

SOBRE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: UN EXCURSO IUSTEÓRICO ACERCA DE LA EFICACIA JURÍDICA

Jorge BAQUERIZO MINUCHE*

RESUMEN:

Tomando como punto de referencia a las previsiones legislativas desarrolladas recientemente en la novedosa Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el presente artículo realiza un comentario sobre los principales caracteres de la Acción por Incumplimiento; institución que tiene por objeto la garantía de eficacia de las normas del sistema jurídico y que, para ser comprendida cabalmente, requiere de una necesaria actualización sobre las concepciones de aquél término: la eficacia jurídica, repasada desde la teoría del Derecho contemporánea.

PALABRAS CLAVE:

Incumplimiento, eficacia, normas de mandato, garantías constitucionales, garantías jurisdiccionales.

SUMARIO:

I.- Aproximación teórica sobre la eficacia jurídica. I.1.- Concepciones de la eficacia en la teoría del Derecho. I.1.A) La eficacia *como resultado*. I.1.B) La eficacia *como cumplimiento*. I.2.- Confluencia de las concepciones de la eficacia *como resultado* y

* Abogado (UCSG, 2003). Doctor en Jurisprudencia (UCSG, 2009). Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España (2007). Ha realizado cursos de postgrado de Derecho Constitucional y de Derecho Público en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor de Lógica Jurídica y de Deontología Jurídica en la UCSG.

como cumplimiento: el caso de las normas directrices. I.3.- Distinguiendo: Eficacia y Efectividad / Cumplimiento e Incumplimiento / Obediencia y Desobediencia. II.- La Acción por Incumplimiento como garante de la eficacia jurídica. II.1.- Objeto y Ámbito de la Acción por incumplimiento. II.2.- Legitimación pasiva. II.3.- Reclamo previo. II.4.- Contenido de la demanda. II.5.- Causales de inadmisión. II.6.- Procedimiento.

I

APROXIMACIÓN TEÓRICA SOBRE LA EFICACIA JURÍDICA

I.1.- Concepciones de la eficacia en la teoría del Derecho.-

Sin importar el contexto, sea éste el coloquial o el técnico, resulta que el desarrollo de la teoría jurídica en las últimas décadas ha demostrado la inexistencia de un concepto unívoco de *eficacia*. Si hasta hace relativamente poco pensábamos que BOBBIO lo había dicho ya todo, y que por eficacia había de entenderse siempre aquél problema consistente en el grado de cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios (*el problema fenomenológico del Derecho*)¹, pues ahora identificar ese concepto no parece tan sencillo.

Y no lo es, precisamente por la variedad de *concepciones* que se pueden articular sobre el término². Por ejemplo, si se sigue la obra del

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Segunda Edición castellana (traducción de Jorge Guerrero R.), Editorial Temis, Bogotá, 2002, pág. 22.

² La distinción entre conceptos y concepciones, frecuentemente utilizada en la literatura filosófico-política, fue originalmente implementada por John RAWLS en las primeras páginas de su "Teoría de la Justicia". Pero es Ronald DWORKIN quien profundiza esta distinción en un doble sentido. En primer término, como contraste entre ideas en distintos niveles de abstracción: adoptando la imagen del árbol, un *concepto* es visto como el tronco o elemento común (lo más abstracto) del que surgen diferentes ramas o interpretaciones que, como *concepciones*, concretan alguno de los diferentes significados posibles de aquél. En segundo lugar, como contraste entre criterios con distinta función. Según DWORKIN, expresar un *concepto* en una norma (por ejemplo: "Se prohíben las penas crueles") es dejar abierta la posibilidad de diferentes interpretaciones o teorías que la desarrollen, en tanto el autor de la norma no compromete un significado unívoco e invariable sobre ésta; expresar una *concepción*, en cambio (*v. gr.* "Se prohíbe la pena de

catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Luis PRIETO SANCHÍS, se pueden encontrar al menos tres significados de eficacia: i) el jurídico o dogmático; ii) el político; y, iii) el sociológico. Cada uno de estos significados constituye una concepción peculiar de la eficacia³. Pero asimismo existen otras dos concepciones que, no partiendo de criterios clasificatorios por parcelas científicas sino de criterios cualitativos, vienen a erigirse como las dominantes en la teoría jurídica contemporánea: la eficacia *como resultado* y la eficacia *como cumplimiento*. Vamos a repasarlas.

I.1.A) La eficacia como resultado.-

Se refiere a la satisfacción o realización de las finalidades u objetivos sociales o políticos perseguidos por el legislador (o, más ampliamente, por el órgano productor de las normas). El presupuesto de esta concepción descansa en la idea de que el fenómeno normativo siempre tiene una causa: las normas, en principio, no se dictan sin razón; las regulaciones

muerte y la de azotes”) cierra aquella posibilidad y especifica un significado invariable. Como se ve, la diferencia aquí ya no es *gradual* (de abstracción a concreción) como en el anterior significado, sino de *categoría*; se trata de “una diferencia no sólo en el detalle de las instrucciones dadas, sino en el tipo de instrucciones dadas. [...] Cuando apelo a la equidad (fairness) planteo una pregunta moral; cuando manifiesto mi concepción de la equidad, trato de responderla”. Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. al castellano de Marta Guastavino). Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pág. 327 y ss.

³ Vid. *Apuntes de Teoría del Derecho*, Primera Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 83 y ss. Para el maestro PRIETO SANCHÍS, se puede hablar de eficacia *en un sentido jurídico* (1), cuando se alude a “la fuerza o capacidad (de las normas) para producir efectos jurídicos”. Una norma jurídica será eficaz si resulta idónea para producir aquellos efectos, previstos por ella misma. Pero, nótese, este rasgo sería peculiar a todos los enunciados normativos válidos, pues todos éstos tienen una aptitud *prima facie* para generar efectos jurídicos (“Toda norma válida es eficaz en sentido jurídico”) ¿Qué ocurre, entonces, con los enunciados normativos inválidos? Respuesta: “Si no son válidos, entonces el sistema no los reconoce como propios y no les atribuye consecuencia alguna, o sea, carecen de eficacia” – Ídem, p. 84. Por ello, el mismo profesor en cita admite que esta concepción de eficacia resulta ser muy cercana a la de *validez*, tanto así que los cuatro ámbitos comúnmente predicables de la validez de las normas (ámbitos material, temporal, personal y espacial), son reivindicados por PRIETO SANCHÍS a favor de la eficacia como propiedad normativa (*Ibidem*). Ahora bien, respecto del *sentido político* (2) y del *sentido sociológico* (3) de la eficacia, vale hacer la remisión a las nociones de eficacia *como resultado* y de eficacia *como cumplimiento*, en su respectivo orden, por la plena identificación conceptual que se advierte.

jurídicas no son sino el instrumento resultante de una determinada ideología o visión política sobre la sociedad. De ahí que el mismo profesor PRIETO SANCHÍS etique a esta concepción como el *sentido político* de la eficacia⁴.

