ofelia Vera, quien puso a todos los dirigentes estudiantiles, incluidos los accionantes en conocimiento del proyecto y permanentemente los invitó a participar con sus opiniones y conceptualizaciones sobre el mismo, sin obtener respuesta alguna...".

DÉCIMA SEGUNDA.- El accionado expresa en uno de sus alegatos (constante a foja 147 del expediente) que "Acepta por cierto que una reforma prescriba que en adelante el plazo de duración de las funciones del Directorio de la FEUC-G sea de dos años, lo cual jamás se ha discutido u objetado" lo cual resulta contradictorio con la afirmación constante a foja 165, donde argumenta que la reforma estatutaria de la FEUC-G aprobada en plebiscito, impone la supuesta reforma del Estatuto de la Universidad, cuando de las expresiones primeras se colige, que a más de necesaria, se acepta anticipada y expresamente dicha reforma, concordante con la Ley Orgánica de Educación Superior. Es necesario resaltar en el análisis del considerando, que es la supremacía constitucional la que impone la reforma estatutaria alegada por el accionado, puesto que al estar la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil cuanto la Federación de Estudiantes de la misma Universidad en iguales condiciones jurídicas de tener un estatuto, es ésta y no aquella la que vía plebiscito recibe la expresa aprobación contenida en la pregunta de la Disposición Transitoria...**Aprueba usted que entre en vigencia inmediata el Proyecto de Reforma del Estatuto de la FEUC-G propuesto y aprobado por el Comité Ejecutivo en marzo del presente año?**, evento en el que la claridad de la cuestión cuanto la simplicidad de la respuesta nos releva de cualquier otra consideración, tanto mas que "ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales" (numeral 4 del artículo 11 de la Constitución de la República) principio y efecto jurídico que corre también respecto a la duración de funciones de los estudiantes Delegados al Consejo Universitario, considerando que se eligen en un mismo acto democrático y en una misma papeleta en la que se designa al Presidente de la Federación de Estudiantes y su Directiva, y habiendo sido reformado vía plebiscito el periodo de sus funciones, como afirma el accionante, se aplica la regla que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. El Tribunal Constitucional expresó a través de la Resolución N° 022-2004-TC, del 18 de enero del 2005, en la consideración QUINTA " Que sin embargo, el artículo 41 de la Ley de Educación Superior materia de impugnación, dispone que las universidades y escuelas politécnicas garantizarán la existencia de las organizaciones gremiales en su seno, lo cual evidentemente es lo apropiado por mandato expreso de la Constitución; pero añade " las cuales tendrán su propios estatutos aprobados por el máximo órgano colegiado de la institución.. De lo que se

concluye que dicha frase contradice abiertamente lo previsto en el numeral 9 del artículo 35 de la Norma Suprema".SEXTO.- Adicionalmente, la frase materia del presente análisis, contradice el derecho a la libertad de asociación y de reunión con fines pacíficos, previsto en el numeral 19 del artículo 23 de la Constitución Política que tiene concordancia con el derecho consagrado en el referido numeral 9 del artículo 35 de la Carta Magna, por cuanto al establecerse que los estatutos de las organizaciones gremiales deben ser aprobados por el máximo organismo colegiado de cada universidad o escuela politécnica, los mismo ya no serían aprobados libremente, sino que estarían supeditados al agrado o desagrado del órgano superior y eventualmente a lo que imponga éste; atentándose abiertamente contra los principios de independencia y solidaridad de los que deben gozar éste tipo de organizaciones.-SEPTIMO.- ...a los máximos organismos colegiados no les asiste otra obligación que no sea la de "registrar" las organizaciones ,lo cual conlleva el reconocimiento de su existencia legal. Por ello, el término "aprobar" no es que solamente es inapropiado o molesto, sino que es inconstitucional por que es un término que restringe abiertamente el derecho de organización...". La pretensión del accionante se ajusta a la norma 42 de la Ley Orgánica de Educación Superior-Capítulo VI, Del gobierno de las Instituciones del Sistema Nacional de Educación Superior, que determina que **"Los centros de educación superior garantizarán la existencia de organizaciones gremiales en su seno, las cuales tendrán sus propios estatutos"** mandato que se complementa con el inciso final de la referida norma, que prevé el caso que no se haya producido la renovación, evento en el que, el órgano colegiado de la Universidad deberá intervenir para garantizar la renovación democrática, ordenando que "Sus directivas deberán renovarse de conformidad con las normas estatutarias; caso contrario, el máximo órgano colegiado de la institución convocará a elecciones que garantizarán la renovación democrática".

DÉCIMA TERCERA.- La Constitución vigente garantiza una serie de derechos englobados en la genérica designación *derechos de participación* (artículo 61 y siguientes de la Constitución de la República) que son aquellos que los individuos poseen por su condición de miembros de una determinada comunidad, y responden al principio que mediante ellos, los ciudadanos participan directa o indirectamente en la formación de la *voluntad política de la comunidad*, exigiendo del Estado una serie de prestaciones y no la simple abstención del mismo, para hacer posible su ejercicio. *El derecho de participación política excluye el control preventivo* que puede hacerse en la aprobación de estatutos por ejemplo, posibilitando el ejercicio de esos derechos en mérito a la importancia que tienen las asociaciones, federaciones, gremios etc. en la práctica y conservación de la democracia, y que en consecuencia, la inscripción en el correspondiente registro lo será solo a efectos de publicidad, como garantía tanto para los terceros que con ellos se relacionan, como para sus propios miembros. Por las consideraciones que anteceden; por que la acción propuesta y materia del presente análisis se fundamenta en la exigencia de una plena seguridad jurídica como principio garantizado en la Constitución vigente, por que el incumplimiento demandado implica no reconocer que "Los centros de educación superior garantizarán la existencia de organizaciones gremiales en su seno, las cuales tendrán sus propios estatutos"; que el artículo 347 de la Constitución vigente determina que será responsabilidad del Estado. 2. "Garantizar que los centros educativos serán

espacios democráticos de ejercicio de derechos – que es lo que demanda el recurrente.

IV

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1.- Declarar la procedencia de la acción planteada por el señor Eduardo Sánchez Peralta, Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil; y en consecuencia, disponer que el Consejo Universitario de dicho centro de estudios superiores acate en todas sus partes el resultado del plebiscito universitario llevado a cabo por la Federación de Estudiantes Universitarios FEUC-G el día 6 de junio de 2008, incluida la prórroga del período de gestión de la Directiva de la Federación de Estudiantes y de los Delegados al Consejo Universitario, que se encuentra implícita en la Primera Disposición Transitoria del Estatuto de la FEUC-G, reformado y aprobado en dicho acto democrático.

2. Notifíquese y publíquese.-

Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos a favor de los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinueza, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los doctores Alfonso Luz Yunes y Diego Pazmiño Holguín, en sesión del día viernes trece de marzo de dos mil nueve.- Lo certifico.

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

D. M. Quito, 24 de noviembre del 2009

SENTENCIA N.º 0006-09-SAN-CC

CASO N.º 0072-09-AN

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Roberto Brhunis Lemarie

I. ANTECEDENTES

1. El 15 de abril del 2007, mediante Consulta Popular, el pueblo ecuatoriano expresó su voluntad de convocar una Asamblea Constituyente, con el propósito de elaborar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado;
2. El 28 de septiembre del 2008 el pueblo ecuatoriano, mediante Referéndum, aprobó la Constitución y el Régimen de Transición proyectados por la Asamblea Constituyente;
3. El 20 de octubre del 2008, la Constitución aprobada por el pueblo ecuatoriano, incluyendo el Régimen de Transición, entró en vigencia a través de su publicación en el Registro Oficial N.º 449, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final de la misma Constitución;
4. Los Vocales del extinto Tribunal Constitucional, basados en los argumentos constitucionales que son parte de la Resolución adoptada en la sesión celebrada el día veinte de octubre del 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 del mismo mes y año, asumieron el ejercicio de las atribuciones constitucionales referentes al control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia;
5. La Corte Constitucional, para el periodo de transición, expidió las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias constitucionales, que fueron publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008.

SOLICITUD DE DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO

El Ing. César Rodrigo Díaz Álvarez, amparado en lo que dispone el artículo 93 de la Constitución de la República del Ecuador, comparece y deduce Acción de Incumplimiento en contra del Director General, Consejo Directivo del ISSFA, Procurador General del Estado y Ministra de Finanzas. El accionante impugna el incumplimiento en el cual ha incurrido la autoridad accionada.

En lo principal el accionante expresa lo siguiente:

1.- Hechos que dan origen a la presente acción de incumplimiento: El accionante es ex combatiente del conflicto armado del Cenepa (1995). A la fecha del conflicto tenía el grado de teniente, y como producto del estallido de una mina, sufrió la amputación de su pierna derecha cuando se encontraba al frente del su batallón, realizando un procedimiento de desminado en la zona del destacamento "Teniente Ortiz" del Alto Cenepa, lo que le ocasionó una discapacidad parcial permanente que le obliga al uso de una prótesis. El compareciente ha continuado como miembro activo de la Fuerza terrestre, ascendido hasta el grado de capitán, y es dado de baja el 01 de enero del 2001, a los dos años y cinco meses de su ascenso.

2.- "Ley Especial de Gratitud y reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995". El 31 de marzo de 1995, se publica esta Ley en el Registro Oficial N.º 666, denominada también "Ley No. 83", que determinó algunos beneficios económicos a favor de los combatientes y ex combatientes del conflicto del Cenepa de 1995, entre ellos, la concesión de pensiones por incapacidad total permanente y parcial permanente. Al accionante le corresponde recibir esa pensión, de conformidad con los artículos 6 y 11 de la Ley mencionada, desde la fecha en que fue dado de baja de las Fuerzas Armadas.

3.- El incumplimiento: Desde el mes de enero del 2001, el ISSFA ha incumplido su obligación de pagar al accionante la pensión que le corresponde, negándole lo establecido en la Ley N.º 83, mediante el Acuerdo 010060, emitido por la Junta de Calificación de Prestaciones, y posteriormente, con la resolución N.º 01.05.6.1., emitida por el Consejo Directivo del ISSFA, organismo ante el cual el accionante apeló del Acuerdo de la Junta de Calificación de Prestaciones. En el año 2002, ante esta negativa del ISSFA a reconocer los derechos del accionante, el Comandante General de la Fuerza Terrestre solicita el criterio jurídico al abogado externo de las Fuerzas Armadas, quien se pronuncia reconociendo el derecho del accionante a recibir una pensión por incapacidad parcial permanente. Ante el incumplimiento, en el año 2005, el Comandante General de ese entonces, pide al Procurador General del Estado que se pronuncie, quien, mediante oficio N.º 014156 del 17 de enero del 2005, emite criterio favorable al accionante. El Comandante General de la Fuerza Terrestre pide aclaración del oficio N.º 014156 del Procurador. El 09 de febrero del 2005, mediante oficio 14666, el Procurador se pronuncia en los siguientes términos: *"...el personal separado de la Institución, sin perjuicio de haber cumplido o no el tiempo previsto, tiene los derechos consagrados en la Ley 83, en especial los consignados en los artículos 6 y 11 de la Ley en mención, en consideración a que la discapacidad se produjo en actos del servicio durante el conflicto bélico del año 1995, sea ésta total permanente o parcial permanente. De esto también deviene el derecho que tienen los ex combatientes del Alto Cenepa, para percibir la asistencia de salud y técnica necesarias e indispensables para su rehabilitación física, precepto también recogido en la Ley 83 y en su Reglamento General de Aplicación"*. A pesar de los pronunciamientos vinculantes favorables de la Procuraduría General del Estado, el ISSFA, a través de sus autoridades, incumplió ese mandato, en franca violación de los derechos del accionante, ante lo cual éste presentó recurso de amparo constitucional, mismo que fue negado en primera instancia por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, pero que fue concedido por el Tribunal Constitucional el 23 de febrero del 2007, porque los actos impugnados constituyen una omisión ilegítima que viola los derechos

constitucionales garantizados por el artículo 23, numerales 3, 5, 20, 23 y 26, así como el artículo 24, numeral 13.

4.- La Ley N.º 83, "Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los combatientes del Conflicto Bélico de 1995", publicada en el Registro Oficial N.º 666 del 31 de marzo de 1995, ya desde sus consideraciones señala que el objetivo es *"...reconocer y enaltecer el sacrificio de los ecuatorianos que han ofrendado su vida o han quedado en situación de invalidez total o parcial por actos de defensa de la soberanía..."*.

5.- El artículo 2 de la indicada Ley, que regula el "Ámbito" de la misma, fue reformado mediante Ley s/n, publicada en Registro Oficial N.º 941 del 08 de mayo de 1996, el cual en el inciso segundo, actualmente, dispone que: *"...A iguales beneficios se harán acreedores los miembros de las Fuerzas Armadas que sufrieren lesiones que les signifiquen invalidez total o parcial derivada de sus actividades en el levantamiento de los campos minados que fueron colocados para la defensa territorial en todos los sectores limítrofes con el Perú. En caso de muerte los beneficios corresponderán a sus deudos. También beneficia al personal movilizado que, real y efectivamente participó en el frente de batalla."*

Es decir, se trata de una declaratoria general que amplía los beneficios de la Ley, a casos específicos como el del recurrente (personas discapacitadas por el estallido de una mina), debiendo considerarse además que el inciso segundo del artículo 13, además dispone que:

"En caso de OPOSICIÓN con las disposiciones de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, DUDA O INSUFICIENCIA de esta Ley para el pago de las indemnizaciones y pensiones establecidas, el Consejo Directivo del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) aplicará las disposiciones supletorias que más favorezcan a sus beneficiarios."

En relación con ello, el artículo 3 del Reglamento de aplicación de la "Ley Especial de Gratitud y reconocimiento Nacional a los combatientes del conflicto bélico de 1995", en armonía con la disposición referida prevé que:

"Todas las indemnizaciones, pensiones de montepío, PENSIONES por invalidez total permanente o PARCIAL permanente, bono de guerra, becas de educación, vivienda, condonaciones de deudas e intereses y permanencia en el servicio activo, establecidas en la ley se otorgarán a los titulares, sin perjuicio de beneficios similares que estén previstos en otros cuerpos legales generales o especiales, con las excepciones establecidas en los mismos."

El artículo 8 del mismo Reglamento, además determina:

"Corresponde al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA).....a.- Realizar un estimativo del monto requerido para el pago de PENSIONES por fallecimiento o discapacidad total o PARCIAL permanente, establecidas en la Ley y que deben ser cubiertas por el Estado, a través del Ministerio de Finanzas y Crédito

Público, de conformidad con el artículo 12 de la Ley y la Disposición Transitoria de la misma ...".

A pesar del tenor claro de toda esta normativa, incluidas sus reformas, que en definitiva ya determinan la existencia de pensiones por invalidez total o PARCIAL permanente, en casos como el del recurrente, la Junta de Calificación de Prestaciones del ISSFA y luego Consejo Directivo del ISSFA, por una interpretación literal del artículo 6 de la Ley que crea estas pensiones, sin considerar el contenido del inciso segundo del artículo 13 de la misma ley, niegan el derecho mencionado, ocasionando que los actos impugnados constituyan actos ilegítimos que violan los derechos garantizados a favor del Ingeniero César Rodrigo Díaz Álvarez, por la resolución del Tribunal Constitucional.

6.- El artículo 216 de la Constitución Política de la República determina que al Procurador General le corresponde el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley. En concordancia con ello, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en el literal e del artículo 3, determina que al Procurador le corresponde privativamente, entre otras: "(...) Absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley (...)", siendo que como ocurre en el presente caso, ese pronunciamiento es vinculante y de obligatorio cumplimiento para los órganos de la Administración Pública, entre los que se encuentran las Fuerzas Armadas.

Ante el pedido de aclaración de ese pronunciamiento, formulado por el Comandante General de la Fuerza Terrestre, el señor Procurador General del Estado, mediante oficio N.º 14666 del 09 de febrero del 2005, amplía su pronunciamiento y expresa:

"(...) El personal separado de la Institución, sin perjuicio de haber cumplido o no el tiempo previsto, tiene los derechos consagrados en la Ley 83, en especial los consignados en los artículos 6 y 11 de la Ley en mención, en consideración a que la discapacidad se produjo en actos del servicio durante el conflicto bélico del año 1995, sea total permanente o parcial permanente. De esto también deviene el derecho que tienen los excombatientes del Alto Cenepa, para recibir la asistencia de salud y técnicas necesarias e indispensables para su rehabilitación física, precepto también recogido en la Ley 83 y en su Reglamento de Aplicación. En este contexto, queda aclarado el criterio vertido por la Procuraduría General del Estado, mediante oficio de marras (...)"

7.- Por pedido de las Fuerzas Armadas, el Asesor Jurídico externo de éstas, Dr. Patricio Romero Barberis, emitió criterio jurídico en el que se reconoce el derecho del accionante a la pensión por discapacidad parcial permanente, debido a lo cual, mediante memorando 030025-AJFT, del 09 de enero del 2003, el Comandante General ha requerido que el ISSFA analice la recomendación del asesor jurídico y proceda conforme a derecho. El Comandante General de la Fuerza Terrestre, con

oficio N.º 2005-0003-DJFT del 5 de enero del 2005, solicita a la Procuraduría General del Estado el pronunciamiento acerca de si el personal separado del servicio activo puede recibir indemnizaciones previstas en la Ley 83 y su Reglamento General de Aplicación, así como otros beneficios incluidos en normas generales aplicables al personal militar, ante lo cual, con oficio N.º 014156 del 17 de enero del 2005, el Procurador señala que de acuerdo a lo previsto en el art. 3 del Reglamento de Aplicación de la Ley N.º 83, sin que se excluya al personal que ya ha sido separado del servicio activo de estos beneficios, y que ese personal puede recibir los beneficios adicionales previstos en otras normas aplicables al personal militar;

8.- El artículo 124 de la Constitución Política establece que "(...) *La ley garantizará los derechos y establecerá las obligaciones de los servidores públicos (...)*" y en su artículo 23 numeral 3 establece: "(...) *La igualdad ante la Ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación (...)*". En el caso en particular, al haberse dictado la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, publicada en el Registro Oficial N.º 666 del 31 de marzo de 1995, y al no haberse establecido y cancelado la pensión por invalidez parcial permanente por parte del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), incluso pese a la existencia de dos pronunciamientos favorables del Procurador General del Estado que son vinculantes y de cumplimiento obligatorio, se ha procedido en forma discriminatoria y se da un trato diferenciado frente al resto de combatientes del conflicto bélico de 1995. Es indudable que este hecho causa un perjuicio económico al no pagarse la remuneración, según el grado que hubiere estado desempeñando, conforme lo prescrito en el art. 6 de la citada Ley.

9.- Es obligación del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, al igual que de todas las entidades públicas, cumplir con las normas vigentes y en particular con la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, expedida a favor de los ciudadanos ecuatorianos que prestaron su contingente en forma patriota y desinteresada. No proceder así implica arrogarse facultades y atentar al principio de legalidad que prohíbe y sanciona el artículo 119 de la Carta Fundamental, evidenciándose en la actuación del Director del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, una omisión ilegítima al inaplicar los derechos establecidos en la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995 y, en consecuencia, la acción propuesta cumple con los mandatos constitucionales y legales de fondo y de forma para su aplicación.

II. CONTESTACIÓN DEL ACCIONADO

El Ministro de Defensa Nacional, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo del ISSFA, impugna en su totalidad la acción de incumplimiento deducida por el señor capitán César Rodrigo Díaz Álvarez. Considera que la acción debe ser desechada porque las pensiones han sido canceladas oportunamente, conforme lo determinan las normas legales, y que por tanto no existe incumplimiento de actos o normas, y menos aún de sentencia constitucional.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

PRIMERA.- Competencia.- Previo al pronunciamiento sobre la Acción de Incumplimiento planteada, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, debe analizar sobre la facultad de conocerla y resolverla. Conforme al contenido del artículo 429 de la Constitución vigente, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control constitucional, en concordancia con el numeral 9 del artículo 436 ibídem, así como la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 de 22 de Octubre del 2009.

La Acción por Incumplimiento se define en las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, así: ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. Art. 82.- *"Naturaleza de las sentencias constitucionales.- Constituyen sentencias constitucionales todos los pronunciamientos definitivos y ejecutoriados expedidos por la Corte Constitucional, en las acciones constitucionales referidas al control de constitucionalidad y al ejercicio de las garantías jurisdiccionales de los derechos. Son también sentencias constitucionales las expedidas por las juezas y jueces que conozcan las acciones constitucionales referidas a las garantías jurisdiccionales de los derechos. En las sentencias constitucionales se establecerán de manera clara y concreta las obligaciones y condiciones determinadas en el numeral 3 del Art. 86 de la Constitución. Art. 83.- Efectos.- Las sentencias constitucionales son de inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la interposición de los recursos de aclaración, ampliación o apelación, según fuere el caso. La apelación se concederá en el efecto devolutivo. Corresponde a la Corte Constitucional ejecutar sus sentencias; y, a la jueza o juez de primera instancia, ejecutar integralmente las sentencias constitucionales expedidas en los casos de garantías jurisdiccionales de los derechos, debiendo para el efecto, agotar todas las medidas, incluso de apremio personal o real, de ser necesario, con el auxilio de la fuerza pública. Art. 84.- Trámite.- En caso de incumplimiento de las sentencias expedidas en las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales de los derechos, aún agotadas las medidas a las que se refiere el artículo anterior, la jueza o juez de primera instancia, a petición de parte, informará sobre el incumplimiento y remitirá todo lo actuado a partir de la sentencia a la Corte Constitucional, dentro del término de veinticuatro horas, con el informe fundamentado sobre las medidas adoptadas para la ejecución de la sentencia. En caso de negativa de la jueza o juez, el afectado podrá recurrir directamente a la Corte Constitucional. En caso de incumplimiento, la Corte Constitucional ejercerá todas las facultades que la Constitución y la ley atribuye a las juezas o jueces para la ejecución de sus fallos, con el objeto de hacer efectivas las responsabilidades administrativas, disciplinarias, civiles y de ser el caso, penales, teniendo en cuenta el principio de reparación integral establecido en el Art. 86 numerales 3 y 4 de la Constitución. En caso de incumplimiento de las obligaciones inmateriales establecidas en la sentencia, la Corte Constitucional podrá ejecutarlas directamente por cuenta del obligado, para cuyo efecto, dispondrá al órgano o funcionario competente, la inmediata realización de los actos necesarios para hacer efectivas dichas obligaciones"*.

Competencia.- Art. 77: Es competente para conocer la demanda por acción de incumplimiento, el Pleno de la Corte Constitucional. Art. 78: Trámite.- La demanda de incumplimiento deberá reunir los requisitos establecidos en el art. 49 y seguirá el trámite previsto en las disposiciones comunes para la sustanciación de las acciones ante la Corte Constitucional, en cuanto se refiere al ingreso, admisión, sorteo y sustanciación. Art. 79: Terminación anticipada del proceso.- Si estando en curso la acción, y antes de la sentencia el demandado cumple con el deber omitido, la Corte Constitucional declarará concluido el proceso y ordenará su archivo.

SEGUNDA.- Admitida a trámite la presente acción, acatando lo dispuesto en el artículo 9, inciso segundo de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, realizado el sorteo de rigor, correspondió al Dr. Roberto Bhrunis Lemarie conocer el caso como Juez Sustanciador; en consecuencia, no se advierte violación del trámite ni omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERA.- La Acción por Incumplimiento, de acuerdo con lo que establece el artículo 436.9 de la Constitución de la República, tiene por objeto "Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales".

CUARTA.- Es pretensión del accionante:

1. Que los demandados den cumplimiento a las normas contenidas en la Ley N.º 83, Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, publicada en el Registro Oficial N.º 666 del 31 de marzo del 2005; a la Resolución N.º 0737-2005-RA dictada por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial N.º 31 del 01 de marzo del 2007; al Reglamento para la Aplicación de la Ley N.º 83; al Decreto Ejecutivo N.º 2444 del 04 de enero del 2005, y a los dictámenes obligatorios y vinculantes para el ISSFA, Ministerio de Finanzas y Ministerio de Defensa Nacional, contenidos en los oficios N.º 014156, 014666, 05340 y 06513 del 17 de enero del 2005, 09 de febrero del 2005, 10 de diciembre del 2008 y 11 de marzo del 2009, emitidos por la Procuraduría General del Estado. El cumplimiento de estas normas, resolución y dictámenes se traducirá en la materialización de las siguientes pretensiones:

- a) Que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA, proceda al pago inmediato de la pensión a la que tiene derecho el accionante y que fue declarada en la Resolución de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, la misma que de conformidad con los pronunciamientos vinculantes del Procurador General del Estado, debe ser pagada mensualmente y debe equivaler a la totalidad del Haber Militar del grado que ostentaba al momento de haber sido dado de baja, esto es, el grado de capitán de 2 años y 5 meses de antigüedad (de acuerdo a la tabla remunerativa fijada por la SENRES, corresponde al tiempo de tres años). Esta pensión se actualizará cada vez que existan incrementos en los sueldos del personal militar en servicio activo. El cálculo realizado por el accionante asciende a la suma de un mil seiscientos sesenta y cuatro dólares con

sesenta y cuatro centavos, (\$1.664,64) para lo cual señala su número de cuenta de ahorros.

- b) Que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA, proceda al pago de la liquidación de las pensiones que le corresponden al accionante desde enero del 2001 y que alcanza la suma de ciento sesenta y nueve mil setecientos noventa y tres dólares con veintiocho centavos (\$169.793,28), así como los intereses por la demora injustificada y negligente del ISSFA. La liquidación deberá ser efectuada por peritos independientes del ISSFA, y aprobada por la Corte Constitucional.
- c) Que el pago de la liquidación determinada en el numeral anterior se haga en un plazo perentorio fijado por la Corte Constitucional.
- d) La provisión periódica de una prótesis principal y de reserva, cada tres años, y la correspondiente asistencia de salud, con cargo al presupuesto general del ISSFA, en consideración a la discapacidad ocurrida en actos de servicio, tal como lo ha señalado el Procurador General del Estado.
- e) Que el Ministerio de Finanzas realice los ajustes presupuestarios necesarios y efectúe las transferencias de fondos requeridas para que el ISSFA cumpla las obligaciones de pago mensual de la pensión a la que tiene derecho el recurrente, así como el pago de las pensiones impagas desde el 2001 hasta la presente fecha.

2. Adicionalmente, el Estado tendrá, conforme al ordenamiento constitucional, el derecho de repetir el pago en contra de los funcionarios que no hayan cumplido su deber en el pago efectivo e inmediato de las pensiones a las que tiene derecho el accionante, sean estos directivos o funcionarios actuales o de administraciones anteriores, a prorrata y en los porcentajes que determine el correspondiente proceso judicial que deberá incoar la Procuraduría General del Estado.

3. De mantenerse el incumplimiento, la Corte Constitucional aplicará las sanciones y procederá a la destitución de los responsables, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.

QUINTA.- En el alegato presentado el 03 de septiembre del 2009 por el Ministro de Defensa, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo del ISSFA, sostiene que la Corte Constitucional debe desechar la acción planteada por el capitán Díaz en contra del ISSFA, por ser una acción improcedente, ya que según el demandado, las pensiones reclamadas por el accionante han sido pagadas. Señala además que la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, en el artículo 6 determina: *"Pensiones por invalidez total permanente.- Establécese una pensión mensual de invalidez para los combatientes que fueren declarados con invalidez total permanente. La pensión será equivalente a una remuneración completa, según el grado o el cargo que hubieren estado desempeñando, sin que la misma pueda ser inferior a la de un soldado. Si el combatiente fuere ascendido, la pensión será la que corresponda al nuevo grado o función"*. Que el demandante ha sido declarado con una invalidez parcial permanente y que, por tanto, no tiene derecho a la pensión establecida en el artículo 6 de la ley especial N.º 83, porque ésta solo reconoce ese derecho a los combatientes cuya incapacidad ha sido calificada como total permanente.

SEXTA.- El accionado señala también que el ISSFA ha dado cumplimiento a lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional, y que ha procedido al pago de lo ordenado. Que al efecto, ha aprobado el procedimiento para la concesión de pensión por incapacidad parcial permanente, equivalente a la remuneración completa de un teniente, multiplicada por el porcentaje establecido en el grado de discapacidad, es decir del 50% según el Cuadro Valorativo de Incapacidades. En el numeral 5 del alegato presentado por los accionados, se indica que la Junta de Prestaciones del ISSFA, mediante Acuerdo N.º 0071511 del 26 de septiembre del 2007, concedió la pensión al capitán César Díaz, por un valor de US\$15,53 de pensión inicial, y que ha sido revalorizada hasta alcanzar la suma de US\$236,37, y que ha sido pagada en forma acumulada en el mes de diciembre del 2008, y posteriormente en forma mensual.

SÉPTIMA.- El accionado argumenta que para dar estricto cumplimiento a lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional respecto al otorgamiento de una prótesis y la rehabilitación respectiva, el Consejo Directivo del ISSFA aprueba la entrega de una prótesis y elementos de reemplazo periódico al accionante, con cargo al presupuesto del ISSFA, considerando el criterio del Ministerio de Finanzas emitido mediante Oficio N.º MF-SP-CACP-2008-2234 del 19 de mayo del 2008, en el cual dice que no le corresponde asumir este pago, y del Procurador del Estado, en el sentido de que la Ley Especial, al no prever norma específica, son aplicables las disposiciones generales de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, cuyo artículo 51, literal e establece que los asegurados en servicio activo y pasivo tienen derecho a la provisión de prótesis. En virtud de esta aprobación del Consejo Directivo del ISSFA, la adquisición de la prótesis del capitán Díaz se encuentra en el portal de compras públicas, conforme lo establece la Ley Orgánica de Contratación Pública.

OCTAVA.- Sostiene el accionado que, con el fin de atender los reclamos del accionante, se ha conformado un equipo jurídico con delegados del Ministerio de Defensa Nacional, del Ministerio de Justicia y del ISSFA, para que este equipo emita su criterio respecto de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, de la Resolución del Tribunal Constitucional y de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, olvidándose que la Constitución señala: "*Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente...*". El Consejo Directivo del ISSFA tenía la obligación de cumplir en forma inmediata lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional, cuanto más que ya existían los pronunciamientos vinculantes del Procurador General del Estado. Las resoluciones del ex Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo, son de última instancia, son inapelables y de obligatorio cumplimiento, al igual que el criterio emitido por el Procurador General del Estado, de tal forma que no cabe interpretación alguna, sino por el contrario, solo cabe el cumplimiento.

NOVENA.- El accionado indica que se solicitó el criterio del equipo jurídico citado en la consideración anterior, en vista de los pronunciamientos contradictorios respecto de quien es el responsable de cubrir los gastos que representa el cumplimiento de lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional: si el Estado o el ISSFA. Al respecto, el Procurador ha señalado que si el beneficiario no cumple los requisitos exigidos por la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas para recibir la pensión por discapacidad, el Estado, por intermedio del ISSFA, debe brindar todas las prestaciones sociales previstas en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas con recursos que deben ser cubiertos por el Ministerio de Finanzas.

DÉCIMA.- Si el Consejo Directivo del ISSFA tenía duda sobre como cumplir la Resolución del ex Tribunal Constitucional, debía aplicar lo establecido en el artículo 13 inciso segundo de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995: "*...En casos de oposición con las disposiciones de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, duda o insuficiencia de esta Ley para el pago de las indemnizaciones y pensiones establecidas, el Consejo Directivo del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) aplicará las disposiciones supletorias que más favorezcan a sus beneficiarios. En todo lo demás, el Ministro de Defensa Nacional dictará los acuerdos ministeriales que sean necesarios para la aplicación de esta Ley y será responsable de su cumplimiento*".

DÉCIMA PRIMERA.- La Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, en la consideración única, señala que es deber del Estado complementar la normatividad jurídica necesaria para reconocer y enaltecer el sacrificio de los ecuatorianos que han ofrendado su vida o han quedado en situación de invalidez total o parcial por actos de defensa de la soberanía e integridad territorial de la Patria, así como para garantizar la supervivencia familiar y personal con la dignidad y bienestar que les corresponde. Entonces, cabe preguntarse: ¿Qué es la supervivencia digna y el bienestar? Para explicar estos conceptos recurriremos a la legislación internacional. En primer lugar, el accionado demanda el respeto a sus derechos mediante una acción de amparo constitucional, que inicialmente es negada por el juez de instancia, pero que es concedida por el ex Tribunal Constitucional. Ejercita esta acción conforme la legislación interna; sin embargo hay que notar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1946, dispuso: "*...que toda persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia le ampare contra actos de la autoridad, que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*". El amparo o la acción de protección, de acuerdo a la constitución vigente, es un recurso judicial extraordinario tanto en la forma como en el plazo, porque al ejercitarse este derecho debe ser efectivo dadas sus características. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que los Estados tienen la obligación de garantizar la vigencia de los derechos humanos en sus territorios, obligación que no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de dicha obligación, sino que exige que la conducta gubernamental asegure la efectividad de los recursos que se les ha otorgado a los ciudadanos. En el presente caso, el accionante ha conseguido un pronunciamiento favorable del más alto

organismo de interpretación y control constitucional; sin embargo, el accionado no ha dado cumplimiento y, por el contrario, trata de interpretar lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional, los pronunciamientos del Procurador, e inclusive lo dispuesto en la Ley Especial N.º 83, todo lo cual tiene carácter obligatorio, definitivo e inapelable. Por tanto, corresponde al Estado asegurar el respeto a los derechos constitucionales, más aún tratándose de personas que han sido declaradas héroes nacionales, y a quienes se pretende demostrar gratitud por el sacrificio ofrendado mediante la aplicación de la ley creada para el efecto; sin embargo, el desconocimiento o la ingratitud deja de lado el objetivo fundamental de la citada ley y, en consecuencia, deja vulnerados los derechos que la misma ley otorga a los ex combatientes del conflicto del Cenepa. El Ecuador es signatario de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, que están en vigencia desde el 03 de mayo del 2008, cuyo propósito es estipular en detalle los derechos de las personas con discapacidad y establecer un código de aplicación. Los Estados que se adhieren a la Convención se comprometen a adoptar y aplicar las políticas, leyes y medidas administrativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención y derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación. El artículo 20 de la Convención dice que los Estados signatarios tienen la obligación de facilitar la movilidad de las personas discapacitadas, mediante la provisión de ayudas, dispositivos y tecnologías de apoyo.

El artículo 28 de la Convención de los Derechos de los Discapacitados establece: "Los Estados reconocerán el derecho de las personas discapacitadas a un nivel de vida adecuado y protección social..."

El Ecuador ha ratificado la Convención y el Protocolo Facultativo, y está obligado a cumplir lo establecido en sus textos, obligación que además la establece el artículo 47 de la Constitución vigente: *"El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social."*

Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

2. La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirán las correspondientes ayudas técnicas".

Ecuador es además signatario del Tratado de Ottawa, en vigencia desde el 01 de marzo de 1999, formalmente denominado Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción, y según informes de la ONU, los sobrevivientes de estos artefactos son discriminados aun en los Estados signatarios. El principal problema de estas víctimas es el de la movilidad, y entre las obligaciones de los Estados está la de proporcionar todas las facilidades para que la vida de estas personas sea digna; además, no se puede olvidar que los derechos de las personas discapacitadas están maximizados. Es evidente que las normas constitucionales, como las normas internacionales sobre los derechos humanos de las personas

discapacitadas, elevan a la máxima expresión la obligación que tienen los Estados de respetar, proteger y cumplir con los derechos de estas personas.

DÉCIMA SEGUNDA.- El ISSFA realiza una interpretación de lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional, porque no existe un reglamento que determine la forma de calcular la pensión por invalidez parcial permanente, garantizada en la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, pero realiza una interpretación que perjudica al accionante, en oposición a lo dispuesto en las normas constitucionales y en la misma Ley Especial, respecto de que en caso de duda se resolverá lo más favorable para los ciudadanos a quienes se pretende favorecer con esta ley. ¿Cómo se puede tener una vida digna con una pensión de 236 dólares mensuales? Ni siquiera una persona con sus capacidades al cien por ciento lo puede hacer. ¿Cómo lo podría hacer una persona con discapacidades? ¿De qué forma el ISSFA pretende dar cumplimiento al objetivo de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995? ¿De qué forma el ISSFA da cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, respecto del buen vivir, de la dignidad de las personas, del respeto a los derechos constitucionales?

DÉCIMA TERCERA.- La Resolución N.º 737-2005-RA, dictada por la Tercera Sala del ex Tribunal Constitucional, manda: *"...que se le reconozca su derecho a una pensión por incapacidad parcial permanente, garantizada en la Ley No. 83, "Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995", publicada en el R. O. No. 666, de 31 de marzo de 1995 y sus reformas constantes en el R. O. No. 941 de 8 de marzo de 1996"*.

DÉCIMA CUARTA.- El accionado ha incurrido en incumplimiento de sentencia constitucional, porque ha interpretado a su parecer lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional. En caso de duda sobre la aplicación de lo resuelto en el caso N.º 737-2005-RA, tenía que regirse por lo dispuesto en la Ley Especial N.º 83 y en la Constitución del Estado, respecto de que se resolverá en la forma más favorable a los beneficiarios. El artículo 6 de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, se refiere solamente a los combatientes declarados con invalidez total permanente, y no a los declarados con invalidez parcial permanente, como es el caso del accionante; sin embargo, la Ley Reformatoria a esta Ley no diferencia el porcentaje de discapacidad, y otorga los beneficios de la Ley Especial N.º 83 a todos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan participado en el levantamiento de campos minados instalados en la zona fronteriza, debido al Conflicto del Cenepa, y que hayan quedado en situación de invalidez total o parcial permanente. El accionante, en virtud de la interpretación favorable, tiene el derecho a recibir una pensión mensual equivalente a una remuneración completa, según el grado o el cargo que hubiere estado desempeñando al momento de reconocerse este derecho. Se entiende que esa remuneración es igual a la que percibe un miembro de las Fuerzas Armadas en servicio activo y del mismo grado del beneficiario. El accionante debe recibir, además, todas las ayudas técnicas para facilitar su movilidad, y los demás beneficios que le corresponden conforme con la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. No cabe duda de la responsabilidad de estos pagos, porque el

Procurador General del Estado ya se pronunció al respecto. En lo que no sea responsabilidad del Ministerio de Defensa a través del ISSFA, lo debe cubrir el Estado a través del Ministerio de Finanzas. Respecto a la provisión de la prótesis, no es posible que un asunto tan básico esté pendiente en el portal de compras conforme la Ley de Contratación, esto también constituye violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos. No puede haber interpretaciones, excusas ni dilaciones en el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N.º 737-2005-RA.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Declarar la procedencia de la acción planteada por el accionante, en su calidad de beneficiario de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995 y, en consecuencia, disponer que el ISSFA dé estricto cumplimiento a la Resolución N.º 737-2005-RA dictada por la Tercera Sala del ex Tribunal Constitucional, en las condiciones de favorabilidad que manda la Constitución y la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995.
2. El Director del ISSFA informará a esta Corte del cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, en el término de quince días.
3. El Estado ejercerá el derecho de repetición en contra de los funcionarios que incumplieren sus obligaciones, conforme lo establecido en el artículo 11.9 de la Constitución.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Edgar Zárate Zárate
PRESIDENTE (E)

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos a favor, de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega y Edgar Zárate Zárate; sin contar con la presencia de los doctores: Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, en sesión ordinaria del día martes 24 de noviembre del dos mil nueve. Lo certifico

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Quito, D. M., 09 de diciembre del 2009

SENTENCIA N.º 0007-09-SAN-CC

CASO N.º 0024-2009-AN

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Patricio Pazmiño Freire

I.- PARTE EXPOSITIVA DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO

Resumen de admisibilidad

La causa ingresa a la Corte Constitucional, para el período de transición (en adelante “la Corte”) el día 23 de marzo del 2009.

La Sala de Admisión, el 14 de mayo del 2009 a las 15h05, admite a trámite la presente acción y se asigna a la causa el número de expediente 0024-2009-AN.

En virtud de lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional (en adelante “Reglas de Procedimiento”) el Secretario General certifica que no se ha presentado otra solicitud con identidad de sujeto, objeto y acción.

La Primera Sala de Sustanciación, el día 02 de junio del 2009, avoca conocimiento de la causa, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, incluido en la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008 y la resolución publicada en el Suplemento del Registro oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008. De acuerdo al sorteo efectuado, corresponde sustanciar la presente acción al Dr. Patricio Pazmiño Freire, Juez Constitucional de la Primera Sala.

Detalle de la demanda

Los señores Marco Antonio Simancas Díaz, Miguel Ángel Celin Burbano, Mario Ramiro Arboleda Lema, Byron Polivio Benalcázar Sacón, Luis Alfredo Flores, Galo Bolívar Tufiño López, Ángel Humberto Chávez Zumba, Segundo Pablo Antonio Peláez Rojas, Víctor Leonardo Acevedo Vargas, Jaime Gonzalo Trujillo Cortéz, César Augusto Vistin Argüello, Fredy Antonio Barco Medranda, José Miguel Ramírez Cueva, Camilo Gabriel Herrera Arévalo, Luis Alberto Valverde, Luis Enrique Rodríguez Terán, Tomás Alejandro Mullo Chanatasig, Moisés Solórzano Neira, Walter Ignacio Nieto Álvarez, José Hernando Enríquez Jácome, Néstor Oswaldo Álvarez, Hernán Armando Gallo Caza, Edison Arturo Moreno Pérez, Edgar Lucio Benigno Fuertes Cadena, Amado Iván Ullauri Izurieta y Luis Vicente Solano Ángulo, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución vigente, presentan acción de incumplimiento de acto normativo de carácter general contenido en el Oficio N.º MJ-2008-77 del 14 de febrero del 2008, suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Dr. Wellington Sandoval Córdova. Asimismo, los accionantes manifiestan que se han violado los artículos 82 y 11, numerales 1, 2 y 4 de la Constitución vigente.

Solicitan que los señores: licenciado Javier Ponce Cevallos, Ministro de Defensa Nacional, y General de División Luis Ernesto González Villarreal, Comandante General

de la Fuerza Terrestre, den cumplimiento al acto administrativo de carácter general contenido en el oficio N.º MJ-2008-77 del 14 de febrero del 2008, en el que se señala: *“...de conformidad a lo establecido en el oficio 004491 de 18 de septiembre del 2007, en el que el señor Procurador General del Estado Subrogante, reconsideró el pronunciamiento contenido en el oficio No. 003476 de 7 de agosto del 2007, relacionado con los tiempos de permanencia en los grados, para los señores Suboficiales, contemplado en la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, publicada en el Registro Oficial No. 05 de 22 de enero del 2007. Y al respecto manifestó: “Que el Art. 18 de la Constitución Política de la República proclama que en materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; y que las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”... “Además, en concordancia con lo anteriormente anotado el Art. 272 de la Constitución Política de la República...Con los antecedentes expuestos, dispongo la incorporación de los señores Suboficiales, que al momento y por efecto de la ley en mención fueron puestos en disponibilidad...”. Esta orden reconocía y reconoce la violación de sus derechos, y evidencia los errores cometidos por los mandos en la indebida aplicación parcializada de la Ley, y de manera preferente el contenido de la Disposición Transitoria Tercera, elementos que dieron como resultado la reincorporación en el grado de Suboficiales Primero, “que al momento y por efecto de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, publicada en el Registro Oficial No. 05 de 22 de enero del 2007, fueron colocados en Disponibilidad y luego la correspondiente baja de las Filas de las Fuerzas Armadas”.*

Contestación de la demanda

El señor Javier Ponce Cevallos, Comandante General del Ejército, manifestó que la acción de protección que plantearon los accionantes fue desechada en sentencia por el señor Juez Undécimo de lo Civil de Pichincha; posteriormente apelaron, y la Tercera Sala de lo Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, declaró que la sentencia dictada por el Juez Undécimo de lo Civil de Pichincha, en la que niega la acción presentada, se encuentra ajustada a lo determinado en la Constitución y la Ley; en tal virtud fue confirmada, es decir, se desechó por improcedente la acción planteada. Cita la resolución N.º 032.07-TC del Tribunal Constitucional, en la que se desechó el pedido de inconstitucionalidad de los artículos 118 y 119 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Los actores solicitan su inmediata reintegración con argumentos improcedentes, debido a que algunos de los 26 accionantes cobran pensión en el ISSFA y todas las demás promociones de suboficiales de las Fuerzas Armadas han sido promovidas para ocupar las vacantes orgánicas de la Fuerza Terrestre en cumplimiento y aplicación de las referidas Reformas a la Ley de Personal de Fuerzas Armadas, expedidas por el Congreso Nacional, no por el Ministerio de Defensa Nacional ni la Fuerza Terrestre. Al ordenar ascensos y disponibilidades en el año 2007, la Fuerza Terrestre actuó en cumplimiento de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas en vigencia. Que la señora Ministra de Defensa, para verificar la legalidad de lo dispuesto en la transitoria primera de la Ley Reformatoria de la Ley de Personal de Fuerzas Armadas, previo a aplicar lo dispuesto en dicha reforma sobre los nuevos tiempos de permanencia en los grados, planteó la consulta al Procurador General del Estado, autoridad que en oficio N.º 003476 del 07 de agosto del 2007, señaló que: *“La Primera Disposición Transitoria de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, dispone que los nuevos tiempos de servicios en los grados no son aplicables para el personal militar que, a la fecha de la promulgación de la Ley que se cita, se*

encontrare iniciando el último año en el grado.- De lo expuesto se concluye, que a aquellos suboficiales que se encontraban iniciando su último año en el grado, antes del 22 de enero de 2007 (fecha de vigencia de la Ley Reformatoria), no les son aplicables los tiempos de servicio previstos en esas reformas, y por lo tanto deben cumplir el tiempo de servicio en el grado previsto en la ley anterior. Dicho de otra forma, los suboficiales segundo, primero y mayores que antes de esa fecha comenzaron su quinto y tercer años de servicios en el grado, deben cumplirlo en su totalidad.- Por otra parte aquellos Suboficiales que habiendo sido ascendidos con la Ley de 1991, que no iniciaron su último año en el grado fijado por la Disposición Transitoria Primera de la Ley reformada, y que en la actualidad por efectos de las reformas introducidas han sobrepasado el tiempo de permanencia en el grado fijados por la Ley Reformatoria, les es aplicable los tiempos de permanencia previstos en dichas reformas". En base a este pronunciamiento, la Fuerza Terrestre procedió a calificar a los señores suboficiales y dispuso que fueran ascendidos quienes cumplieran con los requisitos legales, y colocó en situación de disponibilidad a los que no fueron calificados como idóneos, de conformidad con la Ley Reformatoria de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. El señor Ministro de Defensa solicitó la reconsideración de este pronunciamiento, ante lo cual, en oficio del 07 de septiembre del 2007, el señor Procurador General del Estado negó tal reconsideración por haberse solicitado sin la debida fundamentación. Que no se podía dejar sin efecto lo actuado con relación a las disponibilidades y ascensos del personal de oficiales de la Fuerza Terrestre, ya que de hacerlo se hubieran contravenido expresas disposiciones de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. En el oficio N.º MJ-2008-77 del 14 de febrero del 2008, se dispuso la reincorporación de los suboficiales, lo que no fue considerado jurídicamente procedente, debido a que las autoridades, organismos y dependencias deben observar las facultades establecidas en la Constitución y la ley; que el oficio señalado fue emitido el 14 de febrero del 2008, cuando en cumplimiento de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, fueron colocados en situación de disponibilidad en la gran mayoría de casos por solicitud voluntaria en agosto del 2007, y luego de seis meses fueron dados de baja, por lo que el oficio resultaba inejecutable. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, el organismo competente para resolver la situación militar y profesional del personal de tropa, es el Consejo del Personal de Tropa. Solicita que se rechace la acción propuesta por ser improcedente.

El señor GRAD. Luis Ernesto González Villarreal, Comandante General del Ejército, contesta a la acción en iguales términos que el señor Ministro de Defensa Nacional.

Determinación de los problemas jurídicos que se resolverán

Previo a entrar a examinar la acción por incumplimiento que se propone, la Corte delimita el contenido de la demanda que contiene la acción por incumplimiento de acto administrativo de carácter general, de acuerdo a los siguientes tópicos: (1). Sentido y alcance de la acción por incumplimiento de acto administrativo de carácter general; (2). Competencia del Ministerio de Defensa Nacional para expedir un acto administrativo de esta naturaleza; (3). Declaratoria de constitucionalidad de los artículos 118 y 119 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas vs. Incumplimiento del acto administrativo objeto de la presente acción; (4). ¿Qué es lo que se ordenó a través del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige?; (5). De la reparación integral en el presente caso.

I. PARTE MOTIVA

Competencia de la Corte

Conforme lo previsto en el artículo 436, inciso 5 de la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 27 del Régimen de Transición y la Resolución de interpretación constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008, en concordancia con las Reglas de Procedimiento, publicados en Registro Oficial N.º 446 del 13 de noviembre del 2008, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones por incumplimiento que se presenten, con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general. En efecto, los accionantes demandan el cumplimiento del acto administrativo de carácter general contenido en el Oficio N.º MJ-2008-77 del 14 de febrero del 2008, suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Dr. Wellington Sandoval Córdova.

Para resolver el presente caso, esta Corte procede a efectuar el análisis de fondo correspondiente.

Legitimación activa

Los peticionarios se encuentran legitimados para solicitar el cumplimiento del acto administrativo con efectos generales, en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 439 de la Constitución, que establece: “*Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadano o ciudadana individual o colectivamente*”. Dichos peticionarios manifiestan que no se ha cumplido –a la fecha– con lo dispuesto en el acto administrativo de carácter general, contenido en el Oficio N.º MJ-2008-77 del 14 de febrero del 2008, suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Dr. Wellington Sandoval Córdova; incumplimiento que recae en contra de los señores: Licenciado Javier Ponce Cevallos, en su calidad de Ministro de Defensa Nacional, y General de División Luis Ernesto González Villarreal, en su calidad de Comandante General de la Fuerza Terrestre.

1.- Sentido y alcance de la acción por incumplimiento de acto administrativo de carácter general

La acción por incumplimiento forma parte de aquellas garantías jurisdiccionales previstas en el texto constitucional, para hacer efectivo el cumplimiento de derechos constitucionales; en lo fundamental, para precautelar el principio constitucional de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución. En tal virtud, cuando la Corte dispone el cumplimiento de “algo incumplido” lo que hace es garantizar los derechos constitucionales de las partes que se han visto afectadas con el incumplimiento. En este mismo orden de ideas, el sentido y alcance de la acción por incumplimiento claramente ha sido señalado por la jurisprudencia colombiana, y que es preciso reiterarla: “*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 tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo*”. El artículo 93 de la Constitución establece que “[l]a acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de normas que integran el sistema jurídico (...)”; pero también se consagra la posibilidad de garantizar el cumplimiento de actos administrativos de carácter general, conforme lo estipula el numeral 5 del artículo 436 de la Constitución.

La Corte considera que desconocer una realidad prevista en un acto administrativo de carácter general, que ha sido incumplido y que viola, además, derechos constitucionales, equivale a negar la posibilidad de hacer exigibles los derechos que actualmente reconoce nuestra Carta Fundamental. En el presente caso, los accionantes consideran que con el incumplimiento del referido acto, se están violando derechos constitucionales; por lo tanto, para poder materializar esos derechos, supuestamente violados, se requiere de mecanismos que hagan exigibles esos derechos, y el mecanismo idóneo para el caso que nos ocupa, es la acción por incumplimiento.

El acto administrativo con efectos generales debe entrañar una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. En este sentido, la Corte puntualiza que el Oficio N.º MJ-2008-77, suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Doctor Wellington Sandoval, el día 14 de febrero del 2008, contiene una obligación de hacer “(...) *dispongo la incorporación de los señores suboficiales, que al momento y por efecto de la Ley en mención, fueron puestos en disponibilidad*”, es clara y expresa debido a que aparece explícitamente estipulada la obligación en el acto administrativo (Oficio N.º MJ-2008-77) que es objeto de examen. La exigibilidad no es más que la posibilidad que tienen los administrados de exigir el cumplimiento del acto administrativo por contener una orden, un deber o una decisión, que vincula al administrado con la administración, y que genera derechos y obligaciones correlativas.

Así también, la Corte puntualiza que a través de la acción por incumplimiento de acto administrativo con efectos generales se busca el cumplimiento o si se quiere, el hacer efectivo el acto administrativo, nada más que eso; por el contrario, no se pretende entrar a examinar el fondo, el contenido del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, salvo que se encuentren vicios en el procedimiento de formación de ese acto. Así, la naturaleza de esta acción se aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos.

(2). Competencia del Ministerio de Defensa Nacional para expedir un acto administrativo de esta naturaleza

La Corte manifestaba líneas atrás que a través de esta acción no se entra a analizar el contenido material del acto incumplido, pero sí corresponde referirse a cuestiones de forma o potenciales vicios de formación.

Así, el acto administrativo con efectos generales contenido en el Oficio N.º MJ-2008-77, suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Doctor Wellington Sandoval, ha sido expedido en virtud de la potestad administrativa conferida a los Ministros de Estado, de conformidad con el numeral 1 del artículo 154 de la Constitución en vigencia y artículo 17 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante “ERJAFE”).

Por otro lado, dicho acto administrativo de carácter general goza de presunción de legitimidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 68 del ERJAFE. Asimismo, la Ley Orgánica de la Defensa Nacional atribuye funciones constitucionales de carácter político-administrativo al Ministerio de Defensa Nacional en todo lo concerniente a la actividad militar, y se establece como atribución del Ministro de Defensa Nacional la expedición de normas, acuerdos, reglamentos de gestión de aplicación general en las tres Ramas de las

Fuerzas Armadas. Estas disposiciones legales confieren la competencia al Ministro de Defensa Nacional para que expida actos administrativos dentro de las tres Ramas de las Fuerzas Armadas; por lo tanto, el acto, materia de examen por la Corte, ha sido expedido conforme a la ley. En similar línea argumentativa, los accionantes en el libelo de la demanda manifiestan “(...) que el Acto Administrativo fue dictado con plena capacidad y competencia (...) los Ministros de Estado son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus ministerios sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República (...)”, por lo que la Corte concluye que dicho acto administrativo ha superado el examen de control de procedimiento de formación.

Por otra parte, a través de los artículos 111 y 202 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, se confiere al Ministro de Defensa Nacional la facultad –como última instancia– de disponer el ascenso del personal militar que se halle en las listas de Selección definitivas, remitidas por los consejos y la facultad reglamentaria para normar todos los aspectos administrativos de las Fuerzas Armadas.

(3). Pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los artículos 118 y 119 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas vs. Incumplimiento del acto administrativo objeto de la presente acción

El ex Tribunal Constitucional, dentro del caso N.º 0032-07-TC, emitió la Resolución N.º 0032-07-TC que declaró constitucional los artículos 118 y 119 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Estos artículos constituían la base sobre la cual se puso a los accionantes en situación de disponibilidad. Dicha resolución establece: “(...) la fuerza terrestre actuó en cumplimiento a la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas en vigencia, que establecía ciertos requisitos comunes. En ese y todos los momentos si no existen los elementos para el ascenso, los miembros de la institución, obligatoriamente, deben ser puestos en disponibilidad (...)”. Esta Resolución se limitó, como tenía que ser, al pronunciamiento de constitucionalidad de las normas acusadas, porque a criterio del ex Tribunal Constitucional, ambas disposiciones no eran contrarias a la Constitución; sin embargo, no se profundizó en relación a la situación particular de algunos miembros de las Fuerzas Armadas, que con aplicación de las normas acusadas, fueron puestos en disponibilidad. Esta situación, al margen de si las normas acusadas eran o no constitucionales, puede generar situaciones que conllevan a la vulneración de derechos constitucionales en casos particulares. En este sentido, el Ministro de Defensa Nacional consideró que el hecho de haber puesto en disponibilidad a un grupo de suboficiales de las Fuerzas Armadas, por aplicación de los artículos 118 y 119 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, viola los artículos 18 y 272 de la Constitución Política de 1998. Sobre este punto, la Corte efectúa otras reflexiones señaladas *infra*. En este orden de ideas, la Resolución del ex Tribunal Constitucional hizo tránsito a cosa juzgada constitucional relativa, por cuanto, existe la posibilidad de que las normas declaradas constitucionales, con el devenir del tiempo, se tornen inconstitucionales. Pero aquí una puntualización adicional: dicha Resolución es de constitucionalidad de las normas impugnadas respecto a la generalidad de situaciones que se pueden ventilar por la vigencia de la norma, pero puede ocurrir que dichas normas aplicadas a casos puntuales violen derechos constitucionales. Tal violación debe ser declarada por otro órgano y a través de otra garantía jurisdiccional que no es la que, en el presente caso, la Corte está examinando. No obstante, la Corte expresa que, por un lado, debe entenderse el examen de constitucionalidad que hizo el ex Tribunal Constitucional respecto a los artículos 118 y 119 de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las

Fuerzas Armadas, y por otro, cuál fue la lectura que hizo en aquel entonces el Comandante General de la Fuerza Terrestre para la aplicación de ambas disposiciones a casos concretos. Cuando ambas disposiciones entraron en vigencia, con la promulgación de dicha Ley en el Registro Oficial, es decir, a partir del 22 de enero del 2007, la situación jurídica de los accionantes para con las Fuerzas Armadas estaba regulada por la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, publicada en el Registro Oficial N.º 118 del 10 de abril de 1991, que disponía el tiempo de permanencia para los Suboficiales Primeros de 5 años y no de 3. Esto quiere decir que los accionantes debían cumplir sus 5 años de servicio. Más allá de que si se podía aplicar la ley con efectos retroactivos –cosa harto discutible– la Constitución como norma de normas establece en el artículo 11, numeral 5 que: “[e]n materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. En el caso concreto, el derecho al trabajo de los accionantes estaba en juego al momento de aplicar e interpretar la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas; por lo tanto, se tenía que haber aplicado en el sentido más favorable a la plena vigencia de este derecho fundamental; situación que a todas luces no sucedió.

Para finalizar este punto, la Corte nuevamente reitera que la naturaleza, los fines que se persigue con una y otra acción (acción por incumplimiento y acción pública de inconstitucionalidad) son totalmente diferentes; por lo tanto, resulta improcedente sostener que los mismos hechos (objeto de análisis mediante esta acción) han sido ya analizados a través de otra acción por esta Corte. Ahora corresponde a la Corte, en virtud del presente caso, limitarse a declarar el incumplimiento –de existir– respecto al acto administrativo objeto de examen.

(4.) ¿Qué es lo que se ordenó a través del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige?

El acto administrativo contenido en el Oficio N.º MJ-2008-77 dispone en la parte pertinente lo que textualmente sigue: “(...) dispongo la incorporación de los señores suboficiales, que para el momento y por efecto de la Ley en mención fueron puestos en disponibilidad (...)”. En este sentido, la falta de cumplimiento de esta disposición ha originado la demanda de incumplimiento que esta Corte está avocada a resolver; sin embargo, cabe efectuar algunas precisiones respecto al alcance de esta falta de cumplimiento. En primer lugar, la Corte reitera que no es materia de esta acción, en el presente caso, entrar a cuestionar el contenido del acto administrativo supuestamente incumplido. Dicho acto fue emitido por autoridad competente y goza de presunción de legitimidad, por cuanto, ninguna autoridad a la presente fecha ha impugnado su validez.

Por otro lado, si bien el acto administrativo supuestamente incumplido declaró la violación a los artículos 18 y 272 de la Constitución Política de 1998, en el estado actual la Corte está llamada a cotejar dichas violaciones a la luz de la Constitución vigente. Así, podemos encontrar que a la luz de la actual Constitución, el desconocimiento e incumplimiento del acto administrativo contenido en el Oficio N.º MJ-2008-77, violaría los artículos 82 (seguridad jurídica) y 160 incisos segundo y tercero (profesionalización y estabilidad de las Fuerzas Armadas).

Corresponde a esta Corte, en el presente caso, ordenar el cumplimiento del acto administrativo incumplido, decisión que es de carácter dispositivo y manda la

reincorporación de los suboficiales accionantes en la presente causa y que fueron puestos en disponibilidad. Sin embargo, se estima pertinente puntualizar que dada la naturaleza de la presente acción, que se propone a poco más de un año de emitido el acto administrativo, lapso en el que se han suscitado diferentes situaciones fácticas y jurídicas al interior de las Fuerzas Armadas, que la Corte no puede desconocer; tal el caso expresado por el actual Ministro de Defensa Nacional, de que varios suboficiales han sido promovidos en virtud de la vigencia de la reforma a la Ley de Personal de Fuerzas Armadas, lo cual ha dado lugar a sucesivos ascensos dentro de las filas militares. Si bien al amparo de las normas de la anterior Constitución no cabía iniciar una acción de esta naturaleza, dadas las circunstancias excepcionales que se producen por el tránsito de una Constitución a otra, emergen situaciones que la Corte está llamada a resolver, buscando un justo equilibrio en su decisión que permita, por un lado, reparar el daño ocasionado a los accionantes y, por otro, garantizar el derecho a la seguridad jurídica de los restantes miembros de las Fuerzas Armadas. Hacer lo contrario equivaldría también a vulnerar la seguridad jurídica.

(5). De la reparación integral en el presente caso

Al ser la acción por incumplimiento una de las garantías jurisdiccionales que prevé la Constitución para la tutela de derechos constitucionales, analizaremos el artículo 86, numeral 3 de la Constitución, para determinar el alcance de la reparación integral.

Como se desprende del texto constitucional, lo primero que la Corte está llamada efectuar es constatar el incumplimiento del acto administrativo. En este orden de ideas, el incumplimiento del acto administrativo ha generado violación al derecho de seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución) por cuanto, en virtud de la expedición del mismo, los accionantes preveían cuál sería su situación jurídica a futuro, cosa que no sucedió con la falta de cumplimiento, lo que ocasionó inseguridad jurídica para las partes y poca certeza respecto a su situación laboral. Asimismo, la falta de cumplimiento violó el artículo 160, inciso segundo y tercero de la Constitución, porque no se garantizó la estabilidad de los accionantes en las Fuerzas Armadas.

En segundo lugar, se deberá ordenar la reparación integral, que abarca tanto la reparación material como inmaterial, y finalmente establecer las circunstancias en las que deba cumplirse la sentencia.

Cuando la Constitución establece que la reparación podrá ser material o inmaterial y agrega que en la sentencia se deberán especificar *las circunstancias en las que deba cumplirse*, posibilita la tarea que la Corte está efectuando en el caso *sub examine*; es decir, establecer los mecanismos adecuados de reparación, y la forma como éstos deban cumplirse. Al efecto, esta Corte considera que dadas las circunstancias fácticas a las que se hizo referencia en líneas anteriores, es la reparación material, traducida en la indemnización pecuniaria, la vía adecuada para subsanar el incumplimiento del acto administrativo con efectos generales objeto de análisis, mas no la reincorporación de los accionantes a sus puestos de trabajo, porque es materialmente imposible retrotraer al estado original su situación jurídica, dado que tal circunstancia no depende de la mera voluntad o querer humano, sino de las limitaciones que presenta el mundo real, de acuerdo a lo dicho por esta Corte *ut supra*.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Se declara el incumplimiento del acto administrativo con efectos generales contenido en el Oficio N.º MJ-2008-77 suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Doctor Wellington Sandoval, el día 14 de febrero del 2008 bajo los siguientes parámetros:

A) Como consecuencia del incumplimiento del referido acto administrativo se violaron los artículos 82 y 160, inciso primero y segundo de la Constitución;

B) En virtud de la imposibilidad del cumplimiento del acto administrativo en su tenor literal, que es la reincorporación de los accionantes a las filas militares, se reconoce, en cambio, su derecho a la reparación material, consistente en la indemnización pecuniaria por todo el tiempo que medió entre el incumplimiento del acto administrativo y la expedición de esta Sentencia; y,

C) Los montos de la reparación pecuniaria deben ser establecidos mediante acuerdo entre las partes, celebrado en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, al que deben acudir de manera obligatoria y con el exclusivo propósito de llegar a un acuerdo y establecer el monto de la indemnización pecuniaria en un plazo no mayor a treinta días. El Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado deberá informar a ésta Corte del cumplimiento de la Sentencia.

2.- Notifíquese, publíquese y cúmplase

Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Edgar Zárate Zárate, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire; sin contar con la presencia del doctor Hernando Morales Vinuesa, en sesión ordinaria del día miércoles nueve de diciembre del dos mil nueve. Lo certifico.

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

D. M. Quito, 09 de diciembre del 2009

SENTENCIA N.º 0008-09-SAN-CC

CASO N.º 0027-09-AN

Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

I. ANTECEDENTES

De la demanda y sus argumentos

Los Doctores Luis Fernando Sarango Macas y Manuel Enrique Quizhpe Quizhpe, en sus calidades de Rector (e) y Procurador (e), respectivamente, de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI", presentan esta acción por incumplimiento argumentando:

Que el 26 de noviembre del 2003, mediante Resolución RCP.S19.No.493.03, el CONESUP emite informe favorable para la creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI", con las recomendaciones de: "...1. Que el proyecto de creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, tendrá una sola Sede Matriz y trabajará sobre la base de programas académicos en las diferentes comunidades. 2. Las diferencias que existen con referencia a la aplicación de las normas legales, en el Proyecto deberán ajustarse al momento de elaborar el Estatuto Orgánico de la Universidad, en el cual deberán establecerse normas que regulen la estructura académica y administrativa ajustadas a la naturaleza específica de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas como Universidad Particular Autofinanciada, de conformidad con lo establecido en el Art. 20 de la Ley de Educación Superior. 3. Para efectos de organización administrativa, funcionamiento y designación de las autoridades de la Universidad a crearse, el H. Congreso Nacional designe al Pleno del CONSEUP para que actúe y supervise dichos procesos y el cumplimiento de la transferencia de dominio de todos los bienes a la Universidad. 4. Que en la Ley de Creación conste expresamente, que la nueva Universidad durante los próximos 5 años no podrá ofertar cursos de Postgrado...". (Lo subrayado es de los accionantes).

El 28 de julio del 2004 el H. Congreso Nacional, tomando como base el informe favorable, expide la Ley N.º 2004-40, publicada en el Registro Oficial N.º 393 del 05 de agosto del 2004, cuya consideración final dice: "Que es de interés nacional impulsar la creación de este Centro de Educación Superior que complemente el sistema de educación intercultural bilingüe vigente en el Ecuador y básicamente enmarcado en el artículo 20 de la Ley de Educación Superior;...". (Lo subrayado es de los accionantes).

El artículo 3 de esta Ley dispone que la Universidad tendrá su domicilio principal en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha; el artículo 4 manda que para el cumplimiento de sus finalidades contará con los siguientes centros del saber: Centro Kawsay o de la Vida, Centro Ushay-Yachay o de la Interculturalidad, Centro Ruray-

Ushay o de las Tecnociencias para la Vida, Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo, y Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones.

En ningún artículo se contempla que la Universidad imparta inicialmente determinadas carreras; así como no se señala de manera expresa que funcione obligatoriamente los primeros 5 años en la ciudad de Quito; esto es, fuera del ámbito social para el que fue creada, distante de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas y de la jurisdicción donde funciona el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, en una ciudad donde el mismo CONESUP señala que existen 24 universidades con oferta para ciudadanos de pocos recursos económicos, donde habitan pocos indígenas emigrantes de escasos recursos que sobreviven como cargadores en los principales mercados.

El Estatuto Orgánico de la Universidad, aprobado por el CONESUP el 30 de noviembre del 2005, en el artículo 1, al describir la naturaleza, señala: *"...descentralizada,... de plena autonomía para organizarse y cumplir sus fines esenciales, ..."*; el artículo 2, inciso 2 dice: *"Tiene su domicilio principal en la ciudad de Quito Distrito Metropolitano, su ámbito de acción es a nivel nacional, de acuerdo a su cosmovisión organizacional ajustándose a los términos descritos en este estatuto."* (lo subrayado es de los accionantes); el artículo 9, al referirse a la Sede, no contempla la obligatoriedad de hacer actividad académica en la ciudad de Quito. En concordancia con el carácter descentralizado señala: *"La Sede Central de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasi, está en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, constituye una comunidad intercultural que orienta el trabajo académico, investigativo, administrativo y financiero en una constante interrelación con las diferentes Sedes Universitarias Interculturales SUIs, inspirada en los valores culturales de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas"*.

El Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Ecuador, en los numerales 1 y 3 del artículo 27 señala: *"1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales..."*, *"3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados para tal fin"*.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre del 2007, en el numeral 1 del artículo 14 dice: *"Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje"*.

La Conferencia Regional de Educación Superior de América Latina y el Caribe (CRES), celebrada del 04 al 06 de junio del 2008, con el auspicio del Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el

Caribe (IESALC-UNESCO), en el que participó la delegación del CONESUP, al pronunciarse sobre la diversidad cultural y la necesidad de ampliar la cobertura de la educación superior, en su resolución señala: "...C - Cobertura y modelos educativos e institucionales... 2- Dada la complejidad de las demandas de la sociedad hacia la Educación Superior, las instituciones deben crecer en diversidad, flexibilidad y articulación. Ello es particularmente importante para garantizar el acceso y permanencia en condiciones equitativas y con calidad para todos y todas, y resulta imprescindible para la integración a la Educación Superior de sectores sociales como los trabajadores, los pobres, quienes viven en lugares alejados de los principales centros urbanos, las poblaciones indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, migrantes, refugiados, personas en régimen de privación de libertad, y otras poblaciones carenciadas o vulnerables. 3 - Se deben promover la diversidad cultural y la interculturalidad en condiciones equitativas y mutuamente respetuosas. El reto no es sólo incluir a indígenas, afrodescendientes y otras personas culturalmente diferenciadas en las instituciones tal cual existe en la actualidad, sino transformar a éstas para que sean más pertinentes con la diversidad cultural. Es necesario incorporar el diálogo de saberes y el reconocimiento de la diversidad de valores y modos de aprendizaje como elementos centrales de las políticas, planes y programas del sector..."

La Constitución vigente reconoce para las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos colectivos diferenciados, entre los cuales está la educación intercultural bilingüe: citan los artículos 57 numeral 14, 29, y 347 num. 9.

Mediante resolución del CONESUP N.º RCP.S13.No.268.04 del 22 de julio de 2004, acto administrativo que, señalan, es inferior a la Ley de Creación de la Universidad, al Convenio 169 y a la Constitución, con un texto inaplicable y contrario al carácter o tipo de universidad de por sí descentralizada, como es esta Universidad, creada con fundamento en el artículo 20 de la LOES para que complemente el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, dispone que a partir del 30 de noviembre del 2005, esta Universidad limite su actividad académica solamente a la ciudad de Quito por el tiempo de 5 años.

Este hecho vulnera los derechos humanos más fundamentales, constitucionales y legales de las comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas que reclaman por la urgente descentralización de todas las actividades estatales que permita acortar la brecha de inequidad existente entre el campo y la ciudad.

Hacen referencia a las distancias geográficas de los Pueblos Kichwas Saraguros, Kañairs, Puruhaes, Waramkas, de los Shuar, los Awá, los Chahchis, entre otros, para llegar hasta Quito; y se preguntan: *¿qué puede hacer entonces la Universidad Amawtay Wuasi, sin sus estudiantes en la ciudad de Quito D.M., por el lapso de 5 años?*

Haciendo uso de sus derechos, presentaron una propuesta para abrir tres programas, uno en Saraguro -Loja-, otro en Sisid -Cañar-, y otro en Macas -Morona Santiago-; señalan que la respuesta fue obvia, bajo la premisa: "...la inflexibilidad y la práctica del monismo jurídico de los miembros CONESUP, ante sociedades vulnerables como son las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas".

Mediante oficio N.º 004060 CONESUP-DA del 28 de octubre del 2008, les manifiestan: "...4. *La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", no cumple con el período de cinco años de funcionamiento legal, para ampliar su oferta académica de pregrado, en otras áreas del conocimiento, en otras modalidades de estudios, en otros niveles de formación y fuera de su ámbito de acción.* Por tanto, una vez que la Universidad cumpla con este requerimiento, podrá presentar el o los proyectos académicos de tal manera que permita ampliar su oferta académica, en los diferentes niveles de formación y modalidades de estudios, en su ámbito de acción o fuera de ella". (Lo subrayado es de los accionantes). Señalan que su ámbito de acción no es la ciudad de Quito exclusivamente: de acuerdo con la ley, son los territorios de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas con su sede principal en Quito.

El 02 de febrero del 2009, tras la petición verbal que hiciera al Presidente del CONESUP entorno a reconsiderar la negativa indicada, el Pleno del organismo trató el caso dando lectura al informe jurídico favorable; luego de las intervenciones, la petición fue denegada sin mayor argumento jurídico, sin motivación.

Derechos vulnerados

Los accionantes señalan que con estos hechos se han violado e incumplido las siguientes disposiciones constitucionales y legales: artículos 1, 26, 27, 28, 29, 57 numeral 14, 347 numerales 3, 9, 10, 11; 350, 351, 355, 356, 425, 426 y 427 de la Constitución; artículo 27, numerales 1 y 3 del Convenio 169 de la OIT; artículo 14, numeral 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículo 20 de la Ley Orgánica de Educación Superior; la Ley de Creación de la Universidad "Amawtay Wasi" (N.º 2004-40); la Resolución del CONESUP RCP.S19.No.493.03 del 26 de noviembre del 2003, recomendación 1; Los artículos 2, inciso 2, y artículo 9 del Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi".

Pretensión Concreta

Los legitimados activos señalan que el CONESUP al considerar y tratar a la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI" como una universidad de tipo convencional, pese al régimen especial que le asiste y en virtud del cual fue creada, de las normas constantes en el Capítulo Cuarto, Título Segundo, artículos 56 y 57 de la Constitución de la República del Ecuador, referentes a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como las normas del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, estaría incumpliendo con los artículos 4 de la Ley de Creación de la Universidad "AMAWTAY WASI" y artículo 31 de su estatuto.

Del legitimado pasivo: la contestación y los argumentos

El artículo 76 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en su inciso primero señala:

“Art. 76.- Legitimación pasiva.- La demanda de incumplimiento se dirigirá contra la autoridad, funcionario, la jueza o juez, o particular, renuente de cumplir la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia, o informe, de que trata el artículo 93 de la Constitución.”

Mediante providencia del 19 de agosto del 2009, la Segunda Sala de Sustanciación de esta Corte dispone notificar con el contenido de la demanda al Presidente del CONESUP, a fin de que pronuncie, dentro del término de 72 horas, sobre esta acción.

El Dr. Gustavo Vega Delgado, en su calidad de Presidente y representante legal del CONESUP, con escrito presentado extemporáneamente el 02 de septiembre del 2009, señala:

La acción es improcedente porque no cumple los requisitos señalados en el artículo 93 de la Constitución, tampoco con las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional.

De la simple lectura del libelo de la acción por incumplimiento se desprende que no cumple con el objeto de la misma, pues no hay ninguna ley, sentencia o informe de organismo internacional de derechos humanos que no haya sido cumplido por el CONESUP.

El libelo de la acción es una defensa del Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, una defensa de los pueblos indígenas, en lo que han estado y están de acuerdo y han promovido y defendido la creación de la Universidad Intercultural “Amawtay Wasi”.

El 09 de junio del 2008, mediante oficio N.º 0062, el Rector de esta Universidad solicitó al CONESUP autorización para el funcionamiento de Centros Universitarios Interculturales en Macas (Morona Santiago), Sisid (Cañar) y Tenta (Loja), agregando que han presentado los justificativos como manda el artículo 7 del Reglamento para la creación de Extensiones Universitarias.

Esta petición se fundamentó en la quinta consideración de la Ley de Creación de la Universidad, en el artículo 2 del Estatuto aprobado por el CONESUP y en el artículo 26 del Convenio 169 de la OIT.

El 28 de octubre del 2008, mediante oficio N.º 004060, el Director Ejecutivo del CONESUP contesta señalando: que en sesión del 22 de julio del 2004 se ha ratificado el criterio de que las universidades: *“...mantendrán por los cinco años subsiguientes a su apertura legal la estructura académica que se encuentra en su ley de creación, y que la Universidad no cumple con el período de cinco años de funcionamiento legal para ampliar su oferta académica.”* Que la resolución del 22 de julio de 2004 ha quedado sin efecto al aprobarse el 30 de octubre del 2008 el Reglamento de Régimen Académico, el que, en su artículo 112, dice que las instituciones de educación superior deberían tener al menos cinco años de funcionamiento para presentar propuestas de extensiones, y el artículo 108 define a las extensiones como unidades

académicas que funcionan en lugar diferente al de la matriz, en el cual se oferta al menos dos carreras.

Están claros que la Universidad Intercultural es una institución especial, creada al amparo del artículo 20 de la Ley de Educación Superior, que se orienta a la educación intercultural bilingüe y al fortalecimiento y desarrollo científico, tecnológico, económico y cultural de los pueblos indígenas, por lo cual merecen un tratamiento especial en el marco del artículo 26 del Convenio 169 de la OIT.

La Universidad pretende la creación de centros en localidades en donde evidentemente hay predominio de pueblos indígenas y en donde deben funcionar exclusivamente los mismos centros de vida, de la interculturalidad, de las tecnociencias para la vida, del mundo vivo y de las cosmovisiones, que son su estructura académica según su Ley de Creación, por lo cual, los proyectos presentados deberían ser analizados y tramitados por la Dirección Académica y conocidos por el Pleno del CONESUP.

El legitimado pasivo concluye pidiendo el rechazo de la acción presentada por improcedente, que no debió ser admitida a trámite, pues no hay fundamento para la misma.

II. COMPETENCIA DE LA CORTE PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

De la Admisión y la Competencia

El 26 de marzo del 2009, ante la Corte Constitucional se presenta la acción que nos ocupa. Mediante auto del 05 de agosto del 2009 la Corte Constitucional, a través de la Sala de Admisión, considerando que la presente acción por incumplimiento, sometida a juicio de admisibilidad, reúne los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 49 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, y de conformidad con el artículo 6, inciso primero ibídem, la admite a trámite. La Secretaría General de la Corte, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de las Reglas señaladas, remite el 07 de agosto del 2009 a la Segunda Sala, como Sala de Sustanciación, para el trámite respectivo; el 19 de agosto del 2009 la Sala de Sustanciación realiza el sorteo de rigor, correspondiendo como Jueza Constitucional Sustanciadora la Dra. Nina Pacari Vega.

Acorde al artículo 436, numeral 5 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es competente para:

“5. 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 ordinarias.”

Por su parte, las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el Periodo de transición, publicadas en el Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, trata de esta acción en el *Capítulo VI LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS, Sección VII ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, Arts. 74 al 79*; de manera particular, el artículo 77 señala:

“Art. 77.- Competencia.- Es competente para conocer la demanda por acción de incumplimiento, el Pleno de la Corte Constitucional.”

III. DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE RESOLVERÁN

Para decidir el fondo de la cuestión, esta Corte considera necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso, a partir de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Cuál es el marco general de la acción por incumplimiento?
- ¿En qué contexto jurídico-constitucional se crea la Universidad Intercultural “Amawtay Wasi”?
- ¿En qué marco jurídico se encuentran los derechos colectivos, de manera particular, la educación intercultural?
- ¿Cuáles fueron los parámetros jurídico-legales para la aprobación de la Universidad Intercultural?
- El marco conceptual, académico, administrativo y estructural que impulsa la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi” ¿amerita un tratamiento y/o una respuesta desde la visión de los derechos colectivos, del principio de la diversidad cultural, de la cosmovisión de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas; o se agrupan en las líneas convencionales de la educación?
- ¿Qué implica una interpretación con perspectiva intercultural?

IV. ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Sobre el marco general de la Acción por Incumplimiento

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como el adoptado por nuestro país con la Constitución de la República del Ecuador del 2008, la persona debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

En este marco, la Corte Constitucional está llamada a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional, y proteger los derechos, garantías y libertades públicas.

En los Estados de Derecho más consolidados, esta función de garantía del orden jurídico la cumple una Corte o Tribunal Especial, que tiene como función primordial, garantizar el principio de la supremacía de la Constitución; es así que la Corte

Constitucional deviene como consecuencia lógica de la evolución histórica del control constitucional en el Ecuador.

Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos.

La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna. *Norberto Bobbio* sostenía que el problema de fondo no es tanto fundamentar los derechos humanos sino protegerlos.

El juez constitucional, en su labor hermenéutica, tiene mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos constitucionales; al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que en estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos; el juez constitucional debe esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la defensa de los derechos fundamentales. La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos. Como bien lo dice *Robert Alexy*, los jueces constitucionales ejercen una "*representación argumentativa*".

Es en este escenario de un Estado Constitucional de Derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico como el nuestro, conforme lo señala el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, que la Acción por Incumplimiento, establecida en el artículo 93 de la Norma Suprema, edifica una garantía constitucional en aras de garantizar la aplicabilidad de las normas que conforman el sistema jurídico, el cumplimiento de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación expresa y exigible de hacer o no hacer, para lo cual se interpondrá ante la Corte Constitucional esta acción.

De la Acción por Incumplimiento

La acción por incumplimiento o también llamada 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, Venezuela 1999, Ecuador 2008).

En el marco del Derecho comparado, tenemos que 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*.

En el caso ecuatoriano, el constituyente *Fernando Vega*, señaló 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 las vías de apremio ordinarias. Con ello, las autoridades, funcionarios administrativos o particulares deberán acatar estas decisiones, que antes no tenían garantía de ejecución"*.

Varios constitucionalistas señalan que: *"Esta acción incide positivamente en conformar a los ciudadanos como garantes de la Constitución, en este caso controlando la ausencia de desarrollo de los mandatos que la constitución y las leyes dirigen a los poderes públicos"*.

Por su parte, el tratadista *Eduardo Rozo*, en una prospectiva regional nos enseña que: *"Respecto de la acción de cumplimiento hay que recordar que tiene como fin primario la realización efectiva de las constitución 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 esta 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"*.

En el marco del derecho constitucional comparado, se puede apreciar que durante las últimas décadas, particularmente en América Latina, se ha dado un proceso permanente y progresivo del reforzamiento de los derechos humanos y de sus garantías; en este escenario es que se ha introducido en los ordenamientos constitucionales 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 precisamente esta acción, la cual, en las Constituciones de Colombia (1991) y de Perú (1993) la han denominado Acción de Cumplimiento, acción que, en términos generales, *"es el proceso constitucional por medio del cual se empodera a los ciudadanos, del 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 en las construcciones teóricas del constitucionalismo, del neo-constitucionalismo en su clara tendencia finalista, en donde se encuentra el fundamento doctrinario de la acción por incumplimiento, 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.

En nuestro país, el numeral 5 del artículo 436 de la Constitución de la República, señala que es competencia de este Organismo 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 administrativo 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.

Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de la República del Ecuador señala que la que la Acción por Incumplimiento, en primer lugar *"tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico"*, amplio concepto que concuerda con lo dispuesto en el artículo 436 ibídem, al determinar las atribuciones que ejercerá la Corte Constitucional, además de las que le confiera la Ley, señalando, como queda indicado en el numeral 5 de dicho artículo, que puede: *"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"*.

Sobre el contexto en medio del cual se crea la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi".-

El Ecuador, hasta el 09 de agosto de 1998, era un Estado que reconocía al individuo como único sujeto de derechos; con la vigencia de la Constitución de 1998 se produce un giro de trascendental importancia en cuanto al reconocimiento de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas y afroecuatorianos; es así como se reconoce a un sujeto distinto, el colectivo, como una entidad u organismo que tiene vida propia y que ha reivindicado derechos a lo largo de las últimas décadas, en aras de lograr un trato respetuoso de lo distinto por parte del Estado.

A partir de este marco constitucional adoptado en 1998, se produce el reconocimiento; como lo señala el tratadista *Gaitán Villavicencio*: *la reparación histórica, al "reconocer la diversidad sociocultural existente en la formación social, como la supervivencia histórica de las ancestrales instituciones de pueblos y nacionalidades indígenas y la vigencia contemporánea de estas con la cotidianidad de la vida colectiva.*

En el carácter de este nuevo estado, el reconocimiento de los derechos colectivos, y sobre todo en la concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, pluricultural y multiétnica, permite afirmar la existencia no solo de un sistema jurídico-institucional indígena, de acuerdo a los usos y costumbres de los distintos pueblos y nacionalidades indígenas, sino de la diversidad cognitiva, es decir, de la diversidad en cuanto a la producción de conocimientos.

La validación constitucional a la práctica de los usos, costumbres y nociones indígenas, trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial

conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto puesto en conocimiento de alguna autoridad.

Tanto en la teoría cuanto en la práctica se evidencia que desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas regulaban su existencia, lo cual muestra que *“los sistemas sociales generan su propia regulación a través de reglas, costumbres y símbolos. (...) y defienden un concepto amplio de derecho y el interés de enfocarse particularmente en las prácticas jurídicas no estatales, lo que significa cuestionar el axioma occidental de identificar lo jurídico con el derecho del estado.*

Cabe destacar que el o los sistemas comunitarios constituyen una práctica real, dotada de fases procedimentales que rigen manifestaciones sociales de las comunidades, según valores predeterminados en estas unidades micropolíticas que suscitan una reinscripción del equilibrio en sus relaciones afectadas por problemas de diversa índole.

Se puede aseverar que al igual que existen principios universales del derecho, también se encuentran incorporadas las prácticas comunitarias andinas y latinoamericanas. Estas filosofías universales que podemos deducir son: armonía y equilibrio social, respeto a la naturaleza e integridad humana, interrelación simbiótica del ser con su entorno, aplicación de la sabiduría ancestral, que no es otra cosa que la “sabiduría en ejercicio”, y la protección de la vida comunitaria, lo cual implica, para su mejor y cabal comprensión, la introducción en los sistemas procesales e institucionales estatales, la práctica intercultural que permita, “para vivir en diversidad”, el aceptar que se trata de un Estado pluricultural y multiétnico.

En este nuevo escenario constitucional, el Estado ecuatoriano pasa a garantizar, a través de los derechos colectivos, la experiencia de gestión de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, así como las instituciones ancestrales, como por ejemplo, la Minka -trabajo colectivo-, el ser humano, la comunidad, el diálogo y la relación con la Pacha Mama -madre naturaleza- todo ello en el marco de los derechos reconocidos y señalados en el artículo 84 de la Constitución Política de 1998 (actual artículo 57 de la Constitución vigente), a partir de lo cual se propicia el diálogo de culturas en la interrelación respetuosa de una sociedad pluricultural. En este sentido y amparados en la Constitución que expresa el respeto y estimula el desarrollo de estas nacionalidades y pueblos, es que la educación es uno más de sus patrimonios, que constituye elemento esencial de su identidad.

En este marco, el Estado debe promover y estimular la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica, establecer políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto al patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, así como el conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad pluricultural y multiétnica. El Estado debe fomentar la interculturalidad, inspirar sus políticas e integrar sus instituciones, según los principios de equidad e igualdad de las culturas, así como garantizar los derechos colectivos, enmarcados en el texto constitucional y en los tratados y convenios internacionales respecto a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo, aspectos auto-

determinados por nacionalidades y pueblos que tienen reconocimiento oficial del Estado ecuatoriano y que permite la visibilización y desarrollo de estos pueblos.

El reconocimiento e incorporación de los derechos de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas (derechos colectivos) en el país, además de establecerse dentro de los ámbitos jurídicos y administrativos del Estado ecuatoriano, supone propiciar la interculturalidad como eje de desarrollo del país; su implementación debe realizarse de manera progresiva en los ámbitos educativos, sociales y culturales en los que se desarrolla el ser humano, en especial el indígena, históricamente excluido de las decisiones políticas y públicas del Estado.

En este contexto del reconocimiento de los derechos colectivos y de la diversidad cultural adoptada a partir de la Constitución Política de 1998, es que el 26 de noviembre del 2003 el Consejo Nacional de Educación Superior emite su informe favorable para la creación de la Universidad "Amawtay Wasi", centro de estudios, el cual nace a la vida jurídica mediante Ley N.º 2004-40 publicada el 05 de agosto del año 2004, como una muestra práctica de la articulación y de un desarrollo armónico de democracia e interculturalidad.

Sobre el marco jurídico en que se encuentran los derechos colectivos, de manera particular la educación intercultural

Los derechos de los pueblos indígenas del Ecuador, su derecho consuetudinario en general, y la educación en particular, se encuentran actualmente reconocidos en la Constitución en el *Título II DERECHO, Capítulo Cuarto Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, Arts. 56-60*, que en lo pertinente señalan:

"Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

[...sic...]

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales;.... [sic]

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.... [sic].

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres." (Lo subrayado es nuestro).

A través de estos preceptos se reconoce el derecho colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas a conservar y desarrollar no solo sus formas de organización tradicionales, sino sus instituciones; a proteger y desarrollar sus conocimientos, ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; a desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, el mismo que se basa en criterios de calidad, conforme a la diversidad cultural, todo ello en aras del cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje que estipula la misma Constitución.

El reconocimiento de la existencia de estos derechos se halla fortalecido con la ratificación del Convenio 169 de la OIT⁹, el cual, en su parte pertinente relativa al caso, dice:

"Artículo 2

1. *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.*

2. *Esta acción deberá incluir medidas:*

[...sic...]

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida."(Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 3

⁹ El Ecuador ratificó en abril de 1998 el Convenio 169 de la OIT, mediante resolución Legislativa sin número, publicada en el Registro Oficial 304 del 24 de abril de 1998, ratificada el 30 de abril de 1998.

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación,... [sic]. (Lo subrayado es nuestro)

“Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados...[...sic...]. (Lo subrayado es nuestro).

“Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

[...sic...]

“Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.” [...sic...]. (Lo subrayado es nuestro).

El Convenio 169 de la OIT, en el ámbito comparativo internacional inherente a los Pueblos indígenas, es el instrumento jurídico más completo y específico, aunque no suficiente frente a la demanda indígena; convenio que garantiza el reconocimiento y vigencia de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas; constituye la base legal por medio de la cual se exige el respeto de los derechos humanos específicos de las nacionalidades y pueblos indígenas. Principios como el del respeto y desarrollo de sus conocimientos colectivos, saberes ancestrales, la educación intercultural bilingüe, sus metodologías y enseñanzas, son bases que impulsan y que marcan una nueva forma de relación entre Estados y pueblos indígenas. Esta

relación significa que los pueblos indígenas tienen por sí mismos voz, ellos mismos se auto identifican como tales y deciden su propio futuro; tienen reivindicaciones propias; no existen personas superiores ni inferiores; los pueblos indígenas como sujetos de derechos asumen también obligaciones; en suma, implica una nueva dimensión en la relación y respeto de los Estados hacia las nacionalidades y pueblos indígenas. Se podría afirmar, entonces, que se han creado nuevas condiciones jurídicas de obligatorio cumplimiento, que posibilitan espacios de concertación y nuevas formas de encontrar soluciones.

No obstante, en la mayoría de casos en donde se involucran y/o violan los derechos humanos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas, se denota claramente que ni las autoridades ni las instituciones aplican el Convenio 169 de la OIT, ni las normas constitucionales ni las jurisprudencias nacionales e internacionales existentes sobre la materia, provocando una evidente incongruencia en la vida jurídica del país.

Todas las disposiciones que quedan indicadas reconocen, garantizan y protegen a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (artículo 10 CRE), siendo un imperativo el tomar en cuenta el principio de diversidad cultural; reconocen la existencia de entidades históricas con organización, institucionalidad, dignidad, nociones e identidad propia. Vale recordar que las sociedades o colectividades indígenas son entidades milenarias que se han desarrollado en base a instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas y lógica jurídica propias; parte fundamental de la supervivencia de estas colectividades ha sido la existencia y ejercicio de sus conocimientos ancestrales, lo que les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas a pesar de la exclusión y discriminación.

Este marco de derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas también ha sido reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas al adoptar el "*Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos*", el cual consiste en una codificación del derecho internacional, y el artículo 27 garantiza:

"Art. 27.-...El derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, a la preservación de las costumbres y tradiciones legales..."

Por otro lado, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó y proclamó solemnemente la "*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*"¹², que en la parte pertinente señala:

"Artículo 1. Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (3) y la normativa internacional de los derechos humanos." (Lo subrayado es nuestro).

¹² Esta Declaración fue adoptada en la sesión levada a efecto el jueves 13 de septiembre de 2007, en Nueva York.

"Artículo 11. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales... [...sic...]" (Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 12. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; [...sic...]" (Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 14. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje." [...sic...] (Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 15. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos." [...sic...] (Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 31. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas..." [...sic...]" (Lo subrayado es nuestro).

"Artículo 43 Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo." [...sic...]. (Lo subrayado es nuestro).

Para el ejercicio de los derechos garantizados en la Constitución, en los Convenios internacionales, y que son de directa e inmediata aplicación, no se exigirán condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, así como tampoco ninguna norma podrá restringir el contenido de los mismos¹³; consiguientemente, ninguna autoridad o institución, pública o privada, puede, por desconocimiento, violentar e inobservar las disposiciones, pues la Constitución es una norma de vigencia automática, de efecto general, obligatoria y forzosa, ya que rige el principio de supremacía; es la norma de normas, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, de aquella pirámide que ha señalado Kelsen. Por otro lado, cuando los convenios o tratados internacionales están reconocidos y ratificados por el Estado ecuatoriano, estas normas tienen el carácter de imperantes y forman parte del Bloque de Constitucionalidad¹⁴.

Debemos considerar que la evolución de los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas en normas supranacionales y nacionales, de preeminencia sobre

¹³ Ver Art. 11 num. 3 y 4 de la CRE.

¹⁴ Ver Art. 424 de la CRE.

las leyes ordinarias y/o sobre normas secundarias, vino a actualizar el tema del derecho propio de los pueblos; en este marco, las diferentes normas que quedan referidas no contravienen la Constitución, pues no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental, sino que tratan aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria; tampoco violan el principio de la igualdad ante la Ley al clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, ya que discriminador sería tratar como iguales a quienes no lo son. En esta parte, en lo que respecta al principio de igualdad, cabe remitirnos al tratadista *Carlos Bernal Pulido*, quien señala: *"El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)"*

Sobre el marco jurídico y los parámetros de la aprobación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi"

Mediante Resolución N.º RCP.S19.No.493 del 26 de noviembre del 2003, el Consejo Nacional de Educación Superior emite el informe favorable para la creación de la Universidad "Amawtay Wasi". En esta resolución, que obra a fs. 2 del expediente, consta claramente que entre las recomendaciones para este centro de estudios se señala:

"1. ...tendrá una sola Sede Matriz y trabajará sobre la base de programas académicos en las diferentes Comunidades."

Recomendación que claramente precisa que, si bien es cierto habrá una sola Sede, indica también que este centro de estudios trabajará sobre "programas" académicos a desarrollarse, y así lo precisa con la conjunción gramatical "en" lo cual quiere decir "(Del lat. *In*). Prep. Denota en qué lugar, tiempo o modo en que se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere..."¹⁶, esto es, que tanto el centro de estudios "Universidad Amawtay Wasi", que dejando de lado su sede que se ubica en un lugar determinado, en este caso la ciudad de Quito, sus programas académicos deben llegar "hasta" las comunidades en donde se encuentran asentadas originaria, histórica y ancestralmente las nacionalidades y pueblos indígenas; todo ello incluso bajo una cosmovisión completamente diferente a la convencional, en donde la persona va hasta un centro de estudios en busca de conocimiento, cuando en estas realidades de los pueblos indígenas, el conocimiento está allá en la naturaleza, en los

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Vigésima Segunda Edición. 2001. Tomo I. pág. 891.

mismos pueblos, en su entorno; en consecuencia, el centro de estudios debe trasladarse hasta aquellos lugares para recibir y nutrirse, juntamente con los mismos pueblos, de sus "saberes o conocimientos".

Por otro lado, en el informe favorable del CONESUP para la creación de esta Universidad, se formula otra recomendación que dice:

"2. Las diferencias que existen con referencia a la aplicación de las normas legales, en el Proyecto deberán sujetarse al momento de elaborar el Estatuto Orgánico de la Universidad, en el cual deberán establecerse normas que regulen la estructura académica y administrativa ajustadas a la naturaleza específica de la Universidad Intercultural..."

Recomendación que evidencia el reconocimiento de las "diferencias" que este centro de estudios tendría con los demás de corte occidental, para lo cual se establece precisamente que estas "diferencias" se las ajustará en el Estatuto, donde se establecerán normas que regulen su estructura (académica y administrativa), siempre a la luz de su naturaleza especial.

En lo que respecta a estos "ajustes", dada la "diferencia" y característica "especial" de esta Universidad, la misma Ley de Creación, publicada en el Registro Oficial N.º 393 del 05 de agosto del 2004, señala en su artículo 4 que:

"Art. 4.- La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", para el cumplimiento de su finalidades contará con los siguientes centros del saber:

- *Centro Kawsay o de la Vida;*
- *Centro Ushay-Yachay o de la Interculturalidad;*
- *Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la vida;*
- *Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,*
- *Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones."*

Con lo cual se determina que esta Universidad, vale decir, en cuanto a su estructura académica, "centros de saber", será precisamente a través de estos "centros" que podrá cumplir con sus fines, trasladándose aún más a los territorios o comunidades donde se encuentran asentados los pueblos o nacionalidades indígenas, que serán el "destinatario final de la educación".

Por su parte, el Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", debidamente aprobado por el CONESUP, establece precisamente los "ajustes" acorde a la "diferencia" y dada la naturaleza "especial" de este Centro de Estudios; en este cuerpo normativo se señala lo atinente a su estructura administrativa, académica y demás circunstancias propias conforme a su realidad. Así, el inciso segundo del artículo 31 señala:

"Iniciará sus actividades académicas, por medio de los Centros del saber de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas -Amawtay Wasi, que son unidades organizativas de carácter

académico y administrativo que se estructuran en torno a grandes campos de conocimiento y están coordinadas por un Consejo centro. Son los siguientes:

- a) *Centro Ushay-Yachay o de la Interculturalidad;*
 - b) *Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la Vida;*
 - c) *Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,*
 - d) *Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones.*
 - e) *Se excluye al Centro Kawsay o de la vida, pues no contiene trazas de especialización"*
- (Lo subrayado es nuestro).

Con la cual se confirma y evidencia que la Universidad Intercultural "Amawtay Wasi" responde y ha ajustado su estructura a las particularidades y diferencias propias, dada su naturaleza, como Centro de Estudio de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, considerando los dos aspectos fundamentales: **a)** que sus actividades académicas se harán efectivas "por medio" de los centros del saber; **b)** que logra definirlos como "unidades organizativas". De ahí que habiendo cumplido con las recomendaciones del CONESUP, y éste haber aprobado el Estatuto de la Universidad "Amawtay Wasi", bajo el parámetro de la diversidad cultural y su naturaleza especial, resulta discriminatoria la nueva exigencia del CONESUP, exigencia que a la vez incurre en inconstitucional.

Sobre si el marco conceptual, académico, administrativo y estructural que impulsa la Universidad "Amawtay Wasi" amerita un tratamiento, una respuesta desde la visión de los derechos colectivos, del principio de la diversidad cultural, de la cosmovisión de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, o se agrupan bajo las líneas convencionales de la educación.

En el caso *sub iudice*, el CONESUP ha respondido mediante Oficio N.º 004060 CONESUP-DA del 28 de octubre del 2008, obrante a fs. 23 del expediente, ante la solicitud formulada por la Universidad "Amawtay Wasi" entorno a que se autorice el funcionamiento de los Centros Universitarios Interculturales en Macas (provincia de Morona Santiago), Sisid (provincia del Cañar) y Tenta-Saraguro (provincia de Loja), señalando entre otras cosas que:

"4. La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", no cumple con el período de cinco años de funcionamiento legal, para ampliar su oferta académica de pregrado, en otras áreas de conocimiento, en otras modalidades de estudios, en otros niveles de formación y fuera de su ámbito de acción..."

Esta respuesta negativa evidencia no solo una desnaturalización en cuanto a la garantía en el ejercicio de los derechos colectivos, sino que es abiertamente inconstitucional, pues pretende cobijar bajo un análisis común, a un Centro de Estudios que, dada su naturaleza, sus parámetros de creación, su estructura académica (no bajo el criterio común y general de facultades, escuelas, etc.), su estructura administrativa y sus actividades sobre la base de "programas

académicos" se las debe realizar "en" las diferentes comunidades. Siendo así, la respuesta dada por el CONESUP dista enormemente de su realidad y del marco constitucional que garantiza el ejercicio de derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas, al pretender considerar que esta Universidad aspira ampliar "ofertas académicas", desnaturalizando el claro contenido normativo y constitucional.

Por otro lado, se señala que el CONESUP ha expedido la resolución RCP.S13.No.268.04 del 22 de julio del 2004, la cual, más allá de constituir un acto de carácter general, en tanto y en cuanto se refiere a "todas" las universidades del país, dado el carácter de específico y especial, la situación de la Universidad "Amawtay Wasi", acorde a su ley de creación y de conformidad con la Ley Orgánica de Educación Superior, debe ser entendida que está inmersa en un régimen y tratamiento especial, proveniente u orientada por la educación intercultural bilingüe, por el fortalecimiento y desarrollo científico, tecnológico, económico y sobre todo cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas, al amparo del carácter pluricultural del Estado y los derechos colectivos definidos en la Constitución Política de 1998 y reformados en la Constitución vigente.

El informe favorable emitido por el Asesor Jurídico del CONESUP expresamente señala que dada la condición "especial" de este centro de estudios, acorde a la cosmovisión y a la estructura misma de esta universidad, se sugiere que se apruebe su pedido; lamentablemente, este informe no fue acogido. Todo ello evidencia, una vez más, el criterio general y común con el cual se ha dado tratamiento y/o respuesta al pedido de este Centro de Estudios, en donde incluso se llegan a confundir a sus "centros del saber" con carreras tradicionales de oferta académica, así como a los programas a implementarse en los denominados Centros Universitarios Interculturales, como si fueran "extensiones" universitarias

La Corte repara en que, más allá de la temporalidad misma que se pueda o no exigir para que la Universidad "Amawtay Wasi" esté en la posibilidad de presentar propuestas para "extensiones", temporalidad que incluso dada la fecha de su creación, que data del año 2004, se cumpliría en este año 2009, el tema de fondo es la interpretación alejada que se hace de la norma constitucional anterior y vigente respecto del pleno ejercicio de derechos que asiste a los pueblos indígenas, en este caso, de la Universidad "Amawtay Wasi". En otras palabras, el derecho a la educación intercultural, el respeto de los conocimientos ancestrales, su manejo, estructura, desarrollo, no pueden quedar sometidos a un criterio extraño a su realidad y cosmovisión, pues se condiciona el ejercicio de sus derechos y se limita el mandato constitucional reconocido a las nacionalidades y pueblos indígenas.

El CONESUP y sus autoridades, el Estado ecuatoriano mismo, deben hacer un esfuerzo para que el eje rector de la diversidad cultural, producto de la pluriculturalidad del país, se incorpore al sistema educativo y así se permita que se cumpla con lo establecido en la Constitución y en los convenios y pactos internacionales sobre los derechos humanos y derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Toda autoridad e institución, pública o privada, tiene el deber de enfatizar en todos los casos que se ponen a su conocimiento y tratamiento, una política de

reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, realizando un procedimiento diferenciado para configurar, mediante un referente de cultura, el camino idóneo para permitir desarrollar los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Debe contarse con instrumentos, criterios e interpretaciones auxiliares para adentrarse en el "otro" como sujeto de derechos, y conocer la profundidad de la cultura a donde pertenece el sujeto; más aún, cuando en el presente caso, lo que persigue la Universidad "Amawtay Wasi" es evidente, no bajo una concepción eminentemente expansiva, de dar apertura a extensiones universitarias de por sí y en lugares distintos a los de su sede, sino que es abrir programas, acorde a sus centros de saber, que constan señalados en su Ley de creación, y que permiten cumplir con la finalidad para la cual fue creada, todo ello acorde incluso a la distribución y asentamiento de las nacionalidades y pueblos indígenas en nuestro país, tomando en consideración que existen las siguientes nacionalidades y pueblos: Nacionalidad Kichwa - Sierra: Pueblos Karanki, Natabuela, Otavalo, Kayambi, Kitu Kara, Panzaleo, Salasaca, Chibuleo, Waranka, Puruhá, Kañari, Saraguro, Kichwa de la Amazonía; nacionalidades de la Costa: Awa, Chachi, Epera Tsachila; nacionalidades de la Amazonía: Secoya, Huao, Alcofán, Shuar, Zapara, Shiwiar, Siona, Huaroni, Achuar; es decir, una diversidad de pueblos y nacionalidades a quienes se les coartaría su derecho a la educación al obligarles a trasladarse hasta la ciudad de Quito.

Sobre una interpretación y análisis con perspectiva intercultural

Esta Corte Constitucional considera propicio y adecuado el caso *sub iudice* y sobre todo el tema de fondo que implica (derechos colectivos) para señalar que: "*las bases para asumir sin temores ni prejuicios la generación de cambios estructurales y jurídicos está dado. Así, por ejemplo, en materia de administración de justicia, y con mayor razón de justicia constitucional, debe ser el punto de partida para revisar la aplicación del principio de admisibilidad con perspectiva intercultural, si alguna de las demandas fuere planteada en contra de individuos o de colectividades indígenas*"²⁰.

De allí que para una adecuada y verdadera administración de justicia, más aún la constitucional, se deben observar "*principios con perspectiva intercultural*"; entre estos principios están:

a) El de la *Continuidad Histórica*: el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-político-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.

b) El de la *Diversidad Cultural*: a partir del cual, la función de la ley, en este caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino "las identidades entre los pueblos", es decir, tomar en cuenta la

²⁰ PACARI, Nina. Ob. Cit. p. 95.

presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.

c) El de la *Interculturalidad*: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra; el diálogo intercultural, como lo señala *Oscar Guardiola Rivera*, no es otra cosa que: “el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa.”

El de la *Interpretación Intercultural*: el cual no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas.

Al respecto cabe referirse a las “*reglas de interpretación*”, sobre las cuales ha contribuido enormemente la Corte Constitucional colombiana, que son: **a)** A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; **b)** Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma; **c)** Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas.

La nueva clave de interpretación intercultural debe considerar los parámetros que han desarrollado los pueblos indígenas sobre el ALLI CAUSAI, el buen vivir.

En el presente caso, de manera particular, el Consejo Nacional de Educación Superior no puede limitar que la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos indígenas “AMAWTAY WASI” cumpla con los objetivos de su creación y/o permita que implemente sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades y las extensiones, planes o programas que sean necesarios, acorde a la realidad, tradición, cultura y cosmovisión de las nacionalidades y pueblos indígenas; así como, de manera general, ninguna norma secundaria puede restringir, limitar o tornar ineficaz cualquier derecho de estas nacionalidades y pueblos reconocidos por la Constitución y normas supranacionales.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Aceptar la acción por incumplimiento planteada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”.

2. Declarar el incumplimiento por parte del CONESUP del artículo 4 de la Ley Creación de la Universidad "AMAWTAY WASI" y del artículo 31 del Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI".
3. Disponer que el CONESUP incorpore en y para todos sus actos jurídico-administrativos, que tengan relación con nacionalidades y pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios, principios con perspectiva intercultural, en aras de aplicar a cabalidad los derechos de estos pueblos, en el marco de lo expuesto y considerado en esta sentencia.
4. En concordancia con el Convenio 169 de la OIT (artículos. 2, 3, 4, 5 y 27), el CONESUP se sujetará para la autorización solicitada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI", a las disposiciones de dicho Convenio, en lo siguiente: a) la apertura de Programas Académicos en los territorios de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, según su cultura y cosmovisión; b) que en pleno ejercicio de la autonomía universitaria, desarrolle sus propias modalidades y ponga en práctica sus propios métodos de aprendizaje, y esto sirva como un aporte innovador de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas al Sistema Nacional de Educación Superior; y, c) que implemente sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades, planes o programas que sean necesarios acorde con sus Centros de Saber y de conformidad con su Ley de creación, en estricto respeto a los derechos de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas reconocidos en la Constitución de la República.
5. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor, de los doctores: Patricio Herrera Betancourt, Luis Jaramillo Gavilanes, Nina Pacari Vega, Ruth Seni Pinoargote, Alfonso Luz Yunes, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire; sin contar con la presencia del doctor: Hernando Morales Vinuesa, en sesión del día miércoles nueve de diciembre de dos mil nueve. Lo certifico.

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

FALLO # 1

FECHA: Quito, 13 de marzo de 2009

SENTENCIA: No. 001-09-SAN -CC

CASO: No. 0008-08-AN

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

ACTOR: Eduardo Sánchez Peralta, (Presidente de la Federación de Estudiantes)

DEMANDADO: Doctor Michel Doumet Antón (Rector y Representante Legal)

CASO:

El 6 de junio de 2008 se efectuó un Plebiscito Universitario con el objeto de reformar el Estatuto de la Federación de Estudiantes, el cual consistía en que los miembros de la Federación de estudiantes, duren 2 años en sus funciones, por lo que también se amparaban en la Reforma de Educación, por el contrario, la institución demandada decía que la duración en el cargo de los Directivos, deberá regir para lo venidero y no con efecto retroactivo.

PRINCIPIOS:

El 6 de junio de 2008 se efectuó un Plebiscito Universitario con el fin de reformar el Estatuto de la Federación de Estudiantes, donde gano el si, para que entren en vigencia inmediata las reformas del Estatuto de la Federación de Estudiantes.

El 2 de junio del 2008, los representantes estudiantiles de distintas facultades, propusieron ante el Juez Octavo de lo Civil de Guayaquil, una acción de Amparo Constitucional en contra del Presidente de la Federación de Estudiantes, la misma que fue rechazada.

Los estudiantes universitarios tiene el derecho de participación, presupuestos existenciales el pluralismo y el sufragio, entendidos como los medios para producir representación, gobierno y legitimación, la Constitución garantiza que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas, y los desempeñen conforme la voluntad estatutaria, ya que en otro caso, la norma constitucional perdería eficacia.

El Informe del Asesor Jurídico, de la Federación de Estudiantes Universitarios FEUC-G, dice que duración en el cargo de los Directivos, deberá regir para lo venidero y no con efecto retroactivo, negando de esta manera la pretensión del Presidente de la Federación de Estudiantes

El argumento de fondo del accionado, reiterativo en sus alegatos, es la concepción del principio de irretroactividad de la ley como un concepto absoluto y rígido, cuando en realidad es un concepto relativo y flexible en el Derecho

El principio de concordancia de las normas constitucionales, consecuencia de la interpretación sistemática del todo orgánico constitucional; demuestra claramente que la irretroactividad de la ley no es principio absoluto y rígido

FALLO # 2 (6)

FECHA: Quito, 24 de noviembre de 2009

SENTENCIA: No. 006-09-SAN-CC

CASO: No. 0072-09-AN

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

ACTOR: Ing. César Rodrigo Díaz Álvarez

DEMANDADO: Director General, Consejo Directivo del ISSFA, Procurador General del Estado y Ministra de Finanzas

CASO:

El accionante es ex combatiente del conflicto armado del Cenepa (1995), que dentro de la fecha del conflicto sufrió una amputación de su pierna derecha cuando se encontraba al frente de su batallón, ocasionando una discapacidad parcial permanente, que le obliga a usar prótesis. Fue dado de baja el 01 de enero del 2001, a los dos años y cinco meses de su ascenso.

El accionado demanda al respeto a sus derechos mediante una acción de amparo constitucional, que inicialmente es negada por el juez de instancia, pero que es concedida por el ex Tribunal Constitucional.

PRINCIPIOS:

La Ley Especial de Gratitud y reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995. El 31 de marzo de 1995, se publica esta Ley en el Registro Oficial No. 666, denominada también "Ley No. 83", que determinó algunos beneficios económicos a favor de los combatientes y ex combatientes del conflicto del Cenepa de 1995, entre ellos, la concesión de pensiones por incapacidad total permanente y parcial permanente. Al accionante le corresponde recibir esa pensión, de conformidad con los artículos 6 y 11 de la Ley mencionada, desde la fecha en fue dado de baja de las Fuerzas Armadas.

Que desde el mes de enero de 2001, el ISSFA ha incumplido su obligación de pagar al accionante la pensión que le corresponde, negándole lo establecido en la Ley No. 83. La Ley No. 83 de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los combatientes del Conflicto Bélico de 1995", publicado en el Registro Oficial No. 666 del 31 de marzo de 1995, ya desde sus consideraciones señala que el objetivo es "...reconocer y enaltecer el sacrificio de los ecuatorianos que han ofrendado su vida o han quedado en situación de invalidez total o parcial por actos de defensa de la soberanía..."

Las pretensiones del accionante es que los demandado den cumplimiento a las normas en la Ley No. 83, Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, publicada en el Registro Oficial No. 666 del 31 de marzo del 2005; a la Resolución No. 0737-2005-RA dictada por la

Tercera Sala del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 31 del 01 de marzo del 2007; al Reglamento para la Aplicación de la Ley 83; al Decreto Ejecutivo No. 2444 del 04 de enero del 2005, y a los dictámenes obligatorios y vinculantes para el ISSFA, Ministerio de Finanzas y Ministerio de Defensa Nacional, contenidos en los oficios No. 014156, 05340 y 06513 del 17 de enero de 2005, 09 de febrero del 2005, 10 de diciembre del 2008 y 11 de marzo del 2009, emitidos por la Procuraduría General de Estado. El incumplimiento de estas normas, resolución y dictámenes se traducirá en la materialización de las siguientes pretensiones:

- a) Que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA, proceda al pago inmediato de la pensión a la que tiene derecho el accionante y que fue declarada en la Resolución de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, la misma que de conformidad con los pronunciamientos vinculantes del Procurador General del Estado.
- b) Que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA, proceda al pago de la liquidación de las pensiones que le corresponde al accionante.
- c) Que el pago de las liquidaciones determinada en el numeral anterior se haga en un plazo perentorio fijado por la Corte Constitucional.
- d) La provisión periódica de una prótesis principal y de reserva, cada tres años, y la correspondiente asistencia de salud, con cargo al presupuesto general del ISSFA.
- e) Que el Ministerio de Finanzas realice los ajustes presupuestarios necesarios y efectúe las transferencias de fondos requeridas para que el ISSFA cumpla las obligaciones.

El Consejo Directivo del ISSFA tenía la obligación de cumplir en forma inmediata lo resuelto por el ex Tribunal Constitucional, cuanto más que ya existían los pronunciamientos vinculantes del Procurador General del Estado. Las resoluciones del ex Tribunal Constitucional tienen carácter directo, son de última instancia, inapelables y de obligatorio cumplimiento, al igual que el criterio emitido por el Procurador General del Estado, de tal forma que no cabe interpretación alguna, sino por el contrario, solo cabe el cumplimiento.

El Juez Constitucional Sustanciador, declara la procedencia de la acción planteada por el accionante, en su calidad de beneficiario de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995 y, en consecuencia, disponer que el ISSFA dé estricto cumplimiento a la Resolución No. 737-2005-RA dictada por la Tercera Sala del ex Tribunal Constitucional, en las condiciones de favorabilidad que manda la Constitución y la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995.

FALLO # 3 (7)

FECHA: Quito, 09 de diciembre de 2009

SENTENCIA: No. 007-09-SAN-CC

CASO: No. 0024-2009-AN

Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Patricio Pazmiño Freire

ACTORES: Marco Antonio Simancas Díaz, Miguel Ángel Celin Burbano, Mario Ramiro Arboleda Lema, Byron Polivio Benalcázar Sacón, Luis Alfredo Flores, Galo Bolívar Tufiño López, Ángel Humberto Chávez Zumba, Segundo Pablo Antonio Peláez Rojas, Víctor Leonardo Acevedo Vargas, Jaime Gonzalo Trujillo Cortéz, César Augusto Vistin Argüello, Fredy Antonio Barco Medranda, José Miguel Ramírez Cueva, Camilo Gabriel Herrera Arévalo, Luis Alberto Valverde, Luis Enrique Rodríguez Terán, Tomás Alejandro Mullo Chanatasig, Moisés Solórzano Neira, Walter Ignacio Nieto Álvarez, José Hernando Enríquez Jácome, Néstor Oswaldo Álvarez, Hernán Armando Gallo Caza, Edison Arturo Moreno Pérez, Edgar Lucio Benigno Fuertes Cadena, Amado Iván Ullauri Izurieta y Luis Vicente Solano Ángulo

DEMANDADO: Javier Ponce Cevallos, Ministro de Defensa Nacional, y General de División Luis Ernesto González Villarreal, Comandante General de la Fuerza Terrestre.

CASO:

Solicitan que los señores: licenciado Javier Ponce Cevallos, Ministro de Defensa Nacional, y General de División Luis Ernesto González Villarreal, Comandante General de la Fuerza Terrestre, den cumplimiento al acto administrativo de carácter general contenido en el oficio N.º MJ-2008-77 del 14 de febrero del 2008, en el que se señala: "...de conformidad a lo establecido en el oficio 004491 de 18 de septiembre del 2007, en el que el señor Procurador General del Estado Subrogante, reconsideró el pronunciamiento contenido en el oficio No. 003476 de 7 de agosto del 2007, relacionado con los tiempos de permanencia en los grados, para los señores Suboficiales, contemplado en la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, publicada en el Registro Oficial No. 05 de 22 de enero del 2007. Y al respecto manifestó: "Que el Art. 18 de la Constitución Política de la República proclama que en materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; y que las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales"..."Además, en concordancia con lo anteriormente anotado el Art. 272 de la Constitución Política de la República...Con los antecedentes expuestos, dispongo la incorporación de los señores Suboficiales, que al momento y por efecto de la ley en mención fueron puestos en disponibilidad...". Esta orden reconocía y reconoce la violación de sus derechos, y evidencia los errores cometidos por los mandos en la indebida aplicación parcializada de la Ley, y de manera preferente el contenido de la Disposición Transitoria Tercera, elementos que dieron como resultado la reincorporación en el grado de Suboficiales Primero, "que al momento y por efecto de la Ley Reformatoria a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas,

publicada en el Registro Oficial No. 05 de 22 de enero del 2007, fueron colocados en Disponibilidad y luego la correspondiente baja de las Filas de las Fuerzas Armadas”.

PRINCIPIOS:

La acción por incumplimiento forma parte de aquellas garantías jurisdiccionales previstas en el texto constitucional, para hacer efectivo el cumplimiento de derechos constitucionales. Cuando la Corte dispone el cumplimiento de “algo incumplido” lo que hace es garantizar los derechos constitucionales de las partes que se han visto afectadas con el incumplimiento. El artículo 93 de la Constitución establece que “la acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de normas que integran el sistema jurídico”; pero también se consagra la posibilidad de garantizar el cumplimiento de actos administrativos de carácter general, conforme lo estipula el numeral 5 del artículo 436 de la Constitución.

El acto administrativo con efectos generales debe entrañar una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. En este sentido, la Corte puntualiza que el Oficio N.º MJ-2008-77, suscrito por el ex Ministro de Defensa Nacional, Doctor Wellington Sandoval, el día 14 de febrero del 2008, contiene una obligación de hacer “(...) dispongo la incorporación de los señores suboficiales, que al momento y por efecto de la Ley en mención, fueron puestos en disponibilidad”, es clara y expresa debido a que aparece explícitamente estipulada la obligación en el acto administrativo (Oficio N.º MJ-2008-77) que es objeto de examen. La exigibilidad no es más que la posibilidad que tienen los administrados de exigir el cumplimiento del acto administrativo por contener una orden, un deber o una decisión, que vincula al administrado con la administración, y que genera derechos y obligaciones correlativas.

Así también, la Corte puntualiza que a través de la acción por incumplimiento de acto administrativo con efectos generales se busca el cumplimiento o si se quiere, el hacer efectivo el acto administrativo, nada más que eso; por el contrario, no se pretende entrar a examinar el fondo, el contenido del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, salvo que se encuentren vicios en el procedimiento de formación de ese acto. Así, la naturaleza de esta acción se aleja de aquellas que se revisten de un carácter declarativo de derechos.

Corresponde a la Corte, en el presente caso, ordenar el cumplimiento del acto administrativo incumplido, decisión que es de carácter dispositivo y manda la reincorporación de los suboficiales en la presente causa y que fueron puestos en disponibilidad. Se estima pertinente puntualizar que dada la naturaleza de la presente acción, que se propone a poco más de un año de emitido el acto administrativo, lapso en que se han suscitado diferentes situaciones fácticas y jurídicas al interior de las Fuerzas Armadas, que la Corte no puede desconocer; tal es el caso expresado por el actual Ministerio de Defensa Nacional, de que varios suboficiales han sido promovidos en virtud de la vigencia de la reforma a la Ley de Personal de Fuerzas Armadas, lo cual ha dado lugar a sucesivos ascensos dentro de las filas militares.

En virtud de la imposibilidad del cumplimiento del acto administrativo en su tenor literal, que es la reincorporación de los accionistas a las filas militares, se reconoce, en cambio, su derecho a la reparación material, consistente en la indemnización pecuniaria por todo el tiempo que medió entre el incumplimiento del acto administrativo y la expedición de esta Sentencia.

FALLO # 4 (8)

FECHA: Quito, 09 de diciembre de 2009

SENTENCIA: No. 008-09-SAN-CC

CASO: No. 0027-09-AN

Juez Constitucional Sustanciador: Dra. Nina Pacari Vega

ACTORES: Los Doctores Luis Fernando Sarango Macas y Manuel Enrique Quizhpe Quizhpe, en sus calidades de Rector (e) y Procurador (e), respectivamente, de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI"

DEMANDADO: Miembros del CONESUP

CASO:

Que el 26 de noviembre del 2003, mediante Resolución RCP.S19.No.493.03, el CONESUP emite informe favorable para la creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI"

El CONESUP mediante Oficio No. 004060 CONESUP-DA, del 28 de octubre del 2008, les manifiesta: "...4. La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi", no cumple con el periodo de cinco años de funcionamiento legal, para ampliar su oferta académica de pregrado, en otras áreas del conocimiento, en otras modalidades de estudios, en otros niveles de formación y fuera de su ámbito de acción. Por tanto una vez que la Universidad cumpla con este requerimiento, podrá presentar el o los proyectos académicos de tal manera que permita ampliar su oferta académica, en los diferentes niveles de formación y modalidades de estudios en su ámbito de acción o fuera de ella. Señala que su ámbito de acción no es la ciudad de Quito exclusivamente: de acuerdo con la ley, son los territorios de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas con su sede principal en Quito.

El 02 de febrero del 2009, tras la petición verbal que hiciera al Presidente del CONESUP entorno a reconsiderar la negativa indicada, el Pleno del organismo trató el caso dado lectura al informe jurídico favorable; luego de las intervenciones, la petición fue denegada sin mayor argumento jurídico, sin motivación.

PRINCIPIOS:

Al respecto cabe referirse a las "reglas de interpretación", sobre las cuales ha contribuido enormemente la Corte Constitucional colombiana, que son: a) A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; b) Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma; c) los

usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas.

La nueva clave de interpretación intercultural debe considerar los parámetros que han desarrollado los pueblos indígenas sobre el ALLI CAUSAI, el buen vivir.

En el presente caso, de manera particular, el Consejo Nacional de Educación Superior no puede limitar que la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos indígenas "AMAWTAY WASI" cumpla con los objetivos de su creación y/o permita que implemente sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades y las extensiones, planes o programas que sean necesarios, acorde a la realidad, tradición, cultura y cosmovisión de las nacionalidades y pueblos indígenas; así como, de manera general, ninguna norma secundaria puede restringir, limitar o tornar ineficaz cualquier derecho de estas nacionalidades y pueblos reconocidos por la Constitución y normas supranacionales.

En merito de lo expuesto, se declara aceptar la Acción por incumplimiento planteada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos indígenas "AMAWTAY WASI"

CONCLUSION:

Constitución:

✓ Acción por incumplimiento

Art. 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.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

✓ Acción por incumplimiento

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

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

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

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

Art. 55.- Demanda.- La demanda deberá contener:

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

3. Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento.
4. Prueba del reclamo previo.
5. Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.
6. Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida.

Art. 56.- Causales de inadmisión.- La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

Una vez revisado los Fallos de la Corte Constitucional sobre Acción por Incumplimiento, por acto administrativo o norma, y pudimos notar que dentro de los fallos existen sentencias mixtas, es decir cuando existen varios demandados, el Juez Sustanciador dictamina a favor de unos y en contra de otros. También pudimos observar que existe sentencia vinculante en donde dos funciones públicas han dictaminado a favor del demandado, pero el demandante no lo ha cumplido.

Así como también establecen en sus fallos los Jueces Sustanciadores que se deberá cumplir la Constitución de forma directa e inmediata.