

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REVISIÓN DEL DERECHO COMPARADO

Iván Castro Patiño*

RESUMEN:

En esta investigación, el autor nos ofrece antecedentes tanto históricos como jurisprudenciales de la Acción por Incumplimiento, haciendo un recorrido histórico desde el Derecho Romano hasta, finalmente, abarcar un breve estudio de dicha Garantía Constitucional en Latinoamérica.

Así, nos muestra el desarrollo de las diferentes formas en que actúa la Acción por incumplimiento en Latinoamérica, tanto es así que, el autor perspicazmente capta similitudes y diferencias que ayudan al estudio de esta Garantía Constitucional.

Finalmente, se analiza una interesante propuesta del autor a la Comisión de Juristas del CONESUP, para incorporar la Acción por Incumplimiento en el Proyecto de Constitución Ecuatoriana, el cual establece acertados comentarios de la Constitución, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto a la Acción por Incumplimiento.

PALABRAS CLAVES:

Acción por incumplimiento.- Derecho Constitucional.- Omisión.- Principios procesales.- Corte Constitucional.-

* Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Profesor de las materias de Derecho Constitucional y de Derecho Laboral. Profesor de pre y pos grado sobre temas constitucionales.

ABSTRACT:

In this research, the author offers history both historical and legal action for non-compliance, making a historical route from Roman law until, finally, include a brief study of such a constitutional guarantee in Latin America.

Thus, it shows the development of the different ways that performed the action for the breach in Latin America, so much so, the author captures perceptively similarities and differences to help the study of this constitutional guarantee.

Finally, an interesting proposal for the author to the Committee of Jurists of the CONESUP, is analysed to incorporate the action for failure to comply with in the draft of Ecuadorian Constitution, which provides accurate comments by the Constitution and the organic law of jurisdictional guarantees and constitutional Control in relation to the action for failure to comply with.

KEYWORDS:

Action for failure to comply with; Constitutional Law; Omission; Constitutional principles, Constitutional Court.

SUMARIO:

1.- Introducción.- 2.- Los interdictos romanos.- 3.- Antecedentes en el Derecho Anglosajón.- 3.1.- El Writ of Mandamus.- 3.2.- El Writ of Injunction.- 4.- La Acción por Incumplimiento en el Derecho Constitucional Latinoamericano.- 4.1.- Brasil: El mandado de Injucao.- 4.2.- Mandamientos de ejecución y mandamientos de prohibición en el Derecho Constitucional Provincial de Argentina.- 4.3.- La Acción de Cumplimiento en el Derecho Constitucional de Colombia, Perú y Bolivia.- 4.4.- La Acción de Cumplimiento en Colombia.- 4.4.1.- Antecedentes.- 4.4.2.- Presupuestos de procedibilidad.- 4.4.3.- Legitimación activa.- 4.4.4.- Legitimación pasiva.- 4.4.5.- Objeto de la Acción de Cumplimiento.- 4.4.6.- No persigue fines indemnizatorios.- 4.4.7.- Caducidad de la acción.- 4.4.8.- Juez Competente.- 4.4.9.-

Trámite preferencial.- 4.4.10.- Principios procesales aplicables.- 4.4.11.- Contenido del fallo.- 4.5.- La Acción de Cumplimiento en Perú.- 4.5.1.- Antecedentes.- 4.5.2.- Requisitos de procedibilidad.- 4.5.3.- Legitimación activa.- 4.5.4.- Legitimación pasiva.- 4.5.5.- Objeto de la Acción de Cumplimiento.- 4.5.6.- Autoridad competente.- 4.5.7.- Contenido de la sentencia fundada.- 4.5.8.- Desistimiento de la acción.- 4.5.9.- Ejecución de la sentencia.- 4.6.- La Acción de Cumplimiento en Bolivia.- 5.- La Acción por incumplimiento en Ecuador.- 5.1.- Propuesta del Dr. Iván Castro Patiño a la Comisión de Juristas del CONESUP, para incorporar la Acción por Incumplimiento en el Proyecto de Constitución Ecuatoriana.- 5.2.- La Acción por Incumplimiento en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.- 5.2.- Diferencias entre el Proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP y la Norma Constitucional aprobada.- 6.- La Acción por Incumplimiento en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

1.- INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo del continente americano ha dado grandes aportes al constitucionalismo universal: el régimen de gobierno presidencial, el sistema de organización territorial federal, el control difuso de la constitucionalidad, la acción de amparo, la primera formulación constitucional de los derechos sociales, entre otros.

A primera vista, podría pensarse que la “acción por incumplimiento” es otro de los aportes del constitucionalismo americano al constitucionalismo mundial. Sin embargo, no es así, pues el origen remoto de la acción por incumplimiento se remonta a los *interdictos romanos*, pero su delineación más precisa y sus notas características tienen sus antecedentes en el derecho anglosajón con los *writ of mandamus* y *writ of injunction*.

El *mandado de injunção* en el derecho brasileño y los denominados *mandamientos de ejecución*, en el derecho argentino, son también, como veremos, antecedentes de la institución en estudio.

La acción por incumplimiento encuentra también sus raíces en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comunitario.

2.- LOS INTERDICTOS ROMANOS

El origen de algunas de las garantías de los derechos se remonta al clásico Derecho Romano, que se preocupó de elaborar instrumentos para lograr la efectiva realización de los derechos, entre los cuales sobresalen los denominados interdictos.

Los interdictos romanos constituían remedios procesales de carácter sumario, lo que los diferenciaba de las acciones de carácter judicial. Pero la principal diferencia entre la acción y el interdicto es el origen de ambos: mientras la acción proviene de una norma con fuerza de ley, el interdicto constituye una orden dada por el magistrado, se tramitaba en forma mucho más breve que las acciones.

A través de los interdictos, el actor podía solicitar al Pretor que, aún antes de nombrar al Juez que tramitaría el juicio, impartiera al demandado la orden perentoria de hacer o abstenerse de hacer algo que contravenga al derecho del accionante. La facultad para resolver deriva del *imperium* del que está investido el Pretor, lo que le permite interponer su autoridad para tratar de evitar una disputa.

A decir de Agustín Bravo Gonzáles y Beatriz Bravo Valdés, si es acatado, *“el interdicto ha conseguido su fin y la controversia queda resuelta de momento, sin perjuicio de que la parte afectada pueda acudir más tarde al procedimiento ordinario, para hacer valer el derecho que pretendía ejercitar; así el propietario que ha perdido la posesión de su bien, si intenta recuperarla por sí solo, será rechazado por el actual poseedor mediante un interdicto de retener la posesión, esto no obstante, le queda el camino expedito para ejercitar la acción reivindicatoria en un proceso ordinario.”*¹

Los *interdictum* se diferenciaban de los *decretum* en que estos últimos se referían a órdenes de hacer, en cambio los primeros a órdenes de no

¹ Agustín Bravo Gonzales y Beatriz Bravo Valdés. “Primer Curso de Derecho Romano”. Editorial Pax-México-1980, pág. 323.

hacer. Con el tiempo el nombre de *interdictum* se fue generalizando, en razón de su uso mucho más frecuente.

El Derecho Romano reconoció los interdictos "*exhibitorios, restitutorios y prohibitorios*", clasificación debida al tipo de órdenes que, a pedido del interesado, debía de impartir el Pretor, la misma que podía consistir en la exhibición de una persona o cosa, la restitución de cosas, la destrucción de obras o la simple abstención de un acto determinado.

Todos los interdictos apuntaban a la protección de los derechos de las personas, bien sea reales o personales, pero entre ellos merece ser destacado el denominado *interdictum homine libero exhibendo*, que amparaba la libertad personal de quienes tienen la calidad de "*hombres libres*".

3.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

3.1.- EL WRIT OF MANDAMUS

El *writ of mandamus* tiene sus orígenes en el derecho inglés en el siglo XVI. Sus antecedentes se remontan al siglo XII, con los denominados *King's Writ*, a través de los cuales los monarcas ingleses daban órdenes referentes a la administración de su reino. Posteriormente los *King's Writ* se transforman en Decretos del Rey tendentes a que los jueces y tribunales de la corona, avoquen conocimiento de los procesos promovidos por súbditos ingleses. Finalmente se convirtieron en proveídos de los Jueces dirigidos al demandado dentro de un proceso.

En la actualidad, el *writ of mandamus* "*es el mandamiento que dicta un tribunal competente en nombre del Estado o soberano, dirigido a otro tribunal inferior o a cualquier autoridad administrativa, ordenando la ejecución de un deber impuesto por la ley*".²

Por su parte, el Black's Law Dictionary lo define de la siguiente manera: "*Writ of Mandamus.- Nosotros ordenamos. Este es el nombre del Writ expedido por una corte de jurisdicción superior, dirigido a una corporación pública o privada, a cualquiera de sus funcionarios o a un funcionario ejecutivo, administrativo o judicial o a una corte inferior, ordenándole la ejecución de un*

² Oscar Rabasa: "El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law", Editorial Porrúa, México 1942, página 641.

acto, en él especificado, perteneciendo a su competencia pública, oficial o reglamentada o dirigido a la restauración de los derechos del quejoso de los cuales ha sido ilegalmente privado”.

Continúa refiriendo Black’s Law Dictionary que *“El mandamus puede ser también un mandamiento expedido por un tribunal de jurisdicción competente, con el propósito de ordenar a un tribunal de categoría inferior, a un organismo, a una sociedad o a una persona, la ejecución de un acto puramente discrecional al cual está obligada esa entidad o persona de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Puede ser también un mandamiento de carácter extraordinario cuyo propósito es el de hacer obligatoria en los casos en que exista un claro derecho legal por parte del demandante, un deber jurídico por parte del demandado y una ausencia de otro recurso apropiado y adecuado”.*

“Los tribunales distritales de los Estados Unidos tienen la jurisdicción de primera instancia en toda acción del tipo mandamus para hacer que un funcionario o empleado del gobierno de los Estados Unidos o de cualquiera de sus organismos, cumpla con determinada función que es preciso reconocerle al demandante.”

Tradicionalmente, el *mandamus* se ha expedido en respuesta a los abusos que comete el poder judicial. Así por ejemplo, es el caso de expedir un *mandamus* cuando ocurre que un juez de distrito se niega a iniciar determinada acción que se le solicita adelantar o cuando inicia determinada acción sin estar investido del poder necesario para iniciarla. La Corte Suprema puede expedir mandamientos del tipo *mandamus* en aquellos casos en que no hay otra manera de respaldar la jurisdicción de apelaciones para que no vaya a salir derrotada por una acción no autorizada de un tribunal inferior.

“El recurso del tipo mandamus es de carácter drástico y eficaz y debe ser invocado solamente en casos extraordinarios. Este tipo de mandamiento ha sido tradicionalmente empleado en los tribunales federales solo con el fin de mantener los tribunales de categoría inferior dentro de los límites del ejercicio legal de su correspondiente jurisdicción o con el fin de compeler a esos tribunales a ejercer su autoridad cuando sea su deber hacerlo (...)”³

³ Black’s Law Dictionary, St. Paul, Minnesota, 6ª ed., 1991, pág. 663. Traducción al español del doctor Jorge Guerrero.

El Código Judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, consagra el Writ of Mandamus en el artículo 1.361 en estos términos: “*Las cortes del distrito tienen jurisdicción para compeler a un empleado o funcionario de los Estados Unidos o a cualquiera de sus agencias a ejecutar una obligación debida al demandante.*”

Es preciso señalar que en el derecho norteamericano, la denominación de *writ*, ha variado por el de *prerogative orders*, que comprende los procedimientos de *mandamus*, *prohibition* y *certiorari*.

Vale mencionar el famoso caso *Marbury vs Madison*, resuelto en 1803, por el Juez *John Marshall*, que dio origen al *judicial review* o control difuso de la constitucionalidad, en el cual el demandante John Marbury solicitó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia que expida un *writ of mandamus*, ordenando al Secretario de Estado *William Madison* que le entregue su nombramiento como Juez de Paz.

Para Oswaldo Gozaini, el *Writ Of Mandamus* consiste en la “*posibilidad de obtener una orden judicial que persuade a la autoridad a cumplir una obligación legal preestablecida, pero omitida en los hechos sin explicaciones plausibles*”⁴

Por otra parte, Francisco Fernández Segado, expresa que el *Writ Of Mandamus* supone “*la solicitud ante un tribunal a fin de que expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado*”⁵

3.2.- EL WRIT OF INJUNCTION

Mientras el *Writ Of Mandamus* implica una orden de hacer o de cumplir, el *Writ Of Injunction* implica una orden de prohibición de hacer o de abstención.

⁴ Oswaldo Gozaini, La justicia constitucional, Buenos Aires, Edic. Depalma. 1994, pág. 213.

⁵ Francisco Fernández Segado, La dogmática de los Derechos Humanos. Edic. Jurídicas, Lima. 1994.

Oswaldo Gozaini señala que el *Writ Of Injunction* es “el mandamiento por el cual se solicita al Juez que suspenda la ejecución de todo acto ilícito que un particular o la autoridad, indistintamente, vengán cumpliendo” ⁶

Por su parte, Francisco Fernández Segado señala que el *Writ Of Injunction*:

“tiene una aplicación prohibitiva; su finalidad es prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de una ley, orientándose a evitar la violación de la ley por entidades públicas, pudiendo operar incluso frente a los efectos de la cosa juzgada para impedir la ejecución de sentencias dictadas sin observancia de los requisitos procesales esenciales.” ⁷

Héctor Fix-Samudio nos hace notar una característica de los denominados *Writ Of Mandamus* y *Writ Of Injunction*, en el sentido de que protegen derechos e intereses de la más variada especie y que, en consecuencia, no siempre se refieren a la protección de derechos humanos y derechos fundamentales.

4.- LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO.

4.1.- BRASIL: EL MANDADO DE INJUNÇÃO

La Constitución de la República Federativa de Brasil, expedida el 5 de octubre de 1998, establece dos tipos de mandado: *el mandado de segurança*, que es la versión lusitana de la acción de amparo y el mandado de *injunção*, que se encuentra previsto en el art. 5 fracción LXXI de la Constitución que señala: “*se concederá mandado de injunção siempre, que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía*”.

Procedentes de *Writ of mandamus* del *Common law* británico, el *mandado de injunção* se constituye como un auténtico recurso de carencia

⁶ Oswaldo Gozaini, Obra citada, Pág. 213.

⁷ Francisco Fernández Segado, Obra citada, Pág. 160.

que permite acudir a la protección judicial cuando los derechos o libertades fundamentales constitucionalmente consagrados, no pueden ser ejercitados debido a la inexistencia de normas ordinarias.

En el aspecto procesal, las disposiciones constitucionales que tratan esta institución, se encuentran en los artículos 102 y 105 de la Constitución brasileña que señalan:

“Art. 102: Es competencia del Supremo Tribunal Federal. Principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

I.- Procesar y juzgar, originariamente:...

g) los mandados de injunção cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso nacional, a la Cámara de Diputados, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senado Federal, a las Mesas de una de esas Cámaras Legislativas, al Tribunal de Cuentas de la Unión, a uno de los Tribunales Superiores o al propio Supremo Tribunal Federal.”

“Art. 105: Compete al Superior Tribunal de Justicia:

I.- Procesar y juzgar, originariamente:...

h) el mandado de injunção, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuese atribución de un órgano, entidad o autoridad de la administración directa o indirecta exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de la Justicia Militar, de la Justicia Electoral, de la Justicia del Trabajo y de la Justicia Federal.”

Algunos doctrinarios brasileños sostienen que el *mandado de injuncao* viene a constituirse en una acción de inconstitucionalidad por omisión subsidiaria.

4.2.- MANDAMIENTOS DE EJECUCIÓN Y MANDAMIENTOS DE PROHIBICIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROVINCIAL DE ARGENTINA.

En el caso de la acción por incumplimiento, en la República de Argentina ocurre lo mismo que con el instituto de la inconstitucionalidad

por omisión, esto es, que el tema no está resuelto a nivel de la Constitución Federal, sino en constituciones provinciales. Así tenemos que numerosas constituciones provinciales de la nación Argentina siguen el modelo de *writs of mandamus* del derecho norteamericano, con la diferencia que lo denominan *mandamiento de ejecución*. Ese es el caso de la Constitución de la provincia de Jujuy, cuyo artículo 39 señala:

“Siempre que una ley u ordenanza impusiere a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufriese perjuicio de cualquier naturaleza por su incumplimiento, puede demandar ante el juez la ejecución, dentro de un plazo prudencial, del acto que se hubiere rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados y del derecho invocado, librará el mandamiento para exigir el cumplimiento del deber omitido en el plazo que fijare.”

La acción de cumplimiento está regulada también en las constituciones de la provincias de Entre Ríos, artículo 36, Formosa, artículo 33, y Santa Cruz, artículo 18, que en forma similar establecen: *“Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufriese perjuicio material, moral o político. Por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho de reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.”*

Con pequeñas variantes en la redacción, los mandatos de ejecución están previstos también en las constituciones de las provincias de Río Negro, artículo 44; Chaco, artículo 25; la Rioja, artículo 28 y Chubut, artículo 59.

4.3.- LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, PERÚ Y BOLIVIA.

INTRODUCCIÓN

Con el nombre de Acción de Cumplimiento, tres son los países latinoamericanos que específicamente la regulan en su Constitución: Colombia en la Constitución de 1991; Perú en la Constitución de 1993; y

Bolivia en la novísima Constitución del año 2009. Las normas pertinentes son las siguientes:

Constitución de Colombia, Art. 87:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Constitución de Perú, Art. 200:

“Son garantías constitucionales: ... 6) La Acción de Cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.”

Constitución de Bolivia, Art. 134:

I. La Acción de Cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida.

II. La acción se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional.

III. La resolución final se pronunciará en audiencia pública, inmediatamente recibida la información de la autoridad demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el demandante. La autoridad judicial examinará los antecedentes y, si encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido.

IV. La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución.

V. La decisión final que conceda la Acción de Cumplimiento será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia, se procederá de

acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley”.

Al decir del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima, Edgar Carpio Marcos, la acción de cumplimiento... *“Es un proceso mediante el cual los particulares pueden reparar agravios a ciertos derechos e intereses subjetivos derivados del incumplimiento, por parte de las autoridades o funcionarios públicos, de mandatos establecidos en normas con rango de ley o en actos administrativos.”*⁸

Analizaremos sucintamente el desarrollo de la acción de cumplimiento en cada uno de estos países.

4.4.- LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA.

4.4.1.- ANTECEDENTES

Desde el punto de vista teórico, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido que el antecedente histórico de la acción de cumplimiento se encuentra en el *writ of mandamus* del derecho anglosajón, precisando que la finalidad y el objeto de la acción de cumplimiento es otorgarle a cada persona, incluyendo 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 tal carácter.

Desde el punto de vista sociológico, la formulación de la acción de cumplimiento en el derecho constitucional colombiano, tiene como antecedente el frecuente y cada vez más progresivo incumplimiento por parte de las autoridades y de los órganos del poder público, de los deberes y obligaciones consignados en la ley y las normas administrativas, lo que llevó a varios sectores de la Asamblea Constitucional de 1991 a buscar la concretación de un mecanismo que permitiera devolverle

⁸ Edgar Carpio Marcos: “La Acción de Cumplimiento (con especial referencia al caso peruano)”; ensayo publicado en el libro *Derecho Procesal constitucional*, tomo 3, publicado bajo la coordinación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Editorial Porrúa. México 2003. Página 2193

al ciudadano el poder efectivo de demandar y obtener del Estado el cumplimiento y ejecución de las leyes y normas administrativas. La intención se resumió en la frase del Constituyente Álvaro Gómez Hurtado, quien manifestó *“sólo de ésta manera podrá erradicarse de nuestras autoridades públicas, aquella perniciosa costumbre en virtud de la cual, las normas jurídicas se obedecen pero no se cumplen.”*

El artículo 87 de la Constitución Política de Colombia de 1991, anteriormente transcrito, fue complementado con la expedición de la ley 393 del 29 de julio de 1997 por medio de la cual se desarrolló el artículo 87 de la Constitución Política de Colombia.

4.4.2.- PRESUPUESTOS DE PROCEDIBILIDAD

Del estudio de la norma constitucional y de la ley 393, se desprende claramente que la acción de cumplimiento colombiana se fundamenta sobre tres presupuestos:

- A. La prueba de la renuencia de la autoridad obligada a cumplir el deber legal omitido, conforme lo estipula el Art. 8 de la ley 393 de 1997.
- B. Que no se trate de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela u otros medios de defensa judicial, pues así lo dispone el Art. 9, de la Ley 393.
- C. Que no se trate de perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos, según lo dispuesto en el párrafo final del Art. 9 de la referida Ley.

En efecto, los mencionados artículos manifiestan lo siguiente: *“Artículo 8. Procedibilidad. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del

deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.

Artículo 9. Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Parágrafo. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos."

4.4.3.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

El artículo 87 de la Constitución de Colombia establece que "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo".

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C/158/98, señaló: "...en el término personas quedan comprendidas tanto las naturales como las jurídicas. Estas últimas, sean de derecho público o de derecho privado, en su condición de personas, valga la redundancia, deben ser reconocidas como titulares de la acción. Por ello, aquellas entidades de derecho público que tienen personería jurídica, pueden interponer la acción de cumplimiento a través de los servidores públicos que sean sus representantes legales."

La sentencia de 31 de mayo del 2000 dentro del expediente -266- establece: "Por lo que tiene que ver con el sujeto activo en comento, del texto

transcrito emana con claridad que este puede ser 'toda persona'. La jurisprudencia constitucional, refiriéndose a esta expresión, ha precisado que ella es comprensiva tanto de las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado. Por su parte los servidores públicos pueden también interponer dicha acción, bien a nombre propio o a nombre de las entidades respecto de las cuales actúan como representantes legales".

4.4.4.- LEGITIMACIÓN PASIVA

La ley 393 reglamenta la legitimación pasiva en los términos siguientes:

"Artículo 5: Autoridad Pública contra quien se dirige. La Acción de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo.

Si contra quien se dirige la acción no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez que tramita la Acción, indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará también con las autoridades respecto de las cuales se ejercita la Acción hasta su terminación. En todo caso, el Juez de cumplimiento deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido."

4.4.5.- OBJETO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

La acción de cumplimiento en Colombia puede ser incoada con efectos preventivos o con efectos reparadores. Ambos casos están regulados en el artículo 8 de la Ley 393, debiendo señalar que el efecto preventivo persigue impedir un inminente incumplimiento de un deber impuesto por la ley o un acto administrativo. En cambio, la acción de cumplimiento tendrá un efecto reparador cuando con ella se busque obtener un mandato judicial con el cual se compele a cumplir con una obligación debida, que no haya sido realizada.

La sentencia C/157/98 establece: *"El objeto y finalidad de la acción de cumplimiento 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 tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo.”

Me parece relevante resaltar que la acción de cumplimiento no sólo persigue la omisión en la ejecución de actos o hechos ordenados por la ley o la norma administrativa sino que, también procede cuando la autoridad ha ejecutado actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimientos de normas con fuerza de ley o actos administrativos.

En sentencia de 31 de mayo del 2000, dentro del expedientes D-2666 la Corte Constitucional ha señalado: *“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”*.

4.4.6.- NO PERSIGUE FINES INDEMNIZATORIOS.

Así lo establece el Art. 24 de la referida Ley 393 que señala: *“Indemnización de Perjuicios. La Acción de Cumplimiento no tendrá fines indemnizatorios. Cuando del incumplimiento de la Ley o de Actos Administrativos se generen perjuicios, los afectados podrán solicitar las indemnizaciones por medio de las acciones judiciales pertinentes.*

El ejercicio de la acción de que trata esta Ley, no revivirá en ningún caso los términos para interponer las acciones de reparación de perjuicios.

4.4.7.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Según el Art. 7 de la Ley 393, la acción de cumplimiento se puede promover en cualquier tiempo siempre que la ley o el acto administrativo estén vigentes porque si están derogados o ya perdieron su vigencia, evidentemente la acción de cumplimiento perdería su razón de ser, pues no podría revivir obligaciones y deberes estatales ya extinguidos.

La sentencia que pone fin al proceso hace tránsito a cosa juzgada, cuando el deber omitido fuere de aquellos en los cuales la facultad de la autoridad renuente se agota con la ejecución del primer acto.

“Pero si el deber omitido fuere de aquellos cuyo cumplimiento pueda demandarse simultáneamente ante varias autoridades o en diferentes oportunidades en el tiempo, podrá volver a intentarse sin limitación alguna”.

4.4.8.- JUEZ COMPETENTE.

Según el Art. 3 de la ya mencionada Ley 393, los jueces competentes para conocer la acción de cumplimiento, en primera y segunda instancia, son los siguientes: a) en primera instancia los jueces administrativos con jurisdicción en el domicilio del accionante; y, b) en segunda instancia, el Tribunal Administrativo del departamento al cual pertenezca el juzgado administrativo de primera instancia.

4.4.9.- TRÁMITE PREFERENCIAL.

El inciso primero del artículo 11 de la ley 393, señala que la tramitación de la acción de cumplimiento estará a cargo del Juez, en turno riguroso, quien deberá sustanciarla con prelación a cualquier asunto de otra naturaleza, salvo la acción de tutela

4.4.10.- PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES.

La acción de cumplimiento en Colombia debe regirse a los principios procesales comunes a todas las garantías constitucionales, que son:

- a) Petición de parte interesada, quien debe formular la demanda. El proceso sólo se puede iniciar mediante demanda formulada por una persona, sin perjuicio de que la actuación procesal subsiguiente la impulse el Juez;
- b) Publicidad, pues el expediente es público, no está sujeto a reservas y a él tienen acceso no sólo las partes sino las personas en general;
- c) Prevalencia del derecho substantivo sobre el procesal, no pudiendo sacrificarse la justicia por falta de formalidades o solemnidades

propias del ejercicio de las acciones judiciales. Por el contrario, el Juez debe permitir, facilitar y garantizar el acceso ciudadano a la justicia, sin poner trabas para el ejercicio de la acción;

- d) Celeridad, pues el Juez tiene un plazo perentorio de 20 días para tramitar la causa y dictar el fallo;
- e) Economía, concordante con el principio anterior, el Juez debe procurar que las actuaciones procesales sean sencillas y pertinentes a la economía en el trámite del proceso; y,
- f) Gratuidad, pues la presentación de la demanda y la tramitación del proceso no implica gasto alguno.

4.4.11.- CONTENIDO DEL FALLO.

Según el Art. 21 de la Ley 393 el fallo del Juez debe:

1. Identificar al solicitante;
2. Determinar la obligación incumplida;
3. Identificar la autoridad de quien provenga el incumplimiento; Ordenar a la autoridad renuente que cumpla con el deber omitido; Establecer un plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de 10 días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del fallo;
4. Ordenar a la autoridad de control pertinente investigar el caso para establecer responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del incumplido así lo exija; y,
5. Establecer la condena en costas, si hubiera lugar a ello.

Si el fallo niega las pretensiones del actor no podrá instaurarse nueva acción por los mismos hechos que ya hubieren sido decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad.

4.5.- LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN PERÚ.

4.5.1.- ANTECEDENTES

El segundo antecedente de normativa constitucional de la acción de cumplimiento en Latinoamérica se dio dos años después de la expedición de la Constitución de Colombia, a través de su incorporación a la Constitución de Perú de 1993.

El profesor Domingo García Belaunde, refiriéndose a la ausencia de mayores debates en la constituyente de 1993 previo a la aprobación de ésta institución, ha señalado que la introducción de la acción de cumplimiento en Perú se realizó en forma casi clandestina, para finalmente quedar redactada en el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución, en los términos siguientes:

Constitución de Perú. Art. 200: "Son garantías constitucionales: ... 6) La Acción de Cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley."

El profesor Edgar Carpio Marcos señala que la doctrina constitucional peruana le ha prestado muy poca atención a la acción de cumplimiento, resaltando que *"tal desinterés no se encuentra en relación proporcional con el uso que se le ha dado en los pocos años que tiene, pues si nos atenemos a la estadísticas jurisprudenciales, se trata de un proceso que ha sido objeto de mayor debate, incluso por encima de procesos tan relevantes como el habeas data o el conflicto de atribuciones y competencias entre órganos constitucionales"*⁹.

En la actualidad la base legal de la acción de cumplimiento en el Perú la constituyen fundamentalmente el texto constitucional anteriormente transcrito, así como las disposiciones constantes en el Código Procesal Constitucional, aprobado mediante ley No. 28237, del 31 de mayo del 2004, primero en América, títulos I y V, particularmente.

⁹ Edgar Carpio Marcos: "La Inactividad Administrativa y Acción de Cumplimiento" trabajo del profesor Carpio dentro del libro "El Control de las Omisiones Constitucionales e Ilegales en el Derecho Comparado" Editorial Funda p, México año 2004, pág. 121

El Tribunal Constitucional peruano, en jurisprudencia de reciente data, ha incorporado en el ordenamiento jurídico del referido país el derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.¹⁰

4.5.2.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Tanto de la disposición constitucional como de las contenidas en el Código Procesal Constitucional, se desprende que la acción de cumplimiento requiere los siguientes presupuestos de procedibilidad:

- A) Que el demandante previamente haya reclamado por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles subsiguientes a la presentación de la solicitud, pues así lo dispone el Art. 69 del Código Procesal Constitucional;
- B) Que el objeto o el tema del reclamo no se encuentre incurso en ninguna de las causales determinadas en el Art. 70 del Código Procesal Constitucional, el mismo que señala que no procede la acción de cumplimiento:
 - 1. Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones;
 - 2. Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;
 - 3. Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus;
 - 4. Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;
 - 5. Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;

¹⁰ Expediente No. 0168/2005/PC/TC, sentencia del 29 de septiembre del 2005

6. En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;
7. Cuando no se cumplió con el requisito de que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, al que nos hemos referido en el literal A de éste apartado; y,
8. Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

Es de señalar que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano establecen como requisito indispensable para que proceda la acción de cumplimiento, tanto en el caso de las omisiones formales como de las materiales, la existencia de un mandato cuyo incumplimiento habilita la interposición de la acción de cumplimiento.

El Tribunal Constitucional ha precisado que el mandato cuyo cumplimiento se exige debe gozar de *certeza y claridad*, lo cual se apreciará con vista de la norma legal o reglamentaria incumplida. Así por ejemplo, el Tribunal ha precisado que el proceso de cumplimiento: *"...no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una cualidad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas"*¹¹

4.5.3.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

La Constitución del Perú no señala específicamente quien tiene la legitimación activa para impulsar la acción de cumplimiento. Sin embargo, el Art. 67 de la Código Procesal Constitucional señala que cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Tratándose de actos administrativos sólo podrá ser interpuesta por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido. Finalmente, si el proceso de cumplimiento se refiere a derechos colectivos o

¹¹ Expediente No. 0168/2005/PC/TC, sentencia de 29 de septiembre del 2005

difusos la legitimación corresponderá a cualquier persona, todo lo señalado sin perjuicio de que la Defensoría del Pueblo pueda iniciar procesos de cumplimiento.

Comparando la Constitución peruana con la colombiana es de notar que la primera no indica quien es el titular de la acción, en tanto que la colombiana establece como legitimado activo a *“toda persona.”*

4.5.4.- LEGITIMACIÓN PASIVA

Según lo dispuesto en el Art. 200 No. 6 de la Constitución de Perú y el Art. 68 del Código Procesal Constitucional la demanda de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que le corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.

El inciso 2do. Del Art. 68 del Código Procesal Constitucional establece: *“Si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el Juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.”*

Comparando la normativa constitucional de Colombia y Perú, establecemos que la peruana señala como sujeto pasivo de la acción de cumplimiento a *“cualquier autoridad o funcionario renuente”*, mientras que la Constitución de Colombia se refiere a la *“autoridad renuente”*

4.5.5.- OBJETO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Según lo Dispone el Art. 66 del Código Procesal Constitucional, el objeto del proceso de cumplimiento, consiste en lograr una orden judicial para que el funcionario o autoridad pública renuente:

“1) De cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; ó, 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento”.

Concordando la disposición del artículo 200 No. 6 de la Constitución de Perú con el desarrollo de la acción de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional, los autores peruanos afirman que mediante ésta acción se tramitan dos clases de pretensiones: la primera, consistente en que el órgano jurisdiccional declare la ilegalidad del incumplimiento, que será una pretensión de condena; y, la segunda, que persigue que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento de la omitido, que constituirá una pretensión de ejecución.

El Código Procesal Constitucional de Perú, comprende expresamente tanto a la inactividad administrativa de carácter material, como la inactividad administrativa de carácter formal como pasibles de ser cuestionadas mediante el proceso de cumplimiento. Según el profesor Eloy Espinoza Saldaña, el primer tipo de inactividad administrativa supone el incumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo sin que medie un procedimiento administrativo; en tanto que, la segunda, esto es la inactividad formal, tiene lugar *“si, concluido un procedimiento administrativo, o ejercido el derecho de petición por el administrado, los funcionarios, autoridades, organismos u órganos administrativos no contestan o no resuelven lo que se les ha solicitado, a pesar de estar obligado a ello.”*¹²

Es de recordar que la regulación legal que desarrolla la acción de cumplimiento en Colombia, a través de la ya mencionada Ley 393, establece que ésta acción puede ser incoada bien sea con efectos preventivos o bien sea con efectos reparadores, puesto que señala que procede contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos; en cambio el proceso de cumplimiento peruano no establece una clara distinción entre ambas opciones y parece referirse sólo a una acción de cumplimiento con efectos reparadores. Igualmente señalamos que mientras en la Constitución colombiana se hace referencia al incumplimiento de un *“deber”* consagrado en una Ley o un acto administrativo, la Constitución peruana se limita a señalar que la acción de cumplimiento procede contra cualquier

¹² Eloy Espinoza Saldaña. Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Editorial Palestra. Lima 2004, página 80

autoridad o funcionario *“renuente”* a acatar una norma legal o un acto administrativo.

4.5.6.- AUTORIDAD COMPETENTE

De conformidad con el Artículo 12 del Código Procesal Constitucional de Perú el inicio de todos los procesos constitucionales, en cuanto al Juez competente, se sujetará a lo establecido para el turno en cada distrito judicial, salvo en los procesos de hábeas corpus, donde es competente el Juez de lo Penal de la localidad.

Señala igualmente el Código en su disposición final tercera que los procesos de competencia del poder judicial al que se refiere el Código se inician ante los jueces especializados que correspondan, en aquellos distritos judiciales que cuentan con ellos, reiterando la excepción del hábeas corpus que pueda iniciarse ante cualquier Juez de lo Penal.

Las resoluciones de primera instancia son apelables ante la Corte Superior de Justicia del Distrito y en contra de las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda, procede recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de 10 días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución. Si se niega el recurso de agravio, se puede interponer recurso de queja ante el Tribunal Constitucional. (Art. 18 y 19 Código Procesal Constitucional).

Comparando la normativa constitucional colombiana con la peruana tenemos que la primera, en el ya referido Art. 87, establece que la acción de cumplimiento debe plantearse *“ante la autoridad judicial”*, mientras que la Constitución peruana no señala expresamente ante quien se ejerce la acción, lo que es resuelto en las normas ya transcritas del Código Procesal Constitucional.

4.5.7.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA FUNDADA

La Constitución peruana no hace ninguna alusión al contenido de la sentencia favorable al accionante en un proceso de cumplimiento, en cambio la Constitución colombiana si establece que *“En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”*

El vacío normativo de la Constitución peruana es llenado por el Art. 72 del Código Procesal Constitucional, que señala lo siguiente: *“Artículo 72.- Contenido de la Sentencia fundada: La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:*

- 1) *La determinación de la obligación incumplida;*
- 2) *La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;*
- 3) *El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;*
- 4) *La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.”*

4.5.8.- DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN

En la normativa procesal peruana el desistimiento de una demanda de cumplimiento sólo se admitirá cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular, pues así lo dispone al Art. 71 del Código Procesal Constitucional. Más adelante en el presente estudio explicaremos por qué en nuestro criterio la acción de cumplimiento no debe referirse a la omisión de actos administrativos de carácter particular sino a normas o actos administrativos de carácter general, ya que para el primer caso existe contemplada la posibilidad de la acción de amparo constitucional.

4.5.9.- EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

De conformidad con lo que dispone el Código Procesal Constitucional, la sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido debe ser cumplida por el Juez que conoció la demanda en primera instancia, agregando además que dichas sentencias tienen prevalencia sobre la de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

Considero valioso transcribir textualmente lo que disponen los incisos 2, 3, 4 y 5 del Artículo 22 del Código Procesal Constitucional del Perú, para asegurar la eficacia de todas las sentencias que se dicten en ésta materia:

“La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate al mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.”

4.6.- LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN BOLIVIA.

La novísima Constitución de la República de Bolivia, cuyo texto fue aprobado en el referéndum de 29 de enero de 2009 y publicada en la Gaceta Oficial del 7 de febrero del mismo año es la que desarrolla en forma más amplia la acción de cumplimiento, englobando en ella la protección tanto del incumplimiento de las disposiciones constitucionales –inconstitucionalidad por omisión-, como del incumplimiento de las disposiciones de la ley –acción de cumplimiento propiamente dicha-.

El texto completo del artículo es el siguiente:

Constitución de Bolivia:

“Art. 134: I. La Acción de Cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida.

II. La acción se interpondrá por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la Acción de Amparo Constitucional.

III. La resolución final se pronunciará en audiencia pública, inmediatamente recibida la información de la autoridad demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el demandante. La autoridad judicial examinará los antecedentes y, si encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido.

IV. La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución.

V. La decisión final que conceda la Acción de Cumplimiento será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia, se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley. "

Como lo manifestamos anteriormente, la peculiaridad de la acción de cumplimiento en Bolivia es que sirve también para solucionar los casos de inconstitucionalidad por omisión.

La resolución final se pronunciará en audiencia pública, luego de recibida la información de la autoridad demandada y, a falta de esta, sobre la base de la prueba que ofrezca el demandante. Si la autoridad judicial encuentra cierta y efectiva la demanda, declarará procedente la acción y ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido.

Todavía no se encuentra reglamentada mediante ley los detalles del procedimiento a seguir para tramitar una acción de cumplimiento. Sin embargo, de la propia norma constitucional se desprende que el Juez competente es un Juez o Tribunal de instancia de la justicia ordinaria; que el trámite es el mismo que corresponde a la acción de amparo constitucional; que la decisión de elevará de oficio en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo.

5.- LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN ECUADOR

5.1.- PROPUESTA DEL DR. IVÁN CASTRO PATIÑO A LA COMISIÓN DE JURISTAS DEL CONESUP, PARA INCORPORAR LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

En razón de la importancia práctica y teórica que reviste para los ciudadanos de un Estado que efectivamente se cumpla con las normas constitucionales y legales por parte de los órganos del poder público y de las autoridades, para así darle vigencia práctica a los principios de seguridad jurídica, supremacía y fuerza normativa de la constitución, la Comisión Especial de Juristas del CONESUP, a pedido mío, en mi condición de Vicepresidente de la referida Comisión, estudió esta novedosa institución y resolvió incorporar en el proyecto de Nueva Constitución, un artículo que recogía mi propuesta a fin de establecer la Acción de Cumplimiento, para de ésta manera dotar a los ciudadanos ecuatorianos del poder para exigir a las autoridades públicas el pleno cumplimiento de la que disponen las leyes, normas y actos administrativos de alcance general.

El derecho constitucional que garantiza la acción de cumplimiento fundamentalmente es el de la seguridad jurídica que, según la formulación elaborada por la Comisión de Juristas del CONESUP, para el proyecto de Nueva Constitución y según lo establece la jurisprudencia y la doctrina, incluye, entre otros, los principios de publicidad, formalidad, razonabilidad, eficacia y aplicabilidad del ordenamiento jurídico.¹³

El artículo sobre la Acción de Cumplimiento que sugerí incorporar en el Proyecto de Constitución elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP, tiene la redacción siguiente:

¹³ El artículo 24 No. 28 del proyecto de Nueva Constitución, elaborado por la Comisión Especial de Juristas del CONESUP, incluye dentro de los derechos civiles el de la seguridad jurídica con la siguiente redacción: "Art. 24 El Estado reconoce y garantiza a las personas los siguientes derechos:... No. 28. A la seguridad jurídica, que incluye, entre otros, los principios de publicidad, formalidad, razonabilidad, eficacia y aplicabilidad del ordenamiento jurídico."

“ Art. 116 Toda persona podrá acudir ante el Juez Constitucional para hacer efectivo el cumplimiento de una ley, norma o un acto administrativo de carácter general. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad o funcionario renuente, el cumplimiento del deber omitido, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.¹⁴

5.2.- LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL AÑO 2008.

Entre los documentos más importantes y, sin duda, más coherentes que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi como referencia para la elaboración de la nueva Constitución, consta el Proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP que entre las nuevas garantías de los derechos consagrados en la Constitución, así como del aseguramiento de su fuerza normativa introduce el Recurso Extraordinario de Amparo (Arts. 114 y 194.7 del Proyecto del CONESUP), la Acción de Cumplimiento (Art. 116) y la Inconstitucionalidad por Omisión (Art. 194 No. 2)

Estas tres nuevas instituciones fueron acogidas en la Asamblea Constituyente de Montecristi y ahora forman parte de la Constitución de la República del Ecuador, debiendo resaltar que, en el caso de la Inconstitucionalidad por Omisión, la redacción es casi idéntica a la sugerida años atrás por nosotros, en nuestro libro “Inconstitucionalidad por Omisión”

La Constitución ecuatoriana, vigente desde el 20 de Octubre del 2008, regula la Acción por Incumplimiento en los siguientes artículos:

“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

¹⁴ El Proyecto de Constitución de la República del Ecuador elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP fue dado a conocer al País y entregado a los Asambleístas Constituyentes electos la última semana de septiembre de 2007 y su texto íntegro fue publicado en un libro del 7 de octubre del 2007 e incorporado a la página web del CONESUP.

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

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la Ley, las siguientes atribuciones: ...

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 judiciales ordinarias”.

5.2.- DIFERENCIAS ENTRE EL PROYECTO DE LA COMISIÓN DE JURISTAS DEL CONESUP Y LA NORMA CONSTITUCIONAL APROBADA.

Existen algunas diferencias entre el proyecto de Nueva Constitución del CONESUP y las normas que constan en la vigente Constitución, en referencia a la Acción por Incumplimiento. Las más importantes son las siguientes:

a. En cuanto al nombre, el proyecto del CONESUP denomina a esta institución *“Acción de Cumplimiento”*, en tanto que la Constitución aprobada la denomina *“Acción por Incumplimiento”*;

b. El Proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP precisa en su artículo 116 que la Acción de Cumplimiento tiene por objeto *“hacer efectivo el cumplimiento de una ley, norma o un acto administrativo de carácter general”*; en cambio, en el artículo 93 de la Constitución del Ecuador se señala que *“la Acción por Incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico”*. Una redacción como la que consta en el artículo 93 podría incluir, por ejemplo, la posibilidad de plantear la acción por incumplimiento en referencia a acuerdos, resoluciones y otras disposiciones del poder público con alcance particular, cuando su no ejecución vulnere derechos constitucionales, confundiéndose con la acción de protección.

La posibilidad reseñada en el párrafo anterior estaría superada por la redacción del No. 5 del Art. 436, en donde ya se precisa que la Corte

Constitucional puede conocer y resolver las acciones por incumplimiento que se presente "...con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía..."

Lamentablemente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, recientemente aprobada, nos regresa nuevamente a la imprecisión, pues en su artículo 52 vuelve a eliminar la mención de que se trata de asegurar el cumplimiento de normas administrativas de carácter general, al señalar que:

Art. 52: "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 sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible"

c. El proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP no extiende la institución en estudio, como sí lo hace la Constitución vigente, al "*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*"

d. El Proyecto de la Comisión Especial de Juristas del CONESUP establece que la acción debe plantearse ante el Juez Constitucional en tanto que la Constitución vigente señala que se interpone ante la Corte Constitucional. En este aspecto debo precisar que el proyecto del CONESUP establecía la jurisdicción especializada en todos sus niveles, principiando por los jueces de carácter constitucional.

6.- LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

En la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Acción por Incumplimiento se encuentra regulada en el

“Título II Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales”, y dentro del referido título en el “Capítulo VII Acción por Incumplimiento.” Los artículos pertinentes son los siguientes:

Capítulo VII

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 contenga una obligación de hacer o no, clara, expresa y exigible.”

Comentario:

a) Esta disposición es una transcripción casi textual del Art. 93 de la Constitución. Lo conveniente hubiese sido refundir en éste artículo de la ley tanto el enunciado del artículo 93 de la Constitución como el del Art. 436 No. 5, ambos referentes a la Acción por Incumplimiento. De esta manera se hubiese precisado en forma más exacta el objeto y ámbito de la acción por incumplimiento, reemplazando la frase “*La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico...*”, con el siguiente párrafo: “*La acción por incumplimiento tiene por finalidad garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía...*”, que es el objeto al que se refiere el Art. 436 No. 5 de la Constitución, el mismo que, como se aprecia, es más preciso que el contenido en el Art. 93. Al no haberse realizado esta precisión podría ocurrir, como ya lo he mencionado anteriormente, que se lleguen a plantear acciones por incumplimiento en referencia a acuerdos, resoluciones y otras disposiciones del poder público con alcance particular, cuando su no ejecución vulnere derechos constitucionales, confundiéndose de ésta manera la acción por incumplimiento con la acción de protección.

b) El mismo artículo 436 No. 5 de la Constitución precisa que el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de

derechos humanos son objeto de la acción por incumplimiento siempre que *“no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”*. Esta precisión, si bien no está contenida en la disposición del artículo 52 de la ley que comentamos, si aparece como una de las causales de inadmisión, según lo establecido en el Art. 56 No. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

c) Las norma, sentencia o decisión cuyo cumplimiento se demanda debe ser concreta, esto es clara y expresa, además debe ser exigible. Si la norma estableciera un mandato abstracto entrarían en juego elementos de carácter subjetivo e incluso de apreciación política, que tornarían discutible la aplicación de la acción por incumplimiento.

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

e) Aunque no lo dice expresamente la ley es claro que la acción de cumplimiento no sólo debe referirse al cumplimiento de mandatos normativos obligatorios sino que además ese mandato debe ser incondicional y tratándose de mandatos condicionales, es necesario que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones.

La jurisprudencia constitucional peruana ha establecido que para que proceda la Acción de cumplimiento además de la renuencia de la autoridad pública, el mandato contenido en la norma deberá reunir los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) *Ser un mandato vigente.*
- b) *Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.*

- c) *No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.*
- d) *Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.*
- e) *Ser incondicional.*

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- B) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.*
- B) Permitir individualizar al beneficiario”¹⁵*
- F) De conformidad con el Art. 163 de la LOGJCC: “Las juezas y los jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de cumplimiento ante la Corte Constitucional.*

Si la Corte Constitucional apreciaría indicios de responsabilidad penal o disciplinarias en la jueza o juez que incumple, deberá poner en conocimiento del hecho a la fiscalía o al consejo de la judicatura, según corresponda.

En los casos de incumplimiento de sentencias y dictámenes emitidos por la Corte Constitucional, se podrá presentar la acción de cumplimiento prevista en este título directamente ante la misma Corte.

Para garantizar su eficacia se podrá necesitar el auxilio de la Policía Nacional.”

Los Art. 164 y 165 de la LOGJCC regulan el trámite de la acción de incumplimiento de las sentencias constitucionales, tanto de aquellas que dictan los jueces y juezas de la función judicial como de aquellas expedidas por la propia Corte Constitucional.

De lo expuesto, resulta claro que el Título VI relativo al incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales constituye una

¹⁵ Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro, coordinadores. “El Precedente Constitucional (2005-2006). Editorial Palestra. II Edición año 2009, pág. 158.

ampliación del objeto de la acción de cumplimiento señalado en los Art. 93 y 436 No. 5 de la Constitución ecuatoriana.

¿Es constitucionalmente válido que la ley amplíe el objeto de una acción consagrada en la Constitución, cuyo trámite corresponde a la Corte Constitucional? La respuesta es sí, puesto que el Art. 436 de la Constitución establece que la Corte Constitucional ejercerá, *“además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: ...Lo que no podría hacerse mediante ley, es restringir el contenido de los derechos ni de las garantías jurisdiccionales, por expresa prohibición del Art. 11 No. 4 de la Constitución.*

“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.”

Comentario:

a) Este artículo adolece de un error de fondo, pues se ha omitido señalar que también son legitimados pasivos las instituciones del Estado o los órganos del poder público, tal como sí se lo dice en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, en el artículo 536 No. 10 de la Constitución y en el artículo 128 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el que se menciona el examen de las omisiones normativas de *“los órganos competentes”*. En efecto ¿qué ocurriría si quien incumple la ley es un órgano del poder público y no la autoridad pública individualmente considerada? Según el texto de este artículo no podrían ser considerados legitimados pasivos, induciendo el error ya que es evidente que los órganos del poder público son también legitimados pasivos de la Acción por Incumplimiento.

En efecto, la acción por incumplimiento puede plantearse en contra de una institución u organismo público, por ejemplo: Concejo Cantonal, Consejo Provincial, Banco Central, CEDEGE, etc. Así parece posteriormente reconocerlo, aunque con evidente mala técnica jurídica, la ley que

comentamos, cuando al referirse al contenido de la demanda, en el Art. 55 No. 3, si menciona que esta deberá contener la *“Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento”* (las negrillas con mías). La técnica jurídica utilizada es deplorable, pues no es correcto que sea a través de un artículo referente al contenido de la demanda el medio por el cual se amplíe el universo de los legitimados pasivos previamente establecidos.

b) Según este artículo, la acción por incumplimiento procede también contra las personas naturales o jurídicas particulares, siempre que estos:

- Actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos; y,
- Cuando las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos les impongan una obligación determinada o determinable.

Esta amplitud de la legitimación pasiva es posible toda vez que los artículos constitucionales que establecen la acción por incumplimiento no reducen su ámbito de aplicación exclusivamente a demandas en contra de autoridades u órganos del poder público, sino que lo amplían también contra particulares. Tal situación me parece correcta, pues conduce al objetivo de buscar la plena eficacia de los derechos humanos, ampliando la legitimación pasiva también a los particulares. La doctrina alemana ha desarrollado ampliamente esta teoría bajo el nombre de *Drittwirkung Der Grundrechte*.

c) Por otro lado, es lamentablemente que este artículo no precise, como debería haberlo hecho, que la acción procede contra la autoridad o el particular que por omisión incumpla o por acción ejecute actos o hechos que permitan deducir el inminente incumplimiento de normas jurídicas, actos administrativos de carácter general o sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. En efecto, el incumplimiento no sólo puede provenir de una omisión en el cumplimiento de la norma, sino también por la ejecución de actos que permitan deducir el inminente incumplimiento de lo dispuesto en la ley, norma administrativa de carácter general o sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos.

Como lo hemos analizado, esta es una de las diferencias de la acción por incumplimiento con la acción de inconstitucionalidad por omisión, pues esta sólo se remite a la omisión, quiescencia, inercia o inacción de una autoridad u órgano del poder público en el cumplimiento de mandatos concretos contenidos en la Constitución, en tanto que aquella procede cuando por acción u omisión se incumpla la norma.

d) ¿Qué ocurre cuando la acción por incumplimiento se dirige en contra de una autoridad que no es la legalmente obligada al cumplimiento de la ley o de la norma administrativa de carácter general?

Este es un tema que tampoco precisa la ley, cuando debió haberlo hecho para mejor precautelar el derecho conculcado, quizás siguiendo los lineamientos establecidos en el inciso II del Art. 5 de la Ley 393 que reglamenta la Acción de Cumplimiento en Colombia, o en el inciso II del Art. 86 del Código Procesal Constitucional del Perú, referidos en los apartados 6.2.4 y 6.3.4 respectivamente, de ésta obra.¹⁶

“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 mantuviere el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.”

¹⁶ El Art. 5 de La ley 393, señala lo siguiente:

“Artículo 5: Autoridad Pública contra quien se dirige. La Acción de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo.

Si contra quien se dirige la acción no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez que tramita la Acción, indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará también con las autoridades respecto de las cuales se ejercita la Acción hasta su terminación. En todo caso, el Juez de cumplimiento deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.”

El inciso 2do. Del Art. 68 del Código Procesal Constitucional del Perú establece:

“Si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el Juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.”

Comentario:

a) Nos parece acertado que con el propósito de constituir la renuencia o configurar el incumplimiento, la ley establezca la necesidad de que exista un reclamo previo. Sin embargo, hacemos notar que si el reclamo previo de cumplimiento se dirige contra una autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado o si lo solicitado puede ser afectado por nulidad absoluta, no se debería, en tal caso, considerar que se ha dado cumplimiento al requisito de reclamo previo establecido en este artículo.

“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.”*

Comentario:

a) Este artículo es diminuto, pues no establece taxativamente todos los elementos que necesariamente debe de contener la demanda. Así por ejemplo: no se dice que la demanda debe de contener la designación del órgano del poder público ante el cual se la presenta, que es la Corte Constitucional. No se menciona que además de los nombres deberían constar los apellidos del accionante, en caso de que fuesen personas naturales. No se establece la obligación de señalar el lugar en donde debe ser notificado el organismo, autoridad o persona accionada. Tampoco se establece la obligación de señalar el casillero judicial, constitucional o correo electrónico donde debe recibirse notificaciones.

b) Es además ocioso, porque el contenido mínimo de la demanda ya está determinado en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el mismo que está inmerso en el

Capítulo I que se titula "*Normas Comunes*", y en consecuencia se aplica también a la Acción por Incumplimiento.

c) Lo único que es específico en la demanda de Acción por Incumplimiento es la necesidad de reclamo previo a la autoridad, entidad o persona accionada, y así debió hacerse constar en una disposición mucho más corta y mejor redactada.

d) Finalmente, el No. 2 de este artículo contradice a la Constitución, pues no menciona a los "*actos administrativos de carácter general*", cuyo incumplimiento también puede ser objeto de la acción por incumplimiento, según lo determina el Art. 436 No. 5 de la Constitución.

"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."

Comentario:

a) Las dos garantías jurisdiccionales y de control constitucional que más fácilmente podrían ser confundidas con la acción por incumplimiento, son la Acción de Protección y la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión, cuyas diferencias con la institución en estudio ya han sido precisadas en los apartados 8, 9 y 10 de esta obra. En todo caso, si los derechos cuya protección se solicita pueden ser protegidos mediante otra garantía jurisdiccional o mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión, no procede la acción por incumplimiento.

b) Nada se dice sobre si es o no causal de inadmisión el hecho de que a través de la acción por incumplimiento se persiga hacer efectivas las normas que establezcan gastos. Ello me parece correcto, puesto que

establecer esa limitación sería contravenir el Art. 11 No. 4 de la Constitución que establece que *“Ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”*

“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 lo cual 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.”

Comentario:

Como lo he señalado, en el Capítulo I del Título II se establecen las *“Normas Comunes”* que regulan a todas las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, incluyendo en consecuencia a la acción por incumplimiento, que se sujeta a dichas normas salvo en los casos en que en forma expresa la Constitución o la ley haya dispuesto lo contrario. Los principales casos en los que ocurre esto son:

- En cuanto al Juez competente, que en el caso de la acción por incumplimiento es la Corte Constitucional y no la jueza o juez de la justicia ordinaria;
- En cuanto al trámite para la admisión o inadmisión, que en la acción por Incumplimiento se realiza ante la sala de admisiones de la Corte Constitucional en tanto que en la generalidad de las garantías de los derechos constitucionales la realiza el juez o la jueza de la justicia ordinaria

- En cuanto al término para la realización de la audiencia que en los procedimientos ante la Jueza o Juez no podrá ser mayor a tres días desde la fecha en que se calificó la acción en tanto que en la Acción por Incumplimiento la Jueza o Juez de la Corte Constitucional deberá convocar a audiencia dentro del término de dos días.

Guayaquil, 24 Marzo del 2011