Pues bien, si las normas cumplen con las expectativas de la autoridad que las ha dictado con una cierta finalidad (*v.gr.*, reducir la tasa de criminalidad o aumentar las recaudaciones fiscales), diremos que aquellas son *eficaces*. Por el contrario, si las normas no logran producir el efecto esperado, o incluso si producen el efecto opuesto al previsto en el momento de diseñarlas, se dice que éstas son *ineficaces*. En un contexto local, por ejemplo, es palmario que las normas tributarias son altamente eficaces en cuanto a la finalidad de *suficiencia recaudatoria* (pues las recaudaciones son satisfechas con creces en cada ejercicio económico); en tanto que las normas penales como instrumentos de control de la delincuencia son tremendamente ineficaces (los índices delictivos, lejos de estar controlados, tienden a incrementarse).

Las finalidades de la norma, sin embargo, no siempre son claras; éste es el grave problema que puede oponerse a esta concepción. Hay, por supuesto “casos fáciles”, donde los mismos términos prescriptivos evidencian los objetivos perseguidos (es el caso de la mayoría de *tipos* penales, normas que tratan de prevenir la comisión de delitos o su decrecimiento); o en los que esa identificación resulta sencilla (determinar que la finalidad de las normas que prohíben manejar en estado etílico es la prevención de accidentes –y no que los conductores dejen de beber– es una tarea poco compleja). Pero también hay de lo otro, “casos difíciles” donde identificar tales finalidades constituye un problema enmarcado en márgenes de duda. Por ejemplo: ¿Cuál es la finalidad de prohibir el comercio informal en ciertas zonas urbanas? Aquí esa identificación se problematiza porque las respuestas no son unívocas (y es que la prohibición puede sustentarse en razones de orden público, de sanidad, de incentivos al comercio formal, de protección ambiental, de control fiscal, etc.)

En todo caso, debe entenderse que esta particular visión *instrumental* sobre la eficacia, no toma como parámetros a los efectos jurídicos

⁴ *Ibidem*, p. 85

inmediatos, sino a los resultados políticos o sociales que mediatamente pretendan alcanzarse. Lo decisivo, pues, está en determinar si esos fines u objetivos son *internos* o *externos* al propio sistema jurídico; vale decir, si aquellos se corresponden con lo expresado en otras normas jurídicas (*normas - fin*) o si aparecen como meros enunciados de un programa político sin referencias normativas concretas.

Sobre esta última posibilidad, no hay mucho que decir en tanto dichas finalidades no sean contrarias al ordenamiento jurídico; aquí la eficacia se medirá siempre respecto de la única norma instrumental en cuestión. Pero este no es el caso más abundante en la experiencia de los Estados Constitucionales, donde parece ser que la primera posibilidad – la existencia de *normas - medio* y de *normas - fin*– es la más frecuente de advertir.

En efecto, las constituciones materiales suelen introducir un extenso catálogo de fines constitucionales⁵ que impregnan o irradian con su fuerza normativa todas las parcelas del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de ello, y dada la exigencia de *sobreinterpretación* de la Constitución⁶ en el paradigma constitucional contemporáneo, todas las normas deben hallar, en último término, un objetivo o finalidad constitucional que justifique su pertenencia. Luego, y según esta óptica, se puede apreciar que todas las normas infra-constitucionales que se estimen válidas son *normas - medio* de otras *normas - fin*: las normas de la Constitución.

⁵ En la Constitución del Ecuador, por ejemplo, casi no existen segmentos de regulación constitucional donde no se evidencien fines impuestos por los constituyentes, desde el mismo *Preámbulo*, hasta las declaraciones realizadas en cada una de las tipologías de *Derechos*, pasando por los *principios fundamentales* de cada sector o los *deberes primordiales* y las *responsabilidades* específicas que se atribuyen al Estado.

⁶ “Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de –esto es, «libres» del Derecho Constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aun minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. (...) no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sólo sea una “political question”, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes. Vid. GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en “Neoconstitucionalismo(s)”, Miguel Carbonell (Ed.), segunda edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, págs. 54 y 55.

Si se acepta esta visión *neoconstitucionalista* (o incluso si se guardan matices respecto a la sobreinterpretación constitucional, pero se admite, concomitantemente, que existen numerosos casos de *normas – medio* cuyo propósito es cumplir los objetivos fijados expresamente⁷ por otras normas, las *normas – fin*), entonces aquí la eficacia se articula en dos niveles.

Por una parte, la eficacia de las *normas – medio* dependerá del grado de realización de los fines señalados en las *normas – fin*. En un caso hipotético, las regulaciones jurídicas secundarias que fijan una “tarifa de la dignidad” en la prestación del servicio de energía eléctrica, serán eficaces si se logra la finalidad constitucional de *equidad* en los precios y tarifas de los servicios públicos (Art. 314.2 CRE).

¿Qué ocurre, en cambio, con la medición de la eficacia de las *normas – fin*? En este segundo nivel, dado que la norma en cuestión encierra un fin en sí mismo, no es admisible que se tome como referencia a otra norma u otra finalidad. Siguiendo el ejemplo anterior, resultaría redundante encontrar una *finalidad a la finalidad* constitucional de equidad en las tarifas de los servicios públicos⁸. La respuesta es que las *normas – fin* serán eficaces si son capaces de imponerse en la realidad, si son capaces “de asegurar que las demás normas (instrumento) satisfagan o realicen lo que aquellas mandan”⁹. Pero este sentido de eficacia no se condice con la concepción de la *eficacia como resultado* que habíamos venido comentando; y si a ciertas normas no puede predicarse este tipo de medición de la eficacia, lo que corresponde es pasar de ésta hacia una concepción

⁷ Vale aclarar que la plasmación *expresa* de ciertos fines nada tiene que ver con su grado de abstracción o concreción. Así, la Constitución del Ecuador establece expresamente la finalidad de alcanzar el “buen vivir” (finalidad constitucional abstracta *in extremis*), de la misma forma que fija a la redistribución del ingreso y a la estimulación del empleo como fines de la política tributaria (finalidades constitucionales concretas –o mucho menos abstractas, en todo caso-).

⁸ Podría intentarse tal ejercicio y, en esa línea, determinar que la finalidad de la equidad en las tarifas de los servicios públicos es, en último término, el principio de igualdad. Pues bien, ¿Cuál es la finalidad del principio de igualdad? Podrían ensayarse respuestas cada vez más abstractas, pero ello en nada facilitaría la medición de la eficacia como resultado, que seguiría sin resolver.

⁹ PRIETO SANCHÍS, *Op. cit.*, p. 88

distinta que pueda dar cuenta de aquellas. Y eso es justamente lo que veremos a continuación.

I.1.B) La eficacia como cumplimiento.-

Según esta concepción -que es la más difundida en la cultura jurídica- una norma, cualquier norma, será eficaz si ocurre una (cualquiera) de las siguientes circunstancias:

- i) Si sus destinatarios ajustan su comportamiento a lo prescrito por la norma; o,
- ii) Si la norma, pese a ser incumplida por sus destinatarios, tiene la virtualidad suficiente para imponerse coactivamente.

Lo gravitante aquí, como se puede observar, es el grado de efectivo *cumplimiento* de la norma por parte de sus destinatarios, bien sea que se trate del cumplimiento consciente de los sujetos que deben cumplirla, o del cumplimiento forzoso que se impone en caso de inobservancia. Es lo que se ha denominado *cumplimiento del antecedente* y *cumplimiento del consecuente*: tan eficaz es que la norma se cumpla por voluntad propia del destinatario -y que esa voluntad obedezca a convicciones morales, al temor por una sanción o a la mera comodidad-, como igualmente eficaz es que los jueces (en sentido amplio) hagan cumplir las consecuencias previstas por la norma mediante la coacción¹⁰.

Ahora bien, si se mira con detenimiento, el fenómeno del cumplimiento/incumplimiento de las normas tiene que ver más con el grado de recepción de éstas en las prácticas sociales que con la juridicidad. Toda norma tiene un cierto contenido, un "*deber ser que socialmente o en la práctica puede ser realizado o cumplido en mayor o menor medida*"¹¹. Por ello es que PRIETO SANCHÍS encuentra en esta concepción un *sentido sociológico* de la eficacia, algo que sin duda interesa más a la sociología jurídica que a la teoría del Derecho.

Contrastando este significado de eficacia (como cumplimiento) con la anterior concepción de la eficacia (como resultado), puede decirse que

¹⁰ En palabras de PRIETO SANCHÍS: "*Tan eficaz es la norma penal que prohíbe el robo si resulta que nadie roba, como si todos los ladrones sufren la sanción correspondiente*". Ídem, p. 86

¹¹ *Ibidem*.

la primera tiene una cierta ventaja, y ello es así por lo siguiente: una norma puede ser absolutamente eficaz, desde el punto de vista de su cumplimiento, pero ineficaz para alcanzar los resultados que se esperan de aquella¹²; en cambio, no hay forma de que esos resultados sean logrados y que hablemos de una norma *eficaz* en sentido político sin que ésta sea primeramente cumplida por sus destinatarios. Se concluye, pues, que la eficacia como cumplimiento es condición necesaria –pero no suficiente– de la eficacia como resultado.

Pero la gran problemática que se cierne sobre esta concepción de la eficacia es que, objetivamente, el cumplimiento de las normas no es una variable absoluta: no existe –o nos resultaría muy difícil señalar que existe– una norma absolutamente eficaz, una que sea cumplida siempre y en toda circunstancia por la globalidad de sus destinatarios. Sin embargo, si la eficacia fuese gradual, podría cuestionarse lo siguiente: ¿Cuántos actos de cumplimiento deben observarse, y durante cuánto tiempo es necesario que éstos se den, para decir que una norma es eficaz?

Obviamente, la pregunta es errada. Que la eficacia sea gradual no significa que ésta tenga un solo nivel, sino todo lo contrario: varios niveles. Precisamente de ello se ocupó Norberto BOBBIO en su *Teoría de la Norma Jurídica*¹³, al proponer una escala de eficacia normativa articulada en cuatro intensidades:

- i) *Normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea* (las más eficaces): son aquellas que no requieren usualmente de la amenaza del castigo, porque las prácticas sociales han determinado su natural cumplimiento por parte de los destinatarios. Una buena parte de las normas del derecho privado gozan de este grado de eficacia: por

¹² Un ejemplo de esta desconexión puede hallarse en el ejemplo antes utilizado de las normas tributarias (y más concretamente en las normas legales que imponen el deber formal de declarar los impuestos cuya liquidación depende del contribuyente): si bien la declaración y pago de impuestos internos en el Ecuador viene cumpliéndose en forma cada vez más sostenida, las finalidades constitucionales de redistribución de la riqueza y de estimulación del empleo, que recaen sobre la política tributaria, son de escasa o nula realización.

¹³ Como se conoce, la *Teoria della norma giuridica* de BOBBIO constituye la Parte Primera de la “*Teoría General del Derecho*”, obra colombiana con traducción de Eduardo ROZO ACUÑA. *Op. cit.*, p. 22.

ejemplo, las normas del Derecho de Familia que establecen la obligación de los padres de velar por sus hijos es mayoritariamente cumplida, y no necesariamente por causa del elemento sancionador (sino, más bien, por causa de convicciones morales: de ahí que en gran medida este nivel se corresponda con las normas morales positivadas).

- ii) *Normas que, por lo general, se cumplen sólo cuando van acompañadas de coacción*: son las que se obedecen pero de manera no inicialmente espontánea, pues para sus destinatarios pesa más el temor a la sanción antes que la asimilación natural de su contenido. Esta peculiaridad implica la no necesaria conexión de la norma con los valores asumidos socialmente por una cierta comunidad. Por ejemplo, las normas que obligan a ejercer el derecho al sufragio en nuestro país se cumplen en altísimo grado, pero no tanto por serias convicciones democráticas sino mucho más por la necesidad de evitar sanciones y de evitar las cargas que se originan por no obtener un certificado de votación.
- iii) *Normas que no se cumplen, a pesar de la coacción*: este grado negativo de eficacia se traduce en el habitual irrespeto de aquellas, sobre la base de dos posibilidades: o bien la sanción es menos “costosa” que el cumplimiento de la norma (es el caso de la obligación de implementar un comisariato propio para los trabajadores de una fábrica, por parte de sus empleadores), o bien las prescripciones normativas son tan inaceptables para sus destinatarios, que éstos prefieren asumir la sanción prevista (es el caso de las objeciones de conciencia no reconocidas legislativamente, lo que conlleva la desobediencia del Derecho).
- iv) *Normas que se violan sin que ni siquiera se aplique la coacción* (las más ineficaces): es el caso de las normas que, pese a no ser cumplidas, tampoco se hacen cumplir por las autoridades que podrían hacer uso del elemento coactivo previsto en aquellas. Y no lo hacen porque tanto la prescripción como la sanción normativa han caído en desuso: es el fenómeno conocido como *desuetudo*, que implica la existencia de normas vigentes pero de nulo cumplimiento que han dejado de aplicarse y de observarse en un contexto actual. Por caso, la norma del Código de Comercio ecuatoriano que establece la

obligación de todo Registrador Mercantil de fijar y mantener fijada por seis meses, en su despacho, “una copia del extracto de cada documento registrado, con su número de orden y fecha, bajo la pena e indemnizaciones establecidas...”.

La problemática de la *desuetudo* es que, pese a que el Derecho no puede ser indiferente frente a los cambios sociales (y esto incluye no sólo a los adelantos científicos o tecnológicos sino también a determinadas valoraciones y concepciones morales), esta «costumbre negativa» tampoco puede suponer una condición suficiente para la pérdida de validez de la norma, como afirmaba KELSEN. Pues si así fuese –pregunta con razón PRIETO SANCHÍS– “¿Cuántos actos de desobediencia a la norma son precisos para considerar que ésta ha perdido su eficacia y, con ella, la validez? ¿cuántos jueces tiene que rehusar su aplicación? ¿cómo estar seguros de que en el futuro un operador jurídico no hará uso de una norma válida y no derogada?”¹⁴. Ninguna de estas preguntas tiene una solución definitiva, pues entre el desuso de la norma y su validez (que está intacta) no existe ningún dispositivo ampliatorio que impida la posibilidad de que aquella sea eventualmente aplicada, por ser válida y no estar derogada.

I.2.- Confluencia de las concepciones de la eficacia como resultado y como cumplimiento: el caso de las normas - directrices.

En el estado actual de la teoría de la norma jurídica, se viene admitiendo pacíficamente la existencia de *normas-principio* en oposición a las *normas-reglas*. Las primeras, además de su peculiar entronización en los textos de las constituciones materiales del Estado Constitucional, se caracterizan y diferencian -frente a las segundas- por su particular estructura (que presenta condiciones de aplicación muy abiertas o indeterminadas) y por el tipo de razones para la acción que se les predica (razones operativas pero *no perentorias*, que deben ser ponderadas o sopesadas deliberativamente con otras razones para elaborar una regla de aplicación concreta)¹⁵.

¹⁴ *Op. cit.*, pág. 91.

¹⁵ *Vid.* Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Tercera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, Capítulo I, pág. 28-43.

Pues bien, dentro de los principios, se admite también una subdivisión entre lo que se ha denominado *principios en sentido estricto* y *directrices*, que se distinguen básicamente porque unos actúan como *normas de acción* (imponiendo cursos de actuación genéricamente determinados) en tanto que los otros -las directrices- actúan como *normas de fin* (porque regulan la consecución de ciertos estados de cosas: objetivos económicos, sociales, culturales, etc., fijados también genéricamente).

Las directrices, luego, operan como *mandatos de optimización*: son normas que deben ser concretadas en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas existentes¹⁶. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la mayoría de las normas constitucionales que expresan *derechos sociales*. Aquí la nota característica es que la estructura normativa de las directrices presenta una configuración abierta tanto de la condición de aplicación como de la consecuencia jurídica¹⁷, no existiendo por tanto ninguna orientación para decidir por debajo de qué umbral de satisfacción hemos de considerar incumplidas dichas normas de mandato. Un claro ejemplo de directriz constituye lo dispuesto por el artículo Art. 3, núm. 5, de la Constitución, que instituye como deber del Estado “*Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir*”. El definir cuándo y cómo se incumple esta norma, es un problema que no puede ser resuelto como en los casos de las reglas.

Y es que las directrices, desde el punto de vista de las razones para la acción, incorporan *razones finalistas*¹⁸, vale decir, razones que aportan valores utilitarios o simplemente instrumentales. Ordenan la consecución de objetivos colectivos valiosos pero no con carácter último; por ejemplo, el *pleno empleo* (valor instrumental de un valor último: el principio de igualdad). Justamente por encerrar este tipo de *razones*, las directrices van dirigidas esencialmente a los propios poderes públicos, y es en este

¹⁶ Vid. ALEXY, Robert, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, trad. de Ernesto Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, p. 86.

¹⁷ Vid. ATIENZA y RUIZ MANERO, *op. cit.* Capítulo II, págs. 69 y ss.

¹⁸ *Ídem*, pág. 36 y ss.

escenario donde las dos concepciones de eficacia que hemos repasado se superponen¹⁹, como vamos a ver.

Antes habíamos dicho que la eficacia como cumplimiento es condición necesaria de la eficacia como resultado, y sobre todo en este caso puede advertirse que las directrices, en tanto aportan razones instrumentales o mediales, vienen a operar como intermedios de otras normas, que son las expresadas en los *principios en sentido estricto*, aquellos que verdaderamente aportan valores últimos del sistema, como la libertad, la igualdad o la dignidad. Así las cosas, para la satisfacción de estos valores definitorios o últimos, contenidos en los principios en sentido estricto (en otras palabras, para la eficacia *como resultado*), se necesita de la eficacia como obediencia de las directrices: su eficacia *como cumplimiento*. Pero a su vez, para que ésta relación sea eficaz, las directrices requieren de normas inferiores que concreten o desarrollen los valores instrumentales así enunciados; en este segundo nivel, sin la eficacia instrumental de la reglamentación específica, no se podrá nunca alcanzar la eficacia final de las normas directrices.

Si se sigue esta confluencia, puede observarse el fenómeno de que, en ciertos ámbitos, la eficacia de las normas no depende ya de una circunstancia externa (la conducta de los destinatarios) sino de un hecho jurídico interno: la existencia de otras normas. *“En otras palabras –nos enseña el maestro PRIETO SANCHÍS- en ocasiones la eficacia no remite a lo que ocurre fuera del sistema jurídico, en la sociedad, sino a lo que acontece dentro de él, propiamente al comportamiento de los agentes jurídicos”*²⁰.

Pero ¿cómo puede lograrse la reglamentación de las directrices, a efecto de tener las pautas necesarias para medir su eficacia? La respuesta es que debe practicarse un tipo especial de razonamiento comparativo que, antes que llamarlo ponderación, conviene llamarlo «concreción» o «desarrollo», siguiendo la terminología sugerida por Manuel ATIENZA. En primer lugar, se debe concretar un objetivo, sin que por ello se prescinda de la dimensión de interferencia respecto del resto de los objetivos valiosos establecidos por el sistema y sin que se deje de tomar

¹⁹ PRIETO SANCHÍS, *Op. cit.*, p. 89 y 90.

²⁰ Ídem, p. 90

en cuenta los límites fijados por los principios en sentido estricto²¹. En segundo término, se deben crear “tanto reglas de acción como reglas de fin o la obligación o la autorización para emprender determinadas acciones”²².

Es muy importante señalar que la concreción de directrices se realiza primordialmente fuera del ámbito de la potestad jurisdiccional; vale decir, no son los jueces, sino los legisladores y los órganos administrativos pertinentes, quienes deben operar con este tipo de razonamiento. Las altas cotas de discrecionalidad que se alcanzan al fijar las reglas que concreten justificadamente las directrices, mueven a los sistemas jurídicos a confiar esta actividad de concreción a un nivel gubernativo. Pero se deja a los jueces competentes, eso sí, el control de la corrección de esa ponderación. Básicamente: que la ponderación de directrices no se haya extralimitado hasta el punto de desbordar los parámetros jurídicos impuestos por las reglas y los principios en sentido estricto.

Si se toma como ejemplo a la directriz constitucional que fija el objetivo de facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada, constante en la Constitución ecuatoriana²³, podría ensayarse el siguiente razonamiento. En primer lugar, y sin que sea necesario un contexto particular o determinado, tienen que fijarse aquellos objetivos más concretos que se conecten con el fin último de la directriz (*v. gr.*, conseguir una mayor oferta de viviendas por parte del Estado o aumentar la oferta de viviendas de alquiler). A su vez, para lograr estos últimos objetivos “se diseñan medidas aún más concretas que pueden consistir en normas de fin o de acción o en la realización de cierta acción”²⁴. Establecidas esas medidas (reglas), se alcanzan los fines más concretos de la directriz así desarrollada sin que, por otra parte, se afecten de manera esencial otros fines distintos u otros valores del ordenamiento jurídico.

En la parte residual de esta peculiar ponderación, una vez obtenidas las reglas, el tipo de razonamiento a emplearse posteriormente (normal-

²¹ Vid. ATIENZA, Manuel, “*El Derecho como Argumentación*”. Primera Edición, Ariel, Barcelona, 2006, pág. 172.

²² *Ídem*

²³ Artículo 30, CRE: “Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica”.

²⁴ ATIENZA, Manuel, “*El Derecho como argumentación*”, pág. 175

mente por órganos distintos a los que las crearon) puede variar, dependiendo de lo siguiente:

- Si se ha justificado el dictado de una regla de acción, el razonamiento será subsuntivo;
- Si se ha justificado el dictado de una regla de fin, el razonamiento será finalista (discrecionalidad en los medios pero obligación de obtener o alcanzar el estado de cosas resuelto); y,
- Si se ha justificado la adopción de una medida concreta (ya tomada con precedencia), no existiendo ninguna regla, no se toma ninguna forma de razonamiento, sólo se constata el cumplimiento o incumplimiento de esa medida.

I.3.- Distinguiendo: Eficacia y Efectividad / Cumplimiento e Incumplimiento / Obediencia y Desobediencia.-

Para terminar la primera parte este trabajo, vale destacar el intento superador del Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, profesor Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, respecto a los binomios conceptuales existentes en la eficacia/ineficacia, la efectividad/ inefectividad, el cumplimiento/incumplimiento y la obediencia/ desobediencia.

Para definir la noción de eficacia/ineficacia, el profesor de la referencia considera es útil aprovechar el paralelismo existente entre enunciados asertivos y enunciados prescriptivos. Como a todo enunciado prescriptivo le corresponde un (y sólo un) enunciado asertivo, es posible dar cuenta de la noción de eficacia con la siguiente constatación lógica: *“Un enunciado prescriptivo es eficaz, si y sólo si su enunciado asertivo correspondiente es verdadero. Del mismo modo, un enunciado prescriptivo es ineficaz, si y sólo si su enunciado asertivo correspondiente es falso”*²⁵.

Así por ejemplo, si al enunciado prescriptivo: “Prohibido vender bebidas alcohólicas a los menores de 18 años” (O “Todos están obligados a no vender bebidas alcohólicas a los menores de 18 años”), le corresponde el enunciado asertivo: “Nadie vende bebidas alcohólicas a los

²⁵ Vid. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2002, p. 280.

menores de 18 años”, entonces el enunciado prescriptivo que hemos mencionado será eficaz *si y solo si* su correspondiente enunciado asertivo es verdadero, esto es, si en efecto nadie vende bebidas alcohólicas a los menores de 18 años. Pero si el enunciado asertivo que le corresponde es calificado de falso, entonces el enunciado prescriptivo –la prescripción– es ineficaz.

Como se ve, la noción de eficacia manejada por el profesor HERNÁNDEZ MARÍN se relaciona –aunque no se identifica – con la concepción de la eficacia *como cumplimiento*. Para este autor, la concepción opuesta –que habíamos revisado bajo el membrete de *eficacia como resultado*– sencillamente no es eficacia: corresponde a otro concepto, al cual denomina, más propiamente, *efectividad*.

Así, se puede decir que un enunciado jurídico es *efectivo* cuando su creación tiene como resultado o efecto causal, una situación que corresponde *aproximadamente* al objetivo que con él se perseguía²⁶. Y se subraya el carácter de aproximación, en cuanto se considera que ningún enunciado jurídico, ninguna norma, resulta suficiente por sí sola como para conseguir cualquier objetivo: hace falta, adicionalmente a los elementos normativos –sustantivos y procedimentales– que toda una cadena de órganos institucionales y sujetos destinatarios, adecuen perfectamente su conducta a la realización última de los fines perseguidos. Y ello no es moneda común de los sistemas jurídicos, o al menos no en su integralidad.

Eficacia y efectividad, para el autor en cita, dos conceptos interdependientes pero relacionados: existen ocasiones en que ambos podrán coincidir en ciertos contextos, pero asimismo podrán ocurrir situaciones de eficacia sin efectividad (como en alguna parte precedente lo hemos ejemplificado), y de efectividad sin eficacia (“*es el caso de las leyes simbólicas, creadas a sabiendas de que serán ineficaces, pero con miras a conseguir ciertos objetivos ideológicos o de propaganda política*”)²⁷.

Respecto al cumplimiento/incumplimiento de las normas, se trata de un binomio conceptual que está enteramente identificado con la ya

²⁶ *Ídem*, p. 282.

²⁷ *Ibidem*, p. 283.

repasada *eficacia como cumplimiento*. Para el profesor HERNÁNDEZ MARÍN la eficacia/ineficacia es una *propiedad* de ciertas prescripciones, de ser eficaces o no; en tanto que el cumplimiento/incumplimiento de esas mismas prescripciones, es una *relación* entre un individuo y una prescripción²⁸. Por ello, esclareciendo con gran solvencia las diferencias existentes entre estas dos nociones, añade que un sujeto puede *cumplir* con una prescripción y, si eso es cierto, entonces dicha prescripción es *eficaz*. Dos caras de la misma moneda, pero vistas desde la ontología de la norma (eficacia) y desde la subjetividad del destinatario (cumplimiento).

Finalmente, en cuanto a la obediencia/desobediencia del Derecho, se enseña que la obediencia a las prescripciones jurídicas no es otra cosa que el *cumplimiento consciente* de aquellas²⁹. Si un sujeto cumple conscientemente el contenido prescriptivo de la norma, la está *obedeciendo*. Si no la cumple, o no la cumple conscientemente, la estará *desobedeciendo* o cumpliendo a secas.

Como es fácil intuir, en las sociedades contemporáneas es muy difícil encontrar en la obediencia el rasgo al cual atribuir mayoritariamente el grado de cumplimiento de las normas; por lo general estas *se cumplen meramente*, pues el acatar conscientemente las prescripciones constituye la marginalidad de las experiencias jurídicas. Ello se explica por varios factores, pero principalmente podríamos encontrar las causas de tal fenómeno en la multiplicación indiscriminada de regulaciones jurídicas, en el desconocimiento y desinterés de los ciudadanos por la legislación y en el alto grado de complejidad técnica de los enunciados jurídicos.

El cumplimiento a secas, o el mero cumplimiento, se explica entonces por otras causas (confianza en las informaciones oficiales, la más segura). Pero ello ya no corresponde a la Teoría del Derecho, sino a la Sociología del Derecho.

²⁸ *Ibidem*, p. 285.

²⁹ *Ibidem*, p. 288.

II

LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO GARANTE DE LA EFICACIA JURÍDICA

II.1.- Objeto y Ámbito de la Acción por incumplimiento.-

Habíamos concluido en la primera parte de este trabajo, que cuando el análisis del Derecho se enfoca en el grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de los destinatarios, hablamos de un sentido –el más difundido sentido- de *eficacia jurídica*. Es cierto que no hay un sentido unívoco del término «eficacia jurídica»; sin embargo, nos vamos a referir aquí a la acepción más generalizada en la teoría jurídica: la que se corresponde con un *sentido sociológico* (PRIETO SANCHÍS), también llamado por otros autores –raramente- *efectividad* (CAPELLA). Ello quiere decir que las normas, y más precisamente las normas deónticas o regulativas – aquellas que tienen un contenido prescriptivo consistente en mandar, permitir o prohibir algo-, pueden ser cumplidas o realizadas en mayor o menor medida por parte de sus destinatarios. Esa realización efectiva del contenido de las normas, es lo que llamamos *eficacia como cumplimiento*.

Pues bien, la Constitución de la República del Ecuador (CR) ha instituido una novedosa herramienta procesal constitucional tendiente a garantizar, en primer lugar, la eficacia jurídica de “las normas que integran el sistema jurídico”, haciéndolas cumplir mediante su aplicación. Aplicación que no es ya voluntaria -pues su cumplimiento se ha omitido por parte del destinatario- sino forzosa, vía mandato judicial expedido por la Corte Constitucional. Pero no sólo eso; la acción por incumplimiento también puede dar cobertura a la aplicación de “actos administrativos de carácter general” (Art. 436, No. 5, CR) así como al cumplimiento de “sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos” cuyo cumplimiento se haya obviado por parte de los responsables de su ejecución.

Los antecedentes más remotos de la acción por incumplimiento se encuentran, en el contexto regional latinoamericano, en la Constitución de Colombia de 1991. En el vecino país, dicha acción -llamada *acción de cumplimiento*-, se concibió como una oportunidad ciudadana para “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”³⁰.

Remarcando más la vinculación de la Acción de Cumplimiento con los principios medulares que conforman el Estado Social de Derecho, la misma Corte Constitucional colombiana 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”³¹.*

Condición necesaria para la procedibilidad de la acción por incumplimiento (Art. 93, CR, y Art. 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional - LOGJCC) es que, cualquiera que sea el objeto en el que recaiga (“normas”; “actos administrativos generales”, o “sentencias, decisiones o informes” de organismos de derechos humanos) debe existir una obligación positiva o negativa que pueda determinarse en su contenido; y esa obligación de *hacer* o de *no hacer* algo concreto, debe ser clara, expresa y exigible.

Por ello, y aun cuando el Art. 436 de la Constitución especifica que la acción por incumplimiento recae sobre normas o actos administrativos de carácter general *“cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía”*, es palmario que las normas que no son regulativas o deónticas, esto es, las normas que no prescriben nada (que no mandan, ni permiten, ni prohíben, tales

³⁰ Auto del pleno de la Corte Constitucional de Colombia, del 10 de diciembre de 1992. Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

³¹ Sentencia C-157, 1998.

como las *reglas que confieren poderes* o las *reglas puramente constitutivas*³²), no pueden ser objeto de la acción por incumplimiento: al no contener ninguna obligación de hacer o no hacer para nadie, lógicamente no puede exigirse su realización.

Por ejemplo, la transmisión de los derechos hereditarios a los sucesores, por el sólo hecho de la muerte del causante (regla puramente constitutiva), no manda, prohíbe, ni permite nada: se limita a constituir ciertas consecuencias jurídicas en el patrimonio de determinados sujetos, a quienes no impone ninguna obligación de hacer o no hacer. En consecuencia, y aunque es bastante obvio, este tipo de reglas no podrían ser objeto de la acción por incumplimiento, sencillamente porque no pueden incumplirse.

Y es que, como bien afirma el profesor Rafael HERNÁNDEZ MARÍN “*la eficacia/ineficacia es un rasgo distintivo de los enunciados prescriptivos*”³³. Esto tiene como principal consecuencia, que la eficacia o ineficacia no se predica de todos los enunciados jurídicos: si un enunciado jurídico no es prescriptivo, entonces no es ni eficaz ni ineficaz. Un enunciado jurídico cualificatorio³⁴ que diga: “z es embajador” no resulta eficaz por el hecho de que fulano sea igual a z, ni tampoco puede decirse que sea ineficaz por el hecho de que mengano sea distinto de z.

³² Vid. ATIENZA y RUIZ MANERO, *Op. cit.*, págs. 69 y ss. Para los citados catedráticos de la Universidad de Alicante, ambos tipos de *normas constitutivas* no califican deónticamente nada; simplemente determinan una solución normativa (un resultado institucional) para ciertas condiciones de aplicación, sin que ningún sujeto esté obligado (o no) a hacer o no hacer algo.

³³ *Op. cit.*, p. 279.

³⁴ “*En el Derecho, junto a enunciados prescriptivos, cuya existencia ha sido reconocida desde siempre, existen enunciados no prescriptivos, tan jurídicos como los anteriores (...) Estos enunciados atribuyen una calificación a ciertas entidades. De ahí que sea justificado denominarlos enunciados cualificatorios*”. Ídem, p. 259. El mismo profesor HERNÁNDEZ MARÍN ejemplifica este tipo de enunciados: el enunciado que nombra a un individuo ministro de transportes (que en el contexto ecuatoriano vendría dado por un Decreto Ejecutivo); el que establece que ciertos objetos son documentos públicos (Art. 164 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano); el que dice que ciertas entidades son personas jurídicas (Art. 564, segundo inciso, del Código Civil del Ecuador), etc.

Lo mismo puede decirse de las normas extraídas de los *enunciados permisivos*. Los permisos en el Derecho han sido fuertemente criticados por su supuesta irrelevancia pragmática: una norma permisiva no constituye ninguna razón, “*ni para realizar la acción ni para omitirla. Tampoco puede operar como criterio de valoración de las acciones realizadas, pues no es posible –por razones lógicas– actuar de forma no correspondiente a la misma*”³⁵. En palabras más sencillas, si las normas que contienen permisos no obligan a nada, ¿Cómo podrían incumplirse? La ausencia de respuesta a esta cuestión es evidente; la consecuencia es que no sería posible, en principio, interponer una acción por incumplimiento sobre normas de permiso³⁶.

Ahora bien, situándonos en torno a la primera posibilidad que se cierne sobre la acción por incumplimiento (la garantía de aplicación de “normas”), es propicio aclarar que las piezas que integran un sistema jurídico no son propiamente las *normas*, sino los enunciados o disposiciones jurídicas. *Normas* son los significados que se atribuyen a esos enunciados, luego de la interpretación³⁷. Lo que sucede es que es que en el lenguaje común de los operadores jurídicos, la tradición ha impuesto que se identifique *norma* con *disposición jurídica*, y que se empleen ambos términos como sinónimos, cuando ello no es correcto. Creemos, en todo caso, que la referencia del texto constitucional, reproducida en el artículo de nuestro comentario, tiene como objeto a las disposiciones jurídicas integrantes del ordenamiento jurídico ecuatoriano (comúnmente llamadas “normas”), cuyo cumplimiento pretende ser garantizado por esta nueva acción constitucional.

Hecha esta aclaración, y dimensionando la finalidad central de la acción por incumplimiento (garantizar la aplicación de las disposiciones jurídicas), se advierte un problema: ¿Cabe que *todas* las disposiciones

³⁵ ATIENZA y RUIZ MANERO, *Op. cit.*, pág. 117.

³⁶ Cabe dejar señalado que, para los autores en cita, no es posible identificar normas puramente permisivas en los ordenamientos jurídicos; y que los permisos vienen a constituir excepciones, derogaciones o formulaciones indirectas de normas de mandato (de obligación o de prohibición). *Ídem*, p. 119.

³⁷ *Vid.* GUASTINI, Riccardo, “*Estudios sobre la interpretación jurídica*”, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 1999. Capítulo I, p. 3 y ss.

jurídicas ineficaces sean susceptibles de un mandato de cumplimiento? O lo que es lo mismo, ¿Cabe interponer la acción por incumplimiento frente a toda disposición jurídica incumplida?

Ni la Constitución ni la LOGJCC especifican alguna limitación en cuanto a la clase de “normas integrantes del sistema jurídico” que son merecedoras de la protección constitucional referida. Parecería, simplemente, que todas ellas lo son. Sin embargo, y más allá de tomar en cuenta la necesidad de que la disposición jurídica incumplida contenga una norma de mandato (de obligación o de prohibición), resulta insoslayable el análisis de la *validez* de esa norma. Y es que, ni todas las normas vigentes son válidas, ni la validez es una condición de la eficacia (de la eficacia *como cumplimiento*). Por tanto, pueden existir casos de disposiciones jurídicas que contengan normas ineficaces, cuyo cumplimiento se quiera demandar judicialmente –vía acción por incumplimiento-, pero cuya validez sea cuestionable desde el punto de vista de la legitimidad constitucional.

Sobre este problema ya se ha pronunciado la Corte Constitucional ecuatoriana³⁸: *“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”*. Esto es, que la disposición jurídica incumplida sea constitucionalmente válida resulta una condición implícita y necesaria para la procedencia de la acción por incumplimiento. El examen previo de la constitucionalidad de la norma contenida en tal disposición será, pues, el primer paso que deberán tomar los jueces constitucionales a efectos de determinar la viabilidad de la acción, tarea ésta que recae con gran pertinencia en el seno de la Corte Constitucional.

Por otra parte, y refiriéndonos a la segunda posibilidad de ejercicio de la acción constitucional comentada, en donde se pretende el cumplimiento de “sentencias, decisiones o informes de organismos interna-

³⁸ Sentencia No. 005-09-SAN-CC, del 8 de Octubre de 2009.

cionales de protección de derechos humanos”, cabe dejar sentado que la Corte Constitucional ecuatoriana ha diferenciado³⁹ la acción por incumplimiento propiamente dicha, de la “acción por incumplimiento de sentencias constitucionales” prevista en el Art. 436, numeral 9, de la Constitución del Ecuador.

En efecto, la Constitución ecuatoriana ha establecido por separado las competencias de la Corte Constitucional para conocer las acciones por incumplimiento y para “conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”, objetos que son peculiarmente distintos de las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de DDHH. Sin embargo, en el contexto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Artículo 163, inciso tercero) estos casos de incumplimiento de sentencias y dictámenes emitidos por la Corte Constitucional, deben seguir el mismo curso de acción general previsto en las disposiciones que estamos comentando.

II.2.- Legitimación pasiva de la acción por incumplimiento.-

El artículo 53 de la LOGJCC determina que la acción por incumplimiento procede en contra de toda autoridad pública y en contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procede contra particulares, asimismo y según el texto legal, cuando las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

Los legitimados pasivos de la acción por incumplimiento son, en primer término, aquellas autoridades públicas a quienes se atribuye el incumplimiento de las disposiciones jurídicas contentivas de normas de mandato, de actos administrativos generales (con efectos equiparables a las normas), o de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de Derechos Humanos; quienes, teniendo la

³⁹ Auto de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador, para el Periodo de Transición, expedido el 20 de Enero de 2009, las 15h10, dentro de la causa de acción por incumplimiento signada con el No. 004-08-AN.

obligación de realizar el contenido prescrito por aquellas, obvian ilegítimamente su aplicación.

Se sitúan en la misma condición, en segundo término, los particulares –sean personas naturales o jurídicas- que ejerciten funciones públicas o presten servicios públicos. Se advierte pues, que los legítimos contradictores pasivos de una acción por incumplimiento, se insertan diáfananamente en lo que la Constitución del Ecuador denomina “sector público”, pues el detentar el ejercicio de una potestad pública conlleva inherentemente la facultad de aplicar –en la medida de sus competencias- determinadas disposiciones jurídicas que pueden, en ciertos casos, ser soslayadas.

Un tercer nivel de sujetos a quienes se puede demandar en una acción por incumplimiento, está dado por los particulares que, sin importar si ejercen (o no) una potestad pública o si prestan (o no) un servicio público, son responsables en el cumplimiento de obligaciones claras, expresas y exigibles, derivadas de las sentencias, decisiones o informes de los organismos internacionales de protección de DDHH. Para responsabilizar a esos particulares por el incumplimiento de tales instrumentos, bastará que sean determinados (individualizados) o sean susceptibles de serlo.

II.3.- Reclamo previo.-

El artículo 54 de la LOGJCC prescribe que, “*con el propósito de que se configure el incumplimiento*” (sic), la persona accionante previamente debe reclamar 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.

Como se advierte, la Ley ha instaurado como requisito de procedibilidad de la acción por incumplimiento (cuya prueba incluso será exigida en el contenido de la demanda), la necesidad de que se realice un reclamo previo a la autoridad o sujeto responsable del cumplimiento de las normas, de los actos administrativos, o de las sentencias, decisiones o informes de los organismos internacionales de DDHH.

No parece, sin embargo, que haya mucha coherencia en la redacción legislativa cuando se afirma que la falta de respuesta o la respuesta negativa de dicho reclamo *configura* el incumplimiento. Éste, a nuestro parecer, se configura fácticamente por la sola omisión en la realización de las correspondientes obligaciones por parte del sujeto destinatario, antes del reclamo que lo suscita. Lo que puede hacer el reclamo es dejar constancia de la ausencia de cumplimiento, o incluso propiciar que se cumpla voluntariamente el objeto incumplido; pero en ningún caso configurar algo que ya está dado, y que incluso puede generar efectos lesivos antes de la propia reclamación.

Por otra parte, la experiencia similar que se ha evidenciado en otras prácticas jurídicas propias del Derecho Público ecuatoriano (v. gr. la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas o el silencio administrativo), demuestra que los reclamos previos tienen poco, mal o ningún efecto práctico: por lo general, al no excluir la posterior admisibilidad de la pretensión en sede judicial, son tomados con ligereza, principalmente por las autoridades públicas. En el caso que nos atañe, la falta de respuesta, o la respuesta negativa, coloca al sujeto interesado en el mismo estado de cosas anterior al reclamo, sin que se vislumbre ningún efecto positivo (por el contrario, se habrá perdido 40 días).

Y si ese agotamiento previo exigido por la Ley sólo sirve para demostrar a la Corte Constitucional que se ha intentado por otro medio el cumplimiento de algo que debe ser realizado, en principio, por imperatividad jurídica –y no por solicitud de nadie– pues ello nos lleva a cuestionar la idoneidad y la legitimidad del reclamo previo para el caso de la acción por incumplimiento, más aun si se trata de una garantía constitucional que se supone de *inmediata y directa* aplicación (Art. 11.3 CR).

II.4.- Contenido de la demanda.-

El Art. 55 de la LOGJCC establece los requisitos que debe contener la demanda, a saber:

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.

El artículo antes transcrito enlista los requisitos formales de la demanda que da inicio al proceso constitucional de acción por incumplimiento. Tres de los requisitos son comunes a todas las acciones constitucionales (identificación del accionante, declaración de no duplicidad de acciones y lugar de notificaciones), pero las otras tres se refieren concretamente a la acción por incumplimiento: i) identificación del objeto de la acción, y de las obligaciones en él contenidas; ii) señalamiento del sujeto incumplidor; y, iii) demostración de que se ha procedido con el reclamo previo, antes criticado.

II.5.- Causales de inadmisión.-

El artículo 56 de la LOGJCC aclara los casos de improcedencia de la acción, que son los siguientes:

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.

Como viene siendo habitual, se ha regulado los casos en que la Corte Constitucional debe inadmitir la acción mediante auto motivado. Dichos supuestos son de sencilla comprensión, y su desarrollo es el siguiente:

- Cuando existen otras garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución que pueden precautelar o preservar los derechos en juego que dicen ser afectados por el incumplimiento del caso concreto. Por ejemplo, si lo que se trata es de demandar el cumplimiento de una norma de carácter procesal que, habiéndosela omitido, resguarda el derecho al debido proceso legal o a la tutela judicial efectiva, es bastante probable que tal incumplimiento haga surgir el derecho a ejercitar una acción extraordinaria de protección (más que una acción por incumplimiento);
- Cuando el incumplimiento se predique de normas constitucionales de mandato. La disposición muestra señales ambiguas: ¿se trata de cualquier omisión constitucional, o exclusivamente de omisiones normativas que han sido dispuestas por la Constitución? Nuestra respuesta se inclina por la segunda alternativa: es que en tal caso ya existe un mecanismo para salvar la *inconstitucionalidad por omisión*, y es el que se encuentra detallado en el Capítulo IX del Título III de la LOGJCC. Nos referimos al control constitucional de omisiones normativas.

Por el contrario, la sola omisión de un mandato constitucional que no apareje la obligación de desarrollar normativamente sus contenidos (por ejemplo, el mandato que tiene el Presidente de la República para notificar la declaración del Estado de Excepción a la Corte Constitucional – Art. 166, CR) sí que debiera incluirse dentro del ámbito de cobertura de la acción por incumplimiento: a menos que existan derechos que puedan ser precautelados de mejor forma por otras garantías jurisdiccionales (causal 1ra. de inadmisión), no hay ninguna razón para excluir las omisiones de mandatos constitucionales dentro del radio de la acción comentada;

- Cuando existan otros mecanismos judiciales de aplicación del objeto incumplido. Esta causal de inadmisión puede condecirse de lo prescrito por el artículo 436 de la Constitución, que impone la condición de que esos objetos omitidos en su cumplimiento (normas, actos administrativos, sentencias de organismos internacionales, etc.), *“no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”*. La única salvedad que refleja la Ley está constituida por aquellos casos en los que el accionante pueda sufrir un perjuicio grave e inminente si no se admite la acción;

- Finalmente, cuando no se cumplan los requisitos formales de la demanda.

II.6.- Procedimiento.-

Corresponde al Art. 57 de la citada LOGJCC, definir el procedimiento que atañe a la Acción por Incumplimiento. Y se señala que, una vez presentada la demanda ante la Corte Constitucional, la Sala de Admisión la admitirá o inadmitirá conforme lo establecido en los artículos precedentes.

En caso de que se considere admisible la demanda, inmediatamente se procederá al sorteo que designe al juez constitucional que deba ser ponente en la causa. Y dentro de las veinticuatro horas siguientes, va a tener que notificarse a la persona accionada para que comparezca a una Audiencia que se realizará en el término de dos días.

En la audiencia, la institución o persona accionada comparecerá y contestará la demanda, presentando las pruebas y justificativos que considere pertinentes. El objeto de esta audiencia es que la parte accionada, o bien justifique el incumplimiento denunciado o bien se allane al cumplimiento inmediato al que viene obligado.

Sólo en caso de que existan hechos que deban justificarse, la Corte Constitucional dispondrá la apertura de un término de prueba de ocho días, luego de lo cual 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 de la Corte deberá dictar tal resolución definitiva en el término de dos días de celebrada la audiencia.