

# EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN LA ACTUALIDAD

Posibilidades y límites



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ





# **EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN LA ACTUALIDAD**

**Posibilidades y límites**



# EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN LA ACTUALIDAD

## Posibilidades y límites



*Coordinadores*

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS  
ALFREDO ORLANDO CURACA KONG



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Colección “Doctrina Constitucional”  
Ernesto Blume Fortini (Director)

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN LA ACTUALIDAD.  
Posibilidades y límites

Luis R. Sáenz Dávalos & Alfredo Orlando Curaca Kong  
(Coordinadores)

Primera Edición: Octubre 2021

Número de la Colección: 4

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2021-12138  
ISBN: 978-612-4464-13-3

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra  
sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright

Impreso en Perú  
Tiraje: 500 ejemplares

Impresión: Q&P Impresores S.R.LTDA.  
Av. Ignacio Merino N° 1546  
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665  
informes@qypimpresores.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
DEL PERU**

**Presidente**

Marianella Ledesma Narváez

**Vicepresidente**

Augusto Ferrero Costa

**Magistrados**

Manuel Miranda Canales

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez (+)

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES**

**Director General**

Ernesto Blume Fortini

**Director de Publicaciones y Documentación**

Luis R. Sáenz Dávalos



## Contenido

|   |     |
|---|-----|
| <i>Ernesto Blume Fortini</i><br>PRESENTACIÓN.....   | 13  |
| <i>Ernesto Blume Fortini</i><br>IN MEMORIAM DE CARLOS RAMOS NUÑEZ.....  | 17  |
| <i>Luis R. Sáenz Dávalos / Alfredo Orlando Curaca Kong</i><br>PROLOGO.....  | 19  |
| <i>Alan E. Vargas Lima</i><br>LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA.<br>CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO EN LA JURISPRU-<br>DENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.....             | 23  |
| <i>Boris Wilson Arias López</i><br>NOTAS SOBRE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN BOLIVIA.....  | 69  |
| <i>Artur Ricardo Ratc</i><br>EL MANDADO DE INJUNÇÃO (PROCESO DE CUMPLIMIENTO) EN BRASIL<br>Y LA INTERPRETACIÓN DEL STF SOBRE LOS DERECHOS DE JUBILACIÓN<br>ESPECIAL Y HUELGA ANTE LA EFICACIA LIMITADA DE LA NORMA..... | 91  |
| <i>Marta Cecilia Paz</i><br>GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO.<br>LA CURIOSA EXIGENCIA DE “LA RENUENCIA” COMO PRESUPUESTO DE<br>PROCEDIBILIDAD. EL CASO COLOMBIANO .....                                       | 107 |
| <i>Edgar Carpio Marcos</i><br>LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO.....  | 117 |
| <i>Bruno Novoa Campos</i><br>BREVES APUNTES SOBRE LOS PRINCIPALES AUTORES Y CASOS CLÁSICOS<br>EN REFERENCIA AL WRIT OF MANDAMUS: A PROPÓSITO DEL PROCESO DE<br>CUMPLIMIENTO .....                                       | 145 |

|   |     |
|---|-----|
| <i>Luis Benjamín Herrera Bustinza</i><br>LA NATURALEZA PROCESAL DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO<br>UN ANÁLISIS A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO ....                            | 157 |
| <i>Luis R. Sáenz Dávalos</i><br>BREVES NOTAS SOBRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO DE<br>CUMPLIMIENTO Y ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES POCO ABORDA-<br>DAS POR NUESTRA DOCTRINA..... | 173 |
| <i>María Candelaria Quispe Ponce</i><br>EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE CUMPLIMIENTO Y LA EFICACIA DE DIS-<br>POSICIONES LEGALES QUE PROTEGEN DERECHOS FUNDAMENTALES .....                   | 191 |
| <i>Elard Ricardo Bolaños Salazar</i><br>ASPECTOS PROCESALES DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN LA JURIS-<br>PRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....                                       | 221 |
| <i>Luis Andrés Roel Alva</i><br>EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA<br>PERUANA.....  | 261 |
| <i>Hernesto Vásquez Pérez</i><br>EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO FRENTE A LA EJECUCIÓN DE ACTOS<br>ADMINISTRATIVOS FIRMES ACUSADOS DE NULIDAD POR PARTE DE LA<br>ADMINISTRACIÓN.....           | 291 |
| <i>Oscar Andrés Pazo Pineda</i><br>EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO Y EL DERECHO COMUNITARIO .....  | 307 |
| <i>Nadia Paola Iriarte Pamo</i><br>EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS<br>INDÍGENAS .....  | 325 |
| <i>Berly Javier Fernando López Flores</i><br>LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO .....  | 343 |
| <i>Alfredo Orlando Curaca Kong</i><br>EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO. PASADO, PRESENTE Y FUTURO .....   | 357 |

|  |     |
|--|-----|
| <i>Gerardo Eto Cruz</i><br>NECESARIA REFORMA ( <i>OVERRULING</i> ) AL PRECEDENTE VINCULANTE DEL<br>PROCESO DE CUMPLIMIENTO: UNA EVALUACIÓN A DIECISÉIS AÑOS DE<br>SU VIGENCIA..... | 411 |
| <i>Gerardo Eto Cruz</i><br>POST SCRIPTUM: LAS REGLAS ACTUALES DEL PROCESO DE CUMPLI-<br>MIENTO EN EL “NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL” .....                                  | 455 |
| <i>Dirección de estudios e investigación del Centro de Estudios Constitucionales</i><br>INVESTIGACIÓN SOBRE LA TUTELA DE DERECHOS A TRAVÉS DEL PRO-<br>CESO DE CUMPLIMIENTO .....  | 491 |



## Presentación

En el marco del esquema procesal constitucional peruano son siete los instrumentos de defensa constitucional. Los procesos de tutela de derechos (conocidos también como procesos constitucionales de la libertad) y los procesos constitucionales orgánicos. Mientras que los primeros (entre los que se encuentra el habeas corpus, el amparo, el habeas data y el proceso de cumplimiento) apuntan a la protección o defensa de los derechos fundamentales, los segundos en cambio (entre los que están el proceso de inconstitucionalidad, la acción popular y el proceso competencial) buscan tutelar objetivamente el principio de supremacía constitucional. A ello incluso bien podría sumarse desde una perspectiva residual, la protección internacional configurándose lo que algunos también denominan como la jurisdicción supranacional de la libertad.

13

No todos los procesos de tutela, naturalmente, cumplen los mismos propósitos. Si bien todos se encaminan a la represión de las conductas inconstitucionales, algunos como el habeas corpus, el amparo y el habeas data lo hacen frente a actos, omisiones y amenazas, mientras que otros, como el proceso de cumplimiento, solo proceden específicamente contra omisiones.

De igual manera se puede señalar que mientras el habeas corpus, el amparo y el habeas data, por lo general se intentan contra cualquier autoridad, funcionario o persona, el proceso de cumplimiento, en cambio, solo puede ser utilizado contra el Estado y sus diversas dependencias o reparticiones.

El estudio sistemático y comprensivo de cada uno de los mecanismos de defensa constitucional da lugar al llamado Derecho Procesal Constitucional, disciplina jurídica que en los últimos tiempos ha adquirido gran importancia y notoria vitalidad, pero por sobre todo particular

desarrollo en el entendido de que no es una rama jurídica más del derecho procesal, sino una muy especial nutrida de una serie de principios que la hacen particularmente *sui generis* y donde los raciocinios a utilizar marcan pautas distintivas de las que corresponden al juez ordinario. No es por consiguiente dentro de los fundamentos del derecho procesal ordinario y, en particular, del Derecho Procesal Civil, donde han de buscarse las explicaciones y los estilos a utilizar, sino dentro de los que el Derecho Procesal Constitucional, de a pocos pero muy progresivamente, va estableciendo.

Algunos académicos no comprenden esto y siguen creyendo que los procesos constitucionales son instrumento donde priman los criterios de los procesos ordinarios, lo que irremediablemente los conduce a conclusiones erróneas cuando se trata de entender los modos de actuar de los jueces constitucionales. El desarrollo jurisprudencial con frecuencia otorga un enérgico mentís a esta creencia, pero aun así, queda mucho camino por recorrer.

14

En este contexto, la existencia de obras donde se examina el desarrollo y las problemáticas que subyacen a cada uno de los instrumentos de defensa constitucional es por donde se le mire capital. Doblemente útil cuando tales obras procuran otorgar respuestas desde diversas posturas y con variados enfoques.

El Centro de Estudios Constitucionales que me honro en dirigir, desde que tomó conocimiento de la existencia de una colección tan valiosa como la que se ha venido en denominar “Doctrina Constitucional” ha procurado darle todos los incentivos y la continuidad necesarias. Mi antecesor, el Magistrado Carlos Ramos Nuñez, sentó las primeras piedras de la misma con la publicación de dos enjundiosos volúmenes colectivos, uno primero dedicado al proceso de amparo y otro posterior, dedicado al proceso de habeas corpus. Por nuestra parte hicimos lo propio con el proceso de habeas data y en esta ocasión, tenemos la alegría de presentar un nuevo aporte dedicado al proceso de cumplimiento, con un pequeño matiz generado a raíz de la reciente promulgación del nuevo Código Procesal Constitucional mediante la

Ley N° 31307 que como bien sabe ha pasado a sustituir al Código Procesal Constitucional del año 2004.

Independientemente de este cambio en la regulación de los procesos y del inevitable contraste de opiniones que ha generado en algunos aspectos, ha sido aconsejable que los estudios que contiene el colectivo, por lo que menos en lo que atañe a los elaborados por los académicos de nuestro país, hayan tenido que verse actualizados a fin de ofrecer una visión mucho más cercana del panorama actual.

En este contexto, esperamos poder seguir contribuyendo al conocimiento de los procesos constitucionales de tutela, esperando en breve termino y en la medida que las circunstancias lo permitan, emprender el estudio del segundo grupo de procesos, en este caso los de carácter orgánico, pero si así no fuera, por lo menos dejar sentadas las bases para la continuidad de dicha tarea.

Agradecemos a los diligentes funcionarios que desde las Direcciones especializadas de nuestro Centro han coordinado eficazmente la presente obra. En ese sentido, nuevamente a Luis R. Sáenz Dávalos, nuestro Director de Publicación y Documentación, quien viene colaborando con estos colectivos prácticamente desde su primer volumen y al que en esta ocasión se ha sumado también el valioso concurso de Orlando Curaca Kong desde su condición de Director de Investigaciones.

15

A todos los autores que han participado sin lugar a dudas nuestro agradecimiento también. Sin su cuota de compromiso y aporte desprendido, no sería posible seguir en esta estupenda ruta de análisis y reflexión, de la que nos sentimos muy orgullosos.

Finalmente mi agradecimiento a mis colegas del Pleno del Tribunal Constitucional, pues su apoyo decidido en las actividades que emprende el Centro de Estudios Constitucionales es un factor que motiva y alienta nuestro compromiso.

**Ernesto BLUME FORTINI**

Director General del Centro de Estudios Constitucionales



## **In memoriam de Carlos Ramos Nuñez**

(15-09-1960/21-09-2021)

**E**stando concluida la presente obra, recibimos la ingrata noticia de la partida de nuestro querido Carlos Ramos Nuñez, con quien no solamente compartíamos responsabilidades diarias en el ejercicio de la magistratura constitucional, sino que fue nuestro inmediato predecesor en la Dirección General del Centro de Estudios Constitucionales.

Su inesperada desaparición ha sido un suceso que nos ha llenado de profunda tristeza a toda la familia del Tribunal Constitucional y en particular a quienes integramos este Centro, pues hablar de Carlos Ramos es reconocer lo que en su momento fue un esfuerzo muy encomiable y notablemente prolijo en las diversas funciones y actividades que el mismo tuvo a su cargo y que se tradujeron en una multiplicidad de obras publicadas y actividades académicas que quedaran como testimonio perenne de una de las más importantes etapas de este organismo.

Carlos Ramos Nuñez fue un destacado abogado y un brillante historiador del Derecho, como lo demuestra su prolífica obra escrita. Como Magistrado también destacó. Se podía coincidir o discrepar de sus puntos de vista, pero bajo ningún concepto negar la extraordinaria apertura que siempre tuvo para contrastar y someter a debate aquello en lo que creía.

Ese mismo estilo lo trasladaría al plano académico en el Centro de Estudios Constitucionales, donde prácticamente todas las publicaciones emprendidas y actividades de difusión ejecutadas evidencian que lo que le interesaba era divulgar las diversas corrientes de pensamiento sin arrastrar vetos o censuras de ninguna naturaleza. Particular demostración de ello, lo constituyen precisamente estos colectivos dedicados

al análisis de los diversos procesos constitucionales, que el mismo contribuyó a impulsar con la inauguración de la Serie Doctrina Constitucional, cuyo primer volumen, apareció por el año 2017. Ellos, acreditan palmariamente ese carácter decididamente abierto y pluralista que nosotros, siguiendo precisamente su ejemplo, hemos cuidado mantener.

Sin lugar a dudas nos va a ser mucha falta contar con su acertado consejo, pero por sobre todo, vamos a extrañarlo en cada actividad que emprendamos y que procuraremos esté siempre a la mejor altura de las circunstancias como el más sincero y merecido homenaje a lo que Carlos Ramos Núñez representó como académico y estupenda persona.

**Ernesto BLUME FORTINI**

Director General del Centro de Estudios Constitucionales

## Prólogo

La aparición del presente volumen dedicado al estudio del proceso de cumplimiento nos llena de profunda satisfacción, no sólo porque ratifica una senda de investigación inaugurada desde hace bastante tiempo atrás, sino porque evidencia la idea de que los mejores aportes académicos se realizan cuando se suman esfuerzos de tipo colectivo, donde confluyen múltiples corrientes de pensamiento.

Desde el primer ejemplar de esta serie publicado en el año 2017 tras la estupenda iniciativa del Magistrado Carlos Ramos Nuñez (en aquel momento Director General del Centro de Estudios Constitucionales), se ha considerado pertinente que el tratamiento de los instrumentos de defensa de la Constitución venga acompañado de diversos tipos de enfoque donde los referentes proporcionados por el derecho comparado, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia, permitan entender los avances pero también los inevitables inconvenientes que a lo largo de los años se han venido presentando en relación con cada instrumento de defensa constitucional.

El caso del proceso de cumplimiento es bastante especial pues conocido es que desde el momento en que fue reconocido a nivel de nuestra norma fundamental planteó ciertos debates acerca de su naturaleza y objetivos. Discusiones a menudo planteadas para definir si era o no un proceso auténticamente constitucional o un proceso ordinario en rigor constitucionalizado no han estado ausentes en ningún momento, lo que sin embargo no impidió que el peso de su desarrollo a nivel casuístico haya terminado por afianzar el rol que desde el plano constitucional le correspondía cumplir. Allí han aterrizado algunas constataciones que han demostrado que sus beneficios, han podido ser

superiores a sus propios defectos y que de pronto si era posible encontrarle una inevitable utilidad práctica.

Desde luego también hay quienes piensan que el haberlo sometido a ciertas restricciones a partir del raciocinio marcado por algún precedente, pudo no haber sido el mejor de los caminos, pero es un hecho que al margen de las mismas se ha ido abriendo paso la idea de que era perfectamente posible morigerar sus alcances a manera de facilitar la materialización de sus propósitos. Y en efecto, ello se ha visto evidenciado con el pasar de los años y el trabajo desplegado a nivel de la casuística.

También por cierto, es un hecho que a su redimensionamiento han contribuido algunos referentes del derecho comparado, lo que precisamente sugiere la importancia de conocer estos enfoques de manera bastante detenida. Ello en buena medida explica el contar en esta oportunidad, al igual que en ocasiones anteriores, con el inestimable concurso de colegas de otros países cuyos ordenamientos también reconocen este importantísimo instrumento procesal y cuya experiencia es harto valiosa de ser tomada en cuenta.

Se ha procurado asimismo que los estudios fundamentalmente de nuestros autores locales vayan de la mano con los recientes cambios que en el orden legislativo se han venido produciendo y que como es bien sabido, han pasado por el reemplazo del Código Procesal Constitucional del 2004 por el nuevo Código Procesal Constitucional del presente año 2021. Solo el tiempo dirá si estos últimos fueron los acertados.

La Dirección General del Centro de Estudios Constitucionales a cargo del Magistrado Ernesto Blume Fortini, se encuentra muy interesada en que estos colectivos prosigan siendo una constante dentro de las publicaciones que edita nuestro organismo. Y siempre con la lógica de auspiciar una visión abierta y absolutamente plural donde no todos los que participan tengan porque compartir una misma línea de pensamiento ya que el Derecho presupone opinión y mientras más variada esta resulte, más enriquecedor o fructífero será el aporte realizado.

Estamos profundamente agradecidos a todos los académicos y académicas que se han sumado en esta ocasión a este nuevo esfuerzo y estamos seguros que el mejor premio será la difusión y atenta lectura de cada uno de sus trabajos.

Nuestro agradecimiento final para nuestro Director General, por ratificar nuestro concurso en la coordinación de este colectivo y al Pleno del Tribunal Constitucional por apoyar nuestros esfuerzos en las metas académicas emprendidas.

**Luis R. SÁENZ DÁVALOS**  
**Alfredo Orlando CURACA KONG**  
(Coordinadores)



# La acción de cumplimiento en la constitución boliviana

Configuración constitucional y desarrollo en la jurisprudencia  
del Tribunal Constitucional Plurinacional

✉ ALAN E. VARGAS LIMA\*

## Nota Preliminar

**D**e manera general, y siguiendo el acertado criterio del profesor José Antonio Rivera, podemos señalar que la Acción de Cumplimiento es un proceso constitucional que tiene por objeto hacer cumplir, por la autoridad pública, un mandato imperativo impuesto por el ordenamiento jurídico, en aquellos casos en los que de manera injustificada incumple o se resiste a cumplirlo; vale decir que mediante esta acción tutelar, toda persona a quien afecte el incumplimiento de un mandato imperativo previsto por la Constitución o la Ley puede pedir a la autoridad judicial competente emita una orden, dirigida a la autoridad pública renuente, para su inmediato cumplimiento<sup>1</sup>. En tanto que, para

23

---

\* 1 Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional - Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS - Bolivia), y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN - Bolivia). Miembro Honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú); Director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) - Capítulo Bolivia; y Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Docente invitado a nivel pregrado y posgrado en varias Universidades bolivianas. Autor de distintos libros sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos. E-mail: alanvargas4784@gmail.com

1 Una vez puesta en vigencia la Constitución Política del Estado aprobada el 7 de febrero de 2009, la Acción de Cumplimiento apareció por primera vez desarrollada sistemáticamente, en el Capítulo XXIV de la tercera edición de la obra sobre Jurisdicción

Horacio Andaluz, se trata de una: “acción instaurada para defender los mandatos claros y expresos de la Constitución, la demanda de cumplimiento de una ley no puede sino estar atada a dichos mandatos. Por tanto, al exigirse el cumplimiento de dicha ley se está exigiendo el cumplimiento, por devolución, de la disposición constitucional que ordenó tal remisión legislativa”<sup>2</sup>.

De acuerdo a los diversos estudios especializados sobre la materia, esta Acción de Defensa –según señala el estudio de Boris Arias–, tiene entre sus antecedentes al *Writ of Mandamus*, o mandamiento de ejecución, que en el derecho norteamericano constituye una orden judicial a funcionarios públicos para que desplieguen una determinada conducta, en contraposición al *Writ of Injuntion* que prohíbe a las autoridades la realización de actos lesivos a los derechos o intereses de los ciudadanos.

Por su parte, Rivera agrega que la institución del *writ of mandamus* fue recogida en el Derecho Norteamericano, y precisamente el famoso caso *Marbury vs. Madison* (1803) que dio origen al modelo americano de control de constitucionalidad (conocido como *judicial review of legislation*) tuvo su sustento en el *Writ of Mandamus* para que ante el incumplimiento de la Ley Judicial de 1789 por parte del Secretario de Estado James Madison, la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos

---

Constitucional, escrita por el ex Magistrado del Tribunal Constitucional, Dr. José Antonio Rivera Santivañez, en donde expone de manera muy didáctica: *naturaleza jurídica y características, antecedentes, finalidad y objeto de la Acción de Cumplimiento, así como sus presupuestos de procedencia en el Derecho Comparado*, para luego examinar su configuración en el sistema constitucional boliviano, explicando además el procedimiento para la sustanciación de la Acción de Cumplimiento y su posterior revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo a la normativa constitucional vigente en el país. Cfr. RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*. Tercera Edición Actualizada con la Constitución y la Ley N° 27. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus, 2011. Págs. 457-485. Es fácilmente perceptible que las bases doctrinales señaladas en aquel texto, sirvieron de referencia para estructurar los fundamentos jurídicos del fallo, en la Sentencia Constitucional N° 0258/2011-R, de 16 de marzo (Sentencia fundadora de línea jurisprudencial sobre esta temática), disponible en: <https://bit.ly/39hgqOQ>

2 Ambos autores son citados en el interesante estudio de: ARIAS LOPEZ, Boris. *La acción de cumplimiento como acción tutelar*. En: Revista Ius et Praxis. Año 19, N°2, 2013. Págs. 477-508. Disponible en: <http://bit.ly/1TS21eM>

ordenase al mencionado Secretario, de cumplimiento al deber omitido expidiendo el nombramiento judicial de William Marbury<sup>3</sup>.

En el sistema constitucional boliviano, la Constitución ha consagrado a la Acción de Cumplimiento entre las diversas acciones de defensa de los derechos fundamentales y garantías constitucionales; y “*su caracterización como acción –según explica Rivera–, responde a que el Constituyente la ha instituido como una prerrogativa o capacidad que tiene toda persona para acudir a una autoridad jurisdiccional del Estado para obtener una protección o tutela judicial efectiva frente a una conducta renuente de una autoridad pública, haciendo efectivo el cumplimiento del mandato imperativo previsto por las normas de la Constitución o las leyes*”.

En esta ocasión y en atención a la delimitación del tema planteado, consideramos conveniente realizar una breve descripción de los rasgos esenciales de su configuración constitucional, para luego –por medio de una sistematización jurisprudencial–, destacar el intenso desarrollo que ha tenido esta Acción de Defensa a través de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

## **1. La naturaleza jurídica y objeto de la acción de cumplimiento**

El artículo 134.I de la Constitución Política del Estado, instituye a la Acción de Cumplimiento dentro del nuevo orden constitucional, como el instrumento de defensa pertinente ante el incumplimiento de

---

3 RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. Obra citada. Pág. 462. Un estudio extenso y bastante detallado acerca de la Sentencia emitida en el caso Marbury vs. Madison, su enfoque sistemático, el iter argumental de la Sentencia, así como algunas precisiones importantes sobre la doctrina de la *judicial review* y su fundamentación, puede verse en el trabajo publicado por el Catedrático de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. (2011). *La sentencia Marbury v. Madison*. Revista De Las Cortes Generales, (83), 7-133. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2011/83/477> Por otro lado, un reciente trabajo de investigación sobre el tema, propone revisar ciertos mitos acerca del rol que habrían tenido tanto el Chief Justice John Marshall como su decisión en el fallo Marbury v. Madison en relación con el origen del control judicial de constitucionalidad. Cfr. GARCÍA-MANSILLA, Manuel José. (2020). *Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad*. Revista Jurídica Austral, 1(1), 9-89. Disponible en: <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.gar>

disposiciones constitucionales o legales por parte de servidoras o servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida; a cuyo efecto, dicha acción es susceptible de interponerse por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante el juez o tribunal competente, debiendo tramitarse de acuerdo a las mismas reglas de procedimiento previstas para la Acción de Amparo Constitucional<sup>4</sup>.

Asimismo, el art. 64 del Código Procesal Constitucional (CPCo), prevé que dicha acción de tutela tiene por objeto garantizar la ejecución de la norma constitucional o legal cuando es omitida por servidores públicos u Órganos del Estado.

Con relación a la naturaleza jurídica de la Acción de Cumplimiento, la Sentencia Constitucional N°0258/2011-R de 16 de marzo, estableció que:

*“...esta garantía constitucional jurisdiccional está prevista en nuestra Constitución como una acción de defensa, entendiéndola como la potestad que tiene toda persona –individual o colectiva– de **activar la justicia constitucional en defensa de la Constitución Política del Estado y de las normas jurídicas, ante el incumplimiento de deberes concretos contenidos en ellas.** Es una acción sumaria, ágil y expedita a favor del ciudadano, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción constitucional, que **tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, otorgando seguridad jurídica***

---

<sup>4</sup> Cfr. ARIAS LOPEZ, Boris. *La acción de cumplimiento como acción tutelar*. En: Revista Ius et Praxis. Año 19, N°2, 2013. Págs. 477-508. Disponible en: <http://bit.ly/1TS21eM> El entendimiento jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la acción de cumplimiento, así como su ámbito de protección, puede consultarse en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0890/2013-L, de 16 de agosto. Posteriormente, la naturaleza jurídica y objeto de la acción de cumplimiento, así como los entendimientos jurisprudenciales desarrollados por el TCP sobre los principios de legalidad, seguridad jurídica y supremacía constitucional protegidos por la acción de cumplimiento, fueron expuestos –como se verá más adelante– en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0498/2018-S1, de 12 de septiembre de 2018.

*y materializando el principio de legalidad y supremacía constitucional; de ahí que también se configure como componente esencial del subsistema garantista, ampliamente mejorado debiendo invocarse ante el incumplimiento de deberes específicos previstos en la Constitución y en la Ley” (las negrillas son nuestras).*

Así, esta acción tutelar tiene como objeto garantizar el cumplimiento de la Constitución y la Ley, protegiendo de esa manera el principio de legalidad y supremacía constitucional, la seguridad jurídica, y a su vez, de manera indirecta, derechos fundamentales y garantías constitucionales. Cuando la Constitución establece como objeto de esta acción el cumplimiento de la Constitución y la Ley, hace referencia a un deber específico previsto en dichas normas, pues como señala el párrafo tercero del art. 134 de la CPE, el juez que conozca la acción, de encontrar cierta y efectiva la demanda, debe ordenar el cumplimiento del deber omitido.

*“Consiguientemente, conforme al texto constitucional –dice la SC N°0258/2011-R–, se concluye que el objeto de tutela de esta acción está vinculado a garantizar el cumplimiento de un deber contenido en: a) Normas constitucionales, las cuales, como se ha visto, tienen un valor normativo inmediato y directo y a cuya observancia están obligados los servidores públicos y los particulares (arts. 9.4, 108.1, 2) y 3) y 410 de la CPE); b) La Ley, entendida no en el sentido formal –como originada en el órgano legislativo– sino material, sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, la legislación departamental y municipal, a cuyo cumplimiento también se obligan los particulares y los servidores públicos (arts. 14.V y 108.1 de la CPE).*

*Lo señalado no significa que la acción de cumplimiento, de manera directa o indirecta, no tutele derechos y garantías, sino que su objetivo es garantizar el cumplimiento de deberes previstos en la Constitución y las leyes, sin perjuicio que la omisión del deber –constitucional o legal– se encuentre indisolublemente ligada al ejercicio –y por ende lesión– de derechos.*

*Si se asume dicha afirmación, corresponde establecer cuál es la diferencia existente entre el **amparo constitucional por omisión** y la **acción de cumplimiento**, considerando que la primera, de acuerdo al art. 128 de la CPE, procede contra actos ilegales u omisiones ilegales o indebidas y la segunda, procede ante el incumplimiento de disposiciones constitucionales o legales, que constituyen precisamente una omisión.*

*Para establecer una diferenciación, debe partirse del ámbito de protección de la acción de cumplimiento, cual es garantizar el cumplimiento de un deber omitido; deber que tiene que estar de manera expresa y en forma específica previsto en la norma constitucional o legal. En ese entendido, el deber al que hace referencia la norma constitucional, no es genérico —como el cumplimiento de la ley— sino un deber concreto, que pueda ser exigido de manera cierta e indubitable a los servidores públicos; es decir, el deber tiene que derivar un mandato específico y determinado y debe predicarse de una entidad concreta competente; ese es el sentido que, por otra parte, le ha otorgado al deber omitido la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-651/03 y el Tribunal Constitucional Peruano que ha establecido determinados requisitos para que se ordene el cumplimiento del deber omitido: mandato vigente, cierto y claro, no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, debe ser ineludible, incondicional y de obligatorio cumplimiento.*

*Conforme a lo anotado, **ante la omisión en el cumplimiento de un deber claro, expreso y exigible, que puede estar directa o indirectamente vinculado a la lesión de derechos fundamentales o garantías constitucionales, corresponde la presentación de la acción de cumplimiento; en tanto que si el deber omitido no reúne las características anotadas, sino que se trata de un deber genérico, pero vinculado a la lesión de derechos o garantías fundamentales —como por ejemplo el deber de motivación de las resoluciones cuyo incumplimiento general lesiona al debido proceso— corresponde la***

***formulación de la acción de amparo constitucional por omisión***” (SC 1421/2011-R de 10 de octubre)<sup>5</sup>.

### 1.1. Características de la Acción de Cumplimiento

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N° 0548/2013 de 14 de mayo, identificó las características inherentes a esta acción de defensa, señalando que:

***“a) La acción de cumplimiento no busca el cumplimiento formal de un acto normativo constitucional y/o legal sino el cumplimiento de su finalidad, es decir, más que formalista es finalista; b) Tutela mandatos normativos de acción y abstención, consecuentemente, tutela tanto la ejecución de aquello que es deber del servidor público (norma imperativa de hacer), como la inejecución de aquello que el servidor público por mandato normativo expreso no debe hacer; c) El sentido de***

5 En este estado, es preciso recalcar que la Acción de Cumplimiento también se erige en mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales, en virtud al entendimiento desarrollado en la SCP 0902/2013 de 20 de junio, cuyo razonamiento declaró lo siguiente: “...los derechos fundamentales están desarrollados por la ley, por lo que al cumplirse ésta también es posible que pueda tutelarse derechos pero no en su dimensión subjetiva sino en su dimensión objetiva, es decir, que la acción de cumplimiento puede otorgar la tutela de un derecho en su dimensión objetiva de manera directa o indirecta, pero la tutela que puede conceder a un derecho en su dimensión subjetiva siempre es indirecta, aspecto que permite diferenciar a la acción de cumplimiento del amparo constitucional por omisión”. Sobre lo resaltado, también es preciso asumir los entendimientos contenidos en la SCP 0100/2012 de 23 de abril, que declaró lo siguiente: “...de acuerdo al texto constitucional contenido en el art. 134 de la CPE, procede 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. Conforme a dicho texto, la acción de cumplimiento, tiene como objeto garantizar la materialización de la Constitución y la ley, protegiendo de esa manera el principio de legalidad y supremacía constitucional, la seguridad jurídica, y a su vez, de manera indirecta, derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Por lo precedentemente señalado, en el diseño del régimen procesal constitucional, la acción de cumplimiento responde a un proceso constitucional que busca la protección del Estado Constitucional de derecho, los principios de legalidad y seguridad jurídica, a través de la observancia y cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales; es decir, pretende contrarrestar la conducta renuente de autoridades y servidores públicos, frente a la inobservancia de los mandatos específicos contenidos en la disposiciones normativas precedentemente identificada (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0617/2016-S2, de 30 de mayo).

*Constitución involucra todas aquellas normas constitucionales que imponen obligaciones de hacer y no hacer claras a un servidor público; es decir, alcanza al denominado bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE); d) **El sentido de ley, involucra no solamente la norma emanada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, formalmente como ley, sino toda aquella norma jurídica general o autonómica (SSCC 0258/2011-R y 1675/2011-R); e) No se rige por el principio de inmediatez porque el deber de cumplimiento de una disposición no puede caducar con el tiempo sino con la derogatoria de la norma que impone el deber, es decir, no se busca la tutela de derechos subjetivos sino la vigencia del Estado de Derecho (art. 1 de la CPE), en este sentido el cumplimiento de la Constitución y la ley trasciende del interés individual sino que es de interés público; y, f) **Corresponde aclarar la SC 1474/2011-R de 10 de octubre, en sentido de que la acción de cumplimiento no se rige por el principio de subsidiariedad sino previamente al planteamiento de la acción debe constituirse a la autoridad demandada en renuencia**” (Línea jurisprudencial reiterada en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0060/2020-S3, de 12 de marzo).***

Dentro de la misma lógica de naturaleza jurídica y alcance protectorio, la SCP 1191/2013 de 1 de agosto, señaló que: “...esta acción no ha sido prevista para lograr, mediante una orden judicial, el cumplimiento del deber general de acatar y cumplir la Constitución y las leyes; se entiende que, en coherencia con su naturaleza jurídica, esta acción tiene por finalidad hacer cumplir un mandato, deber u obligación imperativamente impuesto por la norma constitucional o legal; que se trate de un mandato, deber u obligación no sujeto a condición alguna, y que de manera indubitable y directa emerja de la norma constitucional o legal” .

Coligiéndose de ello que la acción de cumplimiento tiene por objeto el cumplimiento de una norma, lo que, por consecuencia lógica, guarda directa relación con los efectos de su concesión, en la que se ordenará “...el cumplimiento inmediato del deber omitido, o en su caso determinará un plazo perentorio para el cumplimiento de la norma pudiendo determinar

*la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal de la accionada o accionado de conformidad al Artículo 39 del presente Código” (art. 67 CPCo). En este sentido, la pretensión del accionante en una acción de cumplimiento deberá circunscribirse al objeto descrito y dentro de los efectos que la norma establece.*

### **1.2. El elemento de “afectación” establecido por la Constitución boliviana**

A lo anterior, se suma el elemento de la “afectación”, incluido en el art. 134.II de la CPE, que debe ser entendido –para efectos de la acción de cumplimiento– como la amenaza o lesión mediata o indirecta al o los accionantes; esto en razón a que la norma se constituye en un elemento abstracto que solo provocará efectos en el mundo material a través de su cumplimiento mediante actos concretos de la administración pública, lo que a su vez implica que el pretendido cumplimiento de la norma, vía la presente acción, no necesariamente garantizará de manera directa la restitución de los derechos y garantías o la cesación de la amenaza a los mismos, como ocurre con los alcances de la acción de amparo constitucional.

31

En el marco de esta definición, el elemento “afectación” debe ser observado en dos dimensiones y momentos procesales distintos:

- a) En un primer momento, como elemento formal de admisibilidad, estaría relacionado con la legitimación activa, esto es a efectos de determinar que quien acciona sea efectivamente un afectado por la omisión al deber de cumplimiento normativo, sin que ello niegue, por supuesto, la posibilidad de que los efectos de la resolución se amplifiquen a un número indeterminado de personas, considerando precisamente el carácter general de la Ley cuyo cumplimiento se pretende. Resulta evidente que, el componente de acreditación de legitimación, como condición de admisibilidad, es inherente a la creencia de verse afectado tanto por el incumplimiento de un mandato normativo de hacer como por la renuencia de la autoridad obligada a su cumplimiento, sin que su simple afirmación sea suficiente para considerarla acreditada, motivo por el que la fundamentación

exigible es inherente a la afectación y el interés que se tiene para actuar; y,

- b) En un segundo momento –superada la fase de admisibilidad–, como elemento de fondo para la decisión, dimensión en la que la compulsa de la “afectación” deberá considerar tres cuestiones:
- 1) Conforme se expresó en la jurisprudencia precedente, el espectro protectorio de la acción de cumplimiento se amplía de manera indirecta o mediata al amparo a derechos y garantías, que es precisamente lo que justifica la intervención de esta jurisdicción en su resolución, evitando de esta forma caer en un mero control de legalidad que en cualquier caso rebasaría su ámbito de actuación;
  - 2) Que la vinculación mediata o indirecta a derechos y garantías no muta o afecta ni el objeto ni los efectos de esta acción, que es el cumplimiento de una norma incumplida; y,
  - 3) El carácter concreto y no abstracto de esta acción, toda vez que es el propio constituyente el que ha establecido la concurrencia de un elemento fáctico en la discusión, traducido en el concepto de “afectación”, antes desglosado.

Precisamente, el componente de afectación por la omisión del incumplimiento de una disposición constitucional o de la ley, conforme prevé el art. 65.1 del CPCo, no solo supone la exigencia de suficiente acreditación de legitimación activa por parte de las personas naturales o jurídicas accionantes, sino que tal exigencia constituye un vínculo entre la petición de cumplimiento del mandato normativo por la autoridad competente, la tutela que debe ser concedida o denegada por el Juzgado o Tribunal de Garantías conforme a las normas comunes de procedimiento en acciones de defensa previstas por el art. 36.8 del CPCo y la afectación vinculada a la exigencia de cumplimiento de la normativa por parte de una o un servidor público, sin que esto suponga la petición ni tutela directa de derechos y garantías constitucionales, en razón de su propia naturaleza jurídica que es inherente al sistema de garantías que identifica a la acción de cumplimiento como medio de defensa del ordenamiento jurídico.

En este marco de análisis, en la delimitación del objeto procesal y en la sustanciación de fondo de la acción de cumplimiento, deben considerarse dos elementos centrales:

- i) La norma cuyo cumplimiento se extraña y pretende vía acción de cumplimiento, debe contener, conforme la jurisprudencia señalada, determinadas características previstas en la jurisprudencia constitucional, exigiéndose de ella un mandato vigente, cierto y claro, que no debe estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, debe ser ineludible, incondicional y de obligatorio cumplimiento; y,
- ii) La acreditación suficiente de la existencia de la afectación que sufra el o los accionantes a causa de la omisión al cumplimiento de la norma, en los alcances conceptuales que la presente resolución atribuye al término.

A partir de ello, la labor hermenéutica del TCP se circunscribirá a determinar, entre otras cosas, la relación o el vínculo que exista entre la omisión al cumplimiento normativo argüida y la afectación previamente acreditada, que tratándose de una acción de cumplimiento deberá ser, necesariamente, mediata o indirecta.

33

La inconcurrencia de cualquiera de estos dos elementos, además de la inexistencia de la relación o vínculo antes señalado, derivaría en la denegatoria de la acción planteada. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1387/2016-S3, de 2 de diciembre).

En definitiva, y de acuerdo al contexto anteriormente descrito, es evidente que la acción de cumplimiento garantiza la materialización de la Constitución Política del Estado y la ley, y subyace en la protección de los principios de *legalidad*, *supremacía constitucional* y *seguridad jurídica*, que deriva a su vez en un resguardo directo o indirecto de derechos y garantías constitucionales.

Por lo que, para que la acción de cumplimiento prospere se exige: 1) Que la norma derive de un mandato específico y determinado; 2) Debe ser un deber vigente, cierto, claro e inobjetable para la autoridad

a quien se reclama su cumplimiento, además de ser ineludible y de obligatorio cumplimiento e incondicional; y, 3) Se pruebe la renuncia tácita o expresa de la autoridad llamada a cumplir la norma constitucional o legal (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0498/2018-S1, de 12 de septiembre).

### **1.3. Sobre los principios de legalidad, seguridad jurídica y supremacía constitucional protegidos por la Acción de Cumplimiento**

Partiendo de la finalidad de la acción de cumplimiento, que como se tiene precedentemente expuesto constituye un mecanismo consagrado en la Constitución Política del Estado, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento y materialización de un mandato constitucional y/o legal establecido, siendo la vía constitucional a través de la cual se reclama la observancia de una ley o norma jurídica que se considera omitida, es posible comprender que de su ámbito de protección deriva esencialmente el resguardo de los principios de legalidad, seguridad jurídica y supremacía constitucional.

34

**1.3.1.** Sobre el particular, es conveniente recordar que el **principio de legalidad** es uno de los ejes vertebrales de un Estado y principio fundamental del derecho público, que a partir de una concepción genérica debe entenderse en sentido de que las actuaciones tanto de los poderes público o instituciones de la administración pública como de los particulares, deben ser desarrolladas y estar enmarcadas en la Norma Suprema y las leyes.

En este sentido, la SCP 0009/2016 de 14 de enero, sostuvo que:

«...el Estado Plurinacional de Bolivia, constituido en un Estado de Derecho, a través de todos sus estamentos, se subordina a la Ley Fundamental en el ejercicio del poder público y es respetuoso de las leyes que conforman el plexo jurídico que rige a la sociedad, donde, el principio de legalidad se erige como un principio fundamental, por cuanto compone el cimiento de la seguridad jurídica que sostiene al Estado.

*Ahora bien, resulta imperioso referir que siendo el principio de legalidad la aplicación objetiva de la Ley, no puede encontrarse exento o indiferente ante el principio de supremacía constitucional previsto en el art. 410 de la CPE, pues esta norma es precisamente la que se configura como su asidero y garantía de vigencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, y a partir del cual, se edifica la jerarquía normativa, a la cual todos los órganos o poderes del Estado deben someterse.*

*(...) Así se expresó este Tribunal, mediante la SC 0034/2006-R de 10 de mayo, que citando a la SC 0101/2004 de 14 de septiembre, luego de efectuar un amplio y concienzudo análisis respecto al principio de legalidad, estableció lo siguiente: “...el principio de legalidad ‘se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico de la nación’.*

*(...) Entendimiento asumido por la SC 1412/2011-R de 30 de septiembre, que señaló: “La nueva perspectiva del principio constitucional de legalidad, importa una visión más amplia y a la vez compatible con la evolución del Derecho Constitucional; en su concepción, se debe comprender como la directriz maestra que informa a todo el sistema normativo –positivo y consuetudinario–; el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, previsto en el art. 108.1 de la CPE, precisa este principio, debiendo entenderse, que la legalidad informadora deviene de la Ley Suprema del ordenamiento jurídico; es decir, que el principio de legalidad contiene en su matriz normativa al principio de constitucionalidad”».*

**1.3.2.** Por otra parte, el **principio de seguridad jurídica**, es uno de los principios fundamentales componentes del marco constitucional como legal, que sustancialmente permite el conocimiento antelado de las reglas de orden jurídico que rigen una determinada conducta o relación, y la confianza en la observancia y respeto de las consecuencias derivadas de la aplicación de una norma –constitucional o legal– válida y vigente,

teniendo su sustento en la predictibilidad de estas situaciones, que entre diversas acepciones doctrinales puede ser concebida como:

*“Un valor estrechamente ligado a los **Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación).** Junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales...”* (las negrillas nos corresponden)<sup>6</sup>.

En este sentido, la seguridad jurídica, permite a partir de la sujeción a reglas jurídicas preestablecidas, la confianza y fortaleza de las relaciones jurídicas en pro de la armonía social, **que se verá consolidada no solo a partir de la formulación adecuada de las normas jurídicas-constitucionales y/o legales, sino también con el cumplimiento del derecho positivo.**

36

Así, este Órgano especializado de control de constitucionalidad, a través de la SCP 1925/2012 de 12 de octubre, sostuvo respecto al principio de seguridad jurídica que:

«De acuerdo al nuevo orden constitucional, ha sido definido como: “...un principio rector del ordenamiento jurídico y que emana del Estado de Derecho, conforme lo señala la doctrina: ‘La seguridad jurídica debe hacer previsible la actuación estatal para el particular, tal actuación debe estar sujeta a reglas fijas. La limitación del poder estatal por tales reglas; es decir, leyes, cuya observancia es vigilada por la justicia, es contenido especial del

---

6 MARÍN GALLEGU, Carlos Arturo. *El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social* (citando a Pérez Luño Antonio Enrique), Universidad de Caldas-Colombia, Julio-Diciembre 2012, p.78. Disponible en: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)\\_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)

principio de estado de derecho' (Torsten Stein. Seguridad Jurídica y Desarrollo Económico. FKA).

En efecto, la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...” (SC 0070/2010-R de 3 de mayo)».

**1.3.3.** Siguiendo esta misma línea de comprensión doctrinal de los principios que protege la acción de cumplimiento, cabe referirse a la **supremacía constitucional**. Al respecto, la SCP 0037/2016 de 23 de marzo, sostuvo que:

*“...La noción de supremacía constitucional, surge de la propia naturaleza normativa de la Constitución, la que se erige como fuente primaria del ordenamiento jurídico, el que no es otra cosa que el conjunto de previsiones que conforman el derecho positivo de un Estado y que se compila en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución; dicho de otra forma, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Norma Fundamental, ya que es ella la que determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten entre los miembros de la sociedad, o lo que es lo mismo: establece el orden jurídico del propio Estado; por lo que, su protección y control de su aplicación se han encargado a una jurisdicción especial: la jurisdicción constitucional que se encuentra representada en su única instancia, por el Tribunal Constitucional Plurinacional y, a cuyas decisiones, la propia Constitución, delega el resguardo*

*de su integridad y supremacía*” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0498/2018-S1, de 12 de septiembre).

## 2. Diferencia entre las Acciones de cumplimiento y de amparo constitucional

Respecto a la diferencia existente entre las acciones de cumplimiento y de amparo constitucional, la SCP 0152/2014-S1 de 5 de diciembre, reiterando a la SCP 0036/2012 de 26 de marzo, estableció que: “... *la distinción entre las acciones de defensa citadas, deriva en que **si bien ambas pueden determinar la desatención del deber omitido por una autoridad pública, previsto en la Norma Suprema o la ley; la acción de amparo constitucional se halla vinculada a la vulneración y protección de derechos subjetivos, lo que no sucede con la de cumplimiento.*** En ese sentido, el mencionado fallo constitucional plurinacional, citando a su vez, a la SC 0258/2011-R de 16 de marzo, precisó que: ‘...«Lo señalado no significa que la **acción de cumplimiento**, de manera directa o indirecta, no tutela derechos y garantías; sino que su propósito concreto es garantizar el cumplimiento de deberes previstos en la Constitución y las leyes, sin perjuicio que, la omisión del deber –constitucional o legal– se encuentre indisolublemente ligado al ejercicio –y por ende lesión– de derechos»” (las negrillas son nuestras).

38

Finalmente, dando mayor claridad al entendimiento anterior, y explicando los efectos de la sentencia en las Acciones de Cumplimiento, la **SCP 0198/2017-S3 de 17 de marzo**, estableció lo siguiente:

*“La acción de cumplimiento tiene por efecto garantizar la materialización de una norma constitucional o legal, que estuviere siendo omitida por servidores públicos u Órganos del Estado, y una vez que este Tribunal Constitucional Plurinacional, determine el incumplimiento de una norma, la Sentencia dispondrá su observancia de manera inmediata; ahora bien, **conforme a la naturaleza de la presente acción tutelar, esta se encuentra vinculada al cumplimiento de disposiciones constitucionales o legales, recayendo en una omisión de un deber concreto, expreso y previsto de forma específica; es decir, que se encuentra vinculada***

***a la protección de derechos no subjetivos, sino al cumplimiento de una disposición normativa de alcance general;*** en ese contexto, cuando a través de una Sentencia Constitucional Plurinacional se ordena el cumplimiento de una disposición, bajo el entendimiento que la norma tiene alcance y carácter general, no puede de manera reiterada interponerse la presente acción de defensa a efecto de que se vuelva a disponer el acatamiento de una norma al haber merecido ya pronunciamiento; ello debido a que la acción de cumplimiento concedida, implica el cumplimiento de una ley de carácter material o formal general y abstracta que genera efectos erga omnes y, por tanto, su cumplimiento no solo beneficia a una persona en particular o a las que plantearon la acción, sino a todas las que se encuentren cobijadas en los supuestos que la norma establezca; ***razón por la cual al pronunciarse este Tribunal ordenado el cumplimiento de una disposición legal, no es posible un nuevo pronunciamiento respecto de la misma norma, al concurrir cosa juzgada, sin que sea necesario como ocurre en otras acciones que exista identidad de sujetos en razón al carácter de generalidad de la ley, por ende lo dispuesto a través de la acción de cumplimiento tiene una consecuencia irradiadora respecto al cumplimiento de la disposición vinculante con los sujetos que se encuentren en la misma situación ante su inobservancia;*** así la SCP 0166/2012 de 14 de mayo, sobre el tema refirió que: ‘...lo diferencia de la acción de cumplimiento que como se analizó anteladamente su ámbito de protección irradia en la materialización de la normas constitucionales y legales a través de la conminatoria de su observancia, que de manera directa o indirecta puede proteger los derechos y garantías invocados por el actor’” (Línea jurisprudencial reiterada en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0252/2017-S2, de 20 de marzo).

### **3. Causales de improcedencia de la acción de cumplimiento**

El art. 66 del CPCo, en relación con las causales de improcedencia dispone, que esta acción no procederá:

- “1. Cuando sea viable la interposición de las acciones de Libertad, Protección de Privacidad o Popular.
2. Cuando el accionante no haya reclamado previamente y de manera documentada a la autoridad accionada, el cumplimiento legal del deber omitido.
3. Para el cumplimiento de sentencias judiciales que tengan autoridad de cosa juzgada.
4. En procesos o procedimientos propios de la administración, en los cuales se vulneren derechos y garantías constitucionales, tutelados por la Acción de Amparo Constitucional.
5. Contra la Asamblea Legislativa Plurinacional con la intención de exigir la aprobación de una Ley”.

El Tribunal Constitucional Transitorio, mediante la SC 1312/2011-R de 26 de septiembre, a efectos de delimitar las causales de exclusión para la activación de la **acción de cumplimiento**, efectuó el siguiente razonamiento:

*“...con la finalidad de completar el diseño dogmático de la **acción de cumplimiento**, debe señalarse que toda la argumentación desarrollada supra, constituye el sustento jurídico-constitucional para establecer el ámbito de diferenciación con otras acciones tutelares, específicamente con la acción de amparo constitucional, en esa perspectiva, es imperante –a la luz de su teleología constitucional–, **delimitar las causales de exclusión para la activación de la acción de cumplimiento, que en esencia se traducen en dos: a) Incumplimiento de deberes procesales, directamente vinculados a un proceso jurisdiccional; y, b) Incumplimiento de potestades administrativas, estrictamente vinculadas a un procedimiento administrativo.***

*En efecto, estas causales de exclusión para la activación de la **acción de cumplimiento**, son perfectamente coherentes con la argumentación desarrollada supra, ya que **al existir un proceso judicial o un procedimiento administrativo, en el cual existen partes***

*procesales con un interés concreto y cuya decisión surtirá efectos jurídicos solamente en relación a ellas, no es posible en estos supuestos activar la acción de cumplimiento, toda vez que la acción de amparo constitucional, para estos casos, es el medio idóneo y eficaz para restituir posibles derechos afectados. En este contexto, inequívocamente la negación de estas causales de exclusión para la **acción de cumplimiento**, generaría una disfunción del sistema tutelar reconocido por el nuevo orden constitucional, aspecto no deseado y que en definitiva desconocería las directrices axiológicas en virtud de las cuales el constituyente desarrolló cada una de las acciones de defensa”* (las negrillas nos corresponden). Entendimiento que a su vez fue reiterado por la SCP 1476/2014 de 16 de julio; así como en el AC 0430/2018-RCA de 5 de noviembre, entre otros fallos constitucionales (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0088/2020-S4, de 14 de julio).

#### 4. **Jurisprudencia reiterada sobre las causales de improcedencia de la acción de cumplimiento**

41

La SCP 1284/2016-S3 de 22 de noviembre, citando a las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0825/2012 de 20 de agosto y 0548/2013 de 14 de mayo, sostuvo que:

*“[E]s deber de los jueces o tribunales de garantías antes de la admisión de una acción de cumplimiento analizar ‘...i) La observancia de los requisitos de admisión, previstos en el art. 33 del Código Procesal Constitucional (CPCo), debiéndose en su caso ordenar su subsanación en el plazo de tres días, transcurridos los cuales, en caso de persistir la inobservancia, se tendrá por no presentada la acción (art. 30 del CPCo), no correspondiendo distinguir entre requisitos de forma y fondo por no estar comprometido un interés subjetivo y ser el cumplimiento de la Constitución Política del Estado y la ley de orden público; y, ii) Ante la concurrencia de una causal de improcedencia reguladas en el art. 66 del referido Código, por Auto motivado se determinará de manera directa la improcedencia de la acción de cumplimiento.*

*Respecto a las causales de improcedencia reglada el art. 66 del CPCo, determina: a) Cuando sea viable la interposición de las acciones de libertad, protección de privacidad o popular, o cuando concurra la procedencia de otra acción de defensa porque se presume que el legislador otorgó ámbitos de competencias diferente a cada acción constitucional incluyendo a la acción de amparo constitucional; b) **Debe existir una solicitud expresa y clara en la cual el accionante recuerde al servidor público su deber de cumplimiento de la norma, y ante la renuencia (tácita o expresa) recién se activa la jurisdicción constitucional, aspecto diferente a la subsidiariedad;** c) Para forzar el cumplimiento de resoluciones judiciales de cualquier índole (SCP 1876/2012 de 12 de octubre); d) **Dentro de procesos o procedimientos administrativos en los cuales pueda demandarse la lesión de derechos fundamentales en cuyo caso por regla general procede la acción de amparo constitucional;** y, e) Para exigir la aprobación de leyes ante las instancias Legislativas.*

*En relación a la causal de improcedencia reglada del art. 66.4 del CPCo, y concordante con la naturaleza jurídica de la acción de cumplimiento la SCP 2242/2012 de 8 de noviembre, ‘...la acción de cumplimiento, conforme a la causal contenida en el art. 66.4 del CPCo, no procede para petitionar el cumplimiento de la omisión del deber omitido por una autoridad pública, de la Administración Pública o Autónoma, que en el ejercicio de sus competencias públicas asignadas por la Constitución y la ley conforme a ella, conoce y resuelve procesos o procedimientos propios de la administración o ejerce la potestad administrativa sancionadora, en los que se vulneren derechos y garantías que son objeto de protección de la acción de amparo constitucional’” (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0157/2018-S1, de 25 de abril)<sup>7</sup>.*

---

7 De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial expresado en los Fundamentos Jurídicos III.1 y III.2 de la SCP N° 0157/2018-S1, el ámbito de protección de la Acción de Cumplimiento es garantizar la materialización de un deber omitido, mismo que debe encontrarse de manera expresa y específica en la norma constitucional o legal; no obstante, esta

## 5. Improcedencia de la Acción de Cumplimiento por sustracción de la materia o *hecho superado*<sup>8</sup>

Un proceso, cualquiera sea éste, incluyendo el proceso constitucional, debe ser entendido como una serie de actos desarrollados a manera de secuencia, el mismo que tiene un inicio y un fin, es decir que normalmente concluye con una sentencia o resolución definitiva que pone fin al proceso y a la controversia suscitada, siendo esa la forma normal de conclusión de cualquier proceso.

No obstante lo señalado –según indica el Tribunal Constitucional Plurinacional–, existen también modos extraordinarios de conclusión del

---

acción de defensa es improcedente cuando a través de ella se pretende la ejecución de disposiciones legales o constitucionales, dentro de procesos administrativos o judiciales, debido a que el cumplimiento de las mismas debe ser exigida a las autoridades que imparten justicia en un determinado proceso judicial o administrativo, no siendo admisible aquella facultad a través de la acción de cumplimiento, sino a través de los medios de impugnación determinados por el procedimiento. *“En el caso –indica la ratio decidendi de la citada Sentencia–, el accionante interpuso la presente acción tutelar exigiendo el cumplimiento del art. 122 de la CPE, que habría sido incumplido por el Tribunal Disciplinario de la Policía Boliviana, al negarse a anular un proceso disciplinario interno, que fue sustanciado en base a una ley de vigencia posterior al hecho acusado. Por lo señalado, en este caso se advierte una causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, tal como se sostuvo en el Fundamento Jurídico III.2 del presente fallo constitucional, por cuanto la indicada acción de cumplimiento no procede “...En procesos o procedimientos de la administración, en los cuales se vulneren derechos y garantías constitucionales, tutelados por la Acción de Amparo Constitucional” (SCP 1284/2016-S3), razonamiento que delimita el objeto de protección de la acción de cumplimiento frente a la acción de amparo constitucional, por ello, la última nombrada se constituye en un medio de defensa idóneo y efectivo para proteger los derechos que el accionante considera se lesionaron, toda vez que la primera garantiza el cumplimiento de un deber omitido, deber que tiene que estar expresado de forma clara, concreta, exigible y que de manera ineludible obligue a un servidor público que se niegue a su cumplimiento, mientras que la segunda tiene por finalidad tutelar derechos fundamentales y garantías constitucionales que se restringieron por acción u omisión de los servidores públicos o de una persona individual o colectiva. En ese entendido, no es posible disponer que el Tribunal Disciplinario Superior Permanente de la Policía Boliviana, en aplicación del art. 122 de la CPE, anule el proceso disciplinario seguido contra el hoy accionante, toda vez que la acción de cumplimiento no constituye la vía idónea para dicho fin. En todo caso, el accionante al considerar la vulneración del debido proceso, por haber sido procesado aplicando una ley de data posterior a la comisión del hecho por el que se le acusaba, debió poner de manifiesto tal extremo e impetrar la tutela de sus derechos por medio de la acción de amparo constitucional”.*

8 Este acápite, corresponde al fundamento jurídico de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0111/2020-S4, de 14 de julio.

proceso, entre los que se tienen a la *sustracción de materia*, que consiste básicamente en la desaparición de los supuestos de hecho o normativos, que sustentan una determinada acción; y cuando esto sucede, la autoridad legal competente no puede decidir o pronunciarse sobre algo que ya no tiene hechos o normas que sustenten la acción.

Lo señalado tiene relación con *los efectos de la resolución emitida en una acción de cumplimiento*, regulado en el art. 67 del CPCo, dado que, si el tribunal, el juez de garantías o la sala constitucional, determina el incumplimiento o la omisión de una norma constitucional o legal, la resolución constitucional a emitirse debe disponer el cumplimiento del deber omitido, o en su caso, otorgar un plazo perentorio para tal efecto; y si desaparece el hecho o las normas que sustentan la acción de cumplimiento, aquel propósito será de imposible cumplimiento.

La *teoría del hecho superado*, fue aplicada por la jurisprudencia constitucional en distintos fallos; así, la SCP 0656/2019-S4 de 21 de agosto, refiriéndose a la falta de objeto en la acción de amparo constitucional, citó a la SC 0290/2006-R de 18 de diciembre y la SCP 1457/2013 de 19 de agosto, en las cuales se razonó que: *“cuando el medio o acto por el que se lesiona o restringe el derecho o garantía desaparece, se está ante la teoría del hecho superado”*; teoría que resulta plenamente aplicable a la acción de cumplimiento, conforme al entendimiento asumido en la SC 1467/2011-R de 10 de octubre, en la que, la parte accionante pretendía, mediante la acción de cumplimiento, anular un instructivo por el cual se suspendía la tramitación de la aprobación de planos en ese municipio; sin embargo, al haber advertido que, de la revisión de los datos del proceso, dicho instructivo quedó sin efecto con anterioridad a la presentación y notificación a la autoridad demandada con la acción de tutela formulada, se entendió que el objeto de la tutela desapareció, *aplicando en consecuencia la teoría del hecho superado, que si bien fue reconocida por la línea jurisprudencial de la acción de amparo constitucional hasta ese momento, entendió el Tribunal que la misma no era incompatible con el caso concreto de la acción de cumplimiento planteada.*

Lo señalado precedentemente tiene coherencia si se toma en cuenta que, si los elementos principales de toda acción de tutela constitucional,

entre ellas, la acción de cumplimiento, son: **i) La causa de pedir**, determinada por el incumplimiento o la omisión de una norma constitucional o legal, a través de un acto omisivo de no hacer; y, **ii) La petición**, que involucra la solicitud de cumplimiento inmediato del deber omitido o la otorgación de un plazo perentorio para dicho efecto; elementos que procesalmente configuran el objeto de la tutela que debe ser brindada por los órganos de protección constitucional; no resulta razonable que, ante la desaparición de la situación de hecho que configura uno de los elementos esenciales de la pretensión de la acción de cumplimiento, el órgano de tutela constitucional deba decidir o pronunciarse sobre el fondo, dado que se entiende que desapareció el objeto de la tutela, siendo en consecuencia plenamente aplicable la teoría del hecho superado, reconocida por la línea jurisprudencial antes señalada y por tanto, en estas circunstancias, la tutela debe ser denegada, ya que una eventual concesión de la misma resultaría ineficaz.

## **6. Ámbito de protección de la acción de cumplimiento<sup>9</sup>**

45

Con el objeto de analizar la naturaleza jurídica de esta Acción de Defensa, es necesario partir de lo dispuesto en el art. 108.1 de la CPE que dice que son deberes de las bolivianas y los bolivianos: “**Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes**” (las negrillas son nuestras); toda vez que de una interpretación literal, sistemática y teleológica de la misma, se tiene que el Constituyente estableció –con la finalidad de contribuir al logro del bien común de las personas– tres deberes importantes que todos los bolivianos debemos cumplir:

- i) La obligación de conocer las normas constitucionales y legales, con el objeto de que todos los bolivianos y bolivianas, tengamos conocimiento de los derechos y garantías reconocidos en nuestro favor, los deberes y obligaciones que debemos acatar, y las reglas emitidas con el objeto de regular la vida en sociedad;

---

9 Este acápite y los siguientes, corresponden a los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0253/2018-S3, de 2 de agosto.

- ii) El deber de cumplir la Constitución y las leyes, por el que se exige que todos los bolivianos, conocedores de la normativa que rige nuestro Estado, la efectivizamos con nuestras acciones, ejerciendo los derechos reconocidos en nuestro favor, ejecutando los deberes que nos fueron establecidos, y realizando las reglas de conducta establecidas con la finalidad antes señalada; y,
- iii) Por último el deber de hacer cumplir las disposiciones constitucionales y legales, tomando en cuenta que en algunas ocasiones no es suficiente conocer y cumplir las mismas mediante nuestros actos, sino que es necesario buscar su materialización por parte de las demás personas que omitan hacerlo, sean particulares o servidores públicos, por medio de simples solicitudes de cumplimiento (verbales o escritas) o mediante los mecanismos legales reconocidos, cuando corresponda efectuarlos.

Asimismo, de la comprensión de lo previsto en el art. 410 de la CPE, se tiene que todas las personas naturales o jurídicas, así como los que ejercen funciones públicas, nos encontramos sometidos a la Ley Fundamental, por ser la norma suprema del ordenamiento jurídico de nuestro Estado, que goza de primacía frente a cualquier otra disposición, **de donde se colige, la obligación que tenemos todos los bolivianos (particulares y servidores públicos) de cumplir obligatoriamente sus mandatos, con preferencia a las normas infraconstitucionales.**

Por otro lado, el art. 164 de la CPE, indica que la ley es de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación, salvo exista un plazo diferente para su entrada en vigencia; **lo que quiere decir, que por mandato constitucional existe el deber de que todos los bolivianos le demos efectividad a partir de ese momento, salvo que la propia norma disponga una condicionante diferente o previa a su realización; no pudiendo por ende abstraernos de su cumplimiento.**

Ahora bien, centrándonos en los deberes de los servidores públicos, el art. 235.1 de la Norma Suprema, establece como una de sus obligaciones: **“Cumplir la Constitución y las leyes”**, mandato que guarda coherencia y correspondencia con lo dispuesto en el art. 108.1 de la CPE,

mencionado precedentemente; ya que todos los bolivianos sin distinción alguna tenemos el deber de acatar la norma; sin embargo, ésta obligación adquiere mayor relevancia cuando se trata de los servidores públicos, tomando en cuenta que ellos son quienes en el ejercicio de sus funciones, los que aplicarán la normativa vigente, sin condiciones previas que no sean las que estén expresamente establecidas en la Constitución o la ley.

No obstante, un problema actual que se viene arrastrando desde el pasado, es que existiendo infinidad de leyes y mandatos constitucionales, una gran parte de estos no son cumplidos por los servidores públicos, por omisiones o inacciones de los mismos, ocasionando que la normativa de nuestro Estado, no se materialice ni efectivice, a pesar que el cumplimiento de las normas, no se encuentra sujeto a la libre decisión o voluntad de los servidores públicos, sino más bien resulta ser un imperativo que la administración pública debe concretar incluso bajo sanción penal (art. 154 del Código Penal [CP]), ya que la omisión o negligencia en el cumplimiento de sus deberes propios en el ejercicio de sus funciones, puede afectar a los beneficiarios de las mismas o incluso al propio Estado.

47

En mérito a esta problemática, fue que nuestro Estado vio la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico boliviano, al igual que en otros países como Colombia y Perú (aunque con matices diferentes), la acción de cumplimiento como mecanismo de defensa constitucional, que tiene por objeto garantizar la materialización y ejecución de las disposiciones constitucionales y legales, en las que se expresen deberes específicos y concretos, no sujetos a condición y vigentes, omitidos por parte de los servidores públicos renuentes, a pesar de tener plenas facultades para su ejecución o concreción; esto en resguardo de los principios de supremacía constitucional, de legalidad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Adquiriendo así, la acción de cumplimiento, relevancia e importancia trascendental en nuestro Estado, ya que se constituye en un medio idóneo y efectivo para la consecución de los fines que la Ley Fundamental persigue, como es la materialización del mandato constitucional, plasmado en el art. 108.1 de la CPE, que dice que todos los bolivianos debemos “*Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes*”, en especial los servidores públicos, debido a que ellos son los que en el ejercicio de sus

funciones deberán aplicar las normas constitucionales y legales (art. 235.1 de la Norma Suprema); lo que quiere decir, que esta acción de defensa se constituye en un mecanismo constitucional, mediante el cual se busca la ejecución de los mandatos constitucionales y legales, para que tengan una vigencia real y no nominal, y no sean ignorados e incumplidos por mero capricho de los servidores públicos, adquiriendo de esa manera un rol muy importante en el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho, ya que mediante la misma se otorgará certeza y confianza al justiciable de que las normas serán ejecutadas, sin que la omisión, negligencia o pereza de los servidores públicos sea obstáculo en su ejecución.

Para finalizar, cabe aclarar que la jurisprudencia constitucional, estableció que la acción de cumplimiento, no es un mecanismo de defensa de derechos subjetivos de las personas; sin embargo, cuando la norma omitida esté ligada al ejercicio de un derecho y se conceda la tutela en la acción, se estará tutelando indirectamente derechos subjetivos; asumiendo además que todo proceso constitucional (de control normativo, competencial o tutelar) tiene por finalidad la protección de la supremacía constitucional (dimensión objetiva) y la vigencia de los derechos fundamentales (dimensión subjetiva).

### **6.1. Legitimación activa y su relación con la afectación del deber omitido**

Al respecto la SC 0258/2011-R de 16 de marzo, señaló: “...*cuando la Constitución hace referencia a que la acción debe presentarse por la persona individual o colectiva afectada, no exige una afectación directa de intereses, derechos o garantías, que implique la demostración de la amenaza o lesión de los mismos, sino una afectación indirecta, que se traduce en la incertidumbre sobre el pleno goce y ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, del incumplimiento de reglamentar una ley que reconozca determinados derechos, se deriva la inseguridad en el pleno ejercicio de los mismos y, por tanto, la afectación indirecta de los titulares de esos derechos*” (el subrayado nos corresponde).

Por su parte la SC 1312/2011-R de 26 de septiembre, indicó: “...*en la acción de cumplimiento, (...) se busca el cumplimiento de una norma constitucional o legal omitida en su ejecución, aspecto con el cual, si bien se resguarda un derecho fundamental de una o más personas en particular, el*

*efecto de la tutela al ordenar el cumplimiento de una disposición de carácter general, trasciende en una colectividad, por tanto, en este caso, para este tipo de acciones tutelares, no es necesario que el peticionante de tutela acredite el interés directo que motiva la activación de este mecanismo*” (el subrayado es nuestro).

En este comprendido, la SCP 1387/2016-S3 de 2 de diciembre, indicó que: “...el elemento de la **‘afectación’**, incluido en el art. 134.II de la CPE, que debe ser entendido –para efectos de la acción de cumplimiento– como la amenaza o lesión mediata o indirecta al o los accionantes; esto en razón a que la norma se constituye en un elemento abstracto que solo provocará efectos en el mundo material a través de su cumplimiento mediante actos concretos de la administración pública, lo que a su vez implica que el pretendido cumplimiento de la norma, vía la presente acción, no necesariamente garantizará de manera directa la restitución de los derechos y garantías o la cesación de la amenaza a los mismos, como ocurre con los alcances de la acción de amparo constitucional” (las negrillas y el subrayado son nuestros).

49

Razonamientos constitucionales, que merecen ser complementados en la actualidad, por la relevancia e importancia del objeto de la acción de cumplimiento, mencionados en el Fundamento Jurídico III.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional; para lo cual debemos indicar que la **afectación**, es un elemento formal vinculado a la legitimación activa de la acción analizada, que no debe ser comprendida como aquella amenaza o lesión directa o indirecta de derechos fundamentales de los destinatarios de la norma incumplida (que puede darse o no, dependiendo lo dispuesto en la norma a favor de quienes se la emitió) sino como la situación jurídica en la que se encontrarán todas aquellas personas que iban a ser beneficiadas con la materialización de lo dispuesto en la norma legal o constitucional (colectividad); pero que debido a la omisión o inejecución del servidor público, se les impidió gozar de su realización.

En este marco, se entenderá que la **legitimación activa** para la interposición de la presente acción de defensa, estará reconocida a favor de **toda persona natural o jurídica que considere estar afectada** por la omisión del cumplimiento de la norma constitucional o legal; lo que quiere decir, que para que se interponga la acción de cumplimiento con

la finalidad de efectivizar un deber específico y concreto consignado en la Constitución o la Ley, será suficiente que la persona que crea o considere estar afectada por el incumplimiento de la norma expresa, en los parámetros establecidos precedentemente, interponga la presente acción efectuando una exposición clara y concreta, respecto a los motivos por los que considere que la norma omitida le estaría afectando, para lo que deberá acompañar prueba suficiente, que demuestre que la ejecución de la norma le iba a beneficiar y por ende su incumplimiento le afectaría debido a que no estaría gozando de aquel mandato expreso y concreto; la prueba, no tiene que estar dirigida a acreditar el daño o lesión que se le ocasionaría, sino sólo la calidad que él o la accionante tendría como beneficiario de la disposición, como por ejemplo: En el caso que una disposición legal o constitucional, disponga alguna acción a favor de los intereses de los adultos mayores, el o la accionante deberá acreditar que pertenece a dicho grupo específico de la sociedad y que es beneficiario de dicho mandato; o cuando la norma establezca alguna acción en beneficio de un departamento, región o municipio entre otros, deberá acreditar que es oriundo de uno de estos lugares; con la finalidad de que la jurisdicción constitucional, previa valoración y estudio de los argumentos por el que considere verse afectado y la prueba que acredite ser beneficiario, establezca si el accionante cuenta o no con legitimación activa suficiente, para interponer la presente acción tutelar.

## 6.2. Legitimación pasiva y el deber de cumplir un mandato expreso y específico

La **SC 0258/2011-R**, precisó en su momento, que la acción de cumplimiento puede ser presentada contra cualquier **servidor público**; término que abarca a los servidores públicos de carrera, a los designados, electos, de libre nombramiento o, finalmente, provisorios, tanto del órgano ejecutivo como del legislativo, judicial o electoral, así como a los funcionarios de los órganos de control y defensa de la sociedad y del Estado (Contraloría General del Estado, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Procuraduría General del Estado, Fuerzas Armadas, Policía Boliviana y funcionarios de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas).

En ese sentido, se puede concluir que, no existen zonas exentas de control en el ámbito de la acción de cumplimiento, pues tienen legitimación pasiva todos los servidores públicos que omitan cumplir con un deber claro, expreso y exigible, constitucional o legal; sin embargo, debe constar que los servidores públicos en condición de particulares, no pueden ser demandados a través de esta acción.

Por su parte la citada SC 1312/2011-R, indicó: *“Al ser un proceso de naturaleza constitucional, este mecanismo deberá activarse contra toda autoridad pública encargada de cumplir con un mandato expreso, no sujeto a condición y vigente, plasmado en una norma constitucional o legal”.*

La SCP 0051/2013-L de 8 de marzo, complementa dicho razonamiento, señalando: *“...resulta pertinente complementar y aclarar al respecto que, esta acción procede contra la autoridad o servidor público, que tiene la suficiente potestad y competencia, para cumplir la disposición constitucional o legal omitida, así la legitimación pasiva guarda directa relación con la omisión del deber concreto, pues si contra quien se demanda no tiene atribuciones para cumplir lo omitido, importará la ineficacia de la acción de cumplimiento”.*

51

Finalmente la SCP 0711/2015-S2 de 24 de junio, precisó que:

*“...el deber no se reduce a la simple observancia de la ley, sino que se extiende en un deber derivado de la ejecución de un mandato específico y determinado; sin embargo, este deber, debe establecerse respecto a una entidad concreta y con suficiente competencia para la ejecución del acto; es decir que, la entidad a la que se imponga un deber, necesariamente debe poseer existencia jurídica que la haga destinataria del mandato contenido en la norma legal.*

*Ahora bien, es factible que no exista una única entidad destinataria del mandato, esto en razón a que las normas generales que regulan una materia, pueden tener poseer varios destinatarios, por ejemplo, a las autoridades de determinado sector o a todas las entidades de cierto tipo reparticiones municipales; organismos*

*policiales, etc.-: esto en razón de que, el particular, tiene la facultad de exigir, precisamente, la adopción de una decisión, la iniciación o continuación de un procedimiento, la expedición de un acto o la ejecución de una acción material necesaria para que se cumpla el deber omitido, así éste haya sido establecido en una ley que no menciona específicamente a la autoridad que incurre en el incumplimiento denunciado, constituyéndose en renuente.*

*En este punto es preciso establecer que el incumplimiento de la administración, respecto a un deber legalmente impuesto, puede hacerse efectivo por inacción o por la ejecución de una acción ineficiente o evasiva en el cumplimiento del deber” (el subrayado nos pertenece).*

En mérito a lo dispuesto por el art. 134.I de la CPE, y la jurisprudencia constitucional citada precedentemente, se establece que cuentan con legitimación pasiva, todos los servidores públicos sin distinción alguna, que tengan un deber expreso y específico que cumplir, estipulado en la Constitución o la ley, no sujeto a condición y vigente, que esté entre sus atribuciones; o que cuente con la suficiente potestad y competencia para cumplir la disposición constitucional o legal omitida; pudiendo recaer dicha obligación en una entidad concreta o en su caso en otras que tengan suficiente competencia para cumplirlas, debido a que la norma puede tener varios destinatarios para su cumplimiento.

No obstante, cabe aclarar que el deber específico y concreto indicado, no se refiere a un deber genérico como el deber de fundamentar las resoluciones, sino a aquel expresamente señalado en la norma, en la que se indiquen los actos que deba o no realizar un determinado servidor público; así como también al deber que implícitamente corresponda realizar el servidor público, emergente de las atribuciones reconocidas por ley, en mérito al cual tendrá la suficiente potestad y competencia para efectivizarla; razonamiento que debe ser asumido a partir del presente, en el marco del objeto de tutela de esta acción y la importancia que reviste en nuestro ordenamiento jurídico, desarrollado en el Fundamento Jurídico III.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional; toda vez que si nos limitáramos a exigir que el mandato sea sólo aquel determinado de manera precisa, explícita y expresa, con indicación del servidor público

y el acto que deba realizar, estaríamos siendo totalmente formalistas y por lo tanto estaríamos impidiendo que los justiciables tengan un real acceso a la justicia, permitiendo a su vez que las normas constitucionales y legales sean incumplidas por los servidores públicos bajo dicho criterio; además que debe tomarse en cuenta que las normas, por su generalidad son abstractas y no casuísticas, por lo que corresponde ser flexibles en este presupuesto de procedencia.

Así por ejemplo, si una norma estableciera que lo regulado (a favor de determinadas personas) entrará en vigencia previa emisión del reglamento respectivo, se entenderá que en este caso podrá solicitarse vía esta acción tutelar, el cumplimiento del deber omitido al servidor público que tenga facultades de emitir el mismo, puesto que si bien no estará dicho deber expresamente señalado en la norma emitida; sin embargo, se lo deducirá de las atribuciones conferidas al mismo, toda vez que de las mismas se evidenciará que es el encargado de materializar la norma inicial, con la emisión del reglamento mencionado.

### **6.3. La renuencia de cumplimiento del servidor público, como requisito previo para su procedencia**

La precitada SC 1312/2011-R, precisó: *‘Así también, **el principio de no supletoriedad, implica que la jurisdicción constitucional a través de la acción de cumplimiento, solamente puede ser activada siempre y cuando la autoridad que omite el cumplimiento de un mandato expreso, no sujeto a condición y vigente, plasmado en una norma constitucional o legal, haya tenido la posibilidad de dar estricta observancia a este mandato, a cuyo efecto, antes de activarse la justicia constitucional, debe previamente solicitarse a ésta, el cumplimiento del deber omitido; sin embargo, es preciso aclarar que en la acción de cumplimiento, este principio no puede equipararse al principio de subsidiaridad aplicable a la acción de amparo constitucional, ya que de acuerdo a la esencia de este mecanismo de defensa, como se dijo, la apertura de un procedimiento administrativo o uno judicial, dentro de los cuales debería agotarse las instancias existentes, constituye una causal de exclusión de tutela a través de la acción de cumplimiento, por tanto, la petición previa, especialmente en materia administrativa y también en vía judicial, debe ser realizada especificándose la no apertura de una causa concreta que resuelva la***

*problemática, aspecto con el cual, podrá establecerse un diferencia perceptible entre ambas acciones tutelares.*

*En efecto, **contra esta petición previa** –que no implique apertura de procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional–, la autoridad que omitió el incumplimiento de un mandato inserto en una norma constitucional o la ley, **tendrá el deber de resolverla, allanándose o no a dicha solicitud**; en el primer caso, efectivamente el cumplimiento del deber omitido estará garantizado, empero, en el segundo supuesto, es decir, en caso de no allanarse la autoridad obligada a esta petición de cumplimiento, será precisamente esta decisión la que acredite el incumplimiento, momento a partir del cual, quedará expedita la tutela constitucional a través de la acción de cumplimiento” (las negrillas nos pertenecen).*

Del razonamiento constitucional expresado, se establece que la presente acción de defensa, no se rige por el principio de subsidiariedad, y que para su activación se requiere únicamente que el accionante haya realizado reclamo previo al servidor público para que cumpla la norma, y ante la renuencia de éste recién se abre la posibilidad de plantear la acción de cumplimiento.

54

No obstante, dada la importancia que reviste el ejercicio de la presente acción en nuestro Estado, se ve por conveniente modular dicho criterio, señalando que de la interpretación teleológica del art. 66.2 del Código Procesal Constitucional (CPCo), que señala que no procederá la misma: “2. Cuando el accionante no haya reclamado previamente y de manera documentada a la autoridad accionada, el cumplimiento legal del deber omitido”; se tiene que la finalidad del legislador, al establecer como exigencia previa el reclamo a los servidores públicos, es que éstos advertidos o alertados de su omisión, puedan dar efectivo cumplimiento a un mandato expreso y concreto estipulado entre sus atribuciones; y luego ante su renuencia, entendida como la falta de intensión o voluntad de ejecutarlas, recién poder interponer la presente acción tutelar.

En el marco de esta finalidad y conceptualización, se tiene que **la renuencia de una disposición normativa, puede darse en dos momentos o circunstancias**: el **primero**, cuando el servidor público habiendo

asumido funciones, no cumpla o efectivice los deberes específicos y expresos, no sujetos a condición y vigentes, que se encuentren entre sus atribuciones; en cuyo caso, las personas beneficiarias de aquellos mandatos, advertidos de la inejecución se encontrarán facultados para solicitar su efectividad; y, el **segundo**, cuando habiéndose solicitado de manera documentada su cumplimiento, el servidor público determine expresamente su negativa a dar cumplimiento a la misma, o mediante la aplicación del silencio administrativo negativo (en el marco regulado por este instituto), en cuyo caso corresponderá interponer la presente acción, como mecanismo idóneo para su efectivización; última circunstancia que es asumida por nuestra legislación, como exigencia formal para la procedencia de este mecanismo de defensa.

Asumiendo, que las disposiciones constitucionales y legales, son obligatorias en su cumplimiento, desde el momento que entra en vigencia y que su inejecutabilidad podría afectar a un colectivo de personas; es menester establecer que la exigencia de reclamo previo, a realizarse a los servidores públicos, no debe ser entendida como aquel acto que deba ser realizado únicamente por la persona que interpondrá la acción constitucional, sino más bien se comprenderá, con la finalidad de otorgar un real acceso a la justicia de todos los afectados del incumplimiento y por la importantísima función que cumple esta acción en nuestro Estado, que esta exigencia podrá ser también realizada por cualquiera de los afectados, y la acción presentada por otro de ellos, en cuyo caso el accionante deberá acreditar que el reclamo previo fue realizado por otro de los beneficiarios, adjuntado copia del mismo o en su caso señalando los datos de la presentación, con la finalidad de que el servidor público, lo presente en la tramitación de la acción (obligatoriamente) o si fuera el caso, acredite su falta de presentación.

Un entendimiento contrario, implicaría incorporar una exigencia excesivamente formal (no prevista en el art. 134 de la CPE), por la que se haga depender el cumplimiento o efectividad de una norma, a la simple coincidencia entre el accionante y la persona que solicitó previamente el cumplimiento de la misma, desconociendo así la finalidad de la acción de cumplimiento y los reclamos previos que otros afectados pudieron haber

realizado; puesto que debe recordarse que el objeto de esta acción no es la tutela de un derecho subjetivo del accionante, sino la ejecución de un deber omitido que puede afectar a toda una colectividad de beneficiarios; en dicho sentido, el reclamo efectuado por uno de ellos, será suficiente para que el servidor público tenga la obligación de dar cumplimiento a su deber omitido; tomando en cuenta, que la única finalidad del reclamo previo, es alertar o poner en conocimiento del servidor público, el posible incumplimiento de un deber que le compete cumplir.

En dicho sentido, se comprenderá que podrán plantear la presente acción, tanto la persona afectada que realizó reclamo previo u otra que no lo realizó previamente, pero acreditó que hubo un anterior reclamo; razonamiento constitucional que se lo desarrolla, tomando en cuenta que cualquiera de dichas personas puede tener la calidad de accionante, por el solo hecho de ser afectados por el incumplimiento de la norma omitida.

56

Como la finalidad del reclamo previo, es alertar al servidor público del posible incumplimiento de uno de sus deberes, se entenderá que existirá renuencia, cuando éste a pesar de ser alertado de su omisión por cualquier actuación documentada presentada por los afectados, determine o exprese su voluntad de no cumplir la misma o en su caso decida guardar silencio.

Consecuentemente, como todo servidor público tiene el deber de cumplir la Constitución y la ley, desde su entrada en vigencia; no podrá alegar desconocimiento del deber omitido, cuando ya se le haya alertado documentalmente de la omisión en la que incurrió.

En ese mismo sentido, se entenderá que el reclamo previo, podrá ser realizado por cualquier documento presentado por los afectados ante el servidor público, sin importar la denominación que tenga, siempre y cuando tenga la finalidad de conocer, averiguar, cuestionar o contar con datos del cumplimiento del deber omitido; toda vez que con cualquiera de estas solicitudes, se entiende que el servidor público ya estará anoticiado de la omisión o inacción, y por ende obligado de efectivizar o ejecutar su deber concreto y expreso al tenor del art. 235.1 de la Norma Suprema.

## 7. Causales de improcedencia de la acción de cumplimiento<sup>10</sup>

La SCP 0620/2018-S1 de 11 de octubre de 2018, citando las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 1284/2016-S3 de 22 de noviembre, 0825/2012 de 20 de agosto y 0548/2013 de 14 de mayo, precisó que es deber de los jueces o tribunales de garantías, antes de la admisión de una acción de cumplimiento, analizar:

- i) La observancia de los requisitos de admisión, previstos en el art. 33 del Código Procesal Constitucional (CPCo), debiéndose en su caso ordenar su subsanación en el plazo de tres días, transcurridos los cuales, en caso de persistir la inobservancia, se tendrá por no presentada la acción (art. 30 del CPCo), no correspondiendo distinguir entre requisitos de forma y fondo por no estar comprometido un interés subjetivo y ser el cumplimiento de la Constitución Política del Estado y la ley de orden público; y,
- ii) Ante la concurrencia de una causal de improcedencia reguladas en el art. 66 del referido Código, por Auto motivado se determinará de manera directa la improcedencia de la acción de cumplimiento.

*“Respecto a las causales de improcedencia reglada el art. 66 del CPCo, determina: a) Cuando sea viable la interposición de las acciones de libertad, protección de privacidad o popular, o cuando concurra la procedencia de otra acción de defensa porque se presume que el legislador otorgó ámbitos de competencias diferente a cada acción constitucional incluyendo a la acción de amparo constitucional; b) **Debe existir una solicitud expresa y clara en la cual el accionante recuerde al servidor público su deber de cumplimiento de la norma, y ante la renuencia (tácita o expresa) recién se activa la jurisdicción constitucional, aspecto diferente a la subsidiariedad;** c) Para forzar el cumplimiento de*

---

<sup>10</sup> Este acápite y el siguiente, corresponden a los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0060/2020-S3, de 12 de marzo.

*resoluciones judiciales de cualquier índole (SCP 1876/2012 de 12 de octubre); d) Dentro de procesos o procedimientos administrativos en los cuales pueda demandarse la lesión de derechos fundamentales en cuyo caso por regla general procede la acción de amparo constitucional; y, e) Para exigir la aprobación de leyes ante las instancias Legislativas” (las negrillas nos corresponden).*

### **7.1. La Acción de Cumplimiento no tutela el derecho de petición, ni ningún derecho subjetivo**

Con relación a ese derecho fundamental, la SCP 0166/2012 de 14 de mayo, concluyó que: “...*el derecho de petición reconocido en el art. 24 de la CPE, que el accionante aduce como vulnerado por la Autoridad edilicia demandada al no haber accedido a su solicitud de fotocopias legalizadas, está típicamente protegido por la acción de amparo constitucional por omisión, y no así por la **acción de cumplimiento**, por cuanto el mismo es de carácter genérico y no contiene un mandato constitucional o legal claro, preciso y exigible...*”.

58

A su vez, la SCP 0548/2013, señaló que: “*Como una lógica consecuencia en sentido de que la **acción de cumplimiento** no procede para tutelar derechos subjetivos se tiene que la misma no procede para la tutela del derecho de petición, aspecto que además está relacionado a la no subsidiariedad de la **acción de cumplimiento**.*”

*Mientras la Constitución Política del Estado en su art. 24, establece que: ‘ Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta... ’, de donde se extrae un interés subjetivo particular tutelado por la acción de amparo constitucional se tiene en contrapartida que la **acción de cumplimiento** tiene el propósito de otorgar efectividad a la Constitución y la ley (art. 134.I de la CPE), por lo que no procede frente al ejercicio del derecho a la petición sino ante un recordatorio a una autoridad de que debe cumplir el deber que le impone la Constitución y la ley (posición de garante).*

*En efecto, cuando un ciudadano acude a la administración pública y efectúa una petición y procede el silencio positivo o negativo (inactividad*

administrativa formal), resulta en su caso agotar la vía administrativa y luego acudir a la justicia constitucional mediante el amparo constitucional por encontrarse en debate un derecho subjetivo en entredicho pero cuando la diligencia de una ciudadana o un ciudadano aunque tenga la forma de una solicitud se dirija a recordar a la autoridad pública el deber de realizar y/u omitir una conducta impuesta por la Constitución y la ley y no proceda el silencio positivo ni el negativo (inactividad administrativa material), se activa entonces la **acción de cumplimiento** por no existir un derecho subjetivo debatido sino únicamente el cumplimiento de la Constitución y la ley”.

### **7.2. La Acción de Cumplimiento no procede en procesos o procedimientos propios de la Administración Pública Central o Autónoma en los cuales se vulneren derechos y garantías constitucionales tutelados por la acción de amparo constitucional**

Al respecto, la SCP 2242/2012 de 8 de noviembre, indicó que: *“Atendiendo la naturaleza jurídica de la acción de cumplimiento, está claro que una de las causales de improcedencia conforme refiere el art. 66.4 del CPCo, es cuando se utiliza a esta acción ‘En procesos o procedimientos propios de la administración, en los cuales se vulneren derechos y garantías constitucionales, tutelados por la acción de amparo constitucional’.*

59

*Cuando la norma procesal contenida en el art. 66.4 del CPCo, expresa que la acción de cumplimiento no procede en ‘procesos y procedimientos propios’, se refiere a que esta acción de defensa es improcedente cuando emerge del ejercicio de las competencias públicas propias de la administración del Estado o, en su caso, a la potestad administrativa sancionadora de la administración pública traducidas en procesos o procedimientos propios y, cuando refiere a la administración en general, incluye a la Administración Pública Central y la Administración Autónoma, acorde a la configuración del modelo de Estado asumido (art. 1 de la CPE).*

*De donde resulta que la acción de cumplimiento, conforme a la causal contenida en el art. 66.4 del CPCo, no procede para peticionar el cumplimiento de la omisión del deber omitido por una autoridad pública, de la Administración Pública o Autónoma, que en el ejercicio de sus competencias públicas asignadas por la Constitución y la ley conforme a ella, conoce*

*y resuelve procesos o procedimientos propios de la administración o ejerce la potestad administrativa sancionadora, en los que se vulneren derechos y garantías que son objeto de protección de la acción de amparo constitucional”* (Línea jurisprudencial reiterada en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0147/2020-S3, de 17 de marzo).

## **8. La Reconducción o reconversión de acciones constitucionales y su aplicación a la Acción de Cumplimiento<sup>11</sup>**

Según detalla la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0617/2016-S2, de 30 de mayo, ante la presentación de acciones de defensa, en las cuales se verificó que existía una evidente vulneración de los derechos fundamentales y garantías constitucionales del accionante, pero que éste equivocó la vía de reclamo, por cuanto la denuncia efectuada no reunía los presupuestos para ser considerada a través de la acción interpuesta, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció la posibilidad de la *reconducción* o *reconversión* de las acciones de defensa previstas en la Constitución Política del Estado, cuando beneficie al accionante.

60

Así la SCP 0210/2013 de 5 de marzo, en su parte relevante señaló:

*“...cuando el intérprete advierta que los contenidos de la demanda se acomodan más a la tramitación de otra acción de defensa (acción de libertad, de protección de privacidad, amparo constitucional, acción popular) y de esta manera pueda, al amparo de los principios de eficacia de los derechos fundamentales, economía procesal, prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo, pro actione y iura novit curia, reconducir la tramitación de la acción de cumplimiento a un proceso de acción de libertad, de protección de privacidad, amparo constitucional o acción popular, atendiendo ciertos requisitos a ser desarrollados por la jurisprudencia constitucional en el caso específico, donde se advierta la necesidad de reconducir su tramitación a otro proceso...”*

---

11 Este acápite y el siguiente, corresponden a los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0617/2016-S2, de 30 de mayo.

*Precisamente son los principios antes mencionados que constituyen la razón primordial por la cual debe operarse la reconducción del proceso constitucional; así se tiene que, no obstante las acciones de defensa tienen delimitados sus requisitos de admisibilidad así como un procedimiento específico y que en su tramitación, según la naturaleza de la acción de defensa invocada, deben exigirse la concurrencia de formalismos que ayudan a preservar su naturaleza excepcional, ello no significa que deba darse prioridad a estas formalidades, entendidas como una unidad, por encima de la esencia misma del sistema de control tutelar cuyo fin primordial es el resguardo de derechos fundamentales y garantías constitucionales, por lo cual deberá extenderse la comprensión del alcance de exigibilidad de estos requisitos, a fin de garantizar la tutela constitucional efectiva y la esencia de los procesos constitucionales”.*

Como se advierte de la jurisprudencia constitucional citada, es factible la reconducción de acciones de defensa, en aplicación de los principios de eficacia de los derechos fundamentales, precisamente protegiéndolos y restableciéndolos.

61

### **8.1. Modulación de la línea jurisprudencial respecto a la reconducción o reconversión de acciones constitucionales**

Dentro del contexto señalado, al haber establecido el Tribunal Constitucional Plurinacional, la reconducción o reconversión de las acciones constitucionales, como pauta exegética por la cual esta jurisdicción busca la eficacia e integridad de los derechos fundamentales ante una evidente vulneración de los mismos, cabe recordar que las acciones de defensa instituidas en la Norma Suprema del Estado, tienen delimitados sus requisitos de admisibilidad y procedencia, así como un procedimiento específico y que en su tramitación, según la naturaleza de la acción de defensa invocada, deben exigirse la concurrencia de formalidades estrictamente necesarias que coadyuven preservar la naturaleza excepcional de estos mecanismos.

En este sentido, lo evidente es que para el establecimiento de este entendimiento jurisprudencial, la justicia constitucional tuvo presente la esencia y la naturaleza de los principios de eficacia de los derechos

fundamentales, economía procesal, prevalencia del derecho sustantivo sobre el derecho adjetivo, *pro actione* y *iura novit curia*, de cuya observancia deriva la noción que *las acciones tutelares o garantías jurisdiccionales deben ser asumidas siempre en favor y nunca en perjuicio del justiciable*; es decir, las acciones de defensa de carácter constitucional instituidas por el Constituyente tienen como soporte fundamental y fuente de orientación a los principios ya mencionados precedentemente y responden en esencia a la necesidad de establecer una verdadera garantía para el ejercicio o eficacia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales consagrados en la Ley Fundamental del Estado, de ahí que se debe concebir a las acciones constitucionales como verdaderos instrumentos de realización o materialización de los derechos sustantivos y no así como medios para garantizar el derecho adjetivo o formal.

Ahora bien, en consideración a que la reconducción o conversión de acciones constitucionales se efectúa en favor del accionante, es menester fijar parámetros claros a efectos de su aplicación y a fin de garantizar la tutela constitucional efectiva y la esencia de los procesos constitucionales; **en consecuencia, el razonamiento o doctrina constitucional precedentemente referido (reconducción o conversión de acciones) no opera ni es aplicable en todos los casos**, sino que, dicha pauta de interpretación es de aplicación exclusiva y reservada para determinadas circunstancias y sujetos procesales en particular; es decir, si la justicia constitucional, a tiempo de examinar la acción de cumplimiento, advierte que el contenido de la demanda permite adecuar y reconducir a otra acción tutelar, **además de constatar una evidente lesión de derechos, previamente deberá tener certeza y convicción que la protección constitucional que se pretende otorgar será favorable y beneficioso para grupos que requieren una protección constitucional reforzada**; en efecto, si bien es cierto que el ser humano –en general– es vulnerable por su misma naturaleza mortal, no es menos evidente distinguir elementos o grupos más vulnerables que otros, precisamente porque tienen disminuidas sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos y garantías, característica ésta que constituye una condición elemental para integrar a un colectivo en condiciones de clara desigualdad material en relación al colectivo mayoritario.

En el contexto anterior, el grado de vulnerabilidad de las personas depende de distintos factores, ya sean estos físicos, económicos, sociales y políticos, de ahí que surge la necesidad de identificar grupos en mayor grado de vulnerabilidad para adoptar medidas que mitiguen los efectos de las lesiones a sus derechos fundamentales.

**Por lo tanto, la reconducción o reconversión de las acciones constitucionales, está reservada única y exclusivamente para grupos que demanden una protección constitucional reforzada; es decir, para personas con capacidades especiales o diferentes (discapacitados); para la minoridad (niños, niñas y adolescentes); para pueblos indígena originario campesinos, así como afrodescendientes; personas de la tercera edad o adultos mayores; mujeres en estado de gestación; y, personas con enfermedades graves o terminales.** Debiendo tomarse en cuenta el presente razonamiento efectos de la reconducción o reconversión de acciones (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0617/2016-S2, de 30 de mayo)<sup>12</sup>.

---

12 “En ese contexto –dice la *ratio decidendi* de la citada Sentencia–, el trámite de inscripción del derecho propietario en los registros de DD.RR., efectivamente constituye un procedimiento de tipo administrativo, cuyas contingencias son impugnables en la vía administrativa y judicial, según corresponda en cada caso concreto y dentro de las formas previstas por el ordenamiento jurídico. Bajo éste parámetro, la problemática sometida a este Tribunal, se encuentra fuera del alcance de la acción de cumplimiento, dado que la omisión o los errores de los registros de derecho propietario o de derecho de usufructo, como acontece en el caso particular, pueden ser reparados por las autoridades llamadas por ley, en sujeción a las normas que la regulan; además, en la problemática que se examina, el accionante de manera voluntaria acudió al Registrador de DD.RR., instancia en la que obtuvo orden para la corrección del error en que pudo haber incurrido la funcionaria demandada, por lo que la omisión denunciada fue reparada por la autoridad llamada por ley. No obstante lo señalado precedentemente, es menester remitirse a los entendimientos jurisprudenciales citados ut supra; al ser aplicables en el caso de autos; toda vez que, de la revisión de los antecedentes procesales cursantes en obrados, se constata con claridad meridiana que la servidora pública de DD.RR. ahora demandada, al incumplir con la orden judicial referida a la corrección del error en el registro del usufructo impetrado por el accionante, no solo le causó perjuicio sino también lesionó su derecho al debido proceso que en esta problemática está vinculada a otros del mismo orden que están protegidos por la Constitución Política del Estado, como es el derecho a una vida digna, *vulneración que determina, en el caso concreto, sea viable la reconducción o conversión de la presente acción de cumplimiento a la acción de amparo constitucional que se constituye en la vía idónea para resolver la controversia y no así la acción de cumplimiento planteada*, como lo establecido por la jurisprudencia constitucional glosada en el Fundamento Jurídico

## 9. La reconducción de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0617/2016-S2

De conformidad con el art. 109.I de la CPE: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”. Bajo esa prescripción, según el art. 13.I de la Norma Suprema, los derechos fundamentales son inviolables.

En aplicación de las referidas normas de mandato y prohibición constitucionales, recientemente el TCP consideró necesario **reconducir la SCP 0617/2016-S2**, con relación al siguiente entendimiento: “*Por lo tanto, la reconducción o reconversión de las acciones constitucionales, está reservada única y exclusivamente para grupos que demanden una protección constitucional reforzada...*”; puesto que, contiene un razonamiento limitativo y no abarca de forma íntegra y progresiva el derecho de acceso a la justicia constitucional que tiene la o el accionante; incurriendo en dilaciones innecesarias e impidiendo así el resguardo del **principio de justicia material**, pues no obstante de que se exigen ciertos requisitos para la admisión y tramitación de una acción de defensa para preservar su naturaleza jurídica, ello no implica que deba darse prioridad a la exigencia de formalismos jurídicos, sino que en virtud al **principio pro actione**, corresponde a este Tribunal Constitucional Plurinacional analizar las circunstancias especiales que se presenten en cada caso particular, otorgando, **a través de la aplicación de la reconducción procesal**, una tutela pronta, real y efectiva de los derechos y garantías constitucionales en pro del **principio de economía procesal; siempre y cuando sea evidente e incuestionable su vulneración, lo que conllevará a conceder la tutela solicitada, mediante un pronunciamiento expreso**. Por consiguiente, con base a los principios precedentemente enunciados, una vez que sea aplicada **excepcionalmente** la reconducción procesal **por los Jueces o Tribunales de garantías y Salas Constitucionales o el propio Tribunal**

---

III.2., de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, al beneficiar al accionante” (que además se trataba de una persona categorizada en los denominados “grupos en condiciones de vulnerabilidad”, que merecen una atención prioritaria por parte del Estado y de la justicia constitucional).

**Constitucional Plurinacional**, las denuncias realizadas por la o el accionante merecerán un pronunciamiento de fondo.

Por lo expuesto, el texto constitucional citado en la SCP 0617/2016-S2, **fue reconducido, al entendimiento de la SCP 0210/2013** que determinó lo siguiente: “*Conforme a los antecedentes jurisprudenciales (...) la reconducción de acciones es posible en sede constitucional cuando los jueces y tribunales de garantías, así como el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, adviertan que es imprescindible otorgar una tutela inmediata a los derechos y garantías invocados, ya sea porque, de postergarse la tutela, ésta sería tardía, tornándose en irreparable la lesión a los derechos o garantías de la o el accionante, o porque se trata de personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad, que merecen una atención prioritaria por parte del Estado y de la justicia constitucional, la cual no puede subordinarse a aspectos formales que demoren la tutela de sus derechos*”.

En ese orden, se complementa dicho entendimiento en sentido que la reconducción o reconversión procesal de las acciones procederá en dos situaciones:

- i) Cuando el accionante planteé una acción de defensa equivocada jurídicamente y corresponda denegar la tutela solicitada bajo el criterio de aplicación formalista del derecho, pero; sin embargo, ello conduzca hacia la postergación sistemática de la justicia en caso de una evidente vulneración de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales; debiendo además concurrir simultáneamente los siguientes requisitos:
  - a) La demanda constitucional debe coincidir con la naturaleza de la acción de defensa a la que será reconducida; y,
  - b) Los fundamentos sobre los hechos, derechos supuestamente vulnerados y petitorio deberán ser expuestos de forma clara, precisa y congruente, situación que permitirá ingresar al análisis de la problemática planteada en el caso concreto, con el fin de garantizar una justicia pronta y oportuna de los derechos y garantías constitucionales; y,

- ii) Por atención prioritaria, cuando las partes accionantes pertenecan a grupos vulnerables, entre ellos, las personas de las NPIOC y afro descendientes, niña, niño y adolescente, personas adultas mayores, personas con discapacidad, mujeres en estado gestación, personas gays, lesbianas, bisexuales, trans e intersexuales (GLBTI) y personas con enfermedades graves o terminales; y corresponda la protección constitucional efectiva, inmediata y reforzada (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0092/2020-S3, de 18 de marzo).

## **10. Conclusiones**

Como se ha podido apreciar, la Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009, ha instituido la Acción de Cumplimiento dentro del nuevo orden constitucional, como un instrumento de defensa pertinente y necesario ante el incumplimiento de disposiciones constitucionales o legales por parte de servidoras o servidores públicos, con el objeto principal de garantizar la ejecución de la norma omitida; a cuyo efecto, dicha acción es susceptible de interponerse por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante el juez o tribunal competente (debiendo tramitarse de acuerdo a las mismas reglas de procedimiento previstas para la Acción de Amparo Constitucional).

66

Entonces, es necesario comprender también que esta acción tutelar tiene como objeto garantizar el cumplimiento de la Constitución y la Ley, protegiendo de esa manera el principio de legalidad y supremacía constitucional, la seguridad jurídica, y a su vez, de manera indirecta, derechos fundamentales y garantías constitucionales; a cuyo efecto, básicamente se caracteriza porque no busca el cumplimiento formal de un acto normativo constitucional y/o legal sino el cumplimiento de su finalidad (es decir, más que formalista es finalista); asimismo, pretende tutelar mandatos normativos de acción y abstención, consecuentemente, tutela tanto la ejecución de aquello que es deber del servidor público (norma imperativa de hacer), como la inexecución de aquello que el servidor público por mandato normativo expreso no debe hacer; por otro lado, cabe considerar que el sentido de Constitución, involucra todas aquellas normas constitucionales que imponen obligaciones de hacer y no hacer a un servidor

público; es decir, alcanza al denominado bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE); y el sentido de Ley, involucra no solamente la norma emanada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, formalmente como ley, sino toda aquella norma jurídica general o autonómica.

Si bien la Ley Fundamental establece que la Acción de Cumplimiento debe tramitarse de acuerdo a las mismas reglas de procedimiento previstas para la Acción de Amparo Constitucional; ello no significa que aquella deba regirse bajo los mismos principios de esta última, en su aplicación a los casos concretos.

Lo anterior implica, que no se rige por el principio de *inmediatez*, porque el deber de cumplimiento de una disposición no puede caducar con el tiempo sino con la derogatoria de la norma que impone el deber (es decir, no se busca la tutela de derechos subjetivos sino la vigencia del Estado de Derecho, previsto en el art. 1 de la CPE), en este sentido, el cumplimiento de la Constitución y la ley trasciende del interés individual sino que es de interés público; y, finalmente, el TCP ha visto necesario aclarar que la Acción de Cumplimiento tampoco se rige por el principio de *subsidiariedad*, sino que previamente al planteamiento de la acción debe constituirse a la autoridad demandada en renuencia.

Bajo estas premisas, algunas ya señaladas expresamente por la Constitución boliviana, y otras desarrolladas enfáticamente y de manera amplia en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Plurinacional, se ha configurado la Acción de Cumplimiento en Bolivia, conforme se expone en esta breve sistematización jurisprudencial, que esperamos pueda resultar de utilidad para la profundización en los estudios de Derecho Constitucional Comparado.



# Notas sobre la acción de cumplimiento en Bolivia

✉ BORIS WILSON ARIAS LÓPEZ\*

## 1. Introducción

La acción de cumplimiento Boliviana es una acción constitucional que conforme el art. 134-I de la Constitución Política del Estado: “...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”. En este sentido corresponde su utilización para efectivizar mandatos de:

69

1. La Constitución, y en definitiva del denominado bloque de constitucionalidad que integra a la Constitución Política del Estado a los tratados en derechos humanos y de derecho comunitario<sup>1</sup>.
2. La ley en sentido material, y no solo en sentido formal, ello en atención a que:
  - 2.1 Debe realizarse una interpretación con efecto útil, en la medida en la que entre una interpretación que no produzca efecto jurídico y la que sí la produzca, debe remitirse a la interpretación que sí produce el efecto, máxime cuando la misma está vinculada a la noción de estado de derecho.

\* Docente investigador titular de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés - Bolivia.

1 La Constitución boliviana en su art. 410.II establece: “*El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*”.

2.2 La configuración del Estado boliviano incluye “...autonomías...” (art. 1 de la CPE), y conforme establece el art. 272 de la propia Constitución Política del Estado, esto implica la posibilidad del: “...ejercicio de las facultades legislativa...”, lo que en definitiva significa que las legislaciones autonómica departamental, municipal e indígena originaria campesina tienen rango normativo equivalente al de la ley nacional conforme puede desprenderse del art. 410-II-3 de la CPE<sup>2</sup>.

3. Reglamentación. Al respecto, debe considerarse que para efectivizar un mandato constitucional o de orden legal, puede además requerirse del cumplimiento de una norma reglamentaria e incluso de un acto administrativo, ello se lo hace de manera accesoria y subordinada al mandato constitucional o legal, pero no de forma independiente y principal, es decir por ejemplo no resulta posible solicitar únicamente el cumplimiento de un decreto supremo sino de la ley desarrollada por un decreto supremo.

Por otra parte, en lo referido a si la acción de cumplimiento tutela o no derechos fundamentales, aspecto que en la justicia constitucional peruana generó controversia, puesto que el exp. 191-2003-AC/TC del Tribunal Constitucional negó esa posibilidad<sup>3</sup>, pero en cambio el exp. 0168-2005-PC/TC sostuvo que se tutelaba un derecho innominado

---

2 La SC 0258/2011-R entendió que la acción de cumplimiento: “...está vinculado a garantizar el cumplimiento de un deber contenido en: a) Normas constitucionales, las cuales, como se ha visto, tienen un valor normativo inmediato y directo y a cuya observancia están obligados los servidores públicos y los particulares (arts. 9.4, 108 numerales 1, 2 y 3 y 410 de la CPE); b) La Ley, entendida no en el sentido formal –como originada en el órgano legislativo– sino material, sin importar la fuente de producción, abarcando, por tanto, a decretos supremos, resoluciones supremas, la legislación departamental y municipal, a cuyo cumplimiento también se obligan los particulares y los servidores públicos (arts. 14.V y 108.1 de la CPE)”.

3 Sostuvo el referido tribunal que la: “...acción de cumplimiento es un “proceso constitucionalizado” que, prima facie, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa”.

como es el de defender la eficacia de las normas<sup>4</sup>, tenemos que el Tribunal Constitucional boliviano en la SC 258/2011-R sostuvo: “...*puede estar directa o indirectamente vinculado a la lesión de derechos fundamentales o garantías constitucionales...*”.

Al respecto, debe considerarse que los derechos fundamentales programáticos se encuentran desarrollados por la ley, por lo que si se ordena cumplir la ley a través de una acción de cumplimiento, se tutelan los derechos, pero no en su dimensión subjetiva o colectiva sino en su dimensión objetiva, de ahí se tiene que la protección de un derecho en su dimensión objetiva puede ser directa, y la protección excepcional de un derecho subjetivo mediante una acción de cumplimiento siempre es indirecta, lo que sucede por ejemplo cuando en un caso hipotético exista una norma que establezca que el Alcalde debe tomar medidas frente a la propagación de rabia canina, y al existir mora en el cumplimiento de ese deber, la acción de cumplimiento ordenará de manera directa se adopten esas medidas, y de manera indirecta con esas medidas protegerá el derecho a la integridad personal de las personas que viven en barrios con ese problema.

Lo referido es importante para diferenciar el ámbito de protección de la acción de cumplimiento del amparo constitucional por omisión, en este sentido se tiene:

- Si la omisión en el cumplimiento del deber legal persiste puede plantearse la acción de cumplimiento independientemente del tiempo transcurrido, mientras que al tratarse de la vulneración

---

4 Se sostuvo que: “...*el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional... no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo... y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces... Es sobre la base de esta última dimensión que... el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo... surge el derecho de defender la eficacia de las normas... a través del proceso constitucional de cumplimiento*”.

de derechos subjetivos el amparo constitucional sólo y únicamente puede interponerse en el plazo de seis meses.

- No es posible aplicar la teoría de los actos libremente consentidos a la acción de cumplimiento<sup>5</sup>.
- A diferencia de la acción de cumplimiento se tiene que el amparo constitucional tiene una naturaleza subsidiaria, por lo que para su interposición requiere el agotamiento de instancias procesales, entonces, si frente a una solicitud procede el silencio administrativo positivo o negativo, luego de agotada la instancia procederá la acción de amparo constitucional, pues se trataría de un derecho subjetivo, en cambio frente a una solicitud de cumplir o no la ley no procede el silencio administrativo positivo o negativo sino la acción de cumplimiento<sup>6</sup>.

- 5 La SC 1325/2011-R estableció que no es posible aplicar la teoría de los actos libremente consentidos a la acción popular, porque: *“...constituye una causal de improcedencia de la acción de amparo el hecho de que el individuo hubiera consentido libremente que sus derechos fundamentales y garantías constitucionales puedan ser lesionados o amenazados... En cambio, en la acción de cumplimiento no está involucrada básicamente la lesión de derechos ni garantías del individuo, sino el cumplimiento estricto de la Constitución y de la Ley, por lo que su obediencia, acatamiento y observancia son obligatorias por parte de todas las personas, órganos públicos e instituciones, conforme determinan los arts. 108 y 410 de la CPE. Por consiguiente, esa actitud de sumisión es de orden público, lo que significa que tanto la Constitución como la Ley son de cumplimiento incondicional, y es el orden público el que actúa como límite a la autonomía de la voluntad, porque el interés general de la sociedad y del Estado se impone frente a los derechos del individuo. En consecuencia, en el ámbito de la acción de cumplimiento no puede alegarse la concurrencia de actos consentidos, y menos que operen como causal de improcedencia”* lo misma lógica resulta aplicable a la acción de cumplimiento si se considera que el orden público se constituye en un límite de la autonomía de la voluntad.
- 6 El Tribunal Constitucional peruano en el exp. 191-2003-AC/TC sostuvo que: *“...la acción de cumplimiento protege derechos e intereses legítimos de los administrados que se derivan de la inacción de los órganos de la Administración pública... (que)... ha venido siendo considerada por este Tribunal bajo el título genérico de “inactividad material de la administración”... En efecto, mediante la acción de cumplimiento no se controla cualquier clase de inactividad, sino exclusivamente la que se ha denominado “material”, es decir, la que deriva del incumplimiento de mandatos nacidos de la ley o de actos administrativos, donde no media la petición de un particular, sino donde se encuentra vinculado, prima facie, un deber o el ejercicio de una atribución relacionada con sus competencias naturales... Mediante la acción de cumplimiento no se controla la denominada “inactividad formal de la administración”, es decir, la que se origina tras el ejercicio del derecho de petición por un particular, pues ésta tiene su instrumento natural de control en la técnica del silencio administrativo negativo,*

Como se observa la acción de cumplimiento pretende constituirse en una medida efectiva para obligar al cumplimiento de un deber omitido impuesto por la Constitución o la ley<sup>7</sup>, que puede interponerse mientras subsista la omisión de un deber por parte de servidores públicos no tutelando un derecho subjetivo alguno.

## 2. Estado de derecho y acción de cumplimiento

En el denominado “estado de derecho” entendido generalmente como el límite que el derecho impone al poder político del Estado, resulta relevante la concepción de lo que entendemos por “derecho”, el cual se define como un conjunto de normas, adquiriendo entonces importancia de lo que concebimos como “norma”, ya que constituye la partícula atómica que compone el derecho, de forma que y en camino reversa, lo que entendemos como norma es lo que determina lo que entendemos como derecho, que a su vez determina lo que entendemos como estado de derecho, y éste a su vez es lo que justamente efectiviza la acción de cumplimiento.

73

Muchas son las concepciones de lo que entendemos por derecho, y son esas concepciones las que justifican lo que los jueces “hacen” al realizar el estado de derecho, por ejemplo a través de la acción de cumplimiento, en este sentido, desarrollaré las concepciones de tres profesores para mostrar cómo la concepción teórica del derecho repercute en la concepción de lo que la acción de cumplimiento hace y debería hacer: 1. El profesor inglés H.L.A. Hart, quien concibe al derecho como la suma de reglas primarias y reglas secundarias, 2. Al profesor Ronald Dworkin, quien sostiene que el derecho además de componerse de reglas, se compone también de principios, los cuales contienen un elemento moral, y 3. El profesor austriaco Hans Kelsen, quien sostiene que una norma

---

*cuyos efectos procesales –derivados de su acogimiento– tienen el propósito de no dejar en estado de indefensión al administrado que hubiese petitionado algo o hubiese interpuesto un medio impugnatorio en el seno de un procedimiento administrativo y que, pese a ello, no hubiese recibido algún pronunciamiento expreso...”.*

7 Cfr. Bolivia. Constitución Política del Estado. Art. 10-1.

“completa” solo puede ser aquella que prevé un supuesto al cual se le imputa una consecuencia<sup>8</sup>.

El profesor Hart concibe a las reglas primarias como aquellas que obligan, prohíben o permiten como: “prohibido copiar en los trabajos académicos”, mientras que las normas secundarias son la regla de reconocimiento, la regla de cambio, la regla de adjudicación que permite identificar lo que es derecho de lo que no lo es, explican los cambios en las reglas primarias y la que determina la autoridad competente para aplicar el derecho respectivamente<sup>9</sup>.

Para Hart la visión de Kelsen es primitiva, porque la estructura básica de un supuesto al cual se “imputa” una consecuencia no explica la complejidad de las sociedades contemporáneas, en las cuales la amenaza de la coacción ya no es un elemento determinante para explicar los motivos por los cuales las personas cumplen la norma, por ejemplo al contraer nupcias cumpliendo los requisitos establecidos en la ley no lo están haciendo por una amenaza proferida por el ordenamiento jurídico, sino por la intención de constituir un proyecto de vida en común, en todo caso la visión de Hart como la de Kelsen implica la separación del derecho y la moral.

El profesor Dworkin, por su parte, considera que la separación entre derecho y moral es inaceptable respecto a lo que hacen los jueces diariamente, pone como ejemplo los casos *Riggs vs. Palmer* y el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, este último referido a un caso

---

8 “Dado que la conexión entre delito y sanción queda establecida por una prescripción o una autorización, es decir, por una “norma”, la ciencia jurídica describe su objeto mediante proposiciones en las cuales el delito está relacionado con la sanción mediante la cópula “debe”. Yo mismo he sugerido llamar “imputación” a esta conexión...” (Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia? Editorial Ariel, España, 2008, p. 224).

9 “Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son acerca de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible” (Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho*, ABELEDO PERROT SA, Argentina, 1998, p. 117).

donde un fabricante de autos mediante un contrato limita la responsabilidad respecto a gastos médicos emergentes de los defectos de los vehículos que producía, lo que se encontró injusto por los jueces.

A criterio del profesor norteamericano Dworkin, la regla de reconocimiento de Hart es insuficiente, debido a que no es capaz de reconocer los principios jurídicos caracterizados por la moralidad<sup>10</sup>, de forma que el juez no solo está obligado a aplicar lo dispuesto por el legislador sino a buscar en cada caso concreto la justicia, es este sentido, un principio –como sucedió en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*– puede provocar se inaplique una regla, por ejemplo para viabilizar los principios contenidos en la Constitución Política del Estado que para Kelsen es irracional por su alto grado de subjetividad<sup>11</sup>.

En este sentido cuando se sostiene que la acción de cumplimiento tiene el propósito de reducir la brecha existente entre la realidad (el ser) y lo previsto en la norma (el deber ser), existe la imprecisión en la jurisprudencia boliviana en cuanto a si esta acción refiere al cumplimiento de la justicia en los términos de Dworkin o de reglas conforme sostiene Hart.

Si partimos de que el derecho busca regular las conductas de las personas para coordinar su comportamiento, se tiene que al establecerse constitucionalmente –como sucede en Bolivia– la procedencia de la acción de cumplimiento para efectivizar la Constitución y la ley, entonces generamos la mezcla de ambas perspectivas que en esencia y como se observó son incompatibles; es decir, que queremos con la acción de cumplimiento realizar cosas contradictorias,

---

10 “La regla maestra se convierte (para estos casos) en una no-regla de reconocimiento; lo mismo podríamos decir que toda sociedad primitiva tiene una regla secundaria de reconocimiento, a saber, la que establece que todo lo que se acepta como obligatorio es obligatorio” (Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, España, 1989 p. 98).

11 “La justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento. Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses...” (Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, 1995, p. 15).

ya que conforme a las ideas de Dworkin, se busca realizar los derechos constitucionales, los cuales tienen alto grado de subjetividad en términos de Kelsen, y al mismo tiempo, conforme a la posición de Hart, también se busca hacer previsibles las conductas humanas, aspecto que solo puede ocurrir si el texto de la Constitución y la ley tienen una estructura de supuesto y consecuencia conforme lo defendido por Kelsen.

De ahí que cuando la jurisprudencia constitucional boliviana establece que la acción de cumplimiento debe regirse por la interpretación teleológica, es posible interpretar que: 1. La amplitud del texto de la ley y la Constitución otorgan al intérprete diversas posibilidades interpretativas, pudiendo elegir la que concuerde con la finalidad que el intérprete considera busca la norma, siempre en el marco del texto legal, lo que coincidiría con la postura positivista de Hart y Kelsen; y 2. Si el intérprete considera que el texto de la Constitución y la ley se contraponen a la finalidad –por ejemplo– del contenido en un principio innominado, entonces debería buscar la solución más allá del acuerdo social expresado en el texto normativo, lo que coincidiría con la postura antipositivista de Dworkin.

76

Ahora bien, si consideramos que una teoría del derecho no puede juzgarse en términos de verdadero y falso; es decir, que no es comprobable empíricamente, entonces, ni la postura teórica adoptada por Dworkin, ni la postura de Hart, pueden desvirtuarse o tenerse como ciertas, pues en definitiva no son descriptivas, no describen lo que sucede con los jueces cuando unos se apegan al texto normativo y otros a sus ideas de justicia, sino prescriptivos, es decir pretenden regular cómo deben actuar los jueces.

Pese a lo referido, frente a dos teorías que no pueden desvirtuarse empíricamente queda elegir la que utilitariamente sea la más adecuada para hacer más soportable la vida en colectividad, en este sentido, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano sostiene: “...La acción de cumplimiento no busca el cumplimiento de la forma de un acto normativo constitucional y/o legal sino el cumplimiento de

su finalidad, es decir, más que formalista es finalista...”<sup>12</sup> adoptando según parece la postura 2, pero en mi criterio y considerando la realidad boliviana, la adecuada tendría que ser la postura 1, ello debido a que:

- Incluso los derechos cuyo contenido –a decir de Dworkin– es moral, para su realización requieren o presuponen un mínimo de orden en los términos de Kelsen.
- Siendo que epistemológicamente no se ha demostrado que el método de la ponderación de Alexy o el de integridad de Dworkin puedan eliminar la subjetividad denunciada por Kelsen, de forma que frente a una decisión judicial no puede eliminarse el desacuerdo; entonces, la postura 2 impide efectivizar el deber fundamental del art. 108.1 de la CPE que establece: “*Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes*”, pues si no atendemos a su texto se tiene que su contenido sería incierto.
- La subjetividad en la moral para definir el contenido de las decisiones judiciales puede impedir efectivizar la garantía de separación de poderes, porque el judicial se encontraría por encima del propio legislador y podría decidir políticamente qué leyes ordenará a la administración cumplir y cuales no, afectando el principio democrático que impele a que las leyes deban emerger de un debate público y de un órgano representativo de mayorías y minorías.

Conforme lo expuesto, si analizamos el derecho comparado tenemos que el Tribunal Constitucional peruano en el exp. 5427-2009-PC/TC ante la solicitud de que el Ministerio de Energía y Minas adecúe sus “normas”, “reglamentos” y “directivas” al Convenio 169 de la OIT en lo referido a la consulta previa, determinó el incumplimiento parcial a dicho deber, mientras que la Corte Constitucional colombiana en la sentencia

---

12 Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 0548/2013 de 14 de mayo.

C-651/03 negó la posibilidad de solicitar el cumplimiento de normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad por su alto grado de discrecionalidad que daría a los jueces.

En este sentido, si adoptamos la postura 2, los jueces no solo no pueden alegar insuficiencia o contradicción en la ley, sino que sencillamente deben partir de la premisa de que la existencia de principios con contenido moral hace que solo puedan descubrir el derecho, en cambio la postura 1 establecería que la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad sólo pueden cumplirse si se constituyen en norma operativa, pero en el caso de requerir desarrollo legislativo o de la producción de política pública se constituirían en normas programáticas, entonces, se requiere del desarrollo legislativo para plantear su cumplimiento a través de la acción de cumplimiento.

La postura 2 permitiría diferenciar entre los ámbitos de protección de la acción de cumplimiento y la acción de inconstitucionalidad por omisión. En este sentido la acción ahora analizada no procede “*Contra la Asamblea Legislativa Plurinacional con la intención de exigir la aprobación de una ley*”<sup>13</sup>, en cuyo caso procede la acción de inconstitucionalidad por omisión. Mientras que la acción de cumplimiento tiene como propósito hacer cumplir la norma, la figura de inconstitucionalidad por omisión busca hacer legislar, es decir, debe diferenciarse entre la validez de la norma (objeto de la acción de inconstitucionalidad) y la eficacia de la norma (objeto de la acción de cumplimiento), así: “...la validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada...”<sup>14</sup>.

78

### 3. Causales de procedencia e improcedencia

La acción de cumplimiento resultará improcedente:

---

13 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 66.5.

14 KELSEN, Hans. Introducción a la teoría pura del derecho. p. 50.

- Contra actos de naturaleza privada incluso emanen de autoridades públicas<sup>15</sup>.
- Siendo que la acción de cumplimiento no tutela de manera directa derechos subjetivos o de derechos colectivos, es improcedente “*Cuando sea viable la interposición de las acciones de Libertad, Protección de Privacidad o Popular*”<sup>16</sup> y “*En procesos o procedimientos propios de la administración, en los cuales se vulneren derecho y garantías constitucionales, tutelados por la Acción de amparo Constitucional*”<sup>17</sup>.
- No puede utilizarse la acción de cumplimiento: “*Para el cumplimiento de sentencias judiciales que tengan autoridad de cosa juzgada*”<sup>18</sup>, y en su caso resoluciones administrativas con la calidad de firmes.
- Es improcedente una acción de cumplimiento cuando existe identidad de sujeto, objeto y causa con otra acción constitucional previamente planteada, y cuando ya exista cosa juzgada constitucional que impida un nuevo debate.
- La acción de cumplimiento no procede ante situaciones complejas de interpretación de legalidad<sup>19</sup>, ni cuando exista un con-

---

15 En el derecho comparado en el exp. 4260-2005-PC/TC del Tribunal Constitucional peruano, se sostuvo: “...conforme el petitorio de la demanda lo que en realidad pretende la demandante es el pago de la deuda que actualmente mantiene con ella la Municipalidad demandada, lo cual corresponde ser dilucidado en la vía ordinaria...” y que: “...la resolución cuyo cumplimiento solicita la demandante no se encuentra sujeta a los preceptos del Derecho Público o, lo que es lo mismo, no ha sido realizada en el ejercicio de la función administrativa. De modo que el origen de la obligación dineraria cuyo pago pretende la demandante no es el acto cuyo cumplimiento se solicita, sino más bien un contrato suscrito con la demandante, en donde la Administración no actúa ejerciendo sus potestades públicas administrativas”.

16 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 66.1.

17 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 66.4.

18 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 66.3.

19 Así el profesor Cesar Landa sostiene: “Dado su carácter sumario y breve, no siendo el adecuado para discutir los contenidos de normas generales o de normas legales superpuestas que remitan a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que en rigor debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas” Landa

flicto de competencias mientras el mismo no se haya tramitado, no procede para hacer cumplir contratos incluso sean con entidades estatales, no procede para imponer sanciones, ni cuando se solicita dejar sin efecto una resolución<sup>20</sup>.

- No procede si el deber omitido ya no existe, por ejemplo, si la norma que imponía el deber fue derogada, o modificada, o cuando el deber omitido sea de los que se agota con el primer acto.
- Tampoco procede para pedir el cumplimiento de normas procesales<sup>21</sup>.

En lo referente a la constitución en renuencia<sup>22</sup>, la misma refiere a la necesidad de la parte accionante de que previamente al planteamiento de la acción de cumplimiento requiera mediante documento de fecha cierta a la autoridad competente, el cumplimiento de la norma constitucional o de orden legal, pudiendo la autoridad ratificarse de forma expresa o al

---

Arroyo, Cesar. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Editorial PALESTRA. 2007.

20 El Tribunal Constitucional peruano en el exp. N° 486-98-AC/TC sostuvo: “...*En el caso de autos, la empresa demandante, a través de la presente acción de garantía, pretende, en esencia, que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía... Es decir, pretende impugnar un acto administrativo y no exigir su cumplimiento. Y, por lo tanto, la vía adecuada para accionar debió ser la de amparo y no la de cumplimiento...*”.

21 La SC 258/2011-R, sostuvo que: “...*la acción de cumplimiento no procede para exigir la realización de normas, y tampoco de resoluciones, dentro de los procesos judiciales, por cuanto, por una parte, dicha labor es propia del órgano jurisdiccional y, por otra, porque el cumplimiento de las normas puede ser exigido por los procedimientos o mecanismos previstos por las mismas leyes, dependiendo del tipo de proceso del que se trate...*” entendimiento seguido por las SSCC 1294/2011-R, SC 1312/2011-R.

22 El art. 66.2 del Código Procesal Constitucional de Bolivia establece: “Cuando el accionante no haya reclamado previamente y de manera documentada a la autoridad accionada, el cumplimiento legal del deber omitido” y la SC 1386/2011-R sostuvo que: “...*debe demostrarse la actitud renuente –manifiesta y fehaciente– de la autoridad demandada, que puede deducirse de su silencio prolongado; al efecto y con relación al plazo de caducidad, ante la ausencia normativa sobre el pronunciamiento oportuno del funcionario o la autoridad pública, es menester remitirse supletoriamente el art. 71.I inc. g) del DS 27113 de 23 de julio de 2003, referente al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, disposición que taxativamente señala que las decisiones sobre cuestiones de fondo, deben ser resueltas en veinte días cuando no exista un plazo expresamente señalado.*”.

no contestar a la solicitud de cumplimiento formulada en el plazo que la norma administrativa le obligue a responder. El estado de renuencia permite:

- Constatar el incumplimiento y delimitar el ámbito del deber omitido, es decir: “...identificar los elementos específicos y determinados, así como sus modalidades respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que pudo haber empleado la norma incumplida, para precisar sus alcances...”<sup>23</sup>.
- Identificar a la autoridad renuente titular del deber jurídico omitido, y en el caso de no constituirse en la autoridad competente en base al principio de informalismo que rige la actuación de la administración pública, remitir la solicitud a la autoridad competente o al menos señalar al solicitante la misma.
- Se da la oportunidad a la administración pública para cumplir el deber omitido, o para que se exponga al solicitante las razones que justifican su inactividad.

Finalmente debe tomarse en cuenta que desde la constitución en renuencia de la parte demandada, no se tiene expedita de manera indefinida la posibilidad de plantear la acción de cumplimiento, porque la constitución en renuencia perdería uno de sus propósitos como es el de dar la oportunidad a la parte demandada de cumplir el deber omitido que por el transcurso del tiempo puede ser cambiada, o verse la situación de incumplimiento modificada.

#### 4. Contenido de la demanda de acción de cumplimiento

La raigambre histórica en Bolivia de la acción de amparo constitucional provocó que el legislador ordinario y la jurisprudencia constitucional haga del resto de acciones constitucionales –acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento, acción popular– amparos constitucionales específicos, lo que no resulta lógico si se considera que

---

23 Colombia. Corte Constitucional de Colombia. C-1194-01.

el legislador constituyente les dio en lo sustantivo una configuración y especificidad propia, lo que debería proyectarse en lo procesal. Entre los requisitos que establece el Código Procesal Constitucional para la interposición de una acción de cumplimiento, tenemos<sup>24</sup>:

El “*Nombre, apellido y generales de quien interpone la acción o de su representante legal, acompañando en este último caso, la documentación que acredite su personería*”<sup>25</sup>, en este sentido y al buscarse el cumplimiento del ordenamiento jurídico en su dimensión objetiva, no se requiere demostrar alguna afectación subjetiva<sup>26</sup>, pudiendo interponer la acción incluso servidores públicos contra otros servidores públicos, la Defensoría del Pueblo<sup>27</sup>, el Ministerio Público<sup>28</sup>, la Procuraduría General del Estado<sup>29</sup> La Defensoría de la Niñez y la Adolescencia<sup>30</sup>.

El “*Nombre y domicilio contra quien se dirige la acción, o los datos básicos para identificarla o identificarlo en el caso de que se conozca, el lugar donde pueda ser notificada o notificado*”<sup>31</sup>, de esta forma se plantea la

24 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 33.

25 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 33.1.

26 La Constitución boliviana en su art. 134.II reconoce la facultad a toda persona por sí “...o por otra a su nombre con poder suficiente”; en este sentido: “...cuando la Constitución hace referencia a que la acción debe presentarse por la persona individual o colectiva afectada, no exige una afectación directa de intereses, derechos o garantías, que implique la demostración de la amenaza o lesión de los mismos, sino una afectación indirecta, que se traduce en la incertidumbre sobre el pleno goce y ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, del incumplimiento de reglamentar una ley que reconozca determinados derechos, se deriva la inseguridad en el pleno ejercicio de los mismos y, por tanto, la afectación indirecta de los titulares de esos derechos” (SC 1325/2011-R).

27 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 65.3.

28 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 65 2.

29 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 65.4.

30 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 65.5.

31 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 33.1 y la SC 1386/2011-R sostiene respecto a la importancia de la legitimación pasiva y la posibilidad de la concesión de la acción de cumplimiento que: “...se traduce en que el juez o tribunal de garantías, ordenará el cumplimiento inmediato del deber omitido; resultando lógico que, el acatamiento de dicho fallo le corresponde a las autoridades o funcionarios públicos que tengan plena facultad para efectivizar la resolución dictada en sede constitucional. Y paralelamente a ello, también cumple el propósito de que el o los demandados —puestos en conocimiento del proceso constitucional seguido en su contra— comparezcan ante los tribunales de esta jurisdicción, otorgándoseles la

demanda sólo contra servidores públicos titulares de un deber jurídico impuesto por norma constitucional o de orden legal, autoridades Indígena Originario Campesinas<sup>32</sup>, y de manera excepcional contra particulares que prestan un servicio público.

La “*Relación de los hechos*” constitutivos del incumplimiento<sup>33</sup>, necesarios especialmente cuando se alega incumplimiento parcial o relativo de la norma constitucional o de rango legal.

La *identificación de la norma o normas supuestamente incumplidas*<sup>34</sup>, la identificación del deber, la acción debe ser clara no imaginada ni resultado de la analogía<sup>35</sup>.

---

*oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, oponiéndose al fundamento fáctico contenido en la demanda”.*

32 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 30 - 1 y 18 en concordancia con el Art. 290-II y Art. 2 de la Constitución boliviana.

33 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 33.4.

34 Respecto al petitorio en la SC 1412/2011-R el Tribunal Constitucional sostuvo que: “*El accionante se presentó ante la “Delegación” Distrital La Paz del Consejo de la Judicatura... para recoger el cheque 7719, pero sin embargo se le negó la entrega de ese documento, porque supuestamente el Juez Noveno de Partido en lo Civil y Comercial había ordenado el embargo del depósito judicial en cuestión, dentro del proceso coactivo civil seguido por el BCP contra el accionante... Empero, la referida acción de cumplimiento carece de los requisitos de fondo o contenido... es decir que el accionante no señaló ni precisó cuál la norma constitucional o legal general incumplida o inaplicada...*” y en la SC 1017/2011-R que: “*...los accionantes no han precisado cuál la renuencia del deber constitucional y legal omitido por las autoridades demandadas, señalando únicamente que el instructivo SH8377 ODECO 0783... emitido por la Superintendencia de Hidrocarburos, desconocía lo dispuesto en el Decreto Supremo 27835 y Norma Boliviana 441 aprobada por Decreto Supremo 24721, sin identificar en estas disposiciones un deber claro, expreso y exigible a las autoridades regulatorias de hidrocarburos y que éstas hayan omitido; omisión que se hace más evidente si se considera el petitorio de la acción, en el que en vez de pedir el cumplimiento de determinado deber –que como se tiene explicado debió ser identificado de forma específica y no de forma genérica– solicitan la nulidad del instructivo SH8377 ODECO 0783... lo que evidencia la confusión de la acción interpuesta, cual si se tratara de una acción de amparo constitucional...*”.

35 La Corte Constitucional de Colombia sostuvo respecto al deber omitido en una acción de cumplimiento que: “*Dicho deber no es... el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de un mandato específico y determinado. Este puede tener múltiples manifestaciones o modalidades, pero no tiene que consistir en una obligación clara, expresa y exigible porque el artículo 87 no consagró una acción de simple ejecución, sino una acción de mayor alcance. Para que pueda exigirse su cumplimiento el deber ha de predicarse de una entidad concreta competente, es decir, que existe jurídica y realmente y es destinataria del mandato contenido en la norma legal o administrativa...*” (Sentencia C-1194-01) mientras que el Tribunal

En lo referente a la precisión del estado de renuncia, puede considerarse los siguientes criterios de renuncia que deben combinarse en cada caso concreto para identificar el tipo y estado de renuncia<sup>36</sup>:

Por el origen del mandato, la renuncia puede derivar de la:

- Inactividad derivada de un mandato previsto en una norma con rango constitucional (bloque de constitucionalidad).
- Inactividad derivada de un mandato previsto en una norma de rango legal en sentido material.

Por el alcance del incumplimiento podemos estar frente a:

- Inactividad total referida a situaciones en las que la autoridad no efectuó ninguna actividad dirigida al cumplimiento de la norma con rango constitucional o de orden legal.
- Inactividad parcial referida a situaciones en las que se efectuaron actividades insuficientes para el cumplimiento de una norma de forma que la misma no llegó a efectivizarse.

84

Por la naturaleza del mandato impuesto:

- Inactividad respecto a actos referidos al ejercicio de potestades discrecionales, es decir, en los cuales existe un cierto margen de libertad en la apreciación de los servidores públicos, lo que

---

Constitucional peruano en el exp. 191-2003-AC/TC respecto a las características del mandato contenido en la ley sostuvo que: “...para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver –que, como se sabe, carece de estación probatoria–, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características. Entre otras, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitadamente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, en lo que al caso se refiere, que se encuentre vigente”.

36 Para la presente clasificación se consideró la realizada por Edgar Carpio Marcos en la publicación: *La Acción de Cumplimiento, ¿un proceso constitucional? en Justicia constitucional local*, coord. Eduardo Ferrer Mac Gregor, Rodolfo Vega Hernández, México, 2003, págs. 101-134.

sin embargo no implica arbitrariedad, pues de todas formas la decisión debe estar debidamente fundamentada.

- Inactividad respecto a actos de obligatorio cumplimiento. La norma en estos casos impone un deber de actuar cierto y concreto, por lo que el servidor público únicamente puede cumplir el mandato constitucional o de orden legal.

Por la condicionalidad o no del mandato:

- Inactividad derivada de un mandato condicional donde las obligaciones del servidor público recién se concretan cuando se producen los supuestos de hecho o de derecho previstos por la norma. Entonces únicamente cuando se cumplen esos supuestos se puede activar la acción de cumplimiento.
- Inactividad derivada de un mandato formulado incondicionalmente, no vinculado a elementos externos de la norma, en cuyo caso la procedencia de la acción de cumplimiento es indiscutible.

85

En función de la complejidad del mandato constitucional o legal, tenemos:

- Inactividad derivada de mandatos de instrumentalización compleja, en los cuales el incumplimiento no se origina en la negligencia o voluntad de la autoridad pública sino a obstáculos materiales como infraestructura insuficiente, falta de recursos humanos o económicos, etc.; en cuyo caso el juez debe evaluar la complejidad y determinar un plazo razonable para dar efectividad al mandato normativo.
- Omisiones derivadas de mandatos de instrumentalización simple que deben cumplirse inmediatamente, siendo clara la procedencia de la acción de cumplimiento.

Por la conservación o no de la inactividad:

- Inactividad subsistente, referida a situaciones en las cuales la omisión está vigente, encontrándose por lo tanto la autoridad

pública en renuencia permanente, en estos casos no debe existir un plazo para plantear la acción de cumplimiento sino su planteamiento depende de la vigencia del deber fundamental o legal omitido.

- Inactividad administrativa insubsistente, referida a situaciones en las que la obligación desapareció por cumplirse lo obligado en su totalidad, o porque el mandato normativo desapareció, lo que sucede por ejemplo cuando la ley fue derogada o abrogada.

Según se evidencie o no la omisión:

- Inactividad que deriva en arbitrariedad manifiesta, situación que se presenta cuando el mandato es claro, evidente y concreto, resultando el incumplimiento inequívoco y perceptible sin que se requiera de mayor probanza.
- Inactividad no manifiesta que se presenta generalmente frente a mandatos de condiciones complejas respecto a las cuales se requiere reglamentación, en cuyo caso procede la inconstitucionalidad por omisión o intensa actividad probatoria.

86

La *petición* lógicamente es la de cumplimiento de la norma, y en definitiva la precisión del resultado que la norma constitucional o de orden legal –ley en sentido formal o material– busca y debe alcanzar, siempre en el marco del texto de la ley.

Eventualmente la demanda puede contener una solicitud de *medida cautelar*<sup>37</sup>

Finalmente, se debe presentar con la demanda la prueba que acredite el incumplimiento o señalarse donde se encuentra –piénsese por ejemplo en una inactividad derivada de mandatos de instrumentalización compleja–, y en especial la prueba de constitución de renuencia<sup>38</sup>.

---

37 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 33.6.

38 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 33.7.

## 5. Procedimiento

El art. 32.I del Código Procesal Constitucional establece que toda acción constitucional: “*Se presenta ante salas de turno en capitales de departamento o ante Juzgados Públicos de materia y fuera de capitales de departamento ante juzgados públicos o juzgados públicos mixtos*” cuyo segundo párrafo establece que: “*El juzgado o tribunal competente será el del lugar en el que se haya producido la violación del derecho. Si en el lugar no hubiere autoridad judicial será competente la Jueza, Juez o Tribunal al que la parte pueda acceder por razones de cercanía territorial o mejores condiciones de transporte. Si la violación hubiere sido cometida fuera del lugar de residencia de la afectada o afectado, ésta o éste podrá presentar la acción, si lo estima pertinente ante el juzgado o tribunal competente por razón del domicilio*”, de donde puede deducirse que el planteamiento de la acción de cumplimiento debe efectuarse donde debía cumplirse, o donde debía surtir efectos la norma constitucional o legal, por ejemplo si se pide el cumplimiento de legislación de cierto municipio no puede plantearse la demanda en otro municipio.

87

El art. 31.I del Código Procesal Constitucional establece que: “*La persona natural o jurídica que pruebe interés legítimo en una acción de defensa podrá presentarse ante la Jueza, Juez o Tribunal, que de estimarlo necesario, admitirá sus alegaciones en audiencia*”, en este sentido, por la ingente cantidad de personas que pueden verse afectadas por la aplicación de una norma constitucional o legal, debiera y es pertinente la aplicación del denominado *amicus curiae*.

Si el juez o tribunal observa una causal de improcedencia debe resolverla inmediatamente y si procede a efectuar observaciones a los requisitos de admisibilidad de la demanda conforme el art. 30 del Código Procesal Constitucional debe otorgarse el plazo de tres días a la parte accionante para que subsane, y en caso de rechazarse la demanda la parte procesal accionante cuenta con el plazo de tres días para impugnar la determinación a la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Cuando del análisis de la demanda el juez o tribunal de garantías se percata de que debió plantearse amparo constitucional o acción popular,

y siempre y cuando se cumpla los requisitos de la demanda que en realidad debió plantearse, debe de oficio “transmutar” la demanda y darle el trámite de acción popular o amparo constitucional.

Admitida la demanda debe señalarse audiencia, disponiendo la notificación personal o por cédula de la parte demandada<sup>39</sup>, la citación a terceros interesados en su caso mediante edictos<sup>40</sup>, puede señalar medidas cautelares<sup>41</sup> y adoptar toda medida necesaria para la realización de la audiencia como solicitar prueba o solicitar se remitan informes y normativa interna para determinar la competencia de las autoridades que deben cumplir norma.

*“La parte accionada podrá contestar la Acción de Defensa o informar antes o durante la audiencia pública”*<sup>42</sup>, en este sentido, si la parte demandada considera ser incompetente para dar cumplimiento a la norma debe de oficio identificar al juez o tribunal de garantías a la autoridad titular del deber omitido y en su caso responsable del incumplimiento.

88

La celebración de la audiencia puede efectuarse incluso sin la presencia de las partes procesales<sup>43</sup> y constará en un acta “...*pudiendo utilizarse otros medios de registro, excepto en los casos prohibidos por Ley*”<sup>44</sup> y concluidas las exposiciones de las partes<sup>45</sup> se emitirá la resolución correspondiente.

La resolución puede ser objeto de solicitud de aclaración, enmienda o complementación que debe resolverse en la audiencia si es verbal o en veinticuatro horas si la solicitud es escrita<sup>46</sup> y en caso de concederse la tutela la orden de cumplimiento debe determinar con claridad la

---

39 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 35.1.

40 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 35.2.

41 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 9.

42 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 35.3.

43 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 36.2.

44 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 36.1.

45 Bolivia. Constitución Política del Estado. Art. 134-II.

46 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 36.9.

obligación incumplida, la autoridad titular de la obligación incumplida y competente para efectivizar el fallo, plazo justificado de acuerdo al caso concreto así el art. 67 del Código Procesal Constitucional establece que: “...sentencia establecerá el cumplimiento inmediato del deber omitido, o en su caso determinará un plazo perentorio para el cumplimiento de la norma...” y en su caso se dispondrá la calificación de costas procesales.

La decisión “...será ejecutada inmediatamente y sin observación...”<sup>47</sup> salvo se disponga una medida cautelar<sup>48</sup> independientemente de la remisión al Tribunal Constitucional Plurinacional para su correspondiente revisión<sup>49</sup>.

En sede del Tribunal Constitucional Plurinacional tras su registro<sup>50</sup> siendo posible la acumulación de causas<sup>51</sup> posteriormente se sortea por la Comisión de Admisión<sup>52</sup> debiendo resolverse en el término de treinta días pudiéndose “1. Confirmar en todo o en parte la resolución de la Jueza, Juez o Tribunal de origen. 2. Revocar en todo o en parte la resolución de la Jueza, Juez o Tribunal de origen”<sup>53</sup>.



## Bibliografía

Carpio Marcos, Edgar. *La Acción de Cumplimiento, ¿un proceso constitucional? en Justicia constitucional local* coord. por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Rodolfo Vega Hernández, México, 2003, págs. 101-134.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en seri*, Editorial Ariel, España, 1989.

Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot SA, Argentina, 1998, p. 117.

47 Bolivia. Constitución Política del Estado. Art. 134-V.

48 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 34.

49 Bolivia. Constitución Política del Estado. Art. 134-IV.

50 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 41.

51 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 6.I.

52 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 42.

53 Bolivia. Código Procesal Constitucional. Art. 44.

Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Editorial Ariel, España, 2008.

Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, 1995

Landa Arroyo, Cesar. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Editorial Palestra. 2007.

# El *mandado de injunção* (proceso de cumplimiento) en Brasil y la interpretación del STF sobre los derechos de jubilación especial y huelga ante la eficacia limitada de la norma

✍ ARTUR RICARDO RATC\*

## Resumen

El presente artículo tiene por objeto demostrar la utilización del proceso de cumplimiento en Brasil (*mandado de injunção*) según la óptica actual del Supremo Tribunal Federal, en especial con respecto a la omisión de norma reglamentaria de la Administración Pública sobre jubilación especial de empleados públicos y derecho de huelga. Esta acción es un remedio constitucional que garantiza la aplicación de derechos y libertades constitucionales, estando pendiente de norma reglamentaria inherente a las prerrogativas de nacionalidad, soberanía y ciudadanía. El desprestigio de la Constitución por los poderes constituidos es sinónimo de ofensa, de falta de valorización del poder constituyente e incumplimiento de un deber constitucional del poder público que tiene

91

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales UMSA - Universidad Museo Social Argentino; Doctorando en Derecho Constitucional UBA - Universidad de Buenos Aires; Posgrado en Derecho Administrativo PUC/SP - Pontificia Universidade Católica de São Paulo; Especialista en Derecho Tributário UNISUL/SP - Universidade do Sul de Santa Catarina Especialista; en Derecho Constitucional UNISUL/SP - Universidade do Sul de Santa Catarina Especialista; en Ciências Processuais UNAMA/SP - Universidade da Amazônia Especialista; en Derecho Procesual Civil UNISUL/SP - Universidade do Sul de Santa Catarina; Abogado Internacional Tributarista en Sudamerica y Europa con registro en la Orden de los Abogados de Brasil y Portugal. Profesor en Derecho Constitucional y Derecho Tributario.

la obligación de asegurar a los individuos las libertades y los derechos garantizados en la Constitución, pero son despreciados por la falta de legislación reglamentaria. Así las cosas, traemos algunos fallos del Supremo Tribunal Federal y su interpretación constitucional para garantizar la eficacia de la Constitución en el siglo XXI.

## 1. Introducción

La introducción del presente artículo es una cuestión que merece una respuesta inmediata: ¿Existe alguna norma, que interpretada de acuerdo con la fuerza normativa de la Constitución, principios y reglas constitucionales, no tenga eficacia? La respuesta es, sin dudas, negativa. No. No existe norma constitucional ineficaz, sin fundamento o remedio constitucional que la haga valer.

En esa tarea de efectividad del derecho constitucional es que las normas son mandamientos, órdenes, imposiciones, determinaciones y exigencias, siendo cada una de ellas de eficacia existente, divididas en tres categorías<sup>1</sup>, con valores normativos diferentes, sin embargo realizables. Así, la norma constitucional puede ser de eficacia limitada, cuando la propia Constitución determina la reglamentación por el legislador ordinario. Las normas pueden, a su vez, tener eficacia contenida (cuando el legislador ordinario puede limitar su eficacia) y, por último, las normas pueden tener eficacia plena, cuando la normatividad es inmediatamente

---

1 José Afonso da SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” *Ob. cit.*, p. 82. “... discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II - normas constitucionais de eficácia contida; III - normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter a eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”.

determinada por la Constitución sin necesidad de reglamentación o limitación por el legislador ordinario.

En Brasil, en los casos de jubilación especial y huelga de los empleados públicos, la Constitución trató el tema como una norma de eficacia limitada de la siguiente manera, estando pendiente de reglamentación: **Jubilación:** “Art. 40. *El régimen propio de la previsión social de los empleados titulares de cargos efectivos tendrá carácter contributivo y solidario, mediante las contribuciones del respectivo ente federativo, de los empleados activos, de los jubilados y de los pensionados, debiendo observar criterios que preserven el equilibrio financiero e actuarial. § 4º Podrán ser establecidos por ley complementaria del respectivo ente federativo edad y tiempo de contribuciones diferenciados para la jubilación de los empleados con discapacidad, previamente sometidos a la evaluación biopsicosocial realizada por el equipo multiprofesional e interdisciplinario*”; **Huelga:** “Art. 37. *La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los dos Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, al siguiente: VII - el derecho de huelga será ejercido en los términos y límites definidos en ley específica*” (traducción nuestra)<sup>2</sup>.

Independientemente del concepto de justicia o injusticia<sup>3</sup>, es cierto que por omisiones legislativas ordinarias existen problemas con la efectividad de la Constitución y para eso contamos con un remedio

2 Constitución de Brasil: **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: **VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;** **Art. 40.** O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. **§ 4º-A. Poderão ser estabelecidos por lei complementar** do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicosocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

3 Entendemos que la justicia es un valor del Derecho, de acuerdo con la doctrina trialista (hecho/valor/norma) de MIGUEL REALE que busca la resolución de conflictos en situaciones concretas.

constitucional en Brasil, para que las personas tengan garantizado el derecho a las garantías y libertades constitucionales, es decir, el *mandado de injunção* (acción de cumplimiento).

La cuestión que surge finalmente es: ¿Qué hacer cuando garantías y libertades que están garantizadas en el texto constitucional por una norma de eficacia limitada, es decir, que depende de una norma reglamentaria, no pueden ser concretizadas por la omisión del poder público? ¿Existe un remedio constitucional de alcance inmediato para asegurar la supremacía de la Constitución sin interferir en el principio de separación de los poderes?

## 2. La Constitución y el *mandado de injunção* o Proceso de Cumplimiento

En la actual constitución de Brasil (1988), este remedio constitucional está garantizado por medio del *mandado de injunção* (proceso de cumplimiento) que es una acción constitucional que tiene como objetivo dar efectividad a las garantías y libertades constitucionales y prerrogativas de la nacionalidad, de la soberanía y de la ciudadanía afectadas por la falta de norma reglamentaria.

94

La Constitución Federal de Brasil creó, en el artículo 5º, los derechos fundamentales a los nacionales y extranjeros, que reza: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*”.

Es interesante mencionar que ante la teoría del *commom law*, Brasil adoptó este nombre de *mandado de injunção* (acción de cumplimiento), como por ejemplo en el Reino Unido y en Estados Unidos donde las acciones o los remedios normalmente utilizados en juicio son: *damages* (daños), *specific performance* (cumplimiento de las obligaciones) y

*prohibitory injunction* (situaciones de prevención a mantener los derechos). El *writ of injunction* que fue utilizado originalmente en el ámbito del derecho privado tiene como finalidad impedir la lesión de derechos y garantías incluso derivada por falta de norma reglamentaria, es decir, el *defendant* (requerido) en el *commow law* tiene a favor del *claimant* (requirente) la obligación de hacer algo para impedir la ofensa al derecho derivado por la falta de norma reglamentaria.

### **3. Derechos garantizados vía *mandado de injunção***

Una cuestión interesante a destacar es cuál es la amplitud de los derechos alcanzados en una acción de cumplimiento. ¿Serían todos los derechos fundamentales? La respuesta es muy objetiva con la lectura del texto constitucional, especialmente el Inciso LXXI del artículo 5º que expone que una vez violado el derecho de una persona por falta de reglamentación de una norma constitucional no solamente los derechos fundamentales, sino también los derechos sociales, estarían configurados como legítimos para el juicio por vía de acción de cumplimiento. No obstante, también pueden proponer acción constitucional los que ven afectados sus derechos, tales como la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía. En esos casos, incluimos derechos internacionales reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional de Brasil, como por ejemplo tratados de derechos humanos internalizados en la legislación brasileña.

95

### **4. La acción directa de inconstitucionalidad por omisión y el *mandado de injunção* (proceso de cumplimiento)**

En la esfera teórica del sistema constitucional brasileño es interesante distinguir la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y el *mandado de injunção*, toda vez que la primera es una forma de control de constitucionalidad y solamente los legitimados en la lista del artículo 103 de la Constitución<sup>4</sup> pueden proponer la acción, al tiempo que el

---

<sup>4</sup> Constitución de Brasil: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade(...) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de

segundo (proceso de cumplimiento) es un remedio constitucional que cualquier persona que se vea afectada en sus derechos con la omisión legislativa podrá interponer. Sin embargo, como regla, la decisión de la acción por omisión posee efectos *erga omnes*, en tanto el *mandado de injunção* es una decisión inter partes con posibilidad *erga omnes*. A su vez, la acción de inconstitucionalidad por omisión afecta a cualquier derecho constitucional pendiente de norma reglamentaria, en tanto la acción de cumplimiento tiene el foco en los derechos concernientes a la libertad constitucional y a las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía, todos previstos en el artículo 5º, LXXI, de la Constitución de Brasil.

Es importante resaltar que el proceso de cumplimiento y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión<sup>5</sup> tienen en la esfera práctica, consecuencias jurídicas idénticas conforme a la interpretación actual del Supremo Tribunal Federal, es decir, las dos acciones tienen por objeto dar efectividad a la norma constitucional con la determinación del poder legislativo de cumplir el deber constitucional de legislar, con tan solo una distinción, toda vez que en el proceso de cumplimiento el interés y la protección del derecho es subjetiva (eficacia para la parte interesada), al tiempo que en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión la protección es objetiva y puede ser reclamada independientemente de un interés jurídico específico (eficacia *erga omnes*, para todos).

Por otro lado, con la promulgación de la ley del *mandado de injunção* en 2016 (antes la acción constitucional se trataba procesalmente por creación jurisprudencial y doctrinaria), estudiaremos infra que fue creada la posibilidad de una eficacia *erga omnes* de la decisión en

---

Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

5 Constitución de Brasil: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: **§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de **órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.**

situaciones que son inherentes al ejercicio de las libertades y garantías constitucionales, como por ejemplo, aplicar a una categoría de empleados públicos, de manera igualitaria, la misma reglamentación hasta que sobrevenga norma reglamentaria<sup>6</sup>.

### **5. Ley 13.300/2016 - casi 30 años sin reglamentar el remedio que subsana la omisión por falta de reglamentación**

Es una situación irónica, pero la Constitución de Brasil de 1988 prevé el remedio constitucional en caso de omisión legislativa. Sin embargo, la ley que reglamentó la utilización del *mandado de injunção* surgió en 2016, casi 30 años después de la Constitución.

A continuación, la ley 13.300/2016 en Brasil reglamentó el instituto del *mandado de injunção* ante la necesidad de crear por ley un procedimiento de la acción que tenía previsión constitucional, pero carecía de aplicación efectiva por falta de reglamentación. Era solo una construcción puntual jurisprudencial y doctrinaria que sin embargo generalizaba omisiones (ironía constitucional que el remedio de la omisión no tuviera una ley).

Con la promulgación de la ley del *mandado de injunção* quedaron más claras y objetivas algunas cuestiones, como por ejemplo los requisitos para la acción judicial, plazos para que el órgano público se pronuncie, efecto de la decisión y posterior ley reglamentaria.

Nuestro entendimiento está dirigido, especialmente, a algunos puntos de la ley para ejemplificar la aplicación del remedio constitucional, conforme: *“Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que **a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania**”*. En este artículo queda

---

6 Ley 13.300/2016: Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º **Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

claro que la falta parcial de norma reglamentaria, aun no establecida por órgano competente, que garantice garantías y libertades constitucionales, también legitima a la persona a promover el remedio constitucional, porque es parcial la reglamentación de la norma cuando es insuficiente el establecimiento para el ejercicio completo de los derechos dictados en la Constitución.

Otro tema que nos interesa es acerca de la legitimidad de interponer esta acción constitucional que según construcción jurisprudencial y con el advenimiento de la ley, cualquier persona física o jurídica puede reclamar sus derechos referentes a las garantías y libertades constitucionales<sup>7</sup>.

El artículo 8º, a su vez, prevé que el poder judicial puede<sup>8</sup> determinar un plazo razonable para el establecimiento de la norma, y en caso que no suceda podrá el poder judicial determinar las condiciones de ejercicio de las garantías y libertades afectadas. Es importante mencionar, que en este caso **no hay intervención del poder judicial en la potestad del poder legislativo**, sino una efectividad de la norma constitucional y un diálogo entre los poderes porque la mora legislativa no puede ser eternizada con una falsa protección de la separación de los poderes. El poder judicial puede tener una actuación activa con la adopción de medidas alternativas efectivas que son **alternativas legítimas de protección de garantías y libertades constitucionales** con el objeto de superar la omisión institucional.

---

7 Ley 13.300/2016: Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

8 Ley 13.300/2016: Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - **determinar prazo razoável** para que o impetrado **promova a edição da norma regulamentadora**; II - **estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades** ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que **podará o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado**.

Sin embargo, y de acuerdo con las palabras del Ministro de la Suprema Corte de Brasil (Dr. Carlos Ayres Britto<sup>9</sup> en el MI 721-7), no tiene sentido dictar una declaración judicial de eficacia limitada tal cual la norma de eficacia limitada, es decir, el poder judicial en la acción de cumplimiento no puede tener en cuenta una decisión inoperante, sin efectos prácticos, o sea, tiene que ser una decisión *mandamental* (tipo de sentencia, en Brasil, que contiene además de una declaración una orden). Con esta interpretación, la preservación de derechos fundamentales no ofende la potestad del poder legislativo y hace evidente el principio de la supremacía de la Constitución<sup>10</sup>.

Además, la ley prevé en el artículo 9º una evidencia más contundente del diálogo entre los poderes con la determinación de que la decisión que protege las garantías y libertades de la persona frente a la mora legislativa tendrá efecto hasta que sobrevenga una norma reglamentaria, es decir, la potestad de legislar no está afectada por la decisión judicial, que en todo momento podrá subsanar la mora legislativa. Sin embargo, el artículo 11 de la Ley del *mandado de injunção* determina que la norma sobreviniente a la decisión tendrá efecto *ex nunc* salvo que la norma establecida sea más favorable.

## **6. Los casos de jubilación especial y huelga en el STF - la efectividad de las normas en el Siglo XXI**

El Supremo Tribunal Federal cambió positivamente la jurisprudencia acerca de la acción de cumplimiento en el siglo XXI. Antes de los fallos en los *mandados de injunção* MI nros. 670 y 721-7, las acciones de cumplimiento solamente informaban el acto omisivo, es decir, el poder

---

9 STF: Mandado de Injunção MI 721-7/ DF. Relator(a): Min. MARCO AURELIO.

10 STF: Mandado de Injunção MI 708 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. GILMAR MENDES: “Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2.)”.

legislativo o la administración pública recibían la información del poder judicial sobre la mora y mantenían el incumplimiento de la Constitución.

En el *mandado de injunção* nro. 721-7/DF –Relator Ministro Marco Aurelio– del año 2007, una empleada pública del área de la salud (auxiliar de enfermería), intentaba que una acción de cumplimiento demostrara que la inexistencia de ley complementaria afectaba el derecho de jubilación especial, toda vez que trabajaba hacía más de 25 años en una actividad considerada insalubre porque tenía contacto diario con agentes nocivos para la salud, portadores de molestias infecto-contagiosas humanas y materiales y objetos contaminados. En este sentido, la persona que trabajaba en condiciones especiales de salud tenía la posibilidad de jubilarse antes que otros empleados públicos que no trabajaban en condiciones desfavorables a la propia salud. Sin embargo, no existía ley complementaria específica para la referida jubilación especial.

El Ministro Marco Aurelio, aunque no existiera ley de jubilación de empleados públicos se pronunció por la aplicación de la ley de jubilación de las personas en general (ley 8.213/91), que trataba el tema en el artículo 57, al decir: “*Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei*”.

En esta misma acción, el Ministro Eros Grau<sup>11</sup> se manifestó sobre la concreción de las normas constitucionales “*Esta é a questão fundamental a considerarmos. Já não se trata de saber se o texto normativo de que se*

---

11 STF: Mandado de Injunção MI 721-7: Ministro Eros Grau: “*A este Tribunal incumbirá --- permito-me repetir - se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador (...) No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial*”.

*cuida - Artigo 40, § 4º --- é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do Ministro Néri da Silveira, “a Suprema Corte do País decid[e]sem que seu julgado tenha eficácia”. Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão. Daí porque passo a desenvolver considerações a propósito do instituto do mandado de injunção”.*

Es evidente que en esa acción de cumplimiento, el STF se manifestó en el sentido de que no es la falta de norma reglamentaria (falta de ley complementaria de jubilación de los empleados públicos), lo que hace inviable el ejercicio del derecho de jubilación del empleado público, sino que corresponde al STF buscar otras fuentes del derecho como la analogía, la costumbre, los principios generales del derecho o incluso, en el caso concreto, la esencia de la ley de jubilación general como una forma de mantener la equidad de los derechos entre las personas y que el poder judicial cree la norma aplicable en el caso concreto. El poder judicial en casos de omisión produce norma.

101

En el caso concreto, por lo tanto, con dirección al principio de la eficacia de las normas constitucionales, el STF estableció la norma en el sentido de que en tanto no fuera creada ley específica para los empleados públicos, estos tienen derecho a la jubilación especial conforme al régimen de jubilación general. Sin embargo, la acción de cumplimiento es legítima para suplir la mora normativa y no para conceder la jubilación, sino para garantizar que el empleado de inmediato solicite administrativamente la jubilación especial con los requisitos de la ley general.

En el año 2007 también, el STF juzgó un caso de huelga en el *mandado de injunção* nro. 670-9/DF referente a la posibilidad de que los empleados públicos (policías civiles) puedan o no tener garantizado el derecho de huelga de acuerdo con la Constitución. Como ya fue adelantado, tal cual el derecho de jubilación especial, el derecho de huelga de empleados públicos necesita reglamentación especial. ¿Luego de

más de una década después de la Constitución de 1988, los policías civiles que prestan un servicio esencial a la sociedad tendrían este derecho constitucional?

Un gremio del Estado de Espírito Santo, en Brasil, llevó el tema a la Suprema Corte de Brasil de acuerdo con la ley general aplicada a todos los trabajadores<sup>12</sup> –ley 7.783/1989– artículos 9º a 11. La fundamentación del gremio básicamente aclaraba que incluso un servicio esencial adecuado a la seguridad de la sociedad y de prestación continua puede tener una ley reglamentaria específica que determine un modelo menos o más rígido que el general, menos o más restrictivo que el general. Sin embargo, el poder legislador no podría no reconocer el derecho de huelga de los policías civiles.

El ministro Gilmar Mendes aclaró que “...o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito de plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular art. 14, I e III, bem como os chamados direitos sociais (Constituição art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante”. Es lo que tenemos en el caso concreto en la situación de los policías civiles que estaban reivindicando un derecho social garantizado por la Carta Mayor y que por falta de legislación específica no podían hacer valer sus derechos.

102

La situación permanente de falta de reglamentación de derechos garantizados por la Constitución incentivaba a los empleados a hacer huelga sin ningún control jurídico como se viviesen en el estado del *laissez faire - laissez passer*, es decir, que se puede hacer de todo y pasar de todo de cualquier manera. Es igual una situación sin control, un estado animal donde cada uno utiliza sus habilidades para sobrevivir, lo que no

---

12 Ley 7.783/1980 - “Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento”.

es admitido en un Estado Democrático de Derecho. La huelga, incluso de empleados que prestan actividad esencial al Estado, debe ser bien reglamentada y ordenada para que el ejercicio del derecho de una clase (policías) no interfiera en la seguridad y organización de toda la sociedad.

Asimismo, el STF decidió que los empleados públicos tienen el derecho de huelga resguardado por la ley general, con restricciones impuestas al mantenimiento de los servicios públicos, hasta que sobrevenga ley específica para reglamentar la materia<sup>13</sup> y es inequívoco que el derecho de huelga ya garantizado constitucionalmente sea una oportunidad para los empleados públicos solamente cuando el poder legislativo determine oportuno y conveniente. Por el contrario, el poder constituyente ya determinó el resguardo de ese derecho sin ningún juicio de relevancia u oportunidad, sino solamente en lo que hace a la parte procedimental.

13 STF: Mandado de Injunção MI 670-9/ ES. Relator(a): Min. Gilmar Mendes: “No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF”.

## 7. Conclusión

El *mandado de injunção* es un remedio constitucional extremadamente importante actualmente en la legislación de Brasil, principalmente para resguardar garantías y libertades constitucionales al momento de la omisión en la reglamentación de una norma pendiente de una ley específica o acto administrativo.

La jurisprudencia del STF con la ascensión del remedio constitucional de la acción de cumplimiento en el siglo XXI pasó entonces a formarse en el sentido de concretizar la norma constitucional, aunque pendiente de reglamentación por el poder público, sin la ofensa de la separación de los poderes, sino con la idea de dar efectividad a un derecho garantizado en la Constitución. Es decir, una norma de eficacia limitada no puede ser solucionada por una decisión de eficacia limitada (solamente envío de la decisión declaratoria al poder competente para crear la norma, sin plazo o solución).

104

El poder judicial no tiene el papel de legislador positivo, al revés, es el creador de la norma con la determinación judicial quien sule la omisión o falta de actividad del poder público que hasta un determinado momento no reconoció un derecho garantizado en la Constitución, pero no podía ser ejercido por falta de reglamentación. El poder legislativo en los casos de jubilación especial y huelga de empleados públicos tiene una obligación constitucional de reglamentar o adecuar un derecho constitucional, pero nunca elegir si los empleados públicos pueden o no ejercer los derechos garantizados en la Constitución y pendientes de norma específica.

Una actuación omisiva del poder público que ofenda garantías y libertades constitucionales en la Constitución debe someterse a la apreciación del poder judicial, en especial el STF, último intérprete de la Constitución, de manera de garantizar la efectividad de la norma dejada de lado por el poder público.

Con esas consideraciones contestamos las preguntas propuestas en el comienzo del artículo, toda vez que la falta de reglamentación de

una norma o una norma constitucional de eficacia limitada no puede apartar derechos garantizados por las personas y el *mandado de injunção* es el remedio constitucional que tiene por objeto hacer evidente la supremacía de la Constitución por situaciones de omisión del poder público. Tal omisión, si se mantiene sin la actuación judicial, subordina la Constitución a la ley ordinaria, cuando en verdad tenemos el deber-poder del poder público de crear normas y reglamentar dispositivos constitucionales para dar máxima aplicación a los derechos garantizados en la Constitución.



## **Bibliografía**

- ARISTÓTELES, “De Anima”, 2ª ed., trad. Alberto Llanos, Buenos Aires: Leviatán, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto, “*A dignidade da pessoa humana no direito constitucional: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*”. Trad. Humberto Laport de Mello. 2ª reimp., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto, “*Interpretação e Aplicação da Constituição*”, 7ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BIDART CAMPOS, Germán José, “*La Corte Suprema: El tribunal de las garantías constitucionales*”, colaboración de Pablo Luis Manili, 1ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2010.
- CAMMAROSANO, Márcio “*O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*”, Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CÍCERO, “*Dos Deveres*”, Trad. Alex Marins, 2ª reimp., São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira, “*Curso de Direito Constitucional*”, 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira, “*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*”, 3ª ed., rev. e amplia. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- MUSCARI, Marco Antonio Botto, “*Súmula Vinculante*”, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

RATC, Artur Ricardo, “*Precatórios: A Compensação de Tributos Federais com o Advento da Lei 12.431/2011*”, Revista Tributária e de Finanças Públicas, Ano 19, Vol. 100, Set-Out/2011, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

RATC, Artur Ricardo, “*Saídas tributárias para enfrentar o coronavírus*”, site migalhas.com.br

RATC, Artur Ricardo, “*As novas 7 maravilhas da Lei de Liberdade Econômica*”, site migalhas.com.br

REALE, Miguel, “*Teoria Tridimensional do Direito*”, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

SANDEL, Michael J., “*Justiça: O que é fazer a coisa certa*”, trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, 10ª. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SOLA, Juan Vicente, “*La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*”, 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley. 2015.

#### **OTRAS FUENTES:**

- Sitio - Supremo Tribunal Federal: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)
- Sitio - Corte Suprema de Justicia de la Nación: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)
- Sitio - Suprema Corte Estados Unidos: [www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com)
- Sitio - Migalhas: [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)
- Sitio - Presidência da República: [www2.planalto.gov.br](http://www2.planalto.gov.br)
- Sitio - Organización Mundial de la Salud: [www.oms.org](http://www.oms.org)
- Constitución de Brasil
- Constitución del España
- Constitución de Perú
- Constitución de Portugal

## Generalidades de la acción de cumplimiento.

La curiosa exigencia de “la renuencia” como presupuesto de procedibilidad. El caso colombiano.

✉ MARTHA C. PAZ\*

### 1. La acción de cumplimiento. Características. Origen.

El rechazo frente a la expedición normativa irresponsable de las autoridades estatales condujo a la implementación de la acción de cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de salvaguardar la legalidad y superar la brecha existente **entre** el Derecho y la realidad.

107

Mediante la acción de cumplimiento se le otorga 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 que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter”.

---

\* La Doctora Martha Cecilia Paz es ex Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana. Master en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España); Especialista en Gestión Pública de la Universidad de los Andes en Bogotá; Egresada del Programa P.I.L. de la Universidad de Harvard en Derecho Constitucional y Jurisprudencia, con estudios de Maestría en Filosofía de la Universidad Javeriana de Bogotá; Diplomada en Argumentación jurídica en perspectiva de género del Instituto Flasco de México; Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad Salamanca (España) y de la Universidad de Pisa (It.); Diplomada en derecho comparado de la Universidad de Bologna (It.) Ha sido Docente en la Universidad del Rosario en Bogotá en el área de interpretación constitucional y líneas jurisprudenciales. Autora de numerables artículos y obras en derecho constitucional y filosofía del derecho. Actualmente árbitro y abogada en ejercicio.

De esta manera, dicha acción “se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes –en sentido formal o material– 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”<sup>1</sup>.

Los debates en la Asamblea Nacional Constituyente que dieron lugar a la Constitución de 1991, ilustran el origen de la acción de cumplimiento en el ordenamiento constitucional colombiano y su concepción como herramienta necesaria para concretar la actividad de la administración, a través de la ejecución de la ley o de un acto administrativo, y para hacer efectivos los fines sociales que se le encomiendan al Estado. Tal fue el sentido de la exposición que ante la Subcomisión III (de la Comisión Primera de la Asamblea) se hizo para justificar la inclusión de tal acción en la Constitución del 91:

*“...la acción de cumplimiento tiene su razón de ser en la falta de aplicación del ordenamiento jurídico y en el desacato cotidiano y recurrente de la ley...”*

*“...tenemos que reconocer que el problema legislativo que se ha visto en Colombia no es solamente porque el legislativo no legisle, en todos sus órdenes, sino también que esa ley, esas ordenanzas, esos acuerdos, muchas veces no los ejecutan: entonces lo que queremos establecer aquí es un acción para que una vez la ley ha cumplido con todo su trámite y entrado en vigencia a través de su publicación, o a través del mecanismo mediante el cual la misma norma prevé cuando entra en vigencia, pues sea puesta en vigencia de verdad, y que las personas por ese interés general que les asiste, tengan un mecanismo a través del cual se puedan hacer efectivas y por eso las hemos denominado acciones de ejecución y cumplimiento.*

*“...Lo mismo pasa también con los actos administrativos. Se ve cómo muchas veces las situaciones administrativas se definen a*

---

1 Sentencia C-157 de 1998.

*través de los actos correspondientes, pero no se ejecutan; entonces la obra pública o el servicio público o la intervención en un caso determinado y concreto que se ha solicitado, simplemente no se ejecuta porque el funcionario no lo hace. Entonces, lo que se estamos estableciendo es el mecanismo para que tenga cumplimiento ese acto administrativo, que fue con los requisitos legales debidamente producido...”<sup>2</sup>.*

La acción de cumplimiento quedó finalmente consagrada en el texto del artículo 87 de la Carta Política de 1991 que posteriormente fue desarrollado a través de la Ley 393 de 1997. Esta materia, en los términos en que ha sido concebida por la ley, ya ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en varias oportunidades en las que ha fijado el contenido y alcance general de la acción de cumplimiento dentro de nuestro sistema jurídico. Así lo ha expuesto la jurisprudencia:

*“En un Estado Social de Derecho en donde el ejercicio del poder está supeditado a la observancia de la Constitución y al imperio de la legalidad, es esencial el respeto por la eficacia material de la normatividad creada por el legislador y de los actos administrativos que dentro del marco de sus respectivas competencias expiden las diferentes autoridades en cumplimiento de los cometidos o tareas a ellas asignadas. En efecto, resulta paradójico que muchas veces las normas quedan escritas, es decir, no tienen ejecución o concreción práctica en la realidad, de modo que el proceso legislativo y su producto se convierten a menudo en inoperantes e inútiles. Igual cosa sucede con los actos administrativos que la administración dicta pero no desarrolla materialmente.*

*“En el Estado Social de Derecho que busca la concreción material de sus objetivos y finalidades, ni la función legislativa ni la ejecutiva o administrativa se agotan con la simple formulación de las normas o la expedición de actos administrativos, pues los respectivos*

---

2 Cfr. Gaceta Constitucional N° 49A del 18 de abril de 1991, p. 12 y ss.

*cometidos propios de dicho Estado sólo se logran cuando efectiva y realmente tienen cumplimiento las referidas normas y actos.*

*“Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 Superior, es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y asegurar la vigencia de un orden justo. Para ello, agrega este precepto que las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en sus derechos y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”<sup>3</sup>.*

En consecuencia, la finalidad de la acción de cumplimiento en la regulación colombiana, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente. Con base en la regulación establecida en el artículo 87 de la Constitución y el desarrollo previsto en la Ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

La inactividad de la administración, supuesto y base para la acción de cumplimiento, ha sido descrita por la Corte Constitucional, de la siguiente manera: “puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública, en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado. En otras situaciones la inactividad es tan solo aparente. Es el caso de la inacción administrativa dada la necesidad de tomarse el tiempo suficiente para ponderar una situación compleja antes de adoptar una decisión. En este evento no se está necesariamente frente a un incumplimiento de la función pública, sino frente al ejercicio legítimo de las competencias administrativas siempre que se trate de un lapso razonable para la toma de una decisión. También puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseosos

---

3 Cfr. la ya citada C-157 de 1998 (MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara).

de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que ésta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado. Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones que no es del caso recordar”.

Es de destacar que la acción de cumplimiento es un mecanismo procesal de carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tenga a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos. Tampoco procede cuando se pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos. En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997, que reglamenta esta acción, exige, ya lo analizaremos enseguida, como requisito de procedibilidad “la renuencia” (artículo 8°), esto es, haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desacatado, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento

111

En suma, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional colombiana, la prosperidad de la acción de cumplimiento está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos: **(i)** que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; **(ii)** que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa, clara y actual; **(iii)** que la norma esté vigente; **(iv)** que el deber jurídico esté en cabeza del ente demandado; **(v)** que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda y **(vi)** que tratándose de actos administrativos no haya otro instrumento judicial para lograr su efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

## 2. La constitución de la renuencia

En el artículo 8º, la Ley 393 de 1997 señaló que *“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 [...]”*.

Frente a los alcances de esta norma, las Cortes mantienen un criterio reiterado según el cual *“[...] el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”*.

El Consejo de Estado en Colombia ha considerado que no puede tenerse por demostrado el requisito de procedibilidad de la acción en aquellos casos en que la solicitud *“[...] tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia”*. Es importante que la solicitud permita determinar que lo pretendido por el interesado es el cumplimiento de un deber legal o administrativo, cuyo objetivo es la constitución en renuencia de la parte demandada. Como quedó establecido en el numeral 5º del artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la constitución de la renuencia de la entidad accionada deberá acreditarse con la demanda, so pena de ser rechazada de plano la solicitud. Sobre este tema, el Consejo de Estado<sup>4</sup> ha dicho que:

*“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.*

*El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de*

---

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. M.P.: Susana Buitrago Valencia.

*cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.*

*Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella”.*

Se advierte, que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano. Por tanto, cuando la autoridad accionada asume una posición diferente a la pedida, en la medida que manifieste la imposibilidad de dar cumplimiento a los preceptos que se le solicitó cumplir, se considerará acreditado el requisito de procedibilidad, con independencia de si le asiste o no razón para ello, pues este es un aspecto que se debe analizar al momento de estudiar de fondo la solicitud de cumplimiento, es decir, en la sentencia (Sentencia 00304 de 2014. Consejo de Estado).

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley.

El agotamiento de la renuencia es entonces un requisito, a mi parecer, bastante curioso que deviene en una carga procesal para el

demandante; es cierto que se trata de un presupuesto de procedibilidad de la acción, entendido como una limitación al ejercicio de la acción judicial que impone la ley, pero aún así, una carga que debe asumir el demandante so pena del rechazo de plano a la demanda. Pese a que ya el punto fue definido por la Corte Constitucional Colombiana, el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, consistente en la constitución en renuencia de la autoridad pública que no cumple con sus deberes lo percibo como una carga innecesaria, que a mi modo de ver, dilata el proceso y olvida que los funcionarios públicos deben cumplir con la Constitución y la ley sin que sea concebible que para la comprobación de la omisión de dicho cumplimiento deba el particular constituir en renuencia al respectivo funcionario.

La Corte Constitucional ha sostenido efectivamente (sentencia C-1194 de 2001) que el requisito de constitución en renuencia de la autoridad pública como condición de procedibilidad de la acción de cumplimiento no supone una carga procesal desmesurada para el accionante, más aún cuando la propia norma exceptúa de tal requerimiento a la persona o personas que se encuentran en situación de sufrir un perjuicio irremediable. El legislador tiene en esta materia un margen de configuración legislativa que le permite optar por éste u otros requisitos procesales tendientes a facilitar la participación ciudadana en asegurar el cumplimiento de la ley y de los actos administrativos por parte de las autoridades públicas.

Igualmente, ha dispuesto la sentencia citada, que como la acción de cumplimiento no es para garantizar la ejecución general de las leyes, sino el cumplimiento de deberes omitidos, la constitución en renuencia es un paso conducente dentro del proceso encaminado a exigir a una autoridad el cumplimiento de una de sus obligaciones (legales o administrativas), pues ésta es la manera, no sólo de constatar el incumplimiento de la administración, sino de delimitar el ámbito del deber omitido, es decir, de identificar los elementos específicos y determinados, así como sus modalidades respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que pudo haber empleado la norma incumplida, para precisar sus alcances.

En segundo lugar, ha dicho el Tribunal Constitucional, que la configuración de la renuencia asegura el efectivo acceso de los particulares a la justicia, sobre la base de un hecho cierto – el incumplimiento de una solicitud concreta – que el juez debe valorar para tomar la decisión que efectivamente conduzca a que la administración haga lo necesario para cumplir el mandato específico y determinado que se ha negado a realizar. La eficacia y pertinencia de la orden judicial será mayor cuando se haya predeterminado qué es lo que la administración se niega a hacer para cumplir el deber omitido.

Finalmente, este requisito, dijo la Corte Constitucional, otorga una oportunidad a la administración para que acate el deber hasta ese momento omitido, o para que exponga al solicitante las razones que justifican su inactividad.

### **3. Conclusión**

La acción de cumplimiento que consagra el artículo 87 de la Constitución Colombiana, es el derecho que se le confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos.

El referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que es anejo al Estado Social de Derecho, pues si éste busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de ésta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que

dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial de cumplimiento.



### **Bibliografía**

YEPES BARREIRO, Alberto, La acción de Cumplimiento. Editorial Legis. 2020.

ALEXANDRA VEGA, Cielo, La acción de cumplimiento, una respuesta a la inactividad estatal. Universidad Externado de Colombia, 2006.

Ley 393 de 1997.

Sentencia C-1194 de 2001. Corte Constitucional.

Sentencia C- 187 de 1998. Corte Constitucional.

Sentencia 00304 de 2014. Consejo de Estado.

# La acción de cumplimiento en el derecho comparado \*

✎ EDGAR CARPIO MARCOS\*\*

## 1. Introducción

**E**n los últimos años, en América Latina hemos asistido a un proceso cada vez más creciente, y al parecer irreversible, de fortalecimiento de los mecanismos e instituciones de defensa de la Constitución.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres y en la Universidad Científica del Sur.

\*\* Originalmente este trabajo fue publicado en Víctor Bazán (Coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires 2003, pág. 847-862; y en buena parte en Susana Castañeda Otsu (Coordinadora), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Jurista editores, Lima 2003, pág. 941-987. Casi 2 décadas después autorizamos su reproducción, con ligeras modificaciones de estilo, porque en esencia se trata de un trabajo cuya finalidad era presentar los antecedentes y las versiones análogas de nuestra acción de cumplimiento en el Derecho Comparado. Entonces, como ahora, su afán era básicamente descriptivo y ese leit motiv no creo que se haya visto afectado por el hecho de que, con el transcurso del tiempo, en algunos países se hayan realizado modificaciones legislativas (vgr. Venezuela), y en otros ajustes jurisprudenciales de trascendencia (Brasil, Colombia, Perú, etc). Finalmente decir que, con posterioridad a la fecha de culminación de este trabajo, la acción o el proceso de cumplimiento se ha constitucionalizado en algunos ordenamientos, como pueden ser los casos de Bolivia y Ecuador, y en el caso de algunos estados federales, también se ha introducido a nivel estadual (vgr. Ciudad de México), que naturalmente aquí no tratamos. Por lo demás, y por lo que a las modificaciones que sufrió este proceso con la expedición del Código Procesal Constitucional, puede verse Edgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado*, Fundap, México 2004; Edgar Carpio Marcos, “El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional”, en AAVV, *Introducción a los procesos constitucionales*, Jurista editores, Lima 2005, págs. 189-209, y el reciente trabajo de Samuel Abad Yupanqui, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, Palestra editores, Lima 2019, pág. 271 y sgtes. (Nota de 2021).

Al establecimiento de tribunales constitucionales, o de salas supremas especializadas al interior del Poder Judicial, se ha observado una paulatina constitucionalización de diversos institutos procesales, tales como la acción de inconstitucionalidad, el hábeas data, el conflicto entre órganos constitucionales, etc.

Uno de los más novedosos y que el grueso de la doctrina ha entendido inmerso en esta expansión de la justicia constitucional<sup>1</sup>, es aquel que en las constituciones de Colombia y Perú se ha venido en denominar “Acción de Cumplimiento”. En términos generales, éste 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.

Sin embargo, su introducción no ha sido pacífica y exenta de problemas, en especial, en aquellos países donde también se ha incorporado el proceso de amparo. En el ámbito teórico, por ejemplo, se ha destacado que su introducción habría sido innecesaria, pues su objeto estaría en cierta forma cubierto por el Amparo que, como se sabe, tiene como finalidad proteger derechos constitucionales en los casos que se violen o amenacen de violarse, ya sea por acciones u *omisiones* de funcionarios, autoridades o particulares<sup>2</sup>.

Por cierto, no sólo se le ha emparentado con el amparo por omisión<sup>3</sup>. Otro tanto se ha hecho con acción de la inconstitucionalidad por omisión, proceso constitucional existente en los ordenamientos de

---

1 Cf. en particular, Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires 1995, pág. 340 y sgtes. Héctor Fix Zamudio, “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez (Coordinadores), *Derechos Humanos (Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional)*, Tomo 3, UNAM, México 2001, pág. 12-14.

2 Samuel Abad, “El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)”, en *Ius et Veritas*, Año VII, N° 7, Lima 1993, pág. 7

3 Es el caso también de César Landa, “La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993”, en *Revista del Foro*, Año LXXXI, N° 1, Lima 1993, pág. 57.

Portugal<sup>4</sup> y Brasil<sup>5</sup>, que en determinado momento también se ha pretendido subsumir en el ámbito de la Acción de Cumplimiento<sup>6</sup>.

La incertidumbre teórica sobre los contornos de la Acción de Cumplimiento, como era de esperarse, se ha extrapolado al ámbito jurisprudencial, donde se ha podido observar la reproducción de tales problemas, a los que se han sumado otros tópicos de no menor interés<sup>7</sup>. Ciertamente el estado de confusión sobre el significado, el ámbito de protección y un sinnúmero de cuestiones conexas con la Acción de Cumplimiento, no sólo tiene su origen en el tratamiento dispar que se le ha brindado a nivel jurisprudencial o doctrinal. Ha contribuido en mucho la Constitución de 1993, que la ha introducido en el título relativo a las “garantías constitucionales”, cuando la Acción de Cumplimiento no tiene por objeto resolver controversias derivadas de aplicación y vigencia de la Constitución.

Precisamente, el propósito de este trabajo es realizar una aproximación a dicho proceso, con especial consideración al tratamiento que se le ha brindado en el derecho comparado.

## **2. Antecedentes del proceso de cumplimiento en el derecho comparado**

Lo primero que tal vez tenga que destacarse es que la Acción de Cumplimiento no es un proceso que, *ex novo*, haya aportado el derecho constitucional latinoamericano al conjunto de instrumentos procesales de defensa de la Constitución. Como veremos después, no sólo no es un “proceso constitucional”, sino que, en lo que tiene de proceso ordinario (*rectius*: administrativo), cuenta con una inveterada tradición en el

---

4 Cfr. Joaquim Gómez Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra 1999, pág. 967 y sgtes.

5 Cfr. Luiz Pinto Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, Sao Paulo 1999, pág. 427.

6 Cfr. Carlos Mesía, “La primera Acción de Cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, N° 2, Lima 1995, pág. 19 y sgtes.

7 Cf. Edgar Carpio Marcos, “Cuestiones procesales en la Acción de Cumplimiento”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 24, Lima 2001, pág.

derecho inglés, cuyos orígenes se remontan al siglo XVI, período en la que aproximadamente se forja el *Writ of Mandamus*. De ahí se expande a los Estados Unidos y paulatinamente se irradia, en líneas generales, en ciertos países de esta parte del Continente, como es el caso de Colombia, y a algunas constituciones provinciales de Argentina, sin dejar de mencionar al Perú.

### 2.1. *Writ of Mandamus*

Los actuales *writ*, denominación que aún mantienen los mecanismos o procesos que se han establecido en el derecho sajón<sup>8</sup>, tienen sus antecedentes en los denominados *King's Writs*, que hacia el siglo XII el Monarca inglés institucionaliza en el manejo de la cosa pública<sup>9</sup>. Inicialmente fueron órdenes que empleaba el Rey para desplegar sus tropas, cobrar impuestos, nombrar funcionarios y realizar diversos actos públicos. Después, y como consecuencia de su frecuente uso en el ámbito del acceso a los tribunales de la Corona, toman la forma de decretos, mandamientos, proveídos u ordenes dictados por el Rey con el objeto de que los jueces y tribunales de la Corona tomaran conocimiento de los procesos promovidos por los súbditos ingleses<sup>10</sup>. Con el paso del tiempo, se convirtieron en proveídos dictados por los jueces, dirigidos al demandado en un proceso “para comparecer en juicio a contestar la demanda, rendir pruebas y formular alegaciones”<sup>11</sup>.

En la actualidad, los *Writs* del derecho procesal inglés son, como se ha dicho ya, la denominación que reciben los mecanismos procesales que allí se prevén en materia penal, civil, etc., y así ha sido recepcionado también en el Derecho Norteamericano. En este último país, como recuerda

---

8 Cfr. Oscar Rabasa, “Diferencias entre el Juicio de Amparo y los recursos constitucionales norteamericanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, Vol. 1, N° 4, México 1947, pág. 398-401.

9 Cfr. Marta Morineau, *Una introducción al Common Law*, UNAM, México 1998, pág. 15-16.

10 Oscar Rabasa, *El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*, Edit. Porrúa, México 1982, pág. 81.

11 *Ibidem*, pág. 84.

Fix Zamudio<sup>12</sup>, desde 1938 el *nomen* de *writs* ha variado por el *Prerogative orders*, que comprende, además de los procedimientos de *prohibition* y *certiorari*, al *Mandamus*.

El *Writ of Mandamus*, cuya aparición como tal se remonta al siglo XIV, constituye un proceso judicial cuyo objeto es obtener un mandato del Juez por virtud del cual se ordena que las autoridades cumplan con sus obligaciones<sup>13</sup>. Según su definición clásica, “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”<sup>14</sup>. En su versión norteamericana, cabe interponer el *Writ* o la *prerogative orders of mandamus* por obligaciones no discrecionales de las autoridades, no encontrándose entre las personas contra las que se puede promover el Presidente de la República; por lo general, tampoco los Secretarios de Estado, el Congreso de la Unión, las legislaturas estatales y los gobernadores de Estados; en tanto que el Poder Judicial no es competente para ordenar ejecuten sus deberes o ejerzan sus facultades<sup>15</sup>, pues se entiende (aunque últimamente se haya puesto en debate) que el ejercicio de tales atribuciones constituyen cuestiones políticas no justiciables<sup>16</sup>. En todos los demás casos, a través

12 Héctor Fix Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, UNAM-Civitas, Madrid 1982, pág. 90.

13 En Inglaterra, el writ of mandamus sirve como “judicial control of administrative action”. Cfr. E.C.S. Wade y A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, Longman group, London 1993, pág. 713 y sgtes.

14 Oscar Rabasa, *El Derecho Angloamericano*, citado, pág. 641.

15 *Ibidem*, pág. 644.

16 Tal criterio se inicia con la famosa sentencia *Marbury vs Madison* (íntegra y en castellano en la *Revista Mexicana de Derecho Público*, N° 3, México 1947, pág. 317-343). En efecto, tal famosa sentencia no sólo es el origen del control judicial de constitucionalidad, sino que también constituye el precedente de lo que en la práctica judicial americana se conocería como la doctrina de las *political questions*. El origen de esta sentencia, por lo demás se inició precisamente, con la interposición de un *writ of mandamus*. Allí, Marshall, que fue el Magistrado ponente, hace alusión precisamente a esta primera configuración del *writ of mandamus*, citando a Blackstone y Lord Mansfield.

del *Writ of Mandamus* se exige el cumplimiento de las obligaciones que imponen las leyes a los funcionarios<sup>17</sup>.

Su ejercicio no procede por obligaciones incumplidas en cualquier clase de norma jurídica. Una limitación derivada de la práctica jurisprudencial, como lo ha puesto de relieve Oscar O. Rabasa, es que dicho *Writ* es un procedimiento de “carácter civil exclusivamente, y sólo cabe, por tanto, cuando la obligación reclamada de la autoridad responsable proviene de un precepto legal civil”<sup>18</sup>, y no de aquellas que derivan del incumplimiento de un precepto constitucional<sup>19</sup>.

## 2.2. El contencioso administrativo de condena

Por cierto, idéntica pretensión puede hacerse valer en determinados países europeos y también en algunos latinoamericanos, no a través de un proceso especial y autónomo, como la acción de cumplimiento, sino mediante el contencioso administrativo. En Europa, es el caso de lo que sucede en Alemania y España. Tratándose del primero, el inciso 1° del artículo 42 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativo (del 21 de enero de 1960) prevé, al lado de la tradicional “pretensión de anulación”<sup>20</sup> que se puede hacer valer en el contencioso administrativo, la posibilidad de que el administrado pueda incoar tutela judicial ante omisiones de la administración impuestas por la ley, esto es, promover una “pretensión de condena” frente a la inactividad administrativa<sup>21</sup>.

---

17 Cfr. J.M. Othon Sidou, *Do Mandado de Seguranca*, Livraria Freitas, Sao Paulo 1959, pág. 19-21. H.H.A. Cooper, *Diez ensayos sobre “common law”*, UNMSM, Lima 1967, pág. 123-124.

18 Oscar Rabasa, *El Derecho Angloamericano*, citado, pág. 642.

19 Sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión en Estados Unidos, puede verse: Robert A. Schapiro, “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol*, N° 20-21, 1997, pág. 73 y sgtes. Cfr. Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima 1994, pág. 160 y sgtes.

20 Entre la abundante bibliografía al respecto, Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Editorial Civitas, Madrid 1989, pág. 608 y sgtes. Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1992, pág. 207 y sgtes.

21 Cfr. Antonio Esteban Drake, *El Derecho Público Subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Edit. Civitas, Madrid

También es la misma situación de lo que actualmente sucede en España, cuyo artículo 29.2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de 1998 legitima que las personas agraviadas por la omisión de determinado tipo de prestaciones puedan promover un contencioso administrativo<sup>22</sup>.

En América Latina similar tendencia puede observarse en algunos países, como Venezuela y Perú. Por lo que hace al modelo venezolano cabe indicar que los artículos 42, ord. 23, y 182, ord. 1, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (de 1976) preveían como atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa la facultad de “conocer la abstención o negativa de los funcionarios nacionales (o de las autoridades estatales o municipales en su caso) a cumplir determinados actos que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas”<sup>23</sup>, hoy modificada por el artículo 26.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2010.

En tanto que en el Perú, el artículo 4.2 de la reciente Ley del Contencioso Administrativo (Nº. 27584) ha previsto la posibilidad de que el administrado pueda incoar pretensiones frente a omisiones de la administración pública, distintas de las derivadas de la aplicación del silencio negativo administrativo.

123

En casi todos estos países, la doctrina ha sido unánime en reconocer que con su regulación se cierra una brecha histórica en la lucha por

---

1981, pág. 41-42. Karl-Peter Sommermann, “La justicia administrativa alemana”, en Javier Barnez Vásquez (Coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Civitas, Madrid 1993, pág. 81 y sgtes.

22 Entre la abundante literatura que a propósito de la nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se ha producido en el país ibérico, puede señalarse el comentario de Tomás de la Cuadra Salcedo a dicha disposición, publicada en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 100, 1998 (Número monográfico dedicado a realizar un comentario integral de la referida ley del contencioso administrativo español), pág. 294 y sgtes. Martha García Pérez, *El objeto del proceso contencioso*, Edit. Aranzadi, Madrid 1999, pág. 94 y sgtes.

23 Cfr. para el caso venezolano, Allan Brewer-Carías, *Nuevas tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello, Nº 4, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1993, págs. 116-121.

someter al control judicial *todas* las formas de actuación administrativa, inveteradamente circunscrita sólo al enjuiciamiento de actos (expresos o presuntos) y hacer caso omiso a las violaciones al ordenamiento derivados de la inactividad de la Administración Pública<sup>24</sup>.

### **2.3. Los mandamientos de ejecución del derecho constitucional provincial de Argentina**

En América Latina, el país que quizá más acentuada influencia norteamericana tenga en materia de derecho público sea Argentina. Ello se puede corroborar en la ingente literatura existente, pero también en la legislación y jurisprudencia, tanto a nivel federal como provincial.

En este último ámbito, por ejemplo, son numerosas sus constituciones provinciales que siguiendo el modelo del *writ of mandamus* del derecho norteamericano, han previsto lo que allí se denomina el “mandamiento de ejecución”, esto es, instrumentos procesales autónomos, con los cuales el administrado puede solicitar que jurisdiccionalmente se compele al cumplimiento de obligaciones no atendidas por la administración.

124

Tal es el caso, por ejemplo, de las constituciones de las provincias de Entre Ríos (art. 26), Formosa (art. 33) y Santa Cruz (art. 18), que establecían: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufriese perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”.

Otro tanto es lo que sucede con el artículo 39 de la Constitución de Jujuy, que señala: “Siempre que una ley u ordenanza impusiere a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado,

---

24 Cf. Las interesantes reflexiones de Juan Alfonso Santamaría Pastor, “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 77, Madrid 1975, pág. 81-138.

toda persona que sufiere un 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”.

Con ligeras variantes en la redacción, idénticos mandamientos de ejecución se han previsto en las constituciones de Chaco (art. 25), La Rioja (art. 28, segundo párrafo), Chubut (art. 59) y Rio Negro (art. 44)<sup>25</sup>.

Como puede observarse de la simple descripción anterior, si bien a nivel federal no se ha previsto un instrumento semejante al *writ of mandamus*, tal vacío se viene supliendo a nivel de las constituciones provinciales, asegurando al ciudadano que las omisiones de la administración que le ocasionen agravio no queden inmunes por la inexistencia de mecanismos de control.

#### **2.4. El Mandado de Injunção del derecho procesal constitucional brasileño**

La Constitución brasileña de 1988 ha sido bastante pródiga en la incorporación de nuevas instituciones procesales constitucionales. Al lado del *Mandado de Segurança*, una versión lusitana del Juicio de Amparo mexicano, y la acción de inconstitucionalidad, ha establecido procesos no tan usuales en el derecho comparado.

Uno de ellos, si bien con antecedentes en el derecho constitucional portugués es el proceso de inconstitucionalidad por omisión. Distinto, aunque emparentado, es también el *Mandado de Injunção* previsto en la fracción LXXI de su artículo 5º, a tenor del cual: “Se concede el *Mandamiento de Injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y la ciudadanía”.

---

25 Cf. Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, pág. 341 y sgtes.

No obstante su *nomen iuris*, este proceso dista mucho de asemejarse al que parecería ser su antecedente más próximo en el derecho anglosajón: a saber, el *Writ of Injunction*. En efecto, mientras el *Writ of Injunction* constituye un proceso cuyo objeto consiste en imponer medidas prohibitivas, de no hacer “algo” que se considera lesivo a un derecho o un interés subjetivo<sup>26</sup>; el *Mandado de Injunção* brasileño, por el contrario, procede cuando la ausencia de desarrollo legislativo de ciertas normas constitucionales impide que determinados derechos subjetivos de naturaleza constitucional (entre los cuales hay que comprender a los relativos a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía) puedan ser ejercitados. El objeto del proceso es dispensar de eficacia a determinados derechos constitucionales cuyo ejercicio requiere normalmente de reglamentación legislativa y evitar de ese modo que la ausencia, silencio, inactividad o mora del legislador promuevan que esta clase de derechos devengan, como ha afirmado Luiz Pinto Ferreira, en meras “ilusiones constitucionales”<sup>27</sup>.

126

Mediante el *Mandado de Injunção*, por cierto, el Juez no suple la carencia de reglamentación legislativa (cuestión que en el Derecho Procesal Constitucional brasileño ni siquiera se ha reservado a la “Acción de inconstitucionalidad por omisión”<sup>28</sup>), sino más bien, como expresa Afonso da Silva, permite la realización concreta de los derechos y prerrogativas postergadas en su goce<sup>29</sup>.

Si algún antecedente tiene el *Mandado de Injunção*<sup>30</sup> entre los *writs* del *Common Law* ese es con el *Writ of Mandamus*, en la medida que

---

26 J.M. Othon Sidou, *As garantias ativas dos direitos colectivos. Habeas Corpus, Ação Popular, Mandado de Segurança*, Forense, Rio de Janeiro 1977, pág. 45-46.

27 Luiz Pinto Ferreira, “La concepción de los derechos individuales y las ilusiones constitucionales”, en *Ius et Praxis*, N° 17, Lima 1991, pág. 51 y sgtes.

28 Cfr. un planteamiento general, entre la bibliografía cada vez más numerosa, José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Edit. Civitas, por lo que al caso brasileño se refiere, especialmente, pág. 276-288. Solon Sehn, “O mandado de injunção e controle das omissões legislativas”, en *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 9, N° 9, N° 36, 2001, pág. 236.

29 José Afonso da Silva, *Mandado de Injunção e Habeas Data*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo 1989, pág. 26-27.

30 J.M. Othon Sidou, “Las nuevas figuras del Derecho Procesal Constitucional brasileño: Mandado de Injunção y Habeas Data”, traducción de Héctor Fix Zamudio,

ambos proceden frente a omisiones de comportamientos debidos. Sin embargo, más allá de este dato concreto, entre ellos existen diferencias verdaderamente notables. Así, mientras que con el *Mandado de Injunção* se persigue una declaración judicial concreta de la omisión legislativa inconstitucional, en la que los efectos estimatorios de la sentencia se traducirán en la obtención de una “orden judicial que garantice, en el caso concreto, el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía, inviables por la ausencia normativa”<sup>31</sup>; el *writ of mandamus* no tiene por objeto proteger la efectividad del ejercicio de un derecho constitucional, sino únicamente permitir que una autoridad o funcionario de la administración pública cumpla con una obligación o mandato establecido en una norma legal, que impide o posterga el disfrute de un interés o derecho subjetivo del mismo rango que la norma incumplida.

El cumplimiento de lo debido, cuya exigencia se persigue normalmente a través del *writ of mandamus*, puede ser consecuencia de la falta de reglamentación de una ley o, simplemente, de la no realización de un acto (administrativo) que le era exigido; a diferencia del *Mandado de Injunção*, que sólo procede para hacer operativo un derecho constitucional, no por ausencia de actuación administrativa, sino por el silencio del legislador en desarrollar la disposición constitucional que la reconoce<sup>32</sup>.

Los planos, pues, en los que operan ambos institutos procesales son distintos, como distintos son sus derechos protegidos. Precisamente en atención a estas diferencias es que no le ha faltado razón a Ada Pellegrini Grinover afirmar que, en rigor, estos *writs* son institutos procesales

---

en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXIV, N° 70, México 1991, pág. 174.

31 José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Edit. Civitas, Madrid 1998, pág. 292. Asimismo, Víctor Bazán, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en AA.VV. *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad argentina, Buenos Aires 1996, pág. 182-184.

32 José Julio Fernández Rodríguez, “A inconstitucionalidade por omisión no Brasil”, en *Direito*, Vol. IV, N° 1, Santiago de Compostela 1995, pág. 149-155.

que guardan “apenas un parentesco remoto” con el *Mandado de Injunção* brasileño<sup>33</sup>.

## 2.5. La alegación de incumplimiento de preceptos constitucionales del derecho brasileño

Un proceso al cual no se le ha prestado mucha atención, pues una primera aproximación da la sensación que se trata de una disposición dirigida a establecer la competencia de la Corte Suprema Federal para conocer, entre otros, del *Mandado de Injunção* y la Acción de Inconstitucionalidad por omisión, y no por cierto la de consagrar un nuevo instrumento de defensa, es el que se deriva del §1 del artículo 102 de la Constitución brasileña de 1988. Dicho precepto, en efecto, establece que: “La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de la presente Constitución será apreciada por el Supremo Tribunal Federal en la forma de la ley”.

128

Mediante dicho precepto se ha consagrado un nuevo proceso constitucional, distinto a los antes referidos, por virtud del cual se legitima a cualquier afectado por el incumplimiento de una disposición constitucional, por parte de los poderes públicos, a iniciarlo con miras a exigir su cumplimiento. Sin embargo, la ambigüedad de la frase “incumplimiento” hizo pensar, en un primer momento, que tales incumplimientos no sólo se referían a violaciones derivadas de omisiones, sino también comprendía cualquier transgresión en vía de acción. Precisamente esta extensión del objeto del proceso llevó a afirmar a Gilmar Ferreira Mendes que con él se podía suplir la inexistencia en el derecho procesal constitucional brasileño de procesos tales como el conflicto entre órganos constitucionales y de un proceso con múltiples funciones como el *Verfassungsschwerde* del derecho alemán<sup>34</sup>.

---

33 Ada Pellegrini Grinover, “Os instrumentos brasileiros de defesa das liberdades”, en AA.VV. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, México 1992, pág. 371.

34 Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, Saraiva, Sao Paulo 1998, pág. 304, citado por Lenio Luiz Streck, “Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la ineffectividad del sistema jurídico brasileño”, en AA.VV. *La protección constitucional del ciudadano*, CIEDLA, Buenos Aires 1999, pág. 56.

Por cierto, y aunque pueda resultar curioso, un proceso destinado a hacer efectivo el mandato de los diversos preceptos constitucionales, hasta hace realmente muy poco tiempo, no podía instrumentalizarse. Y es que ante la inexistencia de ley que la desarrolle, el Supremo Tribunal Federal brasileño, recordando inveterados comportamientos de diversos órganos judiciales en América Latina, venía negándose a conocer de controversias de esta naturaleza, so pretexto de que la Constitución estableció que su desarrollo estaba sujeto a una reserva de ley<sup>35</sup>.

Tal situación ha variado desde diciembre de 1999 con la expedición de la Ley N° 9882, que ha reglamentado el §1 del artículo 102 de la Constitución brasileña. Dicha Ley ha establecido que el proceso “tendrá por objeto evitar o reparar las violaciones de los preceptos fundamentales, derivados de actos de los poderes públicos” (art. 1). Sin embargo, y con el objeto de que jurisprudencialmente se limite su objeto, el artículo 4, §1 ha señalado que “no será admitida ninguna alegación de incumplimiento de preceptos fundamentales cuando hubiera cualquier otro medio capaz de restablecer la lesividad”.

Tal disposición, que no es otra cosa que la sujeción del proceso al principio de subsidiaridad ha generado, como era de esperarse, posiciones encontradas en la doctrina. Y es que no puede perderse de vista que existiendo una rica variedad de procesos constitucionales en el ordenamiento brasileño (acción directa de inconstitucionalidad, por acción y por omisión, *Mandado de Injunção*, *Mandado de Segurança*, etc.), si no existe una actitud recreadora y progresista por parte del Supremo Tribunal, la acción de incumplimiento de preceptos constitucionales no sólo podía verse condenado a no tener ningún significado práctico sino incluso quedar desprovisto de contenido<sup>36</sup>.

---

35 Lenio Luiz Streck, “Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la ineffectividad del sistema jurídico brasileño”, en AA.VV. *La protección constitucional del ciudadano*, citado, pág. 54 y sgtes.

36 Es de notar que, al lado de esta connotación autónoma del proceso, cabe que se utilice como un mecanismo incidental, pues a tenor del párrafo único, inciso 1 del artículo 1, también puede interponerse “cuando fuera relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre leyes o actos normativos federales, estatales o

La rareza de este proceso y su virtual desconocimiento en el derecho comparado no debe llevar a infravalorarlo. En particular, si de lo que se trata es de analizar los antecedentes del modelo peruano de acción de cumplimiento. Y es que si bien en los debates constituyentes de 1993, no se ofrecieron mayores razones sobre su introducción, ni cuál era su propósito, alguna aseveración allí esgrimida permite aventurar que el modelo tomado como referencia no fue la Acción de Cumplimiento colombiana, sino este precepto de la Constitución brasileña<sup>37</sup>.

Por cierto, entre este remedio brasileño y nuestra Acción de Cumplimiento existen notables diferencias. Por destacar sólo una: Si en el derecho brasileño tal acción procedería frente a acciones u omisiones que lesionen a la Constitución; en el modelo peruano, sólo son pasibles de ser enjuiciadas las omisiones, que impiden alcanzar eficacia a ciertos mandatos establecidos en la ley o en un acto administrativo.

### 3. La acción de cumplimiento colombiana

Con excepción de lo que sucede en Argentina, con la Ley Suprema colombiana de 1991 por primera vez se constitucionaliza en América Latina un proceso semejante. Sin embargo, esta precaria tendencia no debe llevar a pensar que se trata de la creación de un nuevo proceso constitucional. En realidad, más que un nuevo instrumento de defensa de la Constitución, su recepción debe entenderse como producto de la necesidad de reforzar y fortalecer al administrado de la posición desventajosa

---

municipales, incluidos los anteriores a la Constitución”. Cfr. Andre Ramos Tavares y Walter Rothenburg (Coordinadores), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises á luz da Ley n. 9.882/99*, Atlas, Sao Paulo 2001, pág. 38-76.

37 En efecto, casi al finalizar los trabajos constituyentes, el representante de la mayoría de aquel entonces, Carlos Ferrero Costa, a la sazón ponente del artículo sobre procesos constitucionales, señalaría que el antecedente inmediato de nuestra Acción de Cumplimiento “es un proceso existente en la legislación constitucional brasileña”, y que si bien éste pudo ser previsto a través de otras vías, con su introducción se buscaba darle especificidad a su objeto. Cfr. su intervención en Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los debates. Debate Constitucional. Pleno 1993*, T. III, citado, pág. 1968 (29 K-1 sesión, del 12 de agosto de 1993).

en la que tradicionalmente se ha encontrado frente a la Administración Pública<sup>38</sup>.

Se trata de una institución procesal influenciada en el *Writ of Mandamus* norteamericano, y en los mandatos de ejecución de algunas constituciones provinciales argentinas. El mérito de la Carta colombiana de 1991 es haberla constitucionalizado por primera vez un instrumento procesal de esta naturaleza<sup>39</sup>. Su artículo 87° dispone que “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Dicho proceso, luego de algunos problemas suscitados a nivel jurisprudencial ante la inexistencia de norma que la desarrollara<sup>40</sup>, fue reglamentada por la Ley 393 de 1997. Por mor de su artículo 1°, se establece que “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”.

131

Mediante dicho proceso “se confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la

---

38 Cfr. las interesantes reflexiones de Héctor Fix Zamudio, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, México 1983, pág. 20 y sgtes.

39 No han faltado quienes han vinculado sus orígenes con el artículo 20 de la Constitución colombiana de 1886, a tenor de la cual se preveía que: “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”. Cf., al efecto, Pedro Pablo Camargo, *La Acción de Cumplimiento*, Grupo Editorial Leyer, Bogotá 1999, pág. 19.

40 Sin perjuicio de la literatura ya citada, puede verse el trabajo de Ernesto Rey Cantor, “La acción de cumplimiento en la constitución colombiana de 1991”, en *Derecho y Sociedad*, N°. 11, Lima 1996, pág. 65 y sgtes.

formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlas<sup>41</sup>. Protege, en definitiva, derechos subjetivos o colectivos reconocidos en una norma con rango de ley o, a su turno, en un acto administrativo, sea éste con alcances particulares o generales<sup>42</sup>.

Derivado del hecho que las obligaciones incumplidas puedan desprenderse tanto de actos administrativos con efectos generales como de efectos particulares, no se requiere necesariamente que el actor necesariamente tenga un interés directo, o que lo haya afectado subjetivamente la omisión reclamada, como con anterioridad a la vigencia de dicha ley se exigía en la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>43</sup>. Cualquiera puede iniciar este proceso, no requiriéndose mayor presupuesto procesal que la existencia de una obligación no satisfecha, cuyo cumplimiento correspondía realizar a la autoridad obligada, admitiéndose la posibilidad de que ella se dirija contra particulares, pero con la condición de que éste actúe o deba de actuar en ejercicio de funciones públicas (art. 6)<sup>44</sup>.

132

La Acción de Cumplimiento colombiana puede ser de incoada con efectos preventivos o reparadores. Tiene efecto preventivo, a tenor del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, cuando con ella se persigue impedir un inminente incumplimiento de un deber impuesto por la ley o un acto administrativo y cause un perjuicio irremediable. Por el contrario, tendrá alcances reparadores, cuando con ella se busque obtener un mandato judicial por el cual se compele a cumplir con una obligación debida, que no haya sido realizada<sup>45</sup>.

---

41 Corte Constitucional, Sentencia C-158/98.

42 Cfr. Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá 1997, pág. 106 y sgtes.

43 Idem, pág. 103-105.

44 Jairo E. Solano Sierra, *Acción de Cumplimiento (Teoría y práctica)*, Edic. Librería del Profesional, Santafé de Bogotá 1997, pág. 53 y sgtes.

45 Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá 1997, pág. 110.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha definido la Acción de Cumplimiento como una “acción destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización de un deber omitido, a través de la 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 la ley o lo ordenado en un acto administrativo no pueda dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad”<sup>46</sup>.

No constituye, en puridad, un proceso constitucional, pues la naturaleza de la controversia no versa directamente sobre una materia constitucional sino, concretamente, sobre un tópico que puede caracterizarse como de índole administrativa<sup>47</sup>. En esa perspectiva, bien puede decirse que un intento por trazar unos límites objetivos entre este proceso y la Acción de Tutela, (que también procede contra omisiones pero que reviste el *status* de un proceso constitucional, pues está destinado a la protección de los derechos y libertades fundamentales)<sup>48</sup>, se encuentra en la Sentencia T-622 de 1995 expedida por la misma Corte Constitucional. En la referida sentencia, se destacó que lo que diferencia a la Acción de Tutela de la Acción de Cumplimiento, es que la primera procede, entre otro tipo de omisiones, frente a inacciones administrativas que revistan “una magnitud crítica”.

Tal “magnitud crítica”, a juicio de la misma Corte Constitucional, se presenta con la concurrencia simultánea de los siguientes supuestos: “1) gravedad de la omisión, en vista del bien constitucional cuyo cuidado depende del ejercicio oportuno y diligente de las competencias asignadas

---

46 Sentencia AC-001, de 10 de diciembre de 1992, citado en Ernesto Rey Cantor y Carolina Rodríguez, Ob. Cit., pág. 95.

47 En sentido contrario, Ernesto Rey Cantor, “La acción de cumplimiento en la Constitución colombiana”, en AA.VV. *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*, Edit. Grigley, Lima 1997, pág. 254.

48 Cfr. Juan Manuel Goig Martínez, “La protección de los derechos humanos en la nueva Constitución de Colombia”, en *Revista de Derecho Político*, N° 35, Madrid 1992, pág. 413 y sgtes.

a la respectiva autoridad; 2) injustificada demora de la autoridad para ejercitar las funciones atribuidas por la ley; 3) claro nexo de causalidad entre la omisión administrativa y la situación ilegítima de ventaja de un particular que la explota materialmente en su favor y en detrimento de las demás personas; 4) existencia de una lesión directa o amenaza cierta sobre un derecho fundamental que tienen como causa directa y principal el comportamiento omisivo y su aprovechamiento por el particular; 5) previo agotamiento de los recursos administrativos consagrados en la ley con el objeto de obtener que cese la omisión, salvo que su agotamiento pueda convertir en irreparable la lesión o la amenaza”<sup>49</sup>.

De modo que mientras la Acción de Tutela ha sido reservada para la protección de derechos y libertades constitucionales que, por acción u omisión, pudieran resultar vulneradas o amenazadas de violarse; la Acción de Cumplimiento, en cambio, sólo procede frente a omisiones que pudieren afectar derechos o intereses subjetivos de carácter legal y/o administrativo.

#### 4. La acción de cumplimiento peruana

##### 4.1. Recepción de la Acción de Cumplimiento en la Constitución de 1993

Dos años después, esto es, en 1993, la Constitución peruana seguiría los pasos de su par colombiana. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedió allí, en el Perú, como ha puesto de relieve Domingo García Belaunde<sup>50</sup>, la introducción de la Acción de Cumplimiento se realizó casi en forma clandestina, si es que se tiene en cuenta la ausencia de debate

---

49 Citado por Eduardo Cifuentes Muñoz, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”, en el número monográfico de *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 13, sobre “Derechos Fundamentales e interpretación constitucional”, CAJ, Lima 1997, pág. 83-84.

50 Domingo García Belaunde, “Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993”, en AA.VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Vol. I, serie *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 10, CAJ, Lima 1994, pág. 261-262.

al introducirse esta nueva figura durante los debates constituyentes de 1993<sup>51</sup>. En los mismos términos como se halla previsto en el inciso 6° del artículo 200° constitucional, apareció en el Primer Anteproyecto de Constitución (Título dedicado a las “garantías constitucionales”) elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático (en adelante CCD)<sup>52</sup>. Se mantuvo en el Segundo Anteproyecto (artículo 286, inciso 6)<sup>53</sup>, como en el Tercer Proyecto (artículo 219, inciso 6)<sup>54</sup>, para finalmente ser aprobado por el Pleno del CCD<sup>55</sup>, antes de someterse a referéndum su texto íntegro.

Tras la somera alusión a un proceso existente en la legislación constitucional brasileña, finalmente quedó así redactado el inciso 6° del artículo 200 de la Constitución:

“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”.

135

Como ya se ha dicho, a raíz de la inexistencia de un debate detenido sobre los alcances de esta institución procesal, se ha dicho que fue “innecesaria su plasmación... como institución autónoma y distinta a las

---

51 Cfr. Comisión de Constitución y Reglamento, *Actas de las Sesiones. Constitución Política 1993*, 2 volúmenes, publicación oficial, Congreso Constituyente Democrático, Lima s/f. Asimismo, Cfr. Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los debates. Debate Constitucional. Pleno 1993*, 3 tomos, publicación oficial, Lima 1998.

52 Cfr. Comisión de Constitución, *Anteproyecto de la Nueva Constitución*, publicada en separata especial por el diario oficial *El Peruano*, del 20 de mayo de 1993.

53 Sub-Comisión de Redacción del Congreso Constituyente Democrático, *2do. Anteproyecto de la Nueva Constitución del Perú*, publicada en separata especial del diario oficial *El Peruano*, del 22 de junio de 1993.

54 Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, *Proyecto de Constitución Política del Perú*, publicado en separata especial del diario oficial *El Peruano*, del 1 de julio de 1993.

55 Congreso Constituyente Democrático, *Constitución de 1993, a ser consultada en referéndum el 31 de octubre de 1993*, publicado en separata especial del diario oficial *El Peruano*, del 7 de setiembre de 1993.

restantes garantías existentes”<sup>56</sup>, pues su objeto bien podía ser tutelado mediante el proceso de amparo.

Por cierto, no es una opinión que comparta la totalidad de la doctrina nacional. En realidad, lejos de ser innecesaria, constituye un importante avance en el fortalecimiento del Estado democrático de Derecho, desde que con ella se pretende dotar a los ciudadanos de un instrumento procesal sumarísimo, ágil y expeditivo, distinto del Contencioso Administrativo<sup>57</sup> y, a su vez, del proceso de Amparo<sup>58</sup>. Al tener configuración autónoma, y sin que ello impida que se regule también como una modalidad del contencioso administrativo, como por lo demás se hizo con posterioridad; se ha dotado al administrado de un proceso con el cual hacer frente la inercia o letargo de los órganos de la administración en el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley o a través de actos administrativos.

#### 4.2. Naturaleza procesal de la Acción de Cumplimiento

136

Uno de los rasgos comunes del derecho constitucional latinoamericano de los últimos 20 años, consiste en haber introducido una diversidad de mecanismos procesales de defensa de la Constitución y, al mismo tiempo, haberlos abordado de espaldas a la teoría general del proceso, esto es, con relación al estudio “en conjunto y con un criterio común (de los principios generales” aplicables a todas las ramas del Derecho Procesal<sup>59</sup>, independientemente de las particularidades que cada una de ellas posea<sup>60</sup>.

---

56 Samuel Abad Yupanqui, “El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)”, en *Ius et Veritas*, N° 7, Lima 1993, pág. 107.

57 Cfr. el trabajo de Jorge Danós Ordoñez (“El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución Peruana de 1993”, en *Lecturas constitucionales andinas*, N° 3, CAJ, Lima 1994, pág. 206), quien considera que la Acción de Cumplimiento bien pudo “ser considerado como una modalidad especial de la acción contenciosa administrativa”.

58 Samuel Abad Yupanqui, “El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)”, citado, pág. 107.

59 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, T. I, Edit. Universidad, Buenos Aires 1984, pág. 9.

60 Cfr. Víctor Fairén Guillén, *Problemas actuales del Derecho Procesal. La defensa, la unificación, la complejidad*, UNAM, México 1992, pág. 82-93.

Así, pese a tratarse de auténticos “procesos” (como el amparo, hábeas corpus, de inconstitucionalidad de las leyes, etc), se les ha adscrito denominaciones verdaderamente sorprendentes. Rara vez, en efecto, se refieren a ellos como lo que son, y es común calificarlos como si se tratara de una “acción”, “recurso”, “juicio”, “garantía” o, como también es usual en la tratadística peruana, de “acciones de garantía”<sup>61</sup>.

De esta tendencia, ciertamente no se ha escapado, en Colombia y en Perú, la “Acción” de Cumplimiento. Y aunque estimemos que no se trata de un simple problema semántico, pues de su adecuado tratamiento dependen cuestiones sustantivas y procesales de muy diversa índole, razones de espacio no nos permitirán que aquí nos detengamos en analizar esta problemática.

Es un proceso, pues se trata de un mecanismo instrumental compuesto por un conjunto de actos jurídico-procesales “concatenados entre sí de modo ordenado”<sup>62</sup>, a través del cual una o varias pretensiones litigiosas, invocadas por los justiciables, son resueltas por los órganos de la jurisdicción, aplicando el derecho objetivo, con el objeto de restablecer la paz social y la justicia.

Que proceda contra toda autoridad o funcionario que se muestre renuente a acatar lo dispuesto en una norma legal o en un acto administrativo, esto es, constituya un mecanismo de control de la inactividad de la Administración, conlleva que, por la función que cumple<sup>63</sup>, se le

---

61 Tal es el caso, entre otros, del proceso de Amparo, que recibe una múltiple denominación que varía de ordenamiento en ordenamiento: Juicio (México), Recurso (España), Acción (Perú), etc. Para un acercamiento a su problemática desde el ámbito de la Teoría General del Proceso, Cfr. Héctor Fix Zamudio, “Reflexiones sobre la naturaleza del Amparo”, en su libro *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México 1999, págs. 81-130. En nuestro medio, últimamente, Samuel Abad Yupanqui, “El proceso constitucional de Amparo en el Perú: Un análisis desde la Teoría General del Proceso”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 85, México 1996, pág. 15-66. Sobre el proceso de inconstitucionalidad de la ley, Asunción García Martínez, *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Edit. Trivium, Madrid 1992, pág. 11-14.

62 Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*, citado, pág. 42.

63 Para la clasificación de los procesos en atención a la función que cumplen: Enrique Vés-covi, *Teoría General del Proceso*, citado, pág. 112 y sgtes. Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*, citado, pág. 43 y sgtes.

considere como un proceso en cuyo seno pueden resolverse dos clases de pretensiones: Por un lado, ya que a través de él se persigue obtener una resolución judicial que declare la ilegalidad del incumplimiento, será un proceso de conocimiento con una pretensión “de condena”<sup>64</sup>. De otro, dado que la sola declaración de la ilegalidad de la omisión no puede constituir *in toto* su objeto, pues es preciso que se disponga el cumplimiento de lo ilegalmente omitido, constituye parcialmente un proceso de “ejecución”.

En ese sentido, siguiendo a Allan Brewer Carías, bien puede decirse que el proceso de Cumplimiento “contra la carencia de la Administración no persigue que sólo se declare la ilegalidad de la omisión... de la Administración..., sino lo que se persigue ..., es que formalmente se ordene a la Administración adoptar determinados actos, o si ello no es suficiente para amparar el derecho, que el Juez restablezca por sí mismo la situación jurídica violada”<sup>65</sup>.

### 4.3. ¿Proceso constitucional?

Un problema relacionado con la naturaleza del proceso de cumplimiento tiene que ver con las consecuencias que se desprenden del hecho de haber sido introducidas a nivel constitucional: ¿Se trata, en verdad, de un proceso constitucional?<sup>66</sup>.

Aún cuando un sector importante de la doctrina latinoamericana haya expresado una respuesta afirmativa, pensamos que es, aún en aquellos países que lo tienen de manera autónoma, un proceso administrativo, esto es, un proceso incorporado en la Constitución, pero no constitucional, en la medida que la materia que en su seno se resolverá está regida por el derecho administrativo.

---

64 Cfr. Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Edit. Civitas, Madrid 1992, pág. 64-65.

65 Allan Brewer Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, pág. 653-654.

66 Ultimamente, por ejemplo, es el caso de Walter Díaz Zegarra, *Procesos constitucionales*, Palestra editores, Lima 1999, pág. 183.

Y es que lo que caracteriza a un proceso como constitucional<sup>67</sup> es la presencia conjunta de los siguientes elementos: a) Su configuración o creación a nivel constitucional, y no simplemente mediante una ley; b) Existencia autónoma, esto es, con entidad propia, y no sólo como un elemento accesorio que forme parte de un proceso distinto, como puede ser el caso de los “incidentes constitucionales”<sup>68</sup>; y, c) Su objeto, esto es, un proceso destinado a resolver controversias en materia constitucional, y no de otra clase.

En ese sentido, aún cuando de los tres elementos, la Acción de Cumplimiento cumpla con los dos primeros, la carencia del tercero parece ser de tal envergadura que basta, por sí sola, para enrarecer su condición de proceso constitucional. Y es que si la controversia en este proceso se deriva esencialmente de la inactividad, omisión o renuencia a no cumplir con los mandatos establecidos en una ley o en un acto administrativo, entonces puede decirse, sin temor a equivocarse, que se trata de un proceso destinado a controlar la *ilegalidad por omisión* de la Administración Pública. No hay, pues, controversia que gire sobre “materia constitucional”, ya que su objeto no se plantea como consecuencia de la aplicación o vigencia de una norma constitucional, sino de la ley o el acto administrativo.

Sin embargo, en uno de los pocos estudios dedicados al tema en el Perú, César Landa<sup>69</sup> ha abonado por la tesis rechazada y ha advertido que su objeto sería velar “por la vigencia de dos derechos constitucionales positivos: uno, la constitucionalidad de los actos legislativos y, el otro, la legalidad de los actos administrativos”. En tal sentido, ha afirmado que,

67 Cfr. en torno a la idea de procesos constitucionales, Gustavo Zagrebelsky, “Processo costituzionale”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Milano 1987, Vol. XXXVI, pág. 521-523. Marilissa D’amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 1991, pág. 293 y sgtes. José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo constitucional*, Forense, Río de Janeiro 1984. José Joaquín Gómez Canotilho, “Procedimiento e processo no Direito Constitucional”, en su libro *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra 1999, pág. 899 y sgtes.

68 Caso por ejemplo del control judicial de constitucionalidad en vía incidental. Cfr. al respecto, Luis Javier Mieres Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, Edit. Civitas, Madrid 1998, pág. 37 y sgtes.

69 César Landa Arroyo, “La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993”, en *Revista del Foro*, Año LXXXI, N° 1, Lima 1993, pág. 55.

“no basta que una norma legislativa o administrativa sea aprobada mediante los requisitos formalmente y que sea conforme a las disposiciones sustantivas establecidos en la Constitución y en la ley, sino que la eficacia del cumplimiento de las mismas se convierte en un derecho constitucional de los ciudadanos”<sup>70</sup>.

No compartimos tal criterio. En primer término, porque creemos que el tema de la constitucionalidad de los actos legislativos y, a su turno, la legalidad de los actos administrativos no constituyen en realidad derechos subjetivos de carácter constitucional que puedan titularizar los individuos, pues se tratan de principios que rigen, por un lado, la ordenación del sistema de fuentes formales del Derecho Constitucional (principio de supremacía constitucional); y de otro, la adecuación de la actuación administrativa al principio de legalidad (artículos 51, 118 inciso 8° y 138 de la Constitución)<sup>71</sup>.

Tampoco se arriba a una conclusión idéntica si, con César Landa, se conviene que el planteamiento no tiene la finalidad de rescatar la preservación de los principios de constitucionalidad y/o legalidad respectivamente (cuyos mecanismos de protección, por lo demás, ya han sido previstos en el propio ordenamiento constitucional), sino la eficacia de la ley o el acto administrativo, entendidos como derechos subjetivos<sup>72</sup>.

Es dudoso que el tema de la eficacia de las leyes o los actos administrativos puedan configurar derechos subjetivos. Como también lo es que

---

70 Sin entrar en mayores consideraciones, que las estrictamente formales que de la Constitución se deducen, Víctor Julio Ortecho Villena, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Edit. Rhodas, Trujillo 1997, pág. 219.

71 A este respecto, ha de señalarse que ya el Tribunal Constitucional [Sentencia (en adelante, STC) recaída en el Exp. 190-95-AA/TC, con voto singular del Magistrado Aguirre Roca, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. 1, Gaceta Jurídica editores, Lima 1998, pág. 303-305] en forma implícita ha desechado la hipótesis de poder configurar, a modo de un derecho subjetivo, lo que en algunos sectores se ha venido en denominar el “Derecho a la Constitución”; al estimar, bien es cierto que a través del Amparo, que aquella no es la vía donde pueda impugnarse en forma abstracta la preservación del principio de jerarquía de nuestro sistema de fuentes.

72 Una posición distinta, Cfr. Ernesto Rey Cantor y María C. Rodríguez, “La Acción de Cumplimiento en el Perú”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII, N° 16, Trujillo 1998, pág. 89-91.

el proceso de Cumplimiento pueda estar destinado a preservarlos, aún en el caso que este tópico no se considere como un asunto constitucional, sino enteramente legal, o más propiamente, de carácter administrativo. Desde una perspectiva jurídica, la ineficacia de las leyes o los actos administrativos no generan controversias por sí mismas, pues en muchos casos aún el propio ordenamiento puede auspiciar cierto grado de ineficacia tanto de sus normas como de los actos administrativos. Repárese, por ejemplo, en el caso de las leyes de aplicación diferida, o actos administrativos cuyo cumplimiento se deja librado al cumplimiento o satisfacción de determinados requisitos. La ineficacia de la norma o el acto administrativo, en tales casos, es parte del enunciado normativo y por lo mismo, contra los que no cabe se intente remedio procesal alguno.

Sólo tal ineficacia deviene en jurídicamente relevante, cuando ésta crea una “norma implícita” contraria a la deseada por la ley o el acto administrativo y, por tanto, es susceptible de considerarse como antijurídica, por ser inválida. Es la invalidez de determinados comportamientos o normas lo que puede juzgarse jurídicamente y no la eficacia o ineficacia que éstas puedan tener<sup>73</sup>. Pero aún tratándose de problemas de invalidez derivados del incumplimiento de un mandato legal o administrativo no convierten en un proceso constitucional al remedio procesal edificado con el objeto de repararlo.

Aún cuando no compartamos la tesis sostenida por la Corte Constitucional colombiana respecto de la finalidad que tendría el proceso, sí es elocuente en el sentido de descartar cualquier configuración de éste como proceso constitucional: “La acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades y particularidades que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental...” “No se trata, pues...de un mecanismo de protección de derechos fundamentales,

---

73 Cfr. Margarita Beladiez Rojo, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 20.

porque como lo reconoció esta Corte en la sentencia N° SU-476 de 1997, la acción de cumplimiento no protege derechos fundamentales en forma específica” (Sent. C-157/98)

Pero no solamente eso ha dicho la Corte. Además, ha reconocido que la Acción de Cumplimiento tiene la condición de proceso administrativo. En la misma Sent. C-157/98, diría: “no puede resultar exótico que el legislador haya determinado que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer y tramitar las acciones de cumplimiento, ...más aún si se tiene en cuenta: ...e) que no puede desconocerse que a la administración se le han asignado una serie de cometidos de naturaleza administrativa, que conllevan necesariamente la ejecución de la ley y de los actos que se dictan en desarrollo de ésta, y que constitucionalmente el control de la actividad de la administración corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”<sup>74</sup>.

142

Como se ha dicho, las situaciones antijurídicas que se derivan de la ineficacia de las leyes o de los actos administrativos, no son cuestiones que vayan a propiciar una controversia constitucional susceptible de ventilarse en la Acción de Cumplimiento. Pretender, no obstante, asignarle naturaleza constitucional, como lo ha recordado Alberto Borea Odría, simplemente significaría difuminar las fronteras entre procesos legales y constitucionales<sup>75</sup>.

De ahí que la Acción de Cumplimiento, como a su turno sucede con el contencioso administrativo, que también se ha incorporado en la Constitución (art. 148), no pueda sino considerarse como proceso administrativo establecido en la Constitución; esto es como un “proceso

---

74 Temperamento distinto es el que han mantenido invariablemente Ernesto Rey Cantor y Carolina Rodríguez Ruíz, “La protección procesal de los derechos humanos de tercera generación en Colombia”, en AA.VV. *Estudios de Teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, T. III, Universidad Complutense-UNAM, Madrid 2000, pág. 1838, donde se sostiene que la acción de cumplimiento está consagrada “para la protección **de todos los derechos constitucionales** que resultaren violados o amenazados por el incumplimiento...de una obligación contenida en la ley o un acto administrativo”.

75 Alberto Borea Odría, *Evolución de las garantías constitucionales*, Edit. Grigley, Lima 1996, pág. 505.

constitucionalizado”, según la feliz expresión de Domingo García Belaunde, distinto de los procesos constitucionales, que son aquellos que tienen por objeto ventilar una controversia derivada de la aplicación, vigencia y aplicación de las normas constitucionales, cualquiera sea su contenido. En suma, la naturaleza del proceso no puede derivarse del hecho que haya sido creado por la Constitución, sino de la materia que en su seno se resuelve, y que no es otro que el control de la inactividad administrativa, donde la controversia no gira en términos de derecho constitucional, sino en términos de derecho administrativo, según se ha expuesto<sup>76</sup>.

---

76 Precisamente por ello, tampoco puede considerarse que el proceso de cumplimiento constituya en los países donde se han introducido, siempre una “vía paralela” al proceso de amparo. En contra, César Landa, “La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución del Perú de 1993”, en *Revista del Foro*, citado, pág. 57.



# Breves apuntes sobre los principales autores y casos clásicos en referencia al *writ of mandamus*: a propósito del proceso de cumplimiento

✎ BRUNO NOVOA CAMPOS\*

## 1. Justificación previa

Nuestra Constitución Política establece en el numeral 6 del artículo 200 que el proceso de cumplimiento “procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

145

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el expediente N.º 0168-2005-PC/TC, estableció que el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos (Tribunal Constitucional, 2005: f.j.10).

Esto último, nos da pie a indagar sobre las razones que se encuentran detrás de la finalidad constitucional por defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos. De este modo, consideramos necesario presentar breves apuntes sobre los principales autores y casos clásicos en referencia al *writ of mandamus*, con el propósito de conocer de primera mano los aportes más destacados y casos emblemáticos que han contribuido y contribuyen al permanente debate sobre el proceso de cumplimiento.

---

\* Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

## 2. Acercamiento conceptual al *writ of mandamus*

William Blackstone, jurista, juez y político conservador inglés del siglo XVIII, se refirió, en sus *Commentaries on the Laws of England*, al *writ of mandamus* del modo siguiente:

Un mandamiento judicial es, en general, una orden emitida en nombre del rey por el tribunal del tribunal del rey y dirigida a cualquier funcionario, corporación o tribunal inferior de la judicatura, dentro de los dominios del rey, requiriéndoles que hagan alguna cosa particular especificada en ella, que pertenece a su cargo y deber, y que el tribunal del tribunal del rey ha determinado previamente, que es conforme con el derecho y la justicia. Se trata de un mandato de alta prerrogativa, de naturaleza ampliamente correctiva, y puede ser presentado en algunos casos en los que la parte perjudicada tiene otro método más tedioso de reparación, como en el caso de la admisión o la restitución de un cargo; pero se presenta en todos los casos en los que la parte tiene derecho a que se haga algo, y no tiene ningún otro medio específico para obligar a su cumplimiento.

Por lo tanto, el mandato judicial es válido para obligar a la parte que lo solicita a ser admitida o restituida a cualquier cargo o franquicia de naturaleza pública, ya sea espiritual o temporal; a los grados académicos; a la sede de una reunión, etc: se aplica a la presentación, inspección o entrega de libros y documentos públicos; a la entrega de las insignias de una corporación; a obligar a las entidades corporativas a poner su sello común; a obligar a la celebración de un tribunal; y a un número infinito de otros propósitos, que es imposible enumerar detalladamente. Pero en este momento debemos destacar que se aplica a los jueces de cualquier tribunal inferior, ordenándoles que hagan justicia de acuerdo con las facultades de su cargo, siempre que la fama se retrase. Porque el tribunal del rey tiene la misión peculiar de supervisar todos los demás tribunales inferiores y de imponerles el debido ejercicio de las facultades judiciales o ministeriales que la corona o la legislatura les han conferido, y

esto no sólo mediante la capacitación de sus funcionarios, sino también mediante la agilización de su negligencia y la prevención de la denegación de justicia. Por lo tanto, se puede solicitar un mandamus a los tribunales de la ciudad de Londres, para que dicten sentencia; a los tribunales espirituales para que concedan una administración, para que despidan a un guardián de la iglesia, y cosas similares.

Este mandamiento se basa en una fuga, mediante el juramento de la parte perjudicada, de su propio derecho, y la negación de la justicia por parte de la parte inferior: a continuación, con el fin de satisfacer más plenamente al tribunal de que existe un motivo probable para dicha interposición, se establece una norma (excepto en algunos casos generales, donde el motivo probable es evidente) que ordena a la parte reclamada que justifique por qué no debería presentarse un mandamiento: y, si no presenta suficientes motivos, el propio mandamiento está obligado, en primer lugar, a hacer lo mismo o a justificar lo contrario, a lo que se puede responder en un día determinado. Y, si el juez inferior u otro funcionario al que se dirija la orden judicial, devuelve o señala una respuesta insuficiente, entonces el juez solicita en segundo lugar un mandato perentorio, para hacer la cosa de manera absoluta; para lo cual no se admitirá ninguna otra respuesta, sino un certificado de perfecta obediencia y ejecución debida de la orden judicial.

Si el juez inferior o cualquier otro funcionario no se presenta, o no respeta ni obedece, puede ser castigado por su desacato con un embargo. Pero si, en primer lugar, devuelve una caución suficiente, aunque sea falsa de hecho, el tribunal del rey no comprobará la veracidad del hecho mediante declaraciones juradas, sino que le creerá por adelantado y no seguirá adelante con el mandamiento. Pero entonces la parte perjudicada puede tener una acción contra él por su falta de devolución, y (si el jurado la encuentra falsa) recuperará los daños y perjuicios equivalentes a la lesión sufrida, junto con un mandato perentorio para que el

demandado cumpla con su deber. Esto en cuanto a la lesión por negligencia o incumplimiento de las obligaciones. (Blackstone, 1765-1769: Chapter the Seventh)

### 3. Autores clásicos

- **Thomas Tapping**

Thomas Tapping, en *The law and practice of the high prerogative writ of mandamus*, publicado en Philadelphia en 1853, recordó que el *writ* es una fórmula jurídica antigua que data del siglo XIII, y que bajo el nombre genérico de “mandamus” ordenaba mandatos judiciales sobre diferentes materias; incluso hubo un *writ* parlamentario, que al ser utilizado principalmente para imponer la restitución de los cargos públicos, recibió, por su objeto y efecto, el nombre de “writ of restitution” (Tapping, 1853: 55-61).

148

Existen antecedentes de mandamus remitidos como *cartas* que ordenaban el cumplimiento de un acto en particular; como, por ejemplo, la carta del rey Enrique IV de Inglaterra a ciertos sheriffs para que sus hombres defiendan el reino contra la invasión de Oweyn Glendourdy (Tapping, 1853: 55-61).

De este modo, Tapping señaló que este mandato genérico ha tenido siglos de crianza judicial hasta convertirse en “The High Prerogative Mandamus”, instrumento o medio por el cual varios deberes y poderes públicos fueron ordenados y aplicados (Tapping, 1853: 55-61).

Para Tapping, el origen de “The High Prerogative Mandamus” se relacionó inicialmente con la cláusula 29 de la Carta Magna inglesa que estableció que a ningún hombre se le negará derecho o justicia (Tapping, 1853: 55-61), como se aprecia a continuación:

Cláusula 29 de la Carta Magna inglesa, versión de 1297

|      |  |   |
|------|--|---|
| XXIX | No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right. | No se tomará ni se encarcelará a ningún hombre libre, ni se usurpará su propiedad vitalicia, o libertades, o aduanas libres, ni se le prohibirá, ni se le exiliará, ni se destruirá de ninguna otra manera; ni será pisoteado, ni le condenaremos, sino por juicio legítimo de sus pares, o por la ley de tierras. No venderemos a nadie, ni negaremos ni postergaremos justicia o derecho a ningún hombre. |
|------|--|---|

(Breay, 2011)

- **Stanley Alexander de Smith**

Stanley Alexander de Smith, catedrático de Derecho Público en la London School of Economics and Political Science y la University of London, en *The Prerogative Writs*, publicado en The Cambridge Law Journal en 1953, señaló que los cuatro *prerogative writs* más conocidos son:

- I. El *habeas corpus ad subjiciendum*, que buscaba comparecer el cuerpo de una persona encarcelada por una acusación penal o en detención privada;
- II. El *certiorari*, para revisar las órdenes y condenas de los tribunales inferiores y para retirar las acusaciones para el juicio;
- III. La *prohibition*, para impedir que los tribunales inferiores se extralimiten en sus competencias; y,
- IV. El *mandamus*, para obligar al cumplimiento de un deber público (Smith, 1953: 40).

Sobre este último *writ*, señaló que también era un auto de gracia, se alegaba un desacato a la Corona que consistía en la negligencia de un deber público; era a la vez, de gran importancia gubernamental y un valioso recurso de última instancia para el sujeto (Smith, 1953: 55).

- **Edward Jenks**

Edward Jenks, jurista inglés del King's College, Cambridge, en *The Prerogative Writs in English Law*, publicado en Yale Law Journal en 1923, recordó, al final de su obra, el contexto histórico en el que se desarrollaron los mandatos prerrogativos del derecho inglés.

Señaló que con la llegada del joven Jorge III (rey de Gran Bretaña e Irlanda desde el 25 de octubre de 1760 hasta el 1 de enero de 1801, primer monarca británico de la Casa de Hannover que nació en Gran Bretaña y, el primero en usar el inglés como lengua materna) se presentó la moda por atribuir todas las cosas buenas a un monarca benévolo (Jenks: 1923: 533-534).

Para Jenks, esto permitió que aparezcan los *high prerogative writ* en la literatura jurídica, especialmente por el aporte que realizó William Blackstone, inclinado a lo florido y lleno de admiración por el joven monarca quien creció con sus famosas conferencias; y, por William Murray, Lord Mansfield, quien abrió el camino (Jenks: 1923: 533-534).

- **Edith G. Henderson**

Edith G. Henderson, en *Foundations of English Administrative Law. Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, publicado por Harvard University Press en 1963, señaló que el *mandamus* se desarrolló en el siglo XVII y apareció originalmente como una “orden de restitución” a una franquicia municipal [que se relacionaba con el derecho al voto] (Henderson, 1963: 46).

Esta “orden de restitución” se aplicó a un área en la que el ciudadano no tenía ningún remedio; este remedio se diseñó en el sistema del *common law* para hacer que los funcionarios del gobierno tomen una acción positiva, ya que no les importaba el derecho de los demandantes para ejercer esa acción (Henderson, 1963: 46).

#### 4. Casos clásicos

- **Caso Thomas Bonham (1610)**

El caso Bonham se emitió por el King's Bench (Tribunal del Rey), cuando Edward Coke era Presidente del Tribunal Supremo. Al respecto,

en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, The University of Arkansas, 2003, se rescata de la parte concerniente al caso Bonham, el texto siguiente:

Este es, tal vez, el caso más famoso de Coke y su informe más conocido, aunque es probable que él no lo viera tan sorprendente como se pensaría en generaciones posteriores. El Colegio de Médicos tenía una concesión en sus estatutos, en virtud de una ley del Parlamento, que le otorgaba el derecho exclusivo de conceder licencias a cualquiera que ejerciera la medicina en Londres. Thomas Bonham era un médico educado en la Universidad de Cambridge, que comenzó a ejercer la medicina en Londres en 1606. Fue examinado por el Colegio de Médicos, que se negó a habilitarlo para ejercer.

Bonham siguió ejerciendo y los censores le impusieron una multa de 5 libras y le ordenaron que dejara de hacerlo. Continuó y se negó a obedecer las órdenes del Colegio. El presidente y los censores del colegio y sus dos sirvientes arrestaron a Bonham. Bonham los demandó por detención ilegal.

151

Coke, sentado en el Common Pleas pero con el acuerdo de Fleming, el presidente del King's Bench, dictaminó que el lenguaje de los estatutos no estaba diseñado para dar al colegio el derecho de encarcelar por la práctica sin licencia con el fin de beneficiar al público, sino para mantener el monopolio de sus miembros y graduados, que el presidente no tenía el poder de multar, que las actas de dicho órgano debían constar por escrito y no hacerse de viva voz, que las multas que recaudarían pertenecían al Rey y no al Colegio, y que la disposición de la carta que permitía el encarcelamiento debía leerse de forma muy estricta para evitar la pérdida de la libertad de un súbdito a voluntad de otros. Al llegar a estas conclusiones, Coke señaló que el Colegio no puede ser juez en un caso en el que es parte (Sheppard, 2003: 1171-1211).

- **Caso de James Bagg (1615)**

El caso Bagg se emitió por el King's Bench (Tribunal del Rey), cuando Edward Coke era Presidente del Tribunal Supremo. Sobre el particular, en *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, The University of Arkansas, 2003, se rescata de la parte concerniente al caso de James Bagg, el texto siguiente:

James Bagg, uno de los doce principales burgueses o magistrados del municipio de Plymouth, en Devon, era un poco cascarrabias. Llamó al alcalde “algún príncipe” con no poco sarcasmo, además de calificarle de “bribón cochambroso” al que el consejo podía elegir un hombre más sabio para sustituirle. Bagg llamó “bribón” a otro burgués y a otro “sedicioso”. También sugirió que el alcalde se extralimitaba en su autoridad al obligar a los comerciantes a prestar juramento de lealtad, tras lo cual los comerciantes se negaron a prestarlo, provocó que los comerciantes de vino no pagaran un impuesto especial sobre el vino de la ciudad y sugirió que solicitara la revocación de la carta municipal. El alcalde y los burgueses votaron a favor de destituir a Bagg de su cargo, y se le privó de sus derechos. Bagg presentó una demanda ante el King's Bench [Tribunal del Rey]. El tribunal consideró los privilegios de la ciudadanía y su protección en virtud del Common Law, la Carta Magna y otros estatutos, y sostuvo que la ciudad no podía actuar por estos motivos para destituir a alguien del cargo o del derecho de voto (Sheppard, 2003: 1171-1211)

- **Marbury v. Madison (1803)**

Sobre el *writ of mandamus*, el caso Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803), señaló lo siguiente:

En el período de diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper, por medio de sus abogados, solicitaron al tribunal que ordenara a James Madison, secretario de Estado de los Estados Unidos, que mostrara la causa por la que no debía emitirse un mandamiento

ordenando que se les entregaran, respectivamente, sus comisiones como jueces de paz en el distrito de Columbia [Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)]

(...)

Blackstone, en el tercer volumen de sus Comentarios, página 110, define el mandamus como “una orden emitida en nombre del rey por el tribunal del tribunal del rey y dirigida a cualquier persona, corporación o tribunal inferior de justicia dentro de los dominios del rey, exigiéndoles que hagan alguna cosa particular especificada que pertenezca a su cargo y deber, y que el tribunal del tribunal del rey haya determinado previamente, o al menos suponga, que está en consonancia con el derecho y la justicia”.

Lord Mansfield, en 3 Burrows, 1266, en el caso *The King v. Baker et al.* establece con mucha precisión y explicitud los casos en los que se puede utilizar este writ.

153

“Siempre que”, dice este juez tan competente, “exista el derecho a desempeñar un cargo, realizar un servicio o ejercer una franquicia (especialmente si se trata de un asunto de interés público o que conlleva un beneficio), y una persona se vea privada de su posesión o desposeída de dicho derecho, y no disponga de ningún otro recurso legal específico, este tribunal debe asistirle mediante un mandamus, por razones de justicia, tal y como expresa el mandamiento, y por razones de orden público, para preservar la paz, el orden y el buen gobierno”. En el mismo caso, dice que “este mandamiento debe utilizarse en todas las ocasiones en las que la ley no haya establecido un recurso específico y en las que, en justicia y buen gobierno, debería haber uno” [Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)].

## 5. Palabras finales

Por último, es preciso recordar a Robert H. Howell, profesor de la University of Victoria, British Columbia, quien señaló, en *An historical*

*account of the rise and fall of mandamus*, publicado en *Victoria University of Wellington Law Review*, 1985, las siguientes palabras en referencia al futuro del *mandamus*:

Para el futuro, la cuestión histórica más importante puede ser la validez de las afirmaciones de Coke, Holt y Mansfield sobre el papel constitucional residual del mandamiento. Esta cuestión implica una investigación mucho más amplia que un enfoque puramente en el *mandamus* (...) Más concretamente, el *mandamus* ha sido aceptado recientemente de forma expresa como un recurso residual en el Reino Unido

(...)

Varias jurisdicciones de la Commonwealth, entre ellas el Reino Unido y Nueva Zelanda, han establecido por ley procedimientos simplificados de “Solicitud de Revisión” para obtener órdenes judiciales que antes se daban bajo la nomenclatura de uno o más de los autos prerrogativos. El resultado será la desaparición en estas jurisdicciones de la nomenclatura y los tecnicismos procesales de los autos prerrogativos. Esto supone una modernización bienvenida, pero todavía no complementa ni agota los poderes sustantivos administrativos o constitucionales del poder judicial con respecto a estos poderes prerrogativos. Aunque el nombre de “*mandamus*” puede desaparecer, la naturaleza del poder judicial que ese nombre invoca seguirá siendo la misma que antes, sea cual sea su denominación o descripción (Howell, 1985: 127).



## Bibliografía

Acercamiento conceptual al *writ of mandamus*: William Blackstone. *Commentaries on the Laws of England*. Book the Third - Chapter the Seventh: Of the Cognizance of Private Wrongs. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769

Autores clásicos: i) Thomas Tapping, *The law and practice of the high prerogative writ of mandamus*. Philadelphia: T. & J. Jhonson, Law BookSellers. 1853; ii) Stanley Alexander de Smith, *The Prerogative Writs*. The Cambridge Law Journal, Volume 11, Issue 1, March 1951, pp. 40-56; iii) Edward Jenks, *The Prerogative Writs in English Law*, Yale Law Journal, Vol. XXXII, April, 1923, N.º 6, pp. 523-534; iv) Edith G. Henderson, *Foundations of English Administrative Law. Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*. Harvard University Press, 1963.

Casos clásicos: i) The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, ed. Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Vol. 1. pp.1171-1211; ii) U.S. Reports: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Library of Congress; iii) Claire Brey. *Magna Carta: Manuscripts and Myths*. The British Library Publishing Division; 2nd edition (17 Feb. 2011).

Palabras finales: Robert H. Howell. *An historical account of the rise and tali of mandamus*. Victoria University of Wellington Law Review, 1985.



# La naturaleza procesal del proceso de cumplimiento

Un análisis a través del derecho comparado latinoamericano

✎ LUIS BENJAMÍN HERRERA BUSTINZA\*

## 1. Introducción

Latinoamérica ha pasado por una de sus mayores etapas de desarrollo en el ámbito del derecho constitucional, ello en su mayoría gracias a la consolidación de la jurisdicción constitucional, y el posicionamiento de sus órganos de control de constitucionalidad como verdaderos defensores de los derechos fundamentales y la Constitución, así como la consolidación de los diversos códigos procesales constitucionales<sup>1</sup>, incorporando a los ya clásicos procesos de tutela de la libertad,

157

\* Luis Benjamín Herrera Bustinza, abogado por la Universidad Católica de Santa María, título de segunda especialidad en derecho procesal constitucional por la misma universidad, maestro en derecho con mención en política jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 En Argentina los procesos constitucionales consagrados en la Constitución Nacional reformada en 1994 se encuentran dispersos en diversos cuerpos procesales, entre los que se tiene la Ley 16.986, Ley de acción de amparo de 1966, la Ley 23.098, Ley de hábeas corpus de 1984, Ley 25.326, Ley de protección de los datos personales del 2000, y el Código Procesal Civil; no obstante, han sido las provincias quienes han contribuido en mayor manera con codificación, sistematización y desarrollo del derecho procesal constitucional; la provincia de Entre Ríos en 1990 dictó la pionera Ley 8369, Ley de procedimientos constitucionales, secundada por la Ley N 6.944, Código procesal constitucional de Tucumán en 1999. Bolivia luego de la Constitución de 2009 promulgó la Ley 254 de 2012, Código Procesal Constitucional, dejando atrás su dispersión normativa. Brasil aún mantiene atomizada su normativa procesal entre la Ley de mandamus de 2009, Ley de acción pública civil de 1985, Ley de Acción Popular de 1965 y las leyes de acción directa de inconstitucionalidad y declaratoria de constitucionalidad de 1999, así como la Ley de denuncia de incumplimiento de precepto fundamental de 1999. Chile por su parte regula el habeas corpus en la Código Procesal Penal del 2000 y la acción de protección en el

innovaciones como el hábeas data, y la acción de cumplimiento. Procesos que han sido paulatinamente asumidos e incorporados en los últimos cincuenta años por las diversas constituciones latinoamericanas. Una de las innovaciones que más ha llamado la atención en estos últimos años ha sido precisamente el proceso de cumplimiento, el cual se ha expandido gracias a dos grandes vías, la primera de ellas la seguida por Perú, e inspirada en el mandato de *injunção* brasileiro (1988), el mismo que se embebe directamente en el artículo 283° de la Constitución portuguesa de 1976, referente a la inconstitucionalidad por omisión normativa del legislador; mientras que la segunda fuente puede inquirirse directamente hasta el derecho anglosajón, quienes a través de la marcada influencia norteamericana en países como Argentina y posteriormente Colombia, incidieron en la actual configuración del proceso de cumplimiento en América Latina, que a diferencia de Brasil, busca además de solventar la mora en la emisión normativa, la ejecución de actos administrativos firmes, característica presente en las constituciones de Colombia (1991), Perú (1993), Ecuador (2008), y Bolivia (2009).

---

Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo de 1932. En Colombia tenemos los Decretos Ley 2067 y 2591 de 1991, así como la Ley 1095 de 2006 que reglamentan la acción de tutela, acciones públicas de inconstitucionalidad y hábeas corpus, respectivamente. Costa Rica por otro lado fue uno de los primeros en propugnar la sistematización procesal constitucional a través de la Ley 7135, Ley de Jurisdicción Constitucional de 1989. En Cuba, los procesos constitucionales no se hallaban sustentados en la constitución hasta 2019, desperdigando su regulación entre la Ley de Procedimiento Penal y Ley de Procesamiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977. Ecuador en 2009 aprobó la Ley 0, Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional derogando diversas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia y la Ley de Control Constitucional de 1997, unificando su atomizada legislación. México por la naturaleza polivalente del juicio de amparo, éste se halla normado en la Ley de amparo de 2013 que derogó la anterior Ley de amparo de 1936. Finalmente, Guatemala, en 1986 emitió el Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, mediante el cual regula el proceso de amparo y hábeas corpus, mientras que El Salvador y Panamá desarrollan sus procesos constitucionales en un solo cuerpo como es el Decreto Legislativo 2996 de 1960, Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador y el Título II del libro cuarto del Código Judicial aprobado por Ley 29 de 1984 en Panamá, los que pese a tener cierta antigüedad y concretar en un solo texto la normativa procesal, estas se encuentran alejadas del estándar moderno de desarrollo e innovación del derecho procesal constitucional latinoamericano.

Por otro lado, el presente trabajo no tiene por pretensión alguna el desarrollo histórico normativo del proceso de cumplimiento, y mucho menos un desarrollo detallado de su jurisprudencial, temas que han sido frondosamente tratados por diversos autores a nivel nacional como internacional; por el contrario, el presente artículo busca acercarse a un ámbito poco desarrollado como es, el analizar la naturaleza y objeto del proceso de cumplimiento a la luz del derecho comparado latinoamericano y su devenir histórico.

## **2. La acción de cumplimiento en Perú**

### **2.1. Antecedentes**

No fue hasta 1993 que la acción de cumplimiento se incorporó al ordenamiento normativo nacional, siendo precisamente la Constitución de 1993, el primer texto constitucional en incluirla. Sobre sus orígenes, estos pueden ser inquiridos a la Constitución colombiana de 1991, esto último por compartir ciertas similitudes en su fórmula y contexto histórico; no obstante, la inspiración brasilera parece haber sido determinante para su configuración al interior del Congreso Constituyente Democrático, al menos según lo dicho por el Constituyente Ferrero, quien secundando a Torres y Torres Lara, sostuvo:

[...] la acción de cumplimiento [...] tiene más bien su antecedente inmediato en la legislación constitucional brasilera y tiene como objetivo hacer que un funcionario o una entidad cumpla con una disposición que se niega acatar. En el fondo, se hubiera podido recurrir a ese mismo propósito mediante vías alternativas, pero la acción de cumplimiento le daría una especificidad al propósito y, por tanto, tendría un mejor camino (CCD, 1992, Tomo II, p. 1968).

En el seno del CCD, tal propuesta contó con una adhesión mayoritaria, dejando en la orilla contraria a un número reducido de constituyentes quienes como Flores Nano, consideraba inútil su incorporación, al existir vías ordinarias igualmente capaces de lograr dicho efecto, como el proceso contencioso administrativo (CCD, 1992, Tomo II, p. 2002).

Respecto a la redacción final del artículo 200° de la Constitución, éste estableció la procedencia de la acción de cumplimiento contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, proceso que era conocido en primera y segunda instancia por el Poder Judicial, encargándosele al Tribunal Constitucional, su conocimiento en última y definitiva instancia frente a resoluciones denegatorias (Artículo 202° de la Constitución 1993). Como se infiere de los documentos previamente señalados, parece ser que la razón del constituyente para decantarse por incorporar al proceso de cumplimiento en el acápite de los procesos constitucionales, fue la conveniencia de contar con un proceso especializado que permita defender la eficacia de la ley y los actos administrativos, sirviéndose de la estructura simplificada y la tutela reforzada que brindan los mismos.

Por otra parte, es innegable que los derechos fundamentales son desarrollados por ley, por lo que el cumplimiento de la misma, tutela de manera secundaria o indirecta dichos derechos fundamentales al menos en su dimensión subjetiva, consideración que habrían sido también tomada en cuenta por los integrantes del grupo de trabajo que elaboró el Proyecto de Código Procesal Constitucional, aprobado en 2004 por la Ley 28237; elemento subjetivo, *—dígase tutela de un derecho individual o el interés directo del demandante en la ejecución del acto administrativo—*, que parece haber definido su posicionamiento entre los llamados “procesos de tutela de la libertad”, pese a su marcada vocación de tutela objetiva, muy cercana a los denominados procesos de “control orgánico”, perspectiva asumida nuevamente por el legislador en la Ley N° 31307, mediante la que se aprobó en 2021 el denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional”.

## 2.2. Naturaleza procesal

Pese a la claridad de las ideas expresadas por el constituyente respecto de la naturaleza “constitucionalizada” del proceso de cumplimiento, no fue ajeno el debate a nivel nacional, entre quienes por un lado niegan cualquier naturaleza constitucional del mismo, como el profesor Carpio Marcos, al considerar que no reúne el tercer elemento exigido

por la doctrina mayoritaria para ser considerado como un auténtico proceso constitucional, es decir: a) haber sido configurado o creado por la constitución, b) tener existencia autónoma, y c) estar destinado a resolver conflictos en materia constitucional, lo cual no se cumpliría al estar destinado al control de la ilegalidad por omisión de la admiraación (2004, p. 963). Opinión que contrasta con la de autores como Sosa Sacio (2009, p. 256), y Pestana Uribe (2008, p. 930) quienes consideran al proceso de cumplimiento como un proceso eminentemente constitucional en todo el sentido de la palabra, por estar no solo recocado en la Constitución, sino también por tutelar como objeto protegido un bien constitucional.

En cuanto a la posición institucional, el Tribunal Constitucional en un primer momento, siguiendo la línea trazada por el constituyente, y la doctrina nacional mayoritaria, señaló en la sentencia recaída en el Expediente N° 0191-2003-AC/TC, que la: “[...] *acción de cumplimiento es un ‘proceso constitucionalizado’ que, prima facie, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa*”. No obstante, este criterio fue prontamente abandonado por el propio Tribunal Constitucional, quien en la resolución del Expediente N° 0168-2005-PC/TC, admitió la naturaleza constitucional del proceso de cumplimiento, al reconocer su carácter tutelar sobre el derecho implícito a la eficacia de las normas o actos administrativos, derecho oponible frente a cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo en específico, cambio de posición que ha sido sólidamente criticado por un sector de la academia como el profesor Castillo Córdova (2005, p.8)

En cuanto a su clasificación García Toma, propone una categorización binaria, entre procesos de cumplimiento de verificación y de evacuación, siendo el primero empleado para obtener la observancia de una norma legal o ejecución de un acto administrativo firme (que haya obtenido el estado de cosa decidida), en tanto la segunda tiene por finalidad la de obtener la emisión de una resolución administrativa o la dación de un reglamento (García Toma, 2009, p. 412).

### 3. La acción de cumplimiento en el derecho comparado latinoamericano

#### 3.1. El mandamiento de ejecución argentino

La marcada influencia del *common law* en argentina no tardó mucho en trascender tanto procesal como constitucionalmente, siendo varias las constituciones provinciales en incorporar tempranamente –*al menos en Latinoamérica*–, diversos mecanismos procesales orientados a tutelar la eficacia de la constitución como son los denominados “mandamientos de ejecución” y “mandamientos de prohibición”, claramente inspirados en los interdictos anglosajones del “*writ of mandamus* y *writ of injunction*”. Es precisamente, a través del mandamiento de ejecución que el administrado puede solicitar a la autoridad judicial, expida un mandato que obligue a la administración al cumplimiento de las diversas obligaciones omitidas que la ley le impone.

162

A nivel federal, la Constitución Argentina de 1994 no ha previsto instrumento procesal alguno similar al comentando, vacío que es suplido parcialmente por trece de las veinticuatro constituciones provinciales argentinas, tutelando así la omisión y mora de la administración que ocasione agravio en los derechos fundamentales del administrado. Bajo el *nomen iuris* de mandato de ejecución, se halla presente con fórmulas normativas similares en ocho de los veinticuatro textos constitucionales argentinos, encontrándose en el artículo 58° la Constitución provincial de Entre Ríos de 2008, el artículo 33° de la Constitución provincial de Formosa de 1957, el artículo 18° de la Constitución provincial de Santa Cruz de 1957, el artículo 39° de la Constitución de Jujuy de 1986, el artículo 25° de la Constitución provincial de Chaco de 1957, el párrafo segundo del artículo 28° de la Constitución provincial de La Rioja de 2008, el artículo 58° de la Constitución provincial de Chubut de 2010, y el artículo 44° de la Constitución Provincial de Río Negro de 1988.

Si bien, a nivel provincial la figura del mandato de ejecución puede inquirirse en su mayoría de casos hasta 1957, el constitucionalismo argentino brinda antecedentes de aun mayor data como la Constitución de Entre Ríos de 1933, que en su artículo 26° incorpora tempranamente el mandato

de ejecución; constitución que por sus características y a decir de Bidart Campos, citado por Murcia, era superior a sus homologas provinciales (Murcia, 2013, p.9). De otro lado, la figura del mandato de ejecución, bajo el *nomen iuris* de “amparo en mora” se encuentra en cinco constituciones, estando presente en el artículo 41° de la Constitución provincial de San Juan de 1986, el artículo 46° de la Constitución provincial de San Luis de 1987, el artículo 48° de la Constitución provincial de Tierra del Fuego de 1991, el artículo 52° de la Constitución provincial de Córdoba 2001, el artículo 61° de la Constitución provincial de Santiago del Estero de 2005.

### **3.2. La acción de cumplimiento en Bolivia**

Respecto a la acción de cumplimiento, la Constitución histórica boliviana no ofrece antecedentes previos a la Constitución de 2009, texto en el que incorporó por primera vez a la acción de cumplimiento en su catálogo de mecanismos de defensa de la constitución. En ese sentido, el artículo 134° señala que la acción de cumplimiento procede ante el incumplimiento de disposiciones constitucionales o legales por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma, omitiendo toda referencia a la tutela de derechos fundamentales vulnerados, como si se tratase de un proceso constitucional orgánico y no uno de tutela de la libertad; sin embargo, esta redacción fue posteriormente ampliada al incorporar la “defensa de derechos constitucionales” como objeto de la acción de incumplimiento en el artículo 87° de la Ley N° 37 de 2010, Ley del Tribunal Constitucional. adición que posteriormente fue eliminada por el texto del artículo 64° del Código Procesal Constitucional de 2012, remitiéndose a lo expresamente señalado por la constitución respecto al objeto del proceso de cumplimiento, salvo por la especificación en cuanto a su procedencia, no solo contra servidores públicos sino también contra cualquier órgano del Estado.

Sobre la naturaleza de la acción de cumplimiento, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano no tardó mucho en intentar definir tal situación, es así que aprovechando el primer caso bajo su conocimiento, desarrolló sus consideraciones respecto a la naturaleza constitucional de la misma, es así que la sentencia Constitucional SC 0258/2011-R, del 16 de marzo de 2011, sostuvo que:

En Bolivia [...] la acción de cumplimiento está configurada como un verdadero proceso constitucional, por las siguientes razones: i) Está configurada procesalmente por la Constitución Política del Estado; ii) Su conocimiento y resolución es de competencia de la justicia constitucional; iii) Tiene como objeto –conforme se verá– garantizar el cumplimiento de la Constitución y la ley y, en tal sentido, protege el principio de legalidad y supremacía constitucional y la seguridad jurídica; y, iv) Tutela de manera indirecta derechos fundamentales y garantías constitucionales [...]

En ese sentido, la posición del Tribunal Constitucional boliviano, respecto a la naturaleza constitucional de la acción de cumplimiento no fue más que reforzándose con el tiempo, como consta en sendas sentencias constitucionales emitidas con posterioridad, como las recaídas en los Expedientes N° 1765/2011-R y 0305/2012.

### **3.3. El mandato de Injunção en Brasil**

La Constitución brasileña de 1988, no solo amplió el catálogo de derechos fundamentales, sino también inspirada en el derecho anglosajón (y la Constitución portuguesa de 1976) amplió el número de mecanismos procesales de defensa de los derechos fundamentales y la constitución, estableciendo para ello seis procesos constitucionales (hábeas corpus, mandato de seguridad, mandato de seguridad colectiva, mandato injunção, hábeas data y acción popular), incorporando en el inciso LXXI del artículo 5°, el llamado “mandato de injuncao”, como remedio constitucional, el cual procede contra aquel vacío o ausencia de norma reguladora que haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, siendo de conocimiento originario del Superior Tribunal de Justicia cuando la elaboración de la norma reguladora sea atribución de un órgano, entidad o autoridad federal, conforme dispone el literal h) párrafo I del artículo 105° de la Constitución, mientras que será competente el Supremo Tribunal Federal cuando la atribución de la elaboración de las normas reguladoras correspondan al presidente de la República,

Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Senado Federal, Tribunal de Cuentas de la Unión, Tribunales Superiores, o al mismo Supremo Tribunal Federal de conformidad con lo dispuesto por el literal q) del párrafo I del artículo 102° del texto constitucional. Finalmente, es competente el Tribunal Superior Electoral de conocer las denegatorias de mandato de injunção dictadas por los Tribunales Regionales Electorales como dispone el numeral V del párrafo 4 del artículo 121° de la Constitución.

En ese sentido, se hace evidente la inspiración del legislador en el *common law*, quien buscó un remedio ante la inacción de la autoridad pública, al igual que el *writ of mandamus* inglés<sup>2</sup>, con la única diferencia que la versión brasilera tutela derechos o libertades fundamentales garantizados por la Constitución, que no pueden ser efectivizados por falta de acto normativo, generada por la mora del legislador que permita materializar los mismos o esta sea insuficiente.

En cuanto a los efectos de la sentencia la Constitución Federal guarda silencio, ello debido a una aparente omisión legislativa más que una delegación al legislador constituido, no obstante, dicha situación ha sido superada por la jurisprudencia del propio Supremo Tribunal Federal, que en un primer momento solventó dicho vacío a través de una interpretación restringida apelando a la analogía, entendiendo que los efectos *interpartes* del *mandado de injunção*<sup>3</sup>, no podían ser mayores que los establecidos por la Constitución Federal para el proceso de “acción directa de inconstitucionalidad por omisión”, el cual es la mera puesta en conocimiento del legislador omiso a fin de que adopte las

2 Castro, citando a Fernández indica respecto al *nomen iuris* del *mandato de Injunção*, que este haría erróneamente referencia al *writ o injunction*, traducido al español como “interdicto prohibitorio” (Castro, 2003, p. 93), el cual busca en efecto la prevención de un agravio o la restitución del derecho a través de la emisión de un mandato judicial que impida o suspenda la ejecución de cualquier acto ilícito por parte de particular o autoridad, lo cual dista del objeto y finalidad del *mandato de Injunção* que es obtener actos positivos por parte del Estado.

3 El efecto *interpartes* del *mandato de Injunção* se expande a través de la eficacia vinculante que adquiere toda decisión emitida en ejercicio del control difuso de constitucionalidad por el Supremo Tribunal Federal (Marinoni, 2014, p. 74).

medidas necesarias, no pudiendo subrogarse en el rol del legislador en irrestricto respeto del principio de separación de poderes, tal y como reza el artículo 103° de la Constitución; criterio desarrollado en la resolución correspondiente al Mandado de Injunção 107-3/DF. (Mello, 2008, p. 464).

Esta perspectiva inicial sobre los efectos de sus sentencias ha ido variando y morigerándose con el tiempo, toda vez que en resoluciones posteriores el STF ha admitido en los casos de omisión la posibilidad de solicitar una indemnización por parte del Estado a través de la acción de daño y perjuicios (Marinoni, 2014, p. 75), y hasta suplir la actuación del legislador, siempre y cuando previamente se haya conminado en mora inconstitucional al legislativo, fijando el Tribunal un plazo razonable para tal actuación, salvaguardando el principio de separación de poderes, plazo que luego de vencido permite proveer de acciones positivas que permitan materializar de manera efectiva los derechos reclamados como el caso de la resolución recaída en los Expedientes 670-9/ES, 708-0/DF y 712-8/PA, en los que el STF dispuso ante la omisión normativa respecto al derecho de huelga de los trabajadores públicos, se les aplique de manera extraordinaria y extensiva el régimen general de los trabajadores. Al respecto, Mello señala que de esta manera el mandato de injunção, se transforma en una especie de “decreto ley del Poder Judicial”, producto del control difuso y concreto de la constitucionalidad de las normas (Mello, 2008, p. 466).

### **3.4. La acción de cumplimiento en Colombia**

La Constitución colombiana de 1991, en el artículo 87° amplió su catálogo de mecanismos de defensa de la constitución, incorporando a la acción de cumplimiento como “acción constitucional”, cuyo objeto es el de hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo a través de un mandato judicial dirigido contra la autoridad renuente.

Conforme señala Olano (2015, p. 526), el primer antecedente interpretativo de orden constitucional respecto al proceso de cumplimiento, recae en el auto del 10 de diciembre de 1992, emitido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en el proceso de cumplimiento de las acciones acumuladas A.C.-001, A.C.-002, A.C.-003, A.C.-004, A.C.-05,

A.C.-06 y A.C.-07<sup>4</sup>, en la que pese a inadmitir las mismas (por incompetencia y falta de reglamentación), señala sobre finalidad de la acción de cumplimiento, lo siguiente:

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

Sobre su naturaleza, la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-157/98, indicó que si bien la acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico, y lo ordenado en los actos administrativos, no debe asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental, lo cual afirma la postura que considera a la acción de cumplimiento colombiana como un proceso de naturaleza administrativa, tanto así que fue confiada precisamente a dicha jurisdicción especializada su conocimiento.

En cuanto a su desarrollo normativo, y pese a haber sido incorporada en la constitución de 1991, no fue hasta la Ley 99 de 1993, que se le otorgó a la acción de cumplimiento una estructura procesal, a través de la creación de una especie muy específica *—por decir lo menos—* como es la “acción de cumplimiento en asuntos ambientales”, cuyo objetivo era el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente conforme

---

4 El objeto de cumplimiento de los procesos acumulados era por decir los menos, muy diversos, consistiendo en la construcción de un hospital psiquiátrico por mandato legal, la promoción radiotelevisiva de campañas informativas contra el VIH-SIDA, la construcción de centros educativos, hasta la compra de un inmueble edificado con destino a la Federación Comunal de Bogotá.

señala el artículo 77° de la mencionada ley, mecanismo procesal que fue derogado por la Ley 393 de 1997, Ley de acción de cumplimiento que desarrolla el artículo 87° de la Constitución Política. Otro de sus antecedentes nacionales es la Ley 388 de 1997, mediante la cual se modifica la ley de reforma urbana, estableciendo en sus artículos 4° y 116° la acción de cumplimiento contra autoridad administrativa.

En ese sentido, la Ley 393, confió a la jurisdicción contencioso administrativa su conocimiento, no obstante es necesario aclarar que conforme dispone el inciso 2 del artículo 43° de la Ley 270 de 1996, los jueces contenciosos actúan como jueces constitucionales en dichos procesos, del mismo modo desarrolló como objeto de la acción de cumplimiento, precisamente el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos; no obstante, como acota Olano, éste no habría sido el objeto inicial del mismo, al menos al interior del Poder Legislativo, tal como consta en la exposición de motivos de la Ley 393 de 1997, la cual atribuía como finalidad de la acción de cumplimiento: “[...] *la protección de los derechos económicos, sociales y culturales siempre que sus alcances hayan sido definidos por la ley y los actos administrativos*” (Olano, 2015, p. 527).

### 3.5. La acción de incumplimiento en Ecuador

La acción de incumplimiento fue incorporada al ordenamiento constitucional ecuatoriano en 2008, año en el cual entro en vigor su vigésima carta política; fueron precisamente los artículos 93° y 436° de la misma, los que delimitaron por mandato expreso de la Constitución, su objeto, configuración y naturaleza como proceso constitucional. En ese sentido, el artículo 93°, establece como objeto de la acción de incumplimiento el de “[...] *garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando [...] contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible [...]*”.

El texto del artículo 93°, *prima facie* podría darnos una impresión equivocada en cuanto al ámbito de tutela de la llamada acción de incumplimiento, la cual pareciese no alcanzar a los actos administrativos, no

obstante, el numeral 5 del artículo 436°, *–cuyo objeto es el desarrollo de las atribuciones de la Corte Constitucional–*, amplía su objeto de tutela a [...] *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*”. Este aparente error de la técnica legislativa es superado a través de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que con mejor criterio consolida en su artículo 52° el disperso desarrollo de la Constitución respecto a la acción de incumplimiento, lo cual es también desarrollado de manera muy similar por el artículo 43° y siguientes del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional.

Ahora, sobre su naturaleza constitucional, parece ser a nivel nacional un debate casi absuelto, al menos por la Corte Constitucional ecuatoriana, quienes en la Sentencia 004-13-SAN-CC del 13 de junio de 2013, expresó al respecto que no cabe duda sobre la naturaleza de la acción de incumplimiento, la cual por mandato expreso de la Constitución es un proceso eminentemente constitucional, el cual busca garantizar la eficacia normativa como valor constitucional, o el también denominado principio de seguridad jurídica (artículo 84° de la Constitución) entendido como la aplicación de las normas jurídicas y su efectivo cumplimiento. No obstante, autores nacionales como Oyarte, no consideran a la acción de incumplimiento un proceso constitucional propiamente dicho, a pesar de su ubicación en el texto constitucional, toda vez que su objeto sigue siendo el de dotar de eficacia al ordenamiento jurídico (Oyarte, 2015, p. 1037).

En cuanto a la estructura procesal de la acción de incumplimiento, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así como el Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, determinan una estructura sumaria y uniuinstancial ante la Corte Constitucional.

#### **4. A modo de conclusión**

En Latinoamérica el debate en torno a la naturaleza constitucional del proceso de cumplimiento parece haber sido agotado, al menos

institucionalmente, toda vez que los diversos Tribunales y Cortes Constitucionales se han decantado por reconocer su naturaleza plena como proceso constitucional, tal es el caso de la Corte Constitucional ecuatoriana, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y el Tribunal Constitucional peruano, este último cambiando su postura originaria, sobre el proceso de cumplimiento como proceso constitucionalizado al reconsiderar su utilidad como instrumento de tutela no solo objetiva (eficacia normativa y de actos administrativos), sino también subjetiva al tutelar indirectamente derechos fundamentales de orden subjetivo además de la “la efectividad de la ley, y la seguridad jurídica”, lo cual coincide con lo propugnado por determinado sector de la académica que considera al proceso de cumplimiento, *—pese a su particular génesis—*, un proceso constitucional pleno, al haberse consolidado como tal, en razón a la tutela de bienes constitucionales de gran valía como es el derecho a la eficacia de la ley y la seguridad jurídica.

170

Por el contrario, en países como Colombia y Argentina parece predominar la concepción de la acción de cumplimiento como proceso común de orden administrativo, cuya finalidad es el mero control de la legalidad; esto debido en primer lugar a la cercanía de Colombia con la cultura jurídica francesa y el gran desarrollo del derecho administrativo, confiando dicho proceso precisamente a la jurisdicción contencioso administrativa liderada por el Consejo de Estado, mientras que en el caso de Argentina, ello se debería a la temprana y marcada influencia del *common law*, en dicho país, quienes están familiarizados desde las primeras décadas del siglo XX, con los mandatos de ejecución y/o prohibición incorporados como recursos ordinarios, los mismos que se hallan presente en trece de las veinticuatro constituciones provinciales argentinas.



## Bibliografía

- Carpio Marcos, E. (2004). La acción de cumplimiento. En Castañeda Otsu, S y otros. *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II (p. 963) Lima: Jurista editores.

- Castillo, L. (2005). El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Recuperado [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso\\_cumplimiento\\_aproposito\\_desafortunado\\_criterio\\_jurisprudencia\\_Tribunal\\_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso_cumplimiento_aproposito_desafortunado_criterio_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Castro Patiño, I. (2003). *La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la constitución ecuatoriana* (Tesis doctoral). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil facultad de jurisprudencia, ciencias sociales y políticas. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27230.pdf>
- García Toma, V. & García Yzaguirre, J. (2009). *Diccionario de derecho constitucional*. Lima: Gaceta jurídica.
- Levi Mello Do Amaral Júnior, J. (2008). Proceso constitucional en Brasil. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. ISSN 1138-4824, núm. 12 (pp. 459-468). Madrid.
- Luiz Guilherme, Marioni. (2014). El mandado de injeção como remedio contra la omisión inconstitucional en el derecho brasileño. En *Pensamiento Constitucional*, N° 19. (pp. 53-77).
- Olano García, H. (2005). La nueva acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la Colombiana International Law. En *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5. (pp. 521-565). Colombia: Pontificia Universidad Javeriana Bogotá.
- Oyarte, R. (2015). Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado. (pp. 1037 -1038). Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.
- Pestana Uribe, E. (2018). El proceso de cumplimiento. En Tupayachi Sotomayor, J. (coord.) *Código Procesal Constitucional comentado: Homenaje a Domingo García Belaunde*. 4ta. Edición, Tomo II (pp. 929-950). Lima: Instituto Pacífico.
- Sosa Sacio, J. (2009). El proceso de cumplimiento. En Castillo Córdova, L. *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. (pp. 247-300). Lima: Gaceta Jurídica.
- Murcia, D. (2013). Las acciones de ejecución y de prohibición en Entre Ríos. En *Institutas Processus*, Núm. 1. Universidad del Salvador. Recuperado <https://p3.usal.edu.ar/index.php/institutas/article/view/1989/2420>.



# Breves notas sobre el ámbito de protección en el proceso de cumplimiento y algunas cuestiones procesales poco abordadas por nuestra doctrina

✉ LUIS R. SÁENZ DÁVALOS\*

## 1. Consideraciones introductorias

**E**l objeto de las presentes reflexiones, pretende ser bastante breve, pero al mismo tiempo motivador de llevarse a la práctica, habida cuenta que los aspectos que involucra, han tenido hasta la fecha un escaso y en algunos supuestos bastante parco tratamiento.

173

Se trata en primer lugar de indagar si la respuesta dispensada para asumir que el proceso de cumplimiento es un auténtico proceso constitucional y que se basa en la individualización de su ámbito de protección, es todo lo acertada del caso, o representa en cambio una forzada construcción para intentar justificar un modelo en cierta forma incongruente.

Asimismo pretendemos abordar tres importantes temas procesales. Uno primero referido a la interpretación razonable del objetivo del proceso de cumplimiento cuando de normas programáticas se trata, uno segundo concerniente con el régimen jurídico del documento de fecha cierta así como la discusión generada en relación con la contabilización de los plazos a partir de los cuales se generaría la prescripción relativa, y

---

\* Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

uno tercero, referido a los escenarios en los que sería procedente el control difuso en el caso particular de este mismo instrumento procesal.

No esta demás precisar, por ser de particular actualidad, que si bien nuestro análisis se centrara fundamentalmente en los desarrollos jurisprudenciales hasta la fecha existentes, necesariamente habrá de contextualizarse en el marco de los recientes cambios operados en el esquema procesal constitucional, tras la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Constitucional<sup>1</sup>.

Sin más preámbulo que el indicado, vayamos de inmediato al análisis de estos temas.

## **2. El derecho fundamental al aseguramiento de la eficacia de las normas legales y actos administrativos como objeto de protección del proceso de cumplimiento**

174

El reconocimiento del proceso de cumplimiento en nuestra Constitución Peruana de 1993 planteo desde muy temprano un interesante debate acerca de su naturaleza y alcances, traducido en determinar si se trataba de un auténtico e inobjetable proceso constitucional o si más bien se había buscado constitucionalizar un proceso de características esencialmente ordinarias.

Desde la teoría del Derecho Procesal Constitucional, había quienes señalaban que para que un proceso se nos presente como un evidente instrumento de defensa procesal de la Constitución, se requeriría de ciertos presupuestos que al parecer no los tendría en estricto el proceso de cumplimiento habida cuenta que sus roles conducirían a oficiar como un

---

1 Mediante Ley N° 31307 publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de julio del 2021, se ha puesto vigencia un Nuevo Código Procesal Constitucional que como tal pasa a reemplazar al que estuvo vigente desde el 2004. Esta nueva norma trae importantes novedades pero también algunas variaciones que vienen generando cuestionamientos. Tan es así, que a la fecha en que se redacta este trabajo existen interpuestas contra el mismo sendas demandas de inconstitucionalidad motivadas, tanto en objeciones de forma como de fondo. En tales circunstancias, solo el tiempo dirá como es que queda la propuesta que contiene.

mecanismo de control de legalidad y no centralmente, salvo muy ocasionalmente, de control o defensa de la constitucionalidad.

Contrario a ello y desde una visión más bien nominal, había quienes abogaban por su carácter procesal constitucional, en tanto y cuanto ese rol formal es el que le había sido asignado por nuestra propia norma constitucional. Se decía que si para la Constitución, era un proceso constitucional, allí se cerraba toda la discusión, con independencia de sus matices o características procesales<sup>2</sup>.

A título personal somos de los que piensan que al haberse establecido constitucionalmente que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin otro matiz que el indicado, es bastante difícil que ello pueda ser catalogado *per se* como un proceso de defensa de la Constitución, pues similar propósito bien podría ser cumplido por cualquier proceso judicial ordinario sin que para ello sea necesario plantear un debate constitucional<sup>3</sup>.

175

Incluso y si el mandato contenido en la ley o en el acto administrativo formal, involucrara un interés de poca relevancia, más allá de su reconocimiento imperativo, nada tendría que hacer allí la Constitución, salvo colateralmente, pues el ordenamiento jurídico diseña mecanismos de cumplimiento perfectamente pertinentes sin necesidad de movilizar el engranaje procesal constitucional.

En último término y si de lo que se trata es de un mandato legal o administrativo que ante su incumplimiento colocara en entredicho la

---

2 Un análisis de estas posturas la podemos ver en el trabajo de nuestro colega Carpio Marcos, Edgar.- “El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional”; en Castañeda Otsu, Susana; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy; Carpio Marcos, Edgar y Sáenz Dávalos, Luis R.- *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*; Jurista Editores; Lima 2005; Págs. 191-193.

3 Autorizada doctrina apunto desde muy temprano que el proceso de cumplimiento bien podría haber aparecido como una variante del proceso contencioso administrativo. Cfr. Danós Ordoñez, Jorge.- “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana de 1993”; *Lecturas Constitucionales Andinas*; N° 03; Comisión Andina de Juristas; Lima 1994; Pág. 206.

eficacia de algún derecho fundamental, para dicho propósito se encontraría expedito el proceso de amparo por omisión, con lo cual el proceso de cumplimiento perdería todo sentido práctico.

Ahora bien, como evidentemente no podía aceptarse que el esquema procesal constitucional colocara dentro de su repertorio a un proceso que de protección constitucional no tuviese nada (o muy poco) o que se enarbolará un instrumento perfectamente sustituible por el amparo constitucional cuando de temas realmente constitucionales se tratará, tuvo que buscarse alguna manera de hilvanar una argumentación en pro de su propia individualidad.

Esta última finalmente se hizo mediante la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC conocida también como precedente Maximiliano Villanueva Valverde<sup>4</sup>.

En efecto, de una rápida lectura de los fundamentos 4 a 11 de la referida sentencia se puede apreciar que el Tribunal Constitucional hecho mano de un argumento bastante sutil a fin de abogar por el carácter procesal constitucional del proceso de cumplimiento. Este último se basa en la recurrencia a la cláusula de los derechos no enumerados establecida en el artículo 3 de la Constitución<sup>5</sup>, para desde allí y en el contexto de lo que representan los principios de soberanía del pueblo, de forma republicana de gobierno y del carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho, así como del principio de jerarquía normativa<sup>6</sup>, afirmar que lo que

---

4 Ejecutoria publicada en la página web del TC el 03 de octubre del 2005.

5 Para un planteamiento general del tema, nos remitimos a Luis Sáenz Dávalos (Coordinador).- *Los Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*; Gaceta Jurídica S.A.; Lima 2009.

6 Conviene advertir que el principio de jerarquía normativa no es en estricto una fuente de reconocimiento de nuevos derechos ni se deriva por remisión del artículo 3 de la Constitución. Sin embargo, tampoco se debe omitir que en algunas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo ejemplos de otras cortes en el mundo ha individualizado nuevos derechos de otro tipo de cláusulas distintas al antes citado dispositivo constitucional. Incluso, nosotros mismos hemos abogado por esta posibilidad como lo sostenemos en Sáenz Dávalos, Luis.- “Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización”; en Luis Sáenz Dávalos (Coordinador).- *Los Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*; Págs. 26 y ss.

en el fondo estaría tutelando dicho mecanismo procesal sería un derecho que aunque no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, si sería pasible de individualización o concretización jurisprudencial y tal derecho no sería otro que el de aseguramiento de la eficacia de las normas legales y actos administrativos<sup>7</sup>.

Para ser consecuentes con la verdad, la formula a la que se apea no deja de ser interesante y bastante persuasiva si entendemos que efectivamente, en un Estado que se precia de Derecho y que se maneja con arreglo a determinados raciocinios o pautas, se hacen imperativos los mandatos que fijan o establecen las normas independientemente de su jerarquía. No es pues mal intencionada y eso hay que dejarlo en claro. Pero también hay que reconocer que si esa misma lógica se aplica en toda su potencia y a todos los niveles, sería posible deducir derechos no enumerados prácticamente de todos los mandatos derivados de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, bastando con que un contenido sea reconocido en una norma, para que el mismo se convierta en relevante a partir del imperativo impuesto por su específico reconocimiento, con lo cual y por vía indirecta estaríamos constitucionalizando prácticamente todo a partir de la lógica de la exigibilidad<sup>8</sup>.

En las circunstancias descritas, consideramos que aunque la idea no es mala, ciertamente acarrea algunos aspectos que deben manejarse con prudencia pues en puridad el Estado de Derecho presupone que todo se cumpla siempre y cuando venga revestido de una formalidad normativa.

Comprendemos que a esto conduce inevitablemente el diseño de un proceso como el de cumplimiento que lo que busca en el fondo, más

---

7 Cabe no obstante precisar que la postura de un derecho no enumerado como objeto de protección del proceso de cumplimiento fue defendida desde muy temprano por Landa Arroyo, César.- "La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993"; *Revista del Foro*; N° 1; Año LXXXI; CAL; Lima 1993; Pág. 55. Landa Arroyo, César.- *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*; Palestra Editores; Lima 2003; Pág. 224.

8 Tal vez y por esta razón Borea Odria, Alberto considera que "...la Acción de Cumplimiento defiende, por conexión y tal como esta planteada en el documento del 93, todos los derechos, estén o no consignados directamente en la Constitución del Estado. Pueden inclusive ser normas menores". Cfr. *Evolución de las Garantías Constitucionales*; Editorial Fe de Erratas; Lima 2000; Pág. 495.

que preocuparse por los contenidos de lo que contiene una determinada formula normativa, es su exigibilidad jurídica, con lo cual siempre estará colocado en las fronteras establecidas entre un proceso constitucional y las que corresponden a un proceso judicial típicamente ordinario.

En cualquier caso, un sistema procesal constitucional es siempre más eficaz mientras más alternativas de protección o defensa le proporciona al justiciable. Y en eso el proceso de cumplimiento definitivamente representa un valor agregado imposible de ignorar.

### **3. La interpretación razonable en el cumplimiento de las normas legales que requieren o se condicionan a una posterior reglamentación**

Una de las interrogantes que surgió tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional del año 2004 y que puede decirse, se mantiene en el esquema del recientemente promulgado Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, se circunscribió a dilucidar sobre los alcances de lo que antes era la previsión contenida en el inciso 2) de su artículo 66 y ahora es el inciso 2 del artículo 65. Dicha norma (a diferencia del mensaje contenido en el inciso 1 y que en rigor sintetiza lo que es el propósito natural del proceso de cumplimiento) pretende más bien delimitar lo que es el objetivo de este instrumento en un caso especial referido en concreto al supuesto de aquellas normas legales susceptibles o pendientes de posterior reglamentación, es decir, de aquellas normas de carácter legal con contenido típicamente programático.

178

La norma en referencia, que es igual en ambos instrumentos procesales<sup>9</sup>, textualmente nos dice que:

*Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:*

---

9 Es igual en el extremo que aquí se analiza, sin embargo, el mismo artículo 65 del Nuevo Código Procesal Constitucional, por diferencia de su antecesor, ha incorporado un último párrafo, en el que se contemplan ciertas situaciones que no serían objeto del proceso de cumplimiento, alguna de las cuales bien podrían dar lugar a discusión o debate.

(...)

*Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.*

Pues bien, decimos que se generó una interrogante alrededor de la citada norma debido a que en la manera como se encuentra redactada pareciera ofrecer una doble perspectiva en lo que respecta a la concretización del objetivo hacia el cual estaría encaminado el proceso de cumplimiento.

En efecto, puede parecer curioso afirmarlo, pero si por pronunciamiento expreso se entiende la respuesta justificatoria que desde la administración se ofrecería para argumentar en pro de la no emisión de un reglamento pese al imperativo impuesto por la norma legal, se estaría cumpliendo por lo menos formalmente con los alcances del Código, ya que expresar los motivos o circunstancias que condujeron a que no se pueda cumplir con lo que la norma decía, en el fondo estaría sincerando los diversos problemas con los que a menudo tiene que lidiar la administración (falta de presupuesto, ausencia de decisiones oportunas, determinación de responsabilidades, etc.).

179

Quienes abogan por esta posición, de alguna manera estarían visualizando la petición de cumplimiento con lo que representa el derecho de petición que, como es bien sabido, no obliga a cumplir con lo solicitado, aunque si a responder expresamente en torno de lo que se pide.

Al contrario de ello hay quienes afirman que este tipo de interpretación debería quedar descartada porque aunque fuese formalmente permisible, convertiría al proceso de cumplimiento, más que en un mecanismo de eficacia de las normas legales, en un simple desiderátum o un franco saludo a la bandera, pues de nada valdría movilizar el aparato procesal para que la administración se limite a explicarnos las razones de su manifiesta inacción. En tales circunstancias lo que se postula es que por pronunciamiento expreso sólo pueda entenderse la obligatoriedad del reglamento ilegalmente omitido, con lo cual el objetivo de la citada vía procesal, no podría ser otro que lograr que, aunque a destiempo, se cumpla necesariamente con la emisión reglamentaria definitiva. De esta

forma el llamado pronunciamiento expreso adquiriría una verdadera dimensión o sentido práctico evidentemente acorde con lo que representa o ha de esperarse de un auténtico proceso constitucional.

Para responder a esta incertidumbre, nuestro Tribunal Constitucional abordó en algún momento el tema mediante la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2695-2006-PC/TC o Caso María Elena Choque Choquenayra<sup>10</sup> donde precisamente se dilucidaría acerca de un reclamo motivado en el incumplimiento de una reglamentación impuesta por la Ley General de Educación N° 28,044.

Diría entonces el Colegiado que “...aunque una lectura estrictamente literal del Código Procesal Constitucional permitiría convalidar las dos interpretaciones antes mencionadas, la única forma de hacer efectivo el objeto o finalidad del proceso de cumplimiento se compatibiliza con la segunda de las alternativas mencionadas. Si lo que la ley ordena no es cumplido y si, frente al incumplimiento de un mandato, procede el proceso de cumplimiento, la única conclusión lógica, a la par que razonable, apunta a fortalecer los objetivos del proceso antes que a desvirtuarlos, lo que a contrario sensu no sucedería si, acudiendo a la primera interpretación (que este Colegiado descarta), el pronunciamiento expreso solo significara la convalidación o justificación de una inercia o ineficacia no permitida” (Fundamento 16).

180

Es precisamente y por las circunstancias descritas que en este caso, el Tribunal, tras declarar fundada la demanda “*Ordena al Ministerio de Educación, de conformidad con los fundamentos de la... sentencia, que cumpla con reglamentar todos los aspectos desarrollados en la Ley General de Educación N° 28,044*” (segundo extremo de la parte resolutive)

En resumen, se dejaría en claro que un proceso de cumplimiento solo puede hacerse efectivo cuando lo que representan sus objetivos, se pueden visualizar de modo fehaciente y no bajo una perspectiva meramente nominal o simplemente declarativa<sup>11</sup>.

---

10 Ejecutoria publicada en la página web del TC el 22 de abril del 2009.

11 En este sentido coincidimos con lo expresado por Carpio Marcos, Edgar quien señala que “...la sola declaración de la ilegalidad de la omisión no puede constituir in toto su

#### 4. **El régimen jurídico del documento de fecha cierta y la contabilización de los plazos a fin de determinar la prescripción relativa. Un defecto normativo que solo la jurisprudencia puede solucionar**

Lo primero que cabe enfatizar cuando se hace referencia al denominado documento de fecha cierta es que no se trata, como algunos lo creen, de una variante de vía previa en el sentido riguroso del término ni tampoco y lo que es más importante de un requerimiento de tipo notarial. Se trata simplemente de una comunicación de fecha cierta o determinada mediante la cual se requiere a la autoridad o funcionario emplazado el cumplimiento de la obligación omitida, debiendo existir la constancia de respuesta en sentido negativo o en su defecto, haber prescindido de contestar el citado documento dentro de los días hábiles de haberse presentado este por el interesado.

Que no es una vía previa parece deducirse con nitidez de la última parte, tanto del artículo 69 del Código Procesal Constitucional del 2004, como del artículo 69 del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, que coinciden en que *“Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir”*.

181

Evidentemente la alusión a una vía administrativa que pudiera existir, descarta por completo que estemos ante un trámite de dicha naturaleza, sino ante un requisito de estricta procedencia de la demanda.

Lo segundo que cabe aclarar es que tampoco se trata de una carta librada notarialmente, sino de una comunicación con fecha específica, a fin de determinar el momento desde el cual esta ha sido presentada. Que

---

*objeto, pues es preciso que se disponga el cumplimiento de lo ilegalmente omitido”* lo que implica que *“constituye parcialmente un proceso de ejecución”*. Cfr. “El control jurisdiccional de la ilegalidad por omisión en el derecho comparado” en Eto Cruz, Gerardo & Carpio Marcos, Edgar.- *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado (Reflexiones a propósito del caso peruano)*; Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.; Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, México 2004; Pág. 117. En sentido similar puede verse la postura de Sosa Sacio, Juan Manuel.- “Proceso de Cumplimiento. Artículo 66”; en *Código Procesal Constitucional Comentado*; Tomo II; Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional; Lima, diciembre del 2015; Pág. 54.

el interesado libremente o si lo desea pueda optar por realizar un trámite notarial bien puede responder a la necesidad de éste último de asegurarse que llegue eficazmente a su destino, pero de ninguna manera a un imperativo nacido de la voluntad de la norma.

Por supuesto, hay quienes creen que la incorrecta y francamente torpe alusión a la que luego hace referencia la última parte del inciso 8) del artículo 70 y que curiosamente aparecía de esa manera en el Código Procesal Constitucional del 2004 y que repite su homólogo del 2021, permite inferir que si se trataría de un trámite notarial<sup>12</sup>.

Al respecto hay que advertir que dicha referencia, en la que el legislador parece no haber advertido, es un rezago o despojo de la antigua Ley 26301 cuyo artículo 5 inciso c) efectivamente había establecido tal exigencia<sup>13</sup>, pero que sin embargo y posteriormente fue radicalmente eliminado del escenario y basta con examinar la regulación que de manera específica y sobre el requisito especial de la demanda establecen nuestros dos últimos Códigos para así corroborarlo.

182

Pero por si fuera poco y si el argumento de la norma especial no convenciera cabe recordar que conforme a lo expresamente dispuesto en el cuarto párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tanto del 2004 como del 2021, se establece que “*Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación*”<sup>14</sup>.

---

12 Ambas normas mencionan una supuesta “*recepción de la notificación notarial*”.

13 De acuerdo con dicha norma que en sus orígenes regulo el proceso de cumplimiento al igual que el proceso de habeas data se decía “*Para los efectos de las garantías constitucionales de acción de Habeas Data y acción de Cumplimiento, además de lo previsto en el artículo 27 de la Ley N° 23506 y su complementaria, constituye vía previa: (...) c) En el caso de la acción de Cumplimiento, el requerimiento por conducto notarial, a la autoridad pertinente, de cumplimiento de lo que se considera debido, previsto en la ley o el cumplimiento del correspondiente acto administrativo o hecho de la administración, con una antelación no menor de quince días, sin perjuicio de las responsabilidades de ley*”.

14 Incluso y de darse luz verde a una interpretación tendiente a validar el trámite notarial, nos encontraríamos con una auténtica paradoja, la de imponerle exigencias económicas a un justiciable cuyo proceso constitucional se supone es gratuito.

Ahora bien, otro de los temas sobre los cuales se ha generado una discusión y que lastimosamente no ha sido subsanado por el legislador es el relativo a la contabilización de los plazos a los efectos de determinar la prescripción relativa en el proceso de cumplimiento.

Tal vez convenga aclarar que si hablamos de prescripción en términos rigurosamente relativos ello responde a que efectivamente no puede configurarse una prescripción absoluta en este tipo de proceso. En la medida en que el mismo procede frente a omisiones y estas últimas representan por donde se le mire conductas afflictivas de carácter continuado<sup>15</sup>, en cada ocasión en que culminen los sesenta días a los que hace referencia el inciso 8 del artículo 70 de ambos Códigos, bastara con que se presente un nuevo documento de fecha cierta para que se reactive nuevamente la capacidad para accionar.

Donde por el contrario si encontramos enormes interrogantes es en la curiosa antinomia creada por el Código Procesal Constitucional del 2004 y que el Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, tampoco parece haber reparado.

Nos referimos en concreto y nuevamente volviendo al documento de fecha cierta, a la referencia contenida en el artículo 69, de que tras presentado el mismo *“la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud”*.

Una norma como la señalada permitiría inferir, sin discusión alguna, que luego de presentado el documento respectivo por parte del interesado, podrían darse dos situaciones; o que la autoridad emplazada conteste expresamente que no va a cumplir (con lo cual ya sabe el interesado a que atenerse) o que por efectos de transcurrir un total de diez días útiles, se tenga por denegada la solicitud formulada.

---

15 Cfr. al respecto lo señalado tanto en el artículo 44 inciso 5) del Código Procesal Constitucional del 2004 como en el artículo 45 inciso 5) del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021.

Sin embargo la sorpresa viene luego, cuando el artículo 70 inciso 8) tanto del Código del 2004 como el del Código del 2021, alegan sin rubor alguno, que no procedería el proceso de cumplimiento “*si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial*” (subrayado nuestro).

Mientras que la primera norma alienta la idea de que la autoridad obligada tendría un total de diez días útiles para contestar expresamente al interesado, la segunda norma impone todo lo contrario, al establecer que el plazo de prescripción relativa operaría desde el instante mismo en que esa misma autoridad recibe la notificación. En otras palabras, el plazo que habilita en favor de la administración el artículo 69, de un plumazo se lo borra, el artículo 70, inciso 8).

La pregunta que cabe formularse es si tamaña contradicción no tiene implicancias en los intereses del justiciable. Y la respuesta solo parece ser una. Si los tiene, pues mientras que en el primer caso, aquel cuenta con una mayor cantidad de días para que se inicie la contabilización de su plazo de prescripción relativa, en el segundo supuesto, cuenta con muchos menos días, desde que no se están tomando en consideración los días que la administración tiene para contestarle.

184

A fin de resolver esta incertidumbre generada lamentablemente por el propio legislador, en fecha reciente nuestro Poder Judicial, ha establecido un importante y muy valioso pronunciamiento. Se trata de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 00030-2020-0-1601-JR-CI-09 de fecha 11 de marzo del 2021 proveniente de la Corte Superior de Justicia de la Libertad (Caso: Lucy Elizabeth Sánchez Solón) y en el cual se han dejado establecidas, entre otras consideraciones, las siguientes:

*“...el numeral 8 del artículo 70° del Código Procesal Constitucional tiene una cierta colisión e incompatibilidad, con parte de lo establecido en el artículo 69° del mismo cuerpo legal, evidenciando la presencia de una antinomia o discordancia, ya que la aplicación de una de ellas de manera literal implicaría la violación de la otra. La explicación es sencilla, el artículo 69° del Código Procesal Constitucional establece una vía previa para acudir a la vía del proceso*

*de cumplimiento, otorgándole el plazo de diez días hábiles luego del requerimiento mediante documento de fecha cierta, para que el ente administrativo corrija su actitud renuente, consecuentemente durante dicho término –como ya se ha indicado– no puede el administrado interponer acción judicial alguna, salvo que la propia administración haya ratificado su incumplimiento antes de los diez días a través de un documento denegando su pedido; ello implica que si el administrado interpone una demanda dentro de los diez días sin que exista respuesta alguna, la demanda es improcedente. Sin embargo, el artículo 70 numeral 8 habilita al administrado a interponer la demanda desde el día siguiente que se cursa el documento de fecha cierta del requerimiento al órgano estatal, hasta por un plazo de 60 días hábiles, lo cual es contradictorio, habida cuenta que no puede correr plazo alguno desde dicho momento, pues no se ha generado aún el interés para obrar del accionante al estar pendiente los diez días que le concedió el artículo 69” (Fundamento 6.6).*

*La antinomia descrita cuenta con una particularidad y es que ambas normas procesales forman parte de la Ley 28237 Código Procesal Constitucional, contando ambas, con la misma jerarquía, especialidad y fueron aprobadas en el mismo momento; consiguientemente, la solución de dicha discrepancia normativa no puede hacerse bajo los criterios clásicos del derecho como son los criterios jerárquicos, cronológicos y de especialidad. Por el contrario, tratándose de normas procesales referidas a procesos constitucionales, la solución se encuentra en la aplicación del criterio hermenéutico convencional pro homine o pro persona, que exige al Juez, escoger aquella norma que maximice los derechos fundamentales de las personas, dejando de lado las otras, en tanto favorezca en mayor medida –para el presente caso– el derecho fundamental en discusión” (Fundamento 6.7)*

*“En conclusión, la norma válida aplicable ante dicha discrepancia normativa, desde el punto de vista constitucional y convencional, es el artículo 69° del Código Procesal Constitucional, ya que ella*

*maximiza o amplía en mayor medida el derecho fundamental en juego: el acceso a la justicia; por ende, debe entenderse que el plazo para interponer la demanda se genera luego de vencido el plazo de diez días que tenía el ente público para cumplir con el requerimiento presentado con documento de fecha cierta, o desde que el ente público ratifique su incumplimiento mediante documento escrito o cualquier otro medio, que puede generarse antes de los diez días o posterior a ellos, dejando establecido que la inercia de la administración pública a cumplir un acto administrativo firme debe entenderse como una renuencia continuada que no puede afectar el derecho de acceso a la justicia que tiene el accionante” (Fundamento 6.8).*

Consideramos que este razonamiento esclarece adecuadamente las cosas y permite establecer la interpretación que evidentemente ayuda a superar al problema. Por lo demás, lo allí sostenido es plenamente aplicable al marco del Código del 2021 que, como ya hemos mencionado, repite en estricto la misma fórmula de su predecesor.

186

## **5. El control difuso en el proceso de cumplimiento. Variantes de configuración**

Tema particularmente interesante y realmente poco abordado por nuestra doctrina es el concerniente con el tratamiento del control difuso al interior del proceso de cumplimiento<sup>16</sup>.

Probablemente esta carencia de estudio o análisis responda a dos factores. Por un lado, a la idea equivocada de que el control difuso ofrece la misma perspectiva que opera en el caso del proceso de amparo (al que tradicionalmente se ha venido remitiendo la regulación del proceso de

---

16 Hemos intentando una breve aproximación en un anterior trabajo; Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- “El control constitucional difuso y su ejercicio en el marco de los procesos constitucionales”; *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*; Tomo 119; Lima, Noviembre del 2017; Págs. 72-73.

cumplimiento por vía supletoria<sup>17)</sup> y por el otro, al desconocimiento de que se trata en realidad de un modelo bastante atípico, en el que lejos de visualizarse un tratamiento similar al de otros procesos constitucionales, nos encontraríamos con más de una paradoja.

Empecemos por el principio. La posibilidad de deducir el control difuso al interior del proceso de cumplimiento consideramos que podría darse desde dos ámbitos o escenarios perfectamente reconocibles; uno de tipo formal o procedimental y otro más bien de carácter sustantivo o material.

El primero no es imposible que pueda presentarse hoy en día visto el actual estado de la normativa reguladora de dicho proceso y que como antes se ha mencionado ha sido objeto de algunas reformas que vienen originando debate no sólo por el contenido que poseen sino por los matices interpretativos que pueden traer consigo de cara a los desarrollos jurisprudenciales preexistentes. Pero es por sobre todo el segundo escenario, el que probablemente más pueda presentarse si nos atenemos a determinado tipo de controversias.

### **5.1. Control difuso de tipo formal o procedimental**

Hablamos de un control difuso de tipo formal o procedimental al interior del proceso de cumplimiento, en el eventual caso de que alguna de las normas de procedimiento aplicables a dicho instrumento procesal pueda devenir en inconstitucional, circunstancia que justificaría que el juzgador constitucional como paso previo a emitir su pronunciamiento de fondo, tenga que decidir si aplica o no la citada normativa.

Es lo que sucedería por ejemplo si algunas de las normas contenidas en el Código Procesal Constitucional actualmente vigente y pertinentes de ser utilizadas durante la tramitación o secuela de un proceso de cumplimiento (lo mismo podría suceder en el caso de la legislación aplicable

---

17 Así lo señalaba el artículo 74 del Código Procesal Constitucional del 2004. Aunque hay que reconocer que este temperamento ya no se ha vuelto a repetir, por lo menos formalmente, en el esquema del Código Procesal Constitucional del 2021 que pareciera haber optado por autonomizar los trámites específicos de cada proceso de tutela.

por vía supletoria) fuese objetada como contraria a la Constitución y se hiciera indispensable definir sobre dicha objeción.

En tal supuesto esta claro que el debate suscitado al interior del proceso se dividiría nominalmente en dos fases correlativas. Una preliminar o de saneamiento concerniente con la definición de la norma procesal aplicable, y una segunda, referida a la dilucidación de la controversia central<sup>18</sup>. De esta forma y si la norma de procedimiento es inaplicable por las razones de inconstitucionalidad previamente detectadas el juzgador decidirá de inmediato y sin más trámite lo pertinente con la pretensión o tema de fondo.

## 5.2. Control difuso de tipo sustantivo o material

Mas probable de presentarse sería sin embargo un control difuso de tipo sustantivo o material. Este último podría darse si la norma legal cuyo cumplimiento se invoca como materia central del petitorio fuese al mismo tiempo y por sorprendente que parezca contraria a la norma fundamental<sup>19</sup>. En tal caso, el juez constitucional evidentemente no aplicara la norma no porque quiera contradecir los objetivos del proceso

---

18 Cuando hablamos de dividir al proceso en dos fases, naturalmente no estamos haciendo eco de la absurda tesis que lamentablemente y durante años impero en nuestro medio tras la reforma introducida por el artículo 1 de la Ley 28946 sobre el artículo 53 del Código Procesal Constitucional del 2004 para el caso del amparo y que como se recordará incorporó el denominado auto de saneamiento procesal obligando a una innecesaria dilatación del proceso constitucional (situación que felizmente ha sido eliminada por completo en el esquema del Código Procesal Constitucional del 2021), sino a la lógica de aplicar dos tipos de razonamiento que bien podrían ser correlativos para el momento de expedir la sentencia. El saneamiento, en otras palabras bien podría operar junto con la decisión final.

19 Este razonamiento iría de la mano con una de las reglas imperativas establecidas por el precedente recaído en el anteriormente citado Exp. N° 0168-2005-PC/TC y que enfatiza que el mandato debe “Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento”. Por lo demás y como en su momento lo preciso nuestro colega Rojas Bernal, José Miguel “...del hecho de que un determinado *mandamus* este reconocido en una ley o un acto administrativo, no se sigue necesariamente que aquel sea de ineludible y obligatorio cumplimiento, pues nada de ello enerva la facultad que tiene el juez constitucional de examinar la legalidad y/o constitucionalidad de la fuente normativa cuyo cumplimiento se exige” lo que supone que “el mandato debe ser uno conforme a la ley y a la Constitución”. Cfr. “Características que debe contener el *mandamus* en el proceso de cumplimiento”; *Gaceta Constitucional*; Tomo 56; Lima, Agosto del 2012; Pág. 49.

de cumplimiento, sino porque tal aplicación lo conduciría irremediablemente a vulnerar la propia Constitución en cuanto norma suprema<sup>20</sup>.

Naturalmente en este caso y siguiendo las máximas de razonamiento aplicables al control difuso previstas en su día por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004 y actualmente reproducidas en el artículo VII del Código del 2021, el mismo deberá sujetarse a que a) la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso y b) la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, a pesar de haberse intentado interpretar de conformidad con la misma.

Este segundo supuesto sin duda y como ya lo hemos adelantado en otro momento, plantearía toda una paradoja, pues conocido es que el control difuso suele ejercerse cuando se va a emitir un pronunciamiento estimatorio o, lo que es lo mismo, declarar fundada una demanda. No obstante aquí nos encontraríamos con un escenario totalmente opuesto, uno en que el control difuso sería el mecanismo susceptible de utilizar pero más bien para validar un pronunciamiento desestimatorio, o lo que es lo mismo, declarar infundada la correspondiente demanda. Toda una sorpresa<sup>21</sup>.

189

En los términos del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, será pues aplicable lo expresamente previsto por su artículo 66 sobre reglas aplicables para resolver la demanda y en particular, su inciso 4) cuyo texto deja claramente establecido que:

---

20 Esta claro por lo tanto, que cuando una norma legal contraviene la Constitución por cualquiera de los vicios establecidos por la misma o por el Código Procesal Constitucional (inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucional total o parcial, inconstitucionalidad directa o indirecta) la fuerza normativa que la acompaña y que se presume como legítima, cedería paso al principio de supremacía constitucional posibilitando con ello el pleno ejercicio del control difuso.

21 Tanto más cuando desde nuestra más antigua jurisprudencia (Cfr. al respecto la sentencia recaída en el Exp. N° 0145-1999-AA/TC. Caso: Industria de Confección Textil y otras) se ha venido afirmando que en materia de control difuso el objeto de la impugnación debe ser un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. Y esta claro que en el supuesto comentado no hablamos de objeto de impugnación, sino al contrario, de una norma que más bien pretende ser aplicada.

*“Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda”.*

Consideramos nosotros que este tipo de situaciones pueden presentarse precisamente como resultado de los matices que rodean al objetivo del proceso comentado. Si como en efecto ocurre el proceso de cumplimiento pretende *prima facie* la defensa de la legalidad, esta claro que ante el contexto de que tal objetivo se contraponga a la defensa de la constitucionalidad, su carácter de proceso constitucional es lo que en definitiva debe primar.

Como tempranamente y desde hace muchos años lo advirtió nuestro Colegiado en el Exp. N° 4549-2004-PC/TC o Caso Carlos Alberto Vargas Lamela<sup>22</sup> *“...lo que en tal proceso aparece como cometido inmediato (protección y eficacia de la ley), debe ceder paso al cometido mediano (protección y eficacia de la Constitución)”* no significando ello en modo alguno *“que se pretenda desarticular el rol del proceso de cumplimiento, sino el de orientarlo siempre o bajo toda circunstancia en provecho de la finalidad que en un sentido amplio persigue todo proceso constitucional, y que no es otra que la defensa de la Constitución”* (Fundamento octavo, acápite c).

190

Es pues solo de la forma descrita que se explica la razón de su ubicación y evidente pertinencia como uno de los instrumentos inobjetables de tutela constitucional.

---

22 Ejecutoria publicada en la página web del TC el 15 de setiembre del 2005.

# El proceso constitucional de cumplimiento y la eficacia de disposiciones legales que protegen derechos fundamentales

✉ MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE\*

## 1. Introducción

El proceso constitucional de cumplimiento es un instituto procesal cuyo objetivo central reside en que los jueces/zas ordenen a las autoridades y funcionarios públicos dos cuestiones esenciales: (i) que cumplan con los mandatos que se derivan de una norma de rango legal o reglamento, y de los actos administrativos de carácter general o particular, y (ii) que se pronuncien expresamente cuando las normas legales les ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento (Calle, *et al.*, 2019: 83; Landa, 2018: 147)<sup>1</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional –en reiterada jurisprudencia– ha sostenido que el proceso constitucional de cumplimiento, como todos los procesos constitucionales, presenta una doble dimensión (STC 023-2005-AI/TC, fundamento 11; STC 04853-2004-AA/TC, fundamento 33): objetiva y subjetiva. En virtud de la primera, se constituye en un mecanismo de protección los de principios y los valores que informan

191

\* Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales de la Presidencia del Gobierno de España, profesora de pre y postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 Si bien la denominación adoptada por la Carta Fundamental de 1993 para designar a este instituto procesal es «Acción de cumplimiento» (artículo 200, inciso 6), siguiendo lo dispuesto por la primera disposición final del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, y la jurisprudencia del intérprete supremo de la Constitución, en este artículo se adoptará la denominación «Proceso de cumplimiento».

todo el ordenamiento jurídico. En su dimensión subjetiva, constituye un medio de tutela de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, el Alto Tribunal estima que:

«El proceso de cumplimiento no solamente debe procurar que se logre la eficacia del ordenamiento jurídico, asegurando que tanto las normas legales como los actos administrativos surtan plenos efectos, sino, además, la tutela de aquellos derechos fundamentales vinculados a aquella norma legal o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende» (STC 02576-2008-AC, fundamento 10).

De este modo, el Tribunal Constitucional establece dos cuestiones básicas en relación con los objetivos de este proceso constitucional. En primer lugar, que la finalidad esencial del proceso de cumplimiento es la protección de la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. En segundo lugar, que el proceso de cumplimiento también puede servir –en aquellos casos en que el mandato cuyo cumplimiento se exige está directamente relacionado con uno o más derechos fundamentales– como un medio de **«protección indirecta»** de los derechos los derechos fundamentales (STC 02576-2008-PC/TC, fundamento 9; STC 2002-2006-PC/TC, fundamento 18).

192

Bajo esta premisa, el presente trabajo se centra en el análisis del proceso constitucional de cumplimiento desde la óptica de la **«protección indirecta»** de los derechos fundamentales, más precisamente, se ocupa del cumplimiento de disposiciones normativas –de rango constitucional (STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 15) o infraconstitucional– que protegen derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad.

Ahora bien, aunque la «vulnerabilidad» como categoría jurídica es empleada cada vez con mayor frecuencia en las disposiciones normativas (convenciones internacionales)<sup>2</sup>, la doctrina y la jurisprudencia (Liedo,

---

2 A título de ejemplo se pueden citar, entre otros, el «Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados» (1995) que, reconoce las necesidades especiales de los niños, cuya situación

2021; Barreré, 2016); su significado, no es ciertamente unívoco. Asimismo, como pone de relieve la iusfilósofa Susanna Pozzolo (2019), el uso de esta noción puede suponer ciertos peligros, entre los que destacan, los efectos discriminatorios o victimizadores que, frecuentemente conllevan. Sin embargo, aun teniendo en consideración estos problemas, la potencialidad que supone el uso de esta categoría en la praxis judicial es –a entender de La Barbera (2019)– la capacidad de dar cuenta de las causas estructurales que determinan las violaciones sistemáticas de derechos, abriendo la posibilidad de un abordaje de las violaciones de derechos en su dimensión sustantiva y transformativa.

El trabajo se estructura en dos partes. En la primera, se examina los antecedentes, la regulación y la naturaleza jurídica del proceso constitucional de cumplimiento. En la segunda parte se analizan tres sentencias emblemáticas del Tribunal Constitucional sobre el cumplimiento de disposiciones normativas que protegen derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad: (i) personas indígenas (STC 06349-2015-PC/TC); (ii) personas con discapacidad (STC 04104-2013-PC/TC); y, (iii) mujeres en situación de pobreza (STC 7435-2006-PC/TC). Personas que, de acuerdo con los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben contar con una protección reforzada.

### **2.1. Antecedentes del proceso constitucional de cumplimiento.**

El origen remoto del proceso de cumplimiento se sitúa en derecho inglés medieval, concretamente, en la institución procesal del «writ of mandamus» (Landa, 2018; Ramelli, 2000). Esta institución habilitaba tanto a la Corona como a los particulares a solicitar a los jueces que ordenen a una autoridad renuente a cumplir de manera perentoria con un

---

económica, social y género les expone de manera especial a la vulneración de sus derechos a causa del reclutamiento o utilización en situación de hostilidad; y, la «Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares» (1990) que hace referencia a la situación de vulnerabilidad en la que, con frecuencia, se encuentran los trabajadores migrantes y sus familiares debido a la lejanía de su país de origen y a las dificultades que encuentran en el país donde trabajan.

deber legal incumplido. El *mandamus* tuvo especial importancia durante la fase de consolidación del imperio británico (entre mediados de los siglos XVII y XIX), como un mecanismo que contribuía en el cumplimiento de las leyes y reglas del derecho común en una época en la cual el aparato administrativo del Estado inglés no alcanzaba a llegar a todos los confines del imperio (Calle, *et al.*, 2019).

Carleton K. Allen, en el título preliminar de la obra *Las fuentes del derecho inglés*, presenta la siguiente definición:

«El mandamus es un importante auto privilegiado, inventado con el propósito de salvar los defectos de la justicia. La Carta Magna obliga a la Corona a no negar justicia a nadie. Por tanto, si no hay otros medios para hacer justicia, se concede el auto de mandamiento para permitir que se haga justicia. Por tanto, cuando alguna autoridad pública o administrativa tiene un deber absoluto (no discrecional) de llevar a cabo una determinada función y, en demanda debidamente hecha se niega a realizarla, cualquier persona que tenga un interés legítimo y suficiente en su realización puede, con tal que carezca de otro recurso igualmente conveniente, benéfico y eficaz, recurrir al Tribunal Supremo solicitando un mandamiento que obligue a realizar el deber» (Allen, 1966).

194

Como se advierte, el «writ of mandamus» fue instituido como un remedio concreto a través del cual los jueces ingleses ejercían un control sobre la actividad de las autoridades administrativas (Ramelli, 2000).

Entre el importante número de instituciones jurídicas del antiguo *common law* inglés adoptados en los Estados Unidos de América se encuentra el «writ of mandamus». De hecho, como pone de relieve Dorado Porras en su obra *Lucha por la Constitución* (2001), para los juristas de la colonia, tanto las instituciones del Derecho inglés como los autores ingleses (fundamentalmente, los clásicos), fueron su principal fuente de conocimiento del Derecho. En esa misma línea argumentativa, Cueva Fernández, en *De los niveladores a “Marbury vs. Madison”: la génesis de la democracia constitucional*, precisa que, “los colonos se habían llevado

consigo, como si de propiedades se tratara, sus derechos ingleses, los cuales, por tanto, pasaban a heredarse” (2011: 295).

En efecto, uno de los casos más importantes de la historia del constitucionalismo americano, *Marbury versus Madison* (conocido como el «caso del mandamus»), decidido en 1803 por el Tribunal Supremo americano –causa que marca la fecha de inicio de la historia del control de constitucionalidad (Tushnet, 2013;)<sup>3</sup>– tiene su origen en la petición de un «writ of mandamus»: William Marbury solicita al Tribunal Supremo para que conmine al secretario de Estado a enviar la comisión a la que el demandante tiene derecho y le permita, de este modo, ocupar el puesto para el que fue nombrado por John Adams, presidente de los Estados Unidos (Ahumada, 2006). De hecho, para Aguiar de Luque fue esta emblemática sentencia (*Marbury Vs. Madison*) la que permitió materializar la *Judicial Review of Legislation*. Instituto procesal a través del cual los constituyentes estadounidenses pretendieron y lograron dar contenido a uno de los principios básicos del texto constitucional de 1787: que los principios y reglas consagrados en la Constitución constituyen el supremo derecho que hay sobre la tierra (2019).

El sistema americano de justicia constitucional, junto con las instituciones heredadas del Derecho inglés e inspiradas en él, presenta –más allá de la innegable progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano, al que alude Fernández Segado (2003)– una posición verdaderamente central en el desarrollo del derecho constitucional de los países del continente americano (concretamente, latinoamericano). La centralidad de su influencia se evidencia con mayor fuerza, ciertamente, a partir de la última década de siglo XX, con la promulgación de Constituciones que, de ser consideradas «meras Cartas políticas» sin fuerza vinculante, adquieren Carta de naturaleza de verdaderas Normas jurídicas Fundamentales –en el

---

3 En el relato estándar de la historia constitucional, el Caso *Marbury vs Madison* marca el inicio del control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, diversos autores precisan que antes de este emblemático caso ya había un robusto desarrollo de esta idea. En ese sentido, Mark Tushnet en *Constitucionalismo y Judicial Review*, sostiene que incluso antes de este caso, los jueces habían asumido que tenían el poder para anular normas (Tushnet, 2013).

caso peruano a partir de la Constitución de 1979 (Ramos Núñez, 2018)<sup>4</sup>–, revestidas de supremacía y dotadas de órganos jurisdiccionales –concentrados, difusos y/o mixtos– e institutos jurídicos destinados a garantizar dicha supremacía (Ferreres Comellas, 2011).

Pues bien, entre los instrumentos de naturaleza judicial destinados resguardar la supremacía de la Constitución y –en el marco de un Estado Constitucional– asegurar la vigencia efectiva de los derechos, principios y valores que reconoce y garantiza, se instituyen los procesos constitucionales<sup>5</sup>. La acción de cumplimiento es uno de los institutos procesales que fueron incorporados en las Cartas Fundamentales de diversos países de América Latina, entre las que destacan, la Constitución de Colombia de 1991; la Constitución de Bolivia de 2009; la Constitución de Ecuador de 2008 –país en el que adopta la denominación de acciones constitucionales por incumplimiento y de incumplimiento– y la Constitución de Perú de 1993. En ese sentido, Castro Patiño, estima que el proceso constitucional de cumplimiento es uno de los más novedosos mecanismos de exigibilidad del cumplimiento de la ley y de las normas administrativas incorporadas en las Cartas Fundamentales de los países de la Comunidad Andina de Naciones (2017).

---

4 La Constitución de 1979, décima primera de la historia constitucional del Perú, fue la que introdujo el control concentrado de la Constitución a través de un órgano concreto: el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). Hasta entonces, sostiene Ramos Núñez en su obra *La letra de la Ley. Historia de las constituciones del Perú*, «se había privilegiado únicamente el control político, a cargo ya sea del Congreso o del Consejo de Estado». (Ramos Núñez, 2018: 102).

5 En el caso peruano, los procesos constitucionales destinados a preservar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales diseñados por el constituyente se encuentran consagrados en los artículos 200 y 202.3 de la Constitución de 1993. El proceso de inconstitucionalidad y la acción popular, cuya finalidad es garantizar la supremacía jurídica de la Constitución frente a la ley, las ordenanzas regionales y locales y demás normas administrativas; el conflicto de competencias mediante el que se resuelven las controversias entre los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) organismos constitucionalmente autónomos ( JNE, BCRP, SBS, entre otros) y los niveles de gobierno central, regional y municipal, por el ejercicio de competencias y funcionales asignados por la Constitución; y, los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento tienen por objeto proteger los derechos fundamentales frente a hechos o actos de las autoridades públicas y de los particulares. (Landa, 2018).

En una interesante obra colectiva recientemente reeditada bajo el título «*Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*», Campuzano Gallegos (2021) pone de relieve dos cuestiones importantes sobre la regulación de este instituto procesal en Colombia y Bolivia. En el primero de los países, fue incorporado en el artículo 87 de la Constitución de 1991. Este artículo preceptúa que 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 al cumplimiento del deber omitido. Asimismo, de acuerdo con la disposición reglamentaria, Ley 393 de 1997, son los juzgados contencioso-administrativos y el Consejo de Estado los encargados de esta tarea. En el caso de Bolivia, este instituto procesal se incorpora en el artículo 134 de la Constitución. El precepto dispone lo siguiente: «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».

Para el caso de Ecuador, Castro Patiño (2020), en la obra publicada bajo el título «Las acciones constitucionales por incumplimiento y de cumplimiento en los países de la Comunidad Andina de Naciones. Especial referencia al caso ecuatoriano», examina la configuración normativa y jurisprudencial de este instituto procesal, el autor de la obra –que, tiene origen en su tesis doctoral– estima que el incumplimiento por acción u omisión de las disposiciones legales o de las normas administrativas de carácter general, así como de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, vulnera principios básicos del Estado constitucional, que están elevados a rango constitucional, como la seguridad jurídica la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y el derecho implícito que tenemos todos los gobernados a que las leyes y las normas administrativas se cumplan.

La acción por incumplimiento diseñada por la Constitución de Ecuador comprende también la posibilidad de exigir el cumplimiento de sentencias (Castro Patiño, 2017). En ese sentido, Soto Calderón (2018), en un trabajo publicado bajo el título de «La acción de incumplimiento y su comportamiento jurídico en el Ecuador durante los años 2009 a

2018» en el que examina los principales elementos conceptuales y legales sobre la acción de incumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales, precisa lo siguiente:

«La acción de incumplimiento es una garantía constitucional que tiene por objeto la protección y tutela para cumplimiento inmediato de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales; por su parte 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» (2018: 148).

Se advierte, en consecuencia, que si bien proceso constitucional de cumplimiento preceptuado, entre otras, por las Cartas Fundamentales de Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú, comparte, en líneas generales, un origen remoto común; sin embargo, presenta peculiaridades concretas que se traducen en instrumentos procesales con configuraciones diversas. De ahí que, autores como Castro Patiño (2020), estimen necesario un esfuerzo de unificación de diseños institucionales que generen el cumplimiento de los objetivos de este instituto procesal, compartido por estos países, en el marco de los Estados Constitucionales instituidos, fundamentalmente, a partir de la última década del siglo XX.

## 2.2. Regulación jurídica del proceso de constitucional de cumplimiento

Doce constituciones han regido en el Perú desde su nacimiento como República libre e independiente, en 1821. Desde esta fecha, puede hablarse, ciertamente, del inicio del constitucionalismo peruano (García Belaúnde, 2016)<sup>6</sup>. No obstante, Ramos Núñez (2018) en *La letra de la ley. Historia de las Constituciones*, pone de relieve que si bien la primera

---

6 Ramos Núñez (2018) en *La letra de la ley. Historia de las Constituciones*, sostiene que si bien la primera Constitución del Perú es la de 1823; sin embargo, el constitucionalismo peruano se inició propiamente, sostiene el historiador del Derecho, con la Constitución de Cádiz de 1812.

Constitución del Perú fue promulgada en 1823; sin embargo, el constitucionalismo peruano inició propiamente con la Constitución de Cádiz de 1812, en cuya deliberación participaron diputados peruanos. De entre estas doce Cartas Fundamentales –prolífica producción– sólo la Constitución de 1993, décimo segunda Carta Magna del Perú, vigente en la actualidad, consagra el proceso constitucional de cumplimiento, entre los siete procesos constitucionales destinados a garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales<sup>7</sup>.

En efecto, la Constitución de 1993, en su título V, «De las Garantías Constitucionales», regula: (i) los procesos constitucionales y, (ii) la estructura y funciones del Tribunal Constitucional. Si bien la Carta Fundamental mantiene la denominación de estos institutos procesales: «Garantías Constitucionales», adoptada por su predecesora, la Constitución de 1979, efectúa dos cambios sustanciales. En primer lugar, cambia la denominación del intérprete supremo de la Constitución, de Tribunal de Garantías Constitucionales a Tribunal Constitucional, también su composición y la forma de elección de los integrantes del Alto Tribunal (artículo 201 de la Constitución). En segundo lugar, amplía el número de los procesos constitucionales, concretamente, incorpora tres procesos: (1) el proceso constitucional de conflictos de competencia, o atribuciones; (2) el proceso constitucional de hábeas data; y, (3) el proceso constitucional de cumplimiento (Abad, 2019).

El proceso constitucional de cumplimiento, materia de análisis del presente trabajo, se encuentra regulado en el artículo 200, inciso 6° de la Carta Fundamental que, a la letra prescribe que, son garantías constitucionales:

---

7 Como es ampliamente conocido, la Constitución de 1993 consagra siete procesos constitucionales destinados a garantizar (i) la supremacía de la Constitución y (ii) la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. El proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data, el proceso de cumplimiento, el proceso de acción popular, el proceso de inconstitucionalidad; y, el proceso competencial (artículo 200 y 202, inciso 3).

«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».

Como es natural en el marco del Estado Constitucional, la obra del constituyente ha sido completada por el legislador y por el Juez Constitucional, más precisamente, por el Tribunal Constitucional. Veamos:

El legislador del Código Procesal Constitucional de 2004 (Ley N° 28237) destinó todo un título, compuesto por 9 artículos (del 66 al 74), al proceso de cumplimiento, superando ampliamente la ínfima atención que la Ley N° 26301- Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, le dispensara. El 23 de julio de 2021, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. El legislador de este Código también destina un capítulo, compuesto de 9 artículos (del 65 al 73).

200

En efecto, en el Título V del Código Procesal Constitucional de 2021 se precisan tres cuestiones básicas sobre este proceso. En primer lugar, el objeto del proceso de cumplimiento que, de acuerdo con la dicción literal de la disposición es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- «1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento» (artículo 65°)

En segundo lugar, se precisan cuatro reglas aplicables para resolver la demanda (artículo 66) y la legitimación activa y pasiva de este proceso, haciendo una distinción clara de quiénes son los sujetos legitimados para iniciar el proceso de cumplimiento normas con rango de ley y reglamento, y quiénes en el caso de que el proceso tenga por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo (artículo 67). Se establece, asimismo, quiénes son los sujetos pasivos de este proceso constitucional

(artículo 68). En tercer lugar, este capítulo se ocupa de precisar el requisito especial de procedencia de la demanda (artículo 69) y las causales de improcedencia, en concreto, introduce ocho causales de improcedencia (artículo 70).

Por su parte, el Tribunal Constitucional establece con carácter de precedente –emitido conforme lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de 2021)– requisitos específicos para la procedencia de los procesos de cumplimiento, los mismos que se hallan expresados en los fundamentos 14, 15, y 16 de la conocida sentencia recaída en el expediente 0168-2005-PC/TC, caso «Maximiliano Villanueva Valverde»<sup>8</sup>. En concreto, establece los criterios para identificar el «mandamus» susceptible de tutela a través de este proceso. El Alto Tribunal, sostiene que, en el marco de su función de ordenación es indispensable el establecimiento de determinados requisitos mínimos comunes a los mandatos contenidos en las normas legales y actos administrativos cuyo cumplimiento se exige, los mismos que han sido desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional a fin de no desnaturalizar el carácter breve y expeditivo del proceso de cumplimiento (fundamento 23).

En el primer fundamento establecido como precedente, se precisan los requisitos mínimos del «mandamus». La dicción literal es la siguiente: «para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

---

8 El Tribunal Constitucional resuelve, «Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente» (STC 0168-2005-PC/TC)

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente 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» (...) (Fundamento 14)

En el segundo fundamento prescrito como precedente, el Tribunal Constitucional presenta una suerte de justificación de la configuración de los precitados requisitos. Así, señala que, «estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, 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 actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas» (Fundamento 15).

Finalmente, en el tercer fundamento establecido como precedente, el Tribunal Constitucional estipula que, «en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda (...)» (Fundamento 16).

El Alto Tribunal concluye señalando que, las precitadas características básicas del proceso de cumplimiento responden al diseño establecido por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, preservando, en última instancia, «su carácter especial de ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima». Un proceso rápido y, sobre todo, eficaz.

### **2.3. Naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento**

El constituyente de 1993 consagra el «proceso de cumplimiento», junto con el proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data, proceso de inconstitucionalidad, acción popular y competencial, en el Título V de la Constitución, reservado a las «garantías constitucionales». Esta configuración efectuada por el constituyente refleja, a entender de León Vásquez (2009), su importancia como instrumento de tutela subjetivo y objetivo de un específico ámbito de protección constitucional. Ahora bien, más allá del reconocimiento explícito del carácter constitucional conferido por el constituyente a este proceso, lo cierto es que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha generado un debate –aún persistente– sobre la naturaleza constitucional del proceso de cumplimiento.

**2.3.1.** En el primer escenario, es decir, en el ámbito de la doctrina, se presentan hasta dos puntos de vista claramente divergentes en torno a la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento:

- (i) Por un lado, se encuentran quienes objetan la naturaleza constitucional de este proceso. En este ámbito se sitúa, entre otros autores, Abad Yupanqui, para quien el proceso de cumplimiento no es, en rigor, un proceso constitucional. La razón que esgrime el autor es que este proceso «no garantiza de modo inmediato y directo la tutela de los derechos fundamentales o el principio de supremacía constitucional» (2018: 78). Otro de los argumentos que abonan la propuesta que objeta el carácter constitucional del proceso de cumplimiento se centra en su objeto de protección, se sostiene que, al estar vinculado con el cumplimiento de normas y actos de la administración, el proceso de cumplimiento es de carácter administrativo y no constitucional. En consecuencia, se encontraría enmarcado en ámbito del derecho administrativo, más precisamente, se trataría de un proceso administrativo constitucionalizado. (Landa, 2018; León, 2009)

La consecuencia de esta consideración objetora –que le niega el carácter de proceso constitucional– es postular la supresión del proceso de cumplimiento de la Constitución. Se argumenta

que el ámbito de protección del proceso de cumplimiento se puede subsumir en el proceso de amparo y/o en el proceso contencioso administrativo. De hecho, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional peruana, constituida en el proceso de «transición política» liderada por Valentín Paniagua Corazao que, entre otros, abordó el tema de las garantías constitucionales, sostuvo lo siguiente:

«En la medida que la Acción de Cumplimiento no tiene por finalidad específica la defensa de los derechos humanos o la supremacía constitucional se propone su eliminación constitucional autónoma. En rigor, dicho proceso constituye una modalidad del proceso contencioso administrativo frente a las omisiones de la administración pública» (2001: 820).

- ii) Por otro lado, se encuentran quienes defienden la naturaleza constitucional del proceso de cumplimiento. Este punto de vista, en la doctrina, estaría representado, entre otros autores, por Landa Arroyo, para quien el proceso de cumplimiento sería un auténtico proceso constitucional. Las razones que esgrime el autor son, básicamente tres. En primer lugar, sostiene que este proceso tiene la finalidad de tutelar un derecho fundamental específico: asegurar la eficacia y exigir el cumplimiento de las normas jurídicas y actos administrativos emitidos, así como que se dicten los reglamentos y resoluciones administrativas faltantes que manda la Ley. En segundo lugar, estima que el proceso de cumplimiento es un mecanismo de protección indirecta de otros derechos fundamentales. En tercer lugar, considera que el proceso de cumplimiento comparte las características de todo proceso constitucional, especialmente el principio de adecuación de formalidades a los fines de los procesos constitucionales: forma parte de la tutela de urgencia, con un procedimiento sumario y sujeto a los principios previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (2018: 148-149).

**2.3.2.** En el segundo escenario, esto es, en el ámbito de la jurisprudencia, se advierte que el Tribunal Constitucional desarrolla hasta dos criterios ciertamente divergentes en relación con la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento. Así, en una primera etapa, el Alto Tribunal sostiene que:

«La acción de cumplimiento es un ‘proceso constitucionalizado’ que, prima facie, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa. Se trata, por tanto, de un ‘proceso constitucionalizado’, como, a su vez lo es el contencioso-administrativo, y no en estricto de un ‘proceso constitucional’, toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando este haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200, inciso 6)» (STC 0191-2003-AC/TC, fundamento 21).

205

En una segunda etapa, el Tribunal Constitucional cambió de criterio y establece que el proceso constitucional es un proceso constitucional que tiene por finalidad defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Así, establece que:

«(...) Conforme a los artículos 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento». (STC 00168-2005-AC/TC, fundamento 7).

Asimismo, el Tribunal Constitucional sostiene que el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos. En efecto, para el Alto Tribunal:

«Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3.º y 43.º), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38.º) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51.º) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia». (STC 00168-2005-AC/TC, fundamento 11)

### **3.1. El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de los pueblos indígenas**

En el año 2014, Santiago Manuin Valera (líder indígena Awajún) y Wrays Pérez Ramírez (líder indígena Wampis), inician un proceso constitucional de cumplimiento contra el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas con el propósito de hacer efectivo el *mandato* dispuesto en (i) una norma legal de carácter procesal y (ii) en una norma constitucional. Se exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957), que prescribe lo siguiente:

«[...] 2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.

3. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender».

Se exige, asimismo, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que a la letra prescribe:

«Toda persona tiene derecho: a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete».

En concreto, los demandantes solicitan que, en cumplimiento del **mandato** prescrito en las precitadas normas, la Corte Superior de Justicia de Amazonas cumpla con proveer, de manera permanente y potencial, a los miembros de la etnia awajun wampis que no hablen idioma castellano o tengan problemas para entenderlo, intérpretes que cuenten con conocimientos jurídicos que les permitan traducir a dicho idioma los términos propios de los procesos penales que enfrenten en dicha Corte cuando sea requerido.

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia. En efecto, el Juzgado Mixto Penal Unipersonal de Condorcanqui de la Corte Superior de Justicia de Amazonas declaró infundada la demanda por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se exige debe ser cumplido dentro de un proceso judicial específico por parte de los magistrados que conocen el caso y no por el presidente de la Corte Superior de Justicia, quien carece de legitimidad pasiva para ser emplazado por estar fuera de sus atribuciones. La Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba de la Corte Superior de Justicia de Amazonas confirmó la sentencia de primera instancia por estimar que, en autos no obran actas de audiencias de cuyo contenido se pueda evidenciar que los distintos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Amazonas hayan omitido designar intérpretes a los procesados awajun-wampis en

los diversos procesos penales que afrontan respecto al caso “Baguazo”. De acuerdo con la Sala, por el contrario, en dicho proceso penal se advierte que los procesados cuentan con un intérprete. En consecuencia, considera que no se advierte que se haya producido incumplimiento alguno. Contra la sentencia de vista, los recurrentes interponen recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia publicada en su portal web institucional el 07 de septiembre de 2020 (Expediente N.º 06349-2015-PC/TC), declara fundada la demanda por considerar que se ha acreditado la renuencia de la Corte Superior de Justicia de Amazonas en dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el sentido de proporcionar a los miembros de la etnia nativa awajun-wampis que carezcan de conocimientos del idioma castellano o que tengan problemas para entenderlo un intérprete en dichos idiomas, para todos los procesos que ellos enfrenten en la mencionada Corte Superior. Ordena, en consecuencia, que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal, en el plazo máximo de 10 días.

208

Como se advierte, en esta emblemática sentencia, el Tribunal Constitucional no solo se limita a ordenar el cumplimiento del *mandamus* contenido en los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, para los demandantes, los líderes indígenas Santiago Manuín Valera y Wrays Pérez Ramírez, sino que extiende los alcances del fallo para la totalidad de procesos a los cuales se enfrenten los miembros de la etnia nativa awajun-wampis en los que por razones de desconocimiento o limitaciones idiomáticas requieran de un intérprete en dichos idiomas. De este modo, a través de este pronunciamiento, el Alto Tribunal, protege –indirectamente– el derecho fundamental de las personas indígenas a expresarse ante la autoridad en su propio idioma. En efecto, en el fundamento central del fallo (fundamento 8) expresa dos cuestiones esenciales que inciden en los derechos de los pueblos indígenas.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional sostiene que la renuencia del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas de proveer de *manera permanente y potencial* intérpretes a los procesados que

pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y que no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo, no solamente afecta el mandato contenido en la norma procesal –incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal–, sino que también representa una afectación grave al contenido constitucionalmente protegido del derecho que tienen los recurrentes a expresarse en su propio idioma ante las autoridades judiciales. Precisa, asimismo, que si la autoridad jurisdiccional carece absolutamente de un servicio permanente y potencial de intérpretes que permitan expresarse a los procesados en un idioma conocido por ellos o si dicho servicio es meramente contingente y sujeto a interrupciones, no se está dando cumplimiento efectivo al mandato tanto de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal como del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

En segundo lugar, establece como regla general el siguiente enunciado: si una persona, cuya lengua materna es diferente al idioma en el cual se desarrolla el proceso judicial que enfrente, carece de conocimiento de dicho idioma o tiene problemas para entenderlo, el órgano judicial competente tiene la obligación constitucional de poner a disposición de manera permanente y potencial intérpretes legos en derecho que estén en capacidad de traducir al idioma materno de dicha persona las circunstancias fácticas y jurídicas propias del proceso que enfrenta. En ese sentido, sostiene el intérprete supremo de la Constitución, ante el derecho subjetivo de los ciudadanos a expresarse ante la autoridad en su propio idioma, corresponde correlativamente *un deber por parte del Estado* de poner a disposición de los procesados de manera permanente y potencial intérpretes que permitan al titular del derecho subjetivo expresarse en su propio idioma ante la autoridad. Estima que solo de esta manera se da un cumplimiento cabal al *mandamus* contenido en la norma procesal cuyo cumplimiento se exige a través de este proceso: incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal.

Teniendo en consideración la realidad pluriétnica y multicultural del Perú, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha puesto especial énfasis en la imperiosa necesidad de hacer efectivo el cumplimiento del mandato contenido en el inciso 19, del artículo 2 de la

Constitución para el trámite de los procesos constitucionales de tutela de derechos (STC 0367-2016-PHC/TC, fundamento 41). Desde esta óptica, en distintos procesos de tutela se ha pronunciado sobre la protección del derecho fundamental de los ciudadanos a expresarse ante la autoridad en su propio idioma. A título de ejemplo se pueden citar tres fallos. En primer lugar, el proceso de amparo 0889-2017-PA/TC, en el que declaró un **Estado de Cosas Inconstitucional (ECI)** la ausencia de vigencia efectiva del derecho a que el Estado peruano se comunique oficialmente en lenguas originarias en las zonas del país donde estas son predominantes, conforme lo disponen el artículo 48 de la Constitución, la Ley de Lenguas, su reglamento y la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad.

En segundo lugar, el proceso de hábeas corpus 7731-2013-PHC/TC, en el que el Tribunal Constitucional reitera que, el derecho de defensa no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido (fundamento 6).

En tercer lugar, el proceso de hábeas corpus 00367-2016-PHC/TC, en el que se dispone que todos los jueces que tengan a su cargo el trámite de procesos constitucionales en los que participen ciudadanos peruanos que se autoidentifiquen como miembros de comunidades indígenas, adopten las medidas necesarias a fin de garantizar su derecho a usar su propio idioma a través de un intérprete durante todo el trámite del proceso (fundamento 42). Asimismo, en esta sentencia se declara Doctrina Constitucional vinculante –en atención a lo dispuesto por el artículo VI del Código Procesal Constitucional– el fundamento 44 en el que enuncia principios que permitan brindar mejores herramientas al juez constitucional para brindar tutela judicial efectiva a favor de las personas indígenas. Entre los que figuran: el principio de acceso a la justicia diferenciada; principio de derecho de defensa; principio pro persona; principio pro pueblo indígena; principio de no discriminación; principio de equidad jurídica; principio de acción afirmativa; trato con respeto a

la diferencia cultural; no revictimización; protección a la identidad e integridad de grupo; principio a ser informado de manera adecuada (Fundamento 44).

### **3.2. El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de las personas con discapacidad**

En el año 2012, Luis Diomodes Tinoco (Presidente de la Federación Regional de Personas con Discapacidad de Junín) inició un proceso constitucional de cumplimiento con el propósito de hacer efectivos *dos mandatos* dispuestos por la Ley N.º 27050, Ley General de las Personas con Discapacidad. Se exigió el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N.º 27050, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28164, que dispone la creación de la Oficina Regional para la atención de las personas con discapacidad OREDIS; y, el artículo 33 de la misma disposición normativa (Ley N.º 27050, modificada por el artículo 1 de la Ley N.º 28164), que establece la obligación de los gobiernos regionales de contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 3% de la totalidad de su personal.

211

En concreto, el demandante solicita que el gobierno Regional de Junín cumpla con lo siguiente:

- i) Que cumpla con crear e implementar la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad - Oredis, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N.º 27050, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28164.
- ii) Que cumpla con contratar a personas con discapacidad en el porcentaje que establece el artículo 33 de la Ley 27050.

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia. En efecto, el Primer Juzgado Civil de Huancayo declara improcedente la demanda por tres razones básicas. En primer lugar, por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se pretende no reúne los requisitos de procedencia establecidos en la STC O 168-2005-PC/TC, dado que se requiere demostrar que la demandada tiene la capacidad

de implementar en forma adecuada con personal a cargo, infraestructura y presupuesto la oficina reclamada, lo que no puede hacerse en vía del proceso de cumplimiento por carecer esta de etapa probatoria. En segundo lugar, por estimar que la disposición de crear una oficina para las personas con discapacidad y de contratar personal con discapacidad es general, por lo que no reconoce un derecho al recurrente, ni puede individualizarse al beneficiario de dicha medida. En tercer lugar, por considera que no se ha acreditado la necesidad urgente de discutir la pretensión en la vía del proceso de cumplimiento. Del mismo modo, la Sala revisora confirma la apelada, por entender que el mandato contenido en las disposiciones cuyo cumplimiento se exige no es incondicional, sino que requiere la ejecución de una serie de procedimientos de carácter administrativo, requisitos y formalidades que deben verificarse previamente. Contra la sentencia de vista, el recurrente interpone recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional advierte que, en el transcurso de la tramitación de la causa, la norma que contiene los artículos cuyo cumplimiento se exige ha sido derogada por la Ley N.º 29973, de 24 de diciembre de 2012 (Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad). Sin embargo, considera que no se ha producido sustracción de la materia debido a que, si bien la norma jurídica en la cual se encuentran contenidos los mandatos ha variado, los mandatos que son objeto del proceso están contenidos en la nueva norma. En efecto, los dos mandatos cuyo cumplimiento se exige en la demanda, se encuentran configurados en la nueva norma del siguiente modo:

- i) La creación de la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad - Oredis, contenida hoy en el artículo 69.1 de la Ley N° 29973; y
- ii) La obligación de los gobiernos regionales de contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, contenida hoy en el artículo 49 de la Ley N° 29973.

Bajo esta premisa, el Tribunal ingresa a analizar el fondo de la controversia y emite sentencia declarando, en primer lugar, improcedente la demanda en el extremo referido a exigencia de cumplimiento del segundo mandato, es decir, el mandato contenido en el artículo 49 de la Ley N° 29973, por estimar que no se ha cumplido el requisito especial de la demanda prescrito en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional. En segundo lugar, declara **fundada** la demanda en el extremo referido a la exigencia de cumplimiento del primer mandato, es decir, el contenido en el artículo 69.1 de la Ley N.º 29973. En consecuencia, ordena al Gobierno Regional de Junín que cumpla con crear la Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad (OREDIS) dentro de su estructura orgánica, conforme lo dispone el artículo 69.1 de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

El Tribunal Constitucional analiza con exhaustividad si el cumplimiento del tipo de mandato materia del presente proceso puede ser exigido en la vía del proceso constitucional de cumplimiento. Ello, teniendo en consideración que, de acuerdo con las resoluciones de las dos instancias previas, no sería posible, debido a que el mandato requerido no cumpliría la exigencia de incondicionalidad contenida en el inciso e) del fundamento jurídico 14 de la STC 0168-2005-PC/TC. En ese sentido, después de realizar un escrutinio sobre condicionalidades de forma y condicionalidades materiales que se requieren para el cumplimiento de un mandato legal o administrativo, el Tribunal considera que el mandato dirigido a los Gobiernos Regionales de crear una Oficina Regional de Atención a las Personas con Discapacidad – Oredis, es un mandato perentorio e inexorable.

Si bien considera que el cumplimiento de dicho mandato requiere por parte de los gobiernos regionales el desarrollo de ciertas acciones para la creación de dichas oficinas y para su implementación efectiva –por ejemplo: la expedición de la ordenanza regional que así lo disponga, la modificación del Reglamento de Organización y Funciones, y del Manual de Organización y Funciones, la habilitación de plazas presupuestadas para el personal a cargo de dicha oficina, entre otras–. La necesidad de que se desarrollen todas estas acciones no impide, sin embargo, que

se tutele la obligación legal de implementar dichas oficinas en el proceso de cumplimiento, sino solo impone que la declaración de renuencia (en caso esta sea determinada) y exigibilidad de dicho mandato se encuentre acompañada de un proceso de seguimiento en vía de ejecución que permita verificar el cumplimiento de todas las acciones encaminadas a que se cumpla con el mandato contenido en la ley.

Precisa que, en el presente caso, la renuencia del Gobierno Regional de Junín a cumplir con el mandato legal que establece la creación de la Oredis se verifica no solo por la ausencia de respuesta al requerimiento explícito de creación de la Oredis formulada por Presidente de la Federación Regional de Personas con Discapacidad de Junín, sino por el tiempo transcurrido desde que se dictó la disposición expresa de crear estas oficinas, y en la cual incluso se estableció un plazo para dicha creación.

Un aspecto sumamente importante es que el Tribunal Constitucional realiza el análisis de este caso a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el modelo social de la discapacidad. Examina las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano en relación con las personas con discapacidad tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De estas obligaciones, sostiene el Tribunal, se deriva el deber del Estado peruano de generar condiciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, traducidas en la adopción de medidas legislativas que permitan su inclusión. Entre tales medidas exigibles destinadas a la consecución de la igualdad figuran los ajustes razonables, el diseño universal y las medidas afirmativas, que son abordadas en la sentencia. Desde esta óptica, el Tribunal sostiene que las precitadas medidas –fundamentalmente, los ajustes razonables– constituyen derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

### **3.3. El proceso de cumplimiento y la eficacia de normas legales que protegen derechos fundamentales de las mujeres**

En el año 2002, la señora Susana Chávez Alvarado y otras interponen demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud con el propósito de hacer efectivo el *mandato* dispuesto en las Resoluciones

Ministeriales N.º 465-99-SAIDM y N.º 399-2001-SAIDM. Se exige que, en cumplimiento de las precitadas disposiciones se garantice la provisión e información del anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo. En virtud de la primera resolución, el Ministerio de Salud aprobó las normas de planificación familiar. Mediante la segunda Resolución, se ampliaron las normas de planificación familiar incorporándose el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) como uno de los métodos anticonceptivos.

Las demandantes señalan que ninguno de los servicios del Ministerio de Salud cumple con el *mandato* establecido por las precitadas Resoluciones, es decir, no cumplen con informar ni proveer el Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE). Renuencia por parte del Ministerio de Salud que, interfiere en el goce de varios derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en los Tratados de derechos humanos y en las leyes. Alegan, asimismo, que el incumplimiento de lo dispuesto en las Resoluciones Ministeriales N.º 465-99-SAIDM y N.º 399-2001-SAIDM tiene consecuencias discriminatorias, ya que (...) aquellas mujeres con recursos económicos suficientes pueden acceder a este método anticonceptivo acudiendo a un servicio de salud privado.

La demanda fue declarada fundada en primera instancia. Se ordenó que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, el Ministerio de Salud garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) incorporada por la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SAIDM, en todos los establecimientos de salud a su cargo. En segunda instancia se declaró la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, se dispuso el archivamiento de la causa. La Sala estimó que mediante Resolución Ministerial N.º 536-2005-MIN-SA, se ha dejado sin efecto el mandato contenido en la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, cuyo cumplimiento se exige, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar, cuya finalidad es actualizar la normatividad aprobada por la Resolución Ministerial N.º 465-99-SAIDM. En consecuencia, concluye la Sala, que no existe un mandato vigente como requisito indispensable para que la demanda de

cumplimiento sea amparada. Contra la sentencia de vista, las recurrentes interponen recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional analiza, en primer lugar, si en el presente caso se ha producido el supuesto de sustracción de la materia. En ese sentido, considera que si bien las normas –que contenían el mandato cuyo cumplimiento se exige– fueron derogadas (perspectiva formal), la obligación seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones que se derivaban del mandato (perspectiva material o sustancial). En efecto, la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, que aprueba la “Norma Técnica de Planificación Familiar”, contiene el mismo mandato, y las obligaciones que de ella se derivan para el Ministerio de Salud subsisten. En consecuencia, a juicio del Tribunal, no se presenta el supuesto de sustracción de la materia porque esta no sólo debe ser formal sino material, es decir que, para aplicar el supuesto de sustracción de la materia el mandato debe ser derogado en su integridad tanto material como formalmente, supuesto que no se ha dado en este caso.

En segundo lugar, el Alto Tribunal examina si los mandatos cuyo cumplimiento se demanda cumplen con los requisitos mínimos exigidos por el precedente constitucional establecido en la sentencia emitida en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2005. Al respecto, considera que, los mandatos examinados son vigentes; son mandatos ciertos y claros; no están sujetos a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; son mandatos de ineludible y obligatorio cumplimiento; y, son incondicionales.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional examina si los mandatos de las normas legales cuyo cumplimiento se exige han sido eficaces o no. En ese sentido, el Alto Tribunal concluye que: (i) el Ministerio de Salud no ha probado que en la actualidad la información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) esté a disposición de las ciudadanas/nos que lo soliciten, por lo que estima que el primer extremo del petitorio debe ser amparado, en el sentido de que el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE al alcance de la ciudadanía; (ii) que ha quedado probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de

poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita. Estima, en consecuencia, que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas, toda vez que se ha evidenciado que, después de cinco años y tres meses de vigencia de los mandatos exigidos, el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a su cumplimiento.

El mandato cuyo cumplimiento se exigió a través de este proceso, ha sido –y aún es– materia de controversia por dos décadas, y ha dado lugar a la emisión de varias resoluciones judiciales. En efecto, en octubre de 2009, el Tribunal Constitucional pronuncia una sentencia (recaída en el Expediente N° 2005-20 09-PA/TC) en la declara fundada la demanda de amparo interpuesta por la ONG “Acción Lucha Anticorrupción”, y ordena al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente. Sin embargo, permite su venta en los establecimientos privados. En julio de 2019, el Primer Juzgado especializado en lo Constitucional de Lima, emite una sentencia en la dispone inaplicar los criterios interpretativos sobre la “concepción” establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, por considerarlos contrarios a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, así como por haberse disipado la “duda razonable” establecida en dicha sentencia. En consecuencia, ordena al Ministerio de Salud a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia (AOE). En septiembre de 2020, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la precitada sentencia y la declara improcedente. En la actualidad, el caso se encuentra nuevamente en el Tribunal Constitucional para el pronunciamiento de esta Alta Corte.

#### **4. A modo de conclusiones**

Una de las finalidades esenciales del proceso constitucional de cumplimiento es la protección de la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Asimismo, en aquellos casos en que el mandato cuyo cumplimiento se exige está directamente relacionado con uno o más derechos fundamentales, también puede ser un medio de «**protección indirecta**» de los derechos los derechos fundamentales.

En este artículo se analizó el proceso constitucional de cumplimiento desde la óptica de la protección indirecta de los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad como son las personas indígenas, las personas con discapacidad y las mujeres que se encuentran en situación de pobreza. Como se advierte, en estos tres casos emblemáticos, el Tribunal Constitucional, a través del proceso de cumplimiento ha protegido indirectamente los derechos fundamentales: derecho al uso de la propia lengua, derecho a los ajustes razonables, derechos sexuales y reproductivos, entre otros.



## Bibliografía

- AGUIAR DE LUQUE, L. (2019), Introducción, en Pérez Tremps, P. (Coord.), *El Papel de la Justicia Constitucional en los Procesos de Asentamiento del Estado Democrático en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARRÈRE UNZUETA, M. (2016). Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación?, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 34, pp. 17-34
- CALLE, M., SENIOR, S., PALACIO, J., Y GÓMEZ, G. (2019), “Acción de cumplimiento”, en *Esquemas de derecho procesal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARLETON K. ALLEN (1966). *Las fuentes del derecho inglés*. Trad. Antonio Ortiz García, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- CORTE IDH (2019), Control de Convencionalidad, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH*, núm. 7. Disponible en: <https://bit.ly/30S3Hy0>
- CUEVA FERNÁNDEZ, R. (2011), De los niveladores a “Marbury vs. Madison”: la génesis de la democracia constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LA BARBERA, M.C. (2019). “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, pp. 235-257.
- LANDA ARROYO, C. (2018), El proceso constitucional de cumplimiento, en *Derecho procesal constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 145-154.

- LEÓN VÁSQUEZ, J. (2009). El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de Derecho. *Foro Jurídico*, (09), 188-196.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2002) Comisión de Estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú, en *Pensamiento constitucional*, núm. 8, pp. 732-829.
- RAMOS NÚÑEZ, C. (2018), *La letra de la Ley. Historia de las Constituciones*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima.
- SOTO CALDERÓN, H. (2018) “La acción de incumplimiento y su comportamiento jurídico en el Ecuador durante los años 2009 a 2018”, en *Holopraxis, Ciencia, Tecnología e Innovación*, Volumen 2, N.º 2, pp.145-161.



# Aspectos procesales del proceso de cumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

✎ ELARD RICARDO BOLAÑOS SALAZAR\*

## 1. Introducción

Con una clara influencia de la Constitución colombiana, la Constitución peruana de 1993 incorporó el proceso de cumplimiento al elenco de procesos constitucionales que ya teníamos. Así, se dejó establecido en el artículo 200°, inciso 6, de la Constitución que dicho proceso “procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Cierto sector de la doctrina nacional considera que el proceso de cumplimiento no es, en sentido estricto, un proceso constitucional.<sup>1</sup> Incluso, esa fue la postura del Tribunal Constitucional en un inicio.<sup>2</sup> Sin embargo, a partir del precedente “Villanueva Valverde” el propio Tribunal Constitucional se decantó por señalar que el proceso de cumplimiento es un proceso constitucional cuyo objeto de protección es el derecho

221

\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor del Tribunal Constitucional del Perú.

1 Cfr: Abad Yupanqui, Samuel. Manual de derecho procesal constitucional. Palestra. Lima, 2019, p. 278; Carpio Marcos, Edgar. “La acción de cumplimiento”. En: Castañeda Otsu, Susana (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Jurista, Lima, 2003, p. 443.

2 Cfr: STC 00191-2003-PC/TC, de fecha 26 de setiembre de 2003, fundamento 2.

fundamental a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y los actos administrativos.<sup>3</sup>

Muchas han sido las posturas expuestas sobre la naturaleza real del proceso de cumplimiento y, como no, del derecho que, en teoría del Tribunal Constitucional, estaría llamado a defender. Se dice, por ejemplo, que la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, antes que ser un derecho, es un principio que subyace a la idea misma de un Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, tal y como ya sostuve en otra oportunidad, muy aparte de la posición que se opte por seguir, lo cierto es que no se puede negar que el proceso de cumplimiento ha servido para que, al menos de manera indirecta, el Tribunal Constitucional proteja muchos derechos fundamentales.<sup>4</sup>

Pero al margen de lo anterior, el propósito de este trabajo no es analizar si es que el proceso de cumplimiento es o no un proceso constitucional. Más bien, partiendo por asumir que la naturaleza de este proceso es constitucional (en consonancia con lo establecido por el propio Tribunal Constitucional en el precedente “Villanueva Valverde”), el objeto de este artículo es dar cuenta sobre cómo la jurisprudencia del supremo intérprete ha ido perfilando los aspectos procesales del cumplimiento. Así, más allá de una lectura estática de lo que establece el Código Procesal Constitucional (en adelante, “CPC”), lo que se hará aquí es una lectura dinámica de las disposiciones procesales de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente establecidos por calificado intérprete. Además, también se abordarán las cuestiones que sobre el particular hayan sufrido alguna modificación a raíz de la Ley N° 31307 publicada en El Peruano el 23 de julio último a través de la cual se aprobó el “Nuevo Código Procesal

---

3 Cfr. STC 0168-2005-PC/TC, de fecha 29 de setiembre de 2005, fundamento 9. Habría que acotar que en recientes sentencias el Tribunal Constitucional, al conceptualizar al proceso de cumplimiento, ha optado por hacerlo llamándolo “mecanismo” para ejercer el control de regularidad del sistema jurídico (...). Ver, por ejemplo: STC 03566-2018-PC/TC, de fecha 13 de noviembre de 2019, fundamento 5; STC 00080-2018-PC/TC, de fecha 9 de noviembre de 2020, fundamento 3.

4 Cfr. Bolaños Salazar, Elard Ricardo. El proceso de cumplimiento en perspectiva. *Gaceta Constitucional*. Tomo 107. 2016, p. 52.

Constitucional” (en adelante, “NCPC”); vigente desde el 24 de julio de este año.

Sin embargo, se debe aclarar desde ya que no se abordarán todas y cada una de las cuestiones procesales que encierra el cumplimiento, puesto que ello resultaría engorroso, considerando que muchas de las figuras procesales que se manejan para este proceso son las mismas que están diseñadas para el proceso de amparo. Por ello, solamente se hará incidencia sobre aquellas cuestiones procesales que son especialmente relevantes por su particularidad para el proceso de cumplimiento.

## **2. Los sujetos activos y pasivos en la demanda de cumplimiento**

### **2.1. La legitimidad activa**

El artículo 67° del NCPC regula la legitimación activa en el proceso de cumplimiento según se trate de exigir el cumplimiento de normas con rango de ley y reglamentos, o de actos administrativos.

Con respecto a las normas con rango de ley y los reglamentos, se señala que cualquier persona está legitimada para interponer la demanda cumplimiento. Es decir, se establece una legitimidad activa amplia para este supuesto, la cual, encuentra justificación en el hecho de que las normas legales y los reglamentos tienen un alcance general y son de interés de la sociedad en su conjunto. En efecto, en estos casos el *mandamus* tiene efectos generales al derivarse de una ley o de un reglamento. Por ende, resulta lógico que cualquier persona o individuo goce de legitimidad para interponer la correspondiente demanda.<sup>5</sup>

Sin embargo, puede darse el caso excepcional en el que, a pesar de estar frente a una norma legal, no necesariamente se encuentre legitimada cualquier persona para la interposición de la demanda de cumplimiento.

Ello ocurrió, por ejemplo, en el caso recaído en Expediente 04058-2018-PC/TC. En dicho caso, una viuda reclamaba que se diera cumplimiento a lo establecido en los artículos 3° y 4° de la Ley N° 29625 que se

---

5 Cfr. STC 4549-2004-PC/TC, de fecha 17 de febrero de 2005, fundamento 3.

referían a la devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que, como su esposo fallecido, habían contribuido a dicho fondo. De igual forma, buscaba que se diera cumplimiento al artículo 8° de reglamento de la referida ley que disponía la entrega del Certificado de Reconocimiento de Aportes y Derechos del Fonavista (CERAD).

Pues bien, el Tribunal Constitucional decidió declarar improcedente la demanda tras considerar que la recurrente no había presentado algún documento que acreditara su condición de heredera. A juicio del Tribunal, si bien cualquier persona está legitimada para interponer una demanda de cumplimiento cuando estamos ante una norma legal o un reglamento, en el caso concreto no se podía pasar por alto que lo que se pretendía era la entrega del CERAD que, según la norma, es un documento que debe ser entregado a cada beneficiario y, en caso de fallecimiento del mismo, a sus herederos, quienes deben estar debidamente acreditados según el reglamento de la propia Ley N° 29625. Por lo tanto, el calificado intérprete de la Constitución señaló que la parte demandante carecía de legitimidad activa para obrar, pues no acreditaba el vínculo jurídico respectivo con quien fuera el beneficiario.<sup>6</sup>

224

Luego tenemos el caso de los actos administrativos. El mismo artículo 67° del NCPC establece que “si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido”.

Como vemos, estamos ante una legitimidad activa restringida por la naturaleza de la pretensión. Será, entonces, el administrado afectado por el incumplimiento de un acto administrativo el que tendrá el derecho de accionar, a través del proceso de cumplimiento, contra la administración pública a fin de que se ordene el cumplimiento de lo establecido en el acto administrativo que, además, debe ser firme, según el inciso 1 del artículo 65° del NCPC. Sin embargo, el mismo artículo 67° establece la posibilidad de que, quien invoque interés para el cumplimiento del deber

---

6 Cf. STC 04058-2018-PC/TC, de fecha 11 de febrero de 2019, fundamento 5.

contenido en un acto administrativo, pueda interponer la demanda de cumplimiento.

Sobre el particular, coincidimos con aquel sector de la doctrina que considera que cuando en esta norma se habla de “interés”, en realidad se está haciendo referencia a un “interés legítimo”. “En este sentido, aquel demandante que invoque interés deberá encontrar en la satisfacción de su pretensión ventajas o utilidades jurídicas de cualquier tipo. Con lo anotado, el demandante no debe alegar solo la existencia de un beneficio personal o un provecho cualquiera, sino que éste debe ser jurídicamente relevante.”<sup>7</sup> Y es que, en efecto, puede darse el caso en el que una persona no se vea directamente “beneficiado” por el acto administrativo expedido, pero que si tenga interés legítimo en que se lleve a cabo su cumplimiento.

Ello ocurrió en el caso recaído en el Expediente 03823-2016-PC/TC. En este caso, un ciudadano buscaba que, en cumplimiento de una resolución gerencial, la Municipalidad Provincial de Huaraz clausurara definitivamente un local comercial de venta de pastelería. Al resolver fundada la demanda, el Tribunal pudo identificar que el ciudadano demandante era propietario de un inmueble colindante al local comercial y que fueron los propietarios de dicho inmueble quienes participaron como denunciantes en el procedimiento administrativo que terminó con la expedición de la resolución gerencial que ordenaba la clausura de dicho local.<sup>8</sup> Como vemos, en este caso el Tribunal pudo advertir que, de parte del demandante, había un legítimo interés en que el acto administrativo cuestionado sea cumplido por la autoridad edil demandada.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 67° del NCPC establece una legitimación activa amplia para los casos de defensa de intereses difusos o colectivos. Esto quiere decir que independientemente de si estamos ante una norma legal, un reglamento o un acto administrativo

---

7 SOSA SACIO, Juan Manuel. “Artículo 67. Legitimación y representación”. En: *Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II*. Pedro Salas (coordinador). Gaceta Jurídica. Lima, 2015, p. 57.

8 Cfr. STC 03823-2016-PC/TC, de fecha 23 de noviembre de 2016, fundamento 11.

firme, cualquier persona podrá interponer la demanda de cumplimiento, siempre que se encuentren de por medio intereses difusos o colectivos.

En este punto cabría hacer la siguiente precisión: “lo que caracteriza a los intereses colectivos es que los mismos corresponden a una serie de personas más o menos numerosa, que están o pueden estar determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico. En cambio, los intereses difusos corresponden a un conjunto de personas absolutamente indeterminadas e indeterminables, sin que exista entre ellas vínculo jurídico alguno; sino más bien, un vínculo de hecho.”<sup>9</sup>

Como vemos, son dos categorías distintas. Así, como un claro ejemplo de una demanda de cumplimiento interpuesta para defender intereses difusos, tenemos la recaída en el Expediente 7435-2006-PC/TC mediante la cual se buscaba garantizar la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en los establecimientos de salud. En este caso, el Tribunal señaló que, al tratarse del cumplimiento de normales legales de carácter general, las recurrentes tenían plena legitimidad por tratarse, precisamente, de la defensa de intereses difusos.<sup>10</sup>

226

Por otro lado, como ejemplo de una demanda de cumplimiento interpuesta para defender intereses colectivos, se puede citar aquella recaída en el Expediente 05427-2009-PC/TC a través de la cual Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) buscaba que el Ministerio de Energía y Minas cumpla con el Convenio N° 169 de la OIT y, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al referido tratado.

En el párrafo final del artículo 67° del NCPC también se señala que la Defensoría del Pueblo está legitimada para interponer demandas de cumplimiento. Al respecto, se debe decir que es inusual que la Defensoría del Pueblo accione esta clase de demandas, puesto que “este

---

9 PRIORI POSADA, Giovanni. “La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional”. *Ius Et Veritas*. Número 14, p. 99.

10 Cfr. STC 7435-2006-PC/TC, de fecha 13 de noviembre de 2006, fundamento 13.

organismo no pretende sustituir a las partes ni convertirse en un abogado de oficio.”<sup>11</sup>

Por último, considero necesario señalar que, aunque no estaba explícitamente señalado en el CPC ni ahora en el NCPC, nada impide que alguna entidad del estado demande a otra vía cumplimiento a fin de buscar que la misma cumpla con dar eficacia a lo dispuesto en alguna norma legal, reglamento o acto administrativo. Por ejemplo, podría perfectamente darse el caso en el que el Congreso de la República demande al Poder Ejecutivo ante el incumplimiento por parte de este último de reglamentar una ley dada que, además, establecía un plazo determinado para su reglamentación.

## **2.2. La legitimidad pasiva**

Sobre los sujetos pasivos en la demanda de cumplimiento, la primera parte del artículo 68° del NCPC<sup>12</sup> establece que la demanda de cumplimiento debe dirigirse contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública. Sobre el particular, conviene precisar que, “si bien señala que la demanda se dirige contra la autoridad o funcionario, debe tenerse claro que la persona es demandada en cuanto ocupa determinado cargo al interior de la administración pública, y no porque tenga una obligación personal que cumplir, desde la perspectiva del Derecho Privado.”<sup>13</sup>

227

Al respecto, el Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que los términos “autoridad pública” o “funcionario público” pueden incluir también a las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos o ejercen funciones administrativas.<sup>14</sup> Es en razón a ello que, por

---

11 SOSA SACIO, Juan Manuel. “Artículo 67. Legitimación y representación”. En: *Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II*. Pedro Salas (coordinador). Gaceta Jurídica. Lima, 2015, p. 60.

12 La redacción de este artículo en el NCPC es idéntica a la que se establecía en el CPC.

13 OPORTO PATRONI, Gabriela. “Artículo 68. Legitimación pasiva”. En: *Código Procesal Constitucional Comentado. Tomo II*. Pedro Salas (coordinador). Gaceta Jurídica. Lima, 2015, p. 62.

14 Cfr. RTC 01223-2012-PC/TC, de fecha 21 de mayo de 2012, fundamento 5.

ejemplo, se han admitido demandas de cumplimiento contra empresas públicas de derecho privado y universidades privadas. Aunque, hay que aclarar, el cumplimiento del mandato legal o del acto administrativo que se demanda en estos casos, debe estar directamente relacionado con el servicio público que prestan.<sup>15</sup>

El Tribunal ha establecido, en consecuencia, que no proceden las demandas de cumplimiento contra sujetos privados. Así, por ejemplo, declaró improcedente la demanda interpuesta contra un Notario Público por considerar que los notarios actúan a nombre y por cuenta propia, sin que sus actos comprometan a la administración.<sup>16</sup>

Al respecto, considero que es necesario repensar este aspecto y reformar el inciso 6 del artículo 200° de la Constitución a fin de establecer que la demanda de cumplimiento procede, también, contra los privados. Esta propuesta obedece a que, desde la perspectiva de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, los privados también están obligados a “defender la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos” como derecho fundamental reconocido por el Tribunal Constitucional (y que precisamente se protege en el proceso de cumplimiento). Y es que no tiene sentido que se haya reconocido dicho derecho y que solo pueda ser oponible ante la autoridad pública, teniendo en cuenta que los particulares también se pueden ver obligados por las leyes y los actos administrativos a cumplir determinadas acciones de concreción.

228

### **3. Causales de improcedencia de la demanda**

Muy aparte de las causales de improcedencia previstas para todos los procesos constitucionales de la libertad (artículo 7° del NCPC<sup>17</sup>), el artículo 70° del NCPC establece ocho causales específicas de improcedencia para el proceso de cumplimiento. En el presente acápite solo se

---

15 *Ibidem.*

16 *Cf.* RTC 03961-2008-PC/TC, de fecha 15 de setiembre de 2008, fundamento 5.

17 El artículo 7° del NCPC era antes el artículo 5° en el CPC. Este artículo si ha sufrido modificaciones con respecto a las causales de improcedencia.

abordarán tres de las ocho causales previstas en el artículo 70° por cuestiones de espacio y por ser las que más dudas generan frecuentemente.<sup>18</sup>

En primer lugar, hablemos de la causal prevista en el inciso 2 del artículo 70° del NCPC que establece que la demanda de cumplimiento no procede “contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley”. Como resulta lógico, no es posible que a través de un proceso ejecutivo como lo es el de cumplimiento se intervenga en la labor legislativa del Congreso, pues ello desnaturalizaría, primero, el proceso constitucional de cumplimiento y, segundo, la labor parlamentaria. No obstante, no deja de ser interesante que hace poco se haya interpuesto una demanda de cumplimiento contra el Congreso de la República a fin de que, en cumplimiento de la actual Ley General de la Persona con Discapacidad, dicho poder del Estado realice un proceso de consulta a las personas con discapacidad a propósito de la nueva propuesta legislativa que pretende derogar la ley antedicha.<sup>19</sup>

En lo particular, considero que no cabría invocar la causal del inciso 2 del artículo 70° del NCPC para rechazar dicha demanda, puesto que, en sentido estricto, lo que se busca es que el Congreso de la República acate una norma legal en el ejercicio de sus funciones (función legislativa).

En segundo lugar, llama la atención la causal prevista en el inciso 3 del artículo 70° del NCPC, según la cual, no precede la demanda de cumplimiento “para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante el proceso de amparo, hábeas data y hábeas corpus”.

---

18 En este punto hay que precisar que el artículo 70° en el NCPC tiene la misma redacción del anterior artículo 70° en el CPC. Sin embargo, es importante hacer notar un error en la nueva redacción: el inciso 7 del nuevo artículo 70° señala, como causal de improcedencia, el no haber cumplido con el requisito especial de la demanda previsto en el artículo 73° del NCPC; sin embargo, si uno revisa dicho artículo, podrá advertir que se hace referencia a la ejecución de la sentencia emitida en un proceso de cumplimiento. En realidad, el requisito especial de la demanda sigue estando en el artículo 69° como en la redacción original del CPC. A ese artículo es al que debería hacer mención el inciso 7 del artículo 70° del NCPC.

19 Ver, al respecto: <https://www.facebook.com/sodisperu/posts/2216367201829554>.

Al respecto, habría que decir que esta causal se debe tomar con pinzas puesto que, según ha demostrado la práctica jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha protegido indirectamente diversos derechos fundamentales a través del proceso de cumplimiento. Así, por ejemplo, se ha podido proteger de manera indirecta a través del cumplimiento el derecho al descanso prenatal y postnatal<sup>20</sup>; el derecho a la salud<sup>21</sup>; el derecho a la consulta previa<sup>22</sup>; el derecho a contar con un intérprete en los procesos judiciales<sup>23</sup>, entre otros. En todo caso, convendría que sea el propio Tribunal Constitucional quien, a través de su jurisprudencia, delimite mejor los alcances de esta causal de improcedencia en vista a los ejemplos de protección indirecta de derechos fundamentales anteriormente citados.

Por último, y para cerrar las causales escogidas para este comentario, tenemos que el inciso 5 del artículo 70° del NCPC establece que la demanda de cumplimiento será improcedente “cuando se demande el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario”. Al respecto, es menester recordar que dicha causal debe interpretarse teniendo en cuenta que “de conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.”<sup>24</sup>

Finalmente, conviene aquí recordar que no procede la demanda de cumplimiento cuando lo que se pretende es buscar la ejecución de una resolución judicial, puesto que, este proceso “en nuestro ordenamiento jurídico, es un proceso constitucional que, debido a su naturaleza jurídica, no resulta idóneo para pretender la ejecución de lo resuelto en una sentencia judicial, sino que el cumplimiento de la misma debe exigirse

---

20 STC 01366-2013-PC/TC, de fecha 26 de setiembre de 2017.

21 STC 2002-2006-PC/TC, de fecha 12 de mayo de 2006.

22 STC 05427-2009-PC/TC, de fecha 30 de junio de 2010.

23 STC 06349-2015-PC/TC, de fecha 14 de julio de 2020.

24 STC 0090-2004-PA/TC, de fecha 5 de julio de 2004, fundamento 9.

dentro del mismo proceso y en la forma prevista por la ley.”<sup>25</sup> De igual forma, se ha señalado que no procede cuando se pretende exigir el cumplimiento de actos administrativos que son expedidos en cumplimiento (valga la redundancia) de una sentencia judicial.<sup>26</sup> A estos los podemos denominar “actos administrativos derivados”.

#### **4. El requisito especial de la demanda de cumplimiento y el plazo para su interposición**

El artículo 69° del NCPC establece, como requisito especial de la demanda de cumplimiento, que el demandante tiene que reclamar de manera previa, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo y que la autoridad debe ratificarse en su incumplimiento o no dar respuesta en el lapso de 10 días útiles.

Una primera cuestión que se debe comentar tiene que ver con el hecho de que algunas entidades o funcionarios públicos suelen creer que el documento de fecha cierta debe ser necesariamente una carta notarial. Esta confusión surge a raíz de la causal de improcedencia prevista en el inciso 8 del artículo 70° del CPC (y que, de hecho, se repite en el NCPC) que establece que la demanda de cumplimiento será declarada improcedente si es que la misma se interpone luego de vencido el plazo de 60 días hábiles contados desde la fecha de recepción de la “notificación notarial”. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha precisado que el hecho de que el inciso 8 del artículo 70° del CPC haga referencia a una “notificación notarial”, no significa que el único documento con el que se da cumplimiento al requisito especial de la demanda (artículo 69° del NCPC) sea una carta notarial.<sup>27</sup> Es decir, el referido requisito puede ser cumplido tanto con un documento de fecha cierta como con una carta notarial.<sup>28</sup>

---

25 STC 1156-98-PC/TC, de fecha 24 de junio de 1999, fundamento 3.

26 Cfr. STC 04201-2018-PC/TC, de fecha 20 de noviembre de 2018, fundamento 4.

27 Cfr. RTC 00948-2011-PC/TC, de fecha 11 de mayo de 2011, fundamento 3.

28 Como se recuerda, el artículo 5°, literal c), de la derogada Ley N° 26301 establecía la exigencia de que el requerimiento debía realizarse por conducto notarial. Sin embargo, dicha exigencia quedó sin efecto con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional.

El cumplimiento de este requisito resulta crucial para la procedencia de la demanda de cumplimiento, a tal punto que incluso el Tribunal ha declarado improcedentes las demandas en las que no se ha adjuntado el documento de fecha cierta.<sup>29</sup>

La importancia del documento de fecha cierta radica en dos aspectos: primero, en que le da la oportunidad a la propia administración pública de poder cumplir con las obligaciones emanadas de las normas legales, reglamentos o actos administrativos sin la necesidad de ser demandada en un proceso judicial y, segundo, en que sirve para contabilizar el plazo para la interposición de la demanda por parte del administrado. El plazo para la interposición de la demanda de cumplimiento es de 60 días hábiles y, al respecto, el Tribunal ha reiterado que dicho plazo empieza a contabilizarse desde la fecha de recepción de la notificación del requerimiento<sup>30</sup>, es decir, desde la fecha que consta en el documento de fecha cierta (valga la redundancia).

232

Sin embargo, puede pasar que exista más de un documento de fecha cierta en el que el demandante haya solicitado a la administración pública el cumplimiento de alguna obligación contenida en una norma legal, reglamento o un acto administrativo. En estos casos, la línea jurisprudencial expuesta por el supremo intérprete, es la de tomar en consideración el documento de fecha cierta más reciente para efectos de contabilizar el plazo de los 60 días hábiles para la interposición de la demanda.<sup>31</sup> Se comprende que el Tribunal adopte esta postura en aras de salvaguardar el derecho de los demandantes y no dejar en el limbo la inacción por parte de la administración pública.

---

Incluso, en alguna oportunidad, el Tribunal ha entendido que un formulario único de trámite puede constituir un documento de fecha cierta para efectos de una demanda de cumplimiento. Ver, al respecto: STC 02944-2013-PC/TC, de fecha de 17 de noviembre de 2014, fundamento 1.

29 *Cf.* RTC 04169-2010-PC/TC, de fecha 5 de enero de 2011, fundamento 5.

30 *Cf.* STC 08455-2013-PC/TC, de fecha 3 de setiembre de 2014, fundamento 4, y STC 01732-2016-PC/TC, de fecha 28 de noviembre de 2017, fundamento 3.

31 *Cf.* STC 02844-2010-PC/TC, de fecha 22 de agosto de 2012, fundamento 1.

Finalmente, se debe tener en cuenta que aquello que se pide en el documento de fecha cierta debe ser exactamente lo mismo que se consigna luego en la demanda de cumplimiento. Por ejemplo, en un caso en el que se reclamaba que el Gobierno Regional de Junín cumpla con crear la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad (OREDIS) y contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal (mandatos contenidos en una norma legal), el Tribunal Constitucional solamente conoció lo relacionado con la creación de la OREDIS, puesto que, el extremo referido a la contratación de personas con discapacidad, no había sido objeto de solicitud por parte del demandante en el documento de fecha cierta.<sup>32</sup>

## **5. Los criterios de procedibilidad establecidos en el precedente “Villanueva Valverde” y el artículo 66° del NCPC**

A través del precedente “Villanueva Valverde” recaído en el Expediente 0168-2005-PC/TC el Tribunal Constitucional estableció los requisitos comunes que deben reunir las normas legales y los actos administrativos para que puedan ser exigibles a través del proceso de cumplimiento. Se trata del único precedente que se ha expedido para el caso del proceso de cumplimiento, por lo que, a la fecha, llevamos más de quince años analizando las demandas de cumplimiento a la luz de las reglas establecidas en dicho precedente.<sup>33</sup>

Sin embargo, esto parece haberse terminado con el nuevo artículo 66° que establece el NCPC. Este artículo establece una serie de pautas metodológicas que debe seguir el juez constitucional para resolver varias de las cuestiones que, precisamente, señala el precedente “Villanueva Valverde”. Para efectos didácticos, se acompañará un breve comentario sobre cómo incide este artículo 66° del NCPC al hacer mención a cada criterio de procedibilidad establecido en el referido precedente.

---

32 *Cfr.* STC 04104-2013-PC/TC, de fecha 18 de mayo de 2015, fundamentos 4 y 5.

33 Para una lectura crítica del precedente y una propuesta de su reforma, se puede revisar el siguiente artículo: Eto Cruz, Gerardo. “Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia”. *Pensamiento Constitucional*. Número 19. 2004, pp. 299-330.

Pues bien, hay que decir, en primer lugar, que las reglas establecidas en el precedente “Villanueva Valverde” fueron construidas por el Tribunal Constitucional poco a poco a través de la jurisprudencia que fue produciendo antes de la entrada en vigencia del CPC del año 2004. Así, en diversos casos previos al precedente en mención, ya había señalado lo siguiente:

“(…) para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver –que, como se sabe, carece de estación probatoria–, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características. Entre otras, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, en lo que al caso se refiere, que se encuentre vigente.”<sup>34</sup>

234

Así, siguiendo esta línea, en el precedente “Villanueva Valverde” el supremo intérprete establecería que para que el cumplimiento de una norma legal, la ejecución de un acto administrativo o la emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, el mandato o *mandamus* debe contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

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

---

34 STC 0191-2003-PC/TC, de fecha 26 de setiembre de 2003, fundamento 6; STC 1849-2002-PC/TC, de fecha 19 de diciembre de 2003, fundamento 1; RTC 2433-2004-PC/TC, de fecha 12 de octubre de 2004, fundamento 4, entre otros.

- 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”<sup>35</sup>

Estos cinco requisitos mínimos se establecieron para cualquier tipo de *mandamus* (el contenido en una norma legal, un reglamento o acto administrativo). Sin embargo, para el caso del *mandamus* contenido en un acto administrativo, eran dos los requisitos que, además de los cinco ya señalados, deberían cumplirse:

- “f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.”<sup>36</sup>

235

Estos así llamados “requisitos mínimos comunes” se debían entender como requisitos de procedencia de la demanda de cumplimiento, por los que, de no ser cumplidos, la demanda era declarada improcedente. El precedente “Villanueva Valverde” es, en ese sentido, un precedente que estableció reglas de procedibilidad para el caso del proceso de cumplimiento; las mismas que debían ser verificadas luego de examinar si la demanda no había incurrido en alguna causal de improcedencia general o alguna causal de improcedencia específica de las previstas en el artículo 70° del CPC.

Ahora bien, una vez señalados los requisitos mínimos comunes que debe reunir un *mandamus* para ser exigido en un proceso de cumplimiento, es conveniente dar un marco general sobre qué significa cada requisito. Ello se hará, claro está, de manera breve al no ser el

---

35 STC 0168-2005-PC/TC, de fecha 29 de setiembre de 2005, fundamento 14.

36 *Ibidem*.

propósito de este trabajo analizarlos a detalle y, como se adelantó previamente, también se hará un análisis sobre cómo incide el artículo 66° del NCPC en los requisitos mínimos comunes del precedente “Villanueva Valverde”.

### **5.1. Ser un mandato vigente**

La norma legal, reglamento o acto administrativo que se le exige cumplir a la administración pública debe ser ciertamente un mandato que se encuentre vigente en el ordenamiento jurídico.

En este punto, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional, al analizar este primer requisito mínimo, no se ha limitado a verificar solo la vigencia formal del *mandamus*, sino que, ha analizado lo que también se denomina vigencia material. Esto se puede explicar mejor con el siguiente ejemplo.

236

Como se señaló anteriormente, en el caso recaído en el Expediente 7435-2006-PC/TC se interpuso una demanda de cumplimiento buscando que el Ministerio de Salud cumpla con las Resoluciones Ministeriales 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM y, en consecuencia, garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo. Al momento de resolver el caso, el Tribunal encontró que las referidas resoluciones ministeriales habían sido dejadas sin efecto por la Resolución Ministerial 536-2005-MINSA emitida posteriormente. Por ello, la parte demandada alegaba la sustracción de la materia, al haber sido derogado el mandato que se le exigía cumplir.

Pues bien, el Tribunal Constitucional descartó el argumento esgrimido por el Ministerio de Salud señalando, básicamente, que a pesar de que las resoluciones ministeriales que dieron origen al mandato que se exigía habían sido dejadas sin efecto, en el fondo las nuevas resoluciones ministeriales seguían conteniendo el mismo *mandamus*. Así, el Tribunal expuso lo siguiente: “(...) la opción de la recurrida privilegió sólo el aspecto formal del mandato, porque si bien las normas que lo contenían fueron derogadas, desde la perspectiva material o sustancial la obligación

seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones que se derivaban del mandato.”<sup>37</sup>

Esto demuestra, pues, que al momento de evaluar si el mandato está vigente, no se debe rechazar la demanda ante la simple constatación de la derogación de una norma legal o al advertir que un reglamento ha sido dejado sin efecto; antes bien, se debe evaluar si es que el *mandamus* sigue estando presente en aquellas normas que reemplazan a las que han sido derogadas o dejadas sin efecto.

## **5.2. Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo**

Dado que el proceso de cumplimiento es uno de carácter ejecutivo, es requisito indispensable que el *mandamus* contenido en una norma legal, reglamento o acto administrativo sea cierto y claro. Es decir, la autoridad administrativa o el funcionario público debe poder dilucidar de la simple lectura del texto que contiene el *mandamus* cuál es la acción concreta que debe llevar a cabo.

237

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha explicitado en qué consiste este segundo requisito, si se pueden advertir casos en los que ha señalado que no se cumplía con el mismo.

Así, por ejemplo, ha señalado que cuando a través del proceso de cumplimiento se pretenda hacer cumplir una resolución ficta por silencio administrativo positivo, no estaremos ante un mandato cierto y claro dado que, en sentido estricto, una resolución ficta de tal naturaleza no contiene un mandato expreso que se deba cumplir.<sup>38</sup> En otra oportunidad, cuando un demandante buscaba que se ordene el cumplimiento de la Ordenanza FAP 170-2 y que, en consecuencia, se actualice mensualmente el pago de la remuneración especial por riesgo de vida que percibía, el Tribunal consideró que la demanda era improcedente ya que la

---

37 STC 7435-2006-PC/TC, de fecha 13 de noviembre de 2006, fundamento 6.

38 Cfr. STC 1825-2003-PC/TC, de fecha 23 de setiembre de 2003, fundamentos 5 y 6.

ordenanza en sí no señalaba que el pago debía ser actualizado mes a mes, por lo que no existía un mandato cierto y claro.<sup>39</sup>

Ahora bien, de la reforma planteada por el NCPC y, específicamente por el inciso 1 del artículo 66° de este nuevo cuerpo normativo, se puede advertir que este segundo requisito mínimo común ha sido tocado por el legislador. Así, tenemos que el artículo 66.1° del NCPC establece lo siguiente:

“1) Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:

- 1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.
- 1.2) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.”

Como se puede apreciar, lo que hace el incis 1 del artículo 66° del NCPC y sus dos numerales es señalarle al juez constitucional cómo debe actuar cuando se encuentre ante un mandato que no es ni cierto ni claro. Le dice, de manera expresa, que cuando se encuentre ante un mandato que sea más bien genérico o poco claro no podrá rechazar de plano la demanda, sino que, deberá entrar al fondo del asunto y utilizar los métodos clásicos de interpretación jurídica para salvar la falta de claridad y certeza del *mandamus* contenido en una norma legal o acto administrativo.

Así, tenemos, por un lado, que el precedente “Villanueva Valverde” establecía, como segundo requisito común, que cuando un mandato

---

39 Cfr. STC 02120-2020-PC/TC, de fecha 15 de febrero de 2021, fundamento 5.

contenido en una norma legal o acto administrativo no tuviera claridad y certeza, significaba que no cumplía con uno de los requisitos que debía reunir el *mandamus* y, por lo tanto, la demanda de cumplimiento era declarada improcedente. Por otro lado, tenemos que ahora el inciso 1 del artículo 66° del NCPC ordena al juez constitucional que necesariamente entre al fondo del asunto para poder interpretar aquella falta de claridad o certeza del *mandamus*. Por lo tanto, podemos decir que el segundo requisito mínimo común con que debe cumplir un mandato y que fuera establecido en el precedente “Villanueva Valverde” ha sido dejado sin efecto por mérito de esta nueva regulación legal.

Al respecto, como ya comentamos en otra oportunidad, esta norma representa “un total despropósito que, viendo las cosas en perspectiva amplia, podría incluso comprometer la independencia judicial al constreñir el ejercicio interpretativo que le es consustancial a la actividad jurisdiccional”.<sup>40</sup> Corresponderá, en todo caso, que el Tribunal Constitucional arroje mayores luces sobre cómo será aplicada la norma descrita.

239

### **5.3. No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares**

Sobre la primera parte de este requisito, el Tribunal Constitucional ha referido que estaremos ante un *mandamus* “sujeto a controversia compleja” cuando resulte necesario, para la eficacia del mismo, remitirse a normas legales superpuestas que remitan a otras, y estas a su vez a otras, implicando así una actividad interpretativa compleja que torne imposible cumplir, sin más, con el pretendido mandato.<sup>41</sup>

Partiendo de esa premisa, el Tribunal ha interpretado que existe controversia compleja cuando, por ejemplo, el acto administrativo cuyo cumplimiento se exige contradice un precedente administrativo. A dicha conclusión llegó en el caso recaído en el Expediente 02780-2017-PC/

---

40 BOLAÑOS SALAZAR, Elard. El proceso de cumplimiento en el “Nuevo” Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://lpderecho.pe/proceso-cumplimiento-nuevo-codigo-procesal-constitucional/>

41 Cfr: RTC 01923-2007-PC/TC, de fecha 13 de noviembre de 2007, fundamento 8.

TC. En este caso, el demandante pretendía que se cumpla una resolución directoral regional que disponía el pago de adeudos e intereses por bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación sobre la base de su remuneración total. Sin embargo, la demanda fue declarada improcedente, luego de advertir que el Tribunal del Servicio Civil, a través de un precedente administrativo, había excluido la bonificación mensual por preparación de clases y evaluación.<sup>42</sup>

Ahora bien, para comprender a que se refiere el requisito cuando habla de “interpretaciones dispares”, resulta preciso traer a colación el caso recaído en el Expediente 06527-2013-PC/TC. En este caso el demandante pretendía que, en cumplimiento del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 276, la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco dispusiera la destitución automática como servidor público de un docente que había sido condenado a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por dos años, por el delito de comercialización de productos nocivos en agravio del Estado.

240

En su sentencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que el *mandamus* se encontraba sujeto a interpretaciones dispares por dos motivos: primero, porque si bien le resultaba aplicable al docente la norma aludida, se debía tomar en cuenta que, al tratarse de una pena suspendida la que le había sido impuesta, la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios de la universidad demandada debía evaluar si podía continuar o no prestando servicios<sup>43</sup>; segundo, porque, a juicio de la universidad, al docente le era aplicable la ley universitaria, por lo que debía realizarse previamente a su destitución un procedimiento administrativo sancionador.<sup>44</sup> Así, el Tribunal concluyó la existencia de interpretaciones dispares sobre la aplicación del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 276 en el caso concreto, por lo que declaró improcedente la demanda de cumplimiento.

---

42 Cf: STC 02780-2017-PC/TC, de fecha 10 de octubre de 2017, fundamento 5.

43 Cf: STC 06527-2013-PC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015, fundamento 9.

44 Cf: *Ídem*, fundamento 10.

Como vemos, los entendimientos discordantes sobre la aplicación de una misma norma podrían llevar a concluir que la misma se encuentra sujeta a interpretaciones dispares y, por ende, que no sea exigible a través del proceso de cumplimiento. No obstante, debe tenerse en cuenta que la mera existencia de varios sentidos interpretativos posibles o la sola diferencia entre interpretaciones de diversas instancias no bastan para que estemos ante un mandato cuya interpretación dispar excluya la vía constitucional. A estos efectos, habrá que aplicar los criterios de prevalencia de la interpretación judicial frente a la administrativa, de jerarquía interna (dentro de la Administración y del Poder Judicial), y de preferencia de interpretaciones calificadas frente a interpretaciones ordinarias de una misma instancia (preferencia por precedentes, doctrina jurisprudencial, resoluciones vinculantes, etc.).”<sup>45</sup>

Ahora bien, este tercer requisito mínimo común también ha sido tocado por la reforma. Tenemos que el inciso 2 del mismo artículo 66° del NCPC establece lo siguiente al respecto:

241

“2) Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:

- 2.1) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.
- 2.2) Asimismo, y de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.”

---

<sup>45</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. “El proceso de cumplimiento”. En: *Estudios y jurisprudencia del código procesal constitucional. Análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*. Luis Castillo Córdova (coordinador). Gaceta Jurídica. Lima. 2009, p. 289.

Vemos aquí que, a diferencia del espíritu que subyacía al tercer requisito común (el de no requerir una actividad interpretativa compleja), el artículo 66.2° del NCPC obliga al juez constitucional a entrar al fondo del asunto para ejercer una actividad interpretativa reglada para superar así la complejidad o las interpretaciones dispares que se pudieran presentar en el *mandamus*.

Más allá de lo evidentemente reglamentarista que resulta ser este extremo de la norma, parece ser que se ha elaborado olvidando que la naturaleza del proceso de cumplimiento es la de ser un proceso ejecutivo y no cognitivo (para eso está el proceso contencioso administrativo descrito en el inciso 4 del artículo 5° del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo). De manera que si se establecen pautas reglamentaristas que fueren al juez constitucional a ejercer una amplia labor interpretativa, cada vez será más difusa la diferencia entre este proceso constitucional y el proceso contencioso administrativo antes señalado.

#### **5.4. Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento**

El *mandamus* tiene que crear en el sujeto obligado (la autoridad pública) la fuerza inexcusable para su acatamiento. No debe haber duda respecto a que aquello que está contenido en un acto administrativo, una norma legal o un reglamento debe ser atendido por la autoridad.

Así, por ejemplo, en un caso en el que un efectivo policial solicitada que el Ministerio del Interior, en cumplimiento de una resolución directoral, le asigne un vehículo de comando por haber ascendido al grado de coronel de la Policía Nacional del Perú (PNP), el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda por considerar que el mandato no era de ineludible y obligatorio cumplimiento puesto que, según el Reglamento de la Política General sobre Automóviles para uso del personal de la PNP, solo le correspondía la asignación del vehículo a los oficiales generales y coroneles en actividad; situación en la que no se encontraba el demandante del caso.<sup>46</sup>

---

46 Cfr. RTC 02806-2010-PC/TC, de fecha 13 de setiembre de 2010, fundamento 7.

En otra oportunidad, una demandante buscaba que el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), en cumplimiento de una resolución divisional expedida por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, la inscriba en su registro de planillas de trabajadores. El Tribunal decidió declarar improcedente la demanda por considerar que el mandato contenido en la resolución divisional no era de ineludible cumplimiento dado que, al momento de resolverse la demanda de cumplimiento, la recurrente no contaba con vínculo laboral alguno con COFOPRI (lo cual estaba siendo discutido en un proceso de amparo subyacente). Así, el supremo intérprete sostuvo que “no es posible que a través del presente proceso de cumplimiento se ordene que se registre en el libro de planillas de remuneraciones de la entidad emplazada a una persona que en la actualidad no tiene la condición de trabajadora más aún si tal condición viene siendo discutida en un proceso de amparo. Por tanto, en el presente caso el mandato no es de ineludible cumplimiento”.<sup>47</sup>

El cuarto requisito mínimo común también ha sido tocado por la reforma pero no en el mismo grado que el segundo y el tercero como vimos antes. Así, tenemos que el inciso 3 del artículo 66° del NCPC establece lo siguiente:

“3) Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia.”

En realidad no hay mucho que decir de este numeral porque su redacción está clara. La intención que tiene –como lo demás que contiene el artículo 66° del NCPC– es obligar al juez constitucional a entrar a conocer el fondo del asunto. Así, ahora por más que sea evidente que un mandato contenido en una norma legal o un acto administrativo no resulta de ineludible y obligatorio cumplimiento, el juez deberá forzosamente

---

47 RTC 01271-2013-PC/TC, de fecha 18 de marzo de 2014, fundamento 6.

admitir a trámite la demanda. La consecuencia de esta norma es previsible: una todavía mayor sobrecarga procesal.

### 5.5. Ser incondicional

El quinto requisito mínimo común que debe cumplir el *mandamus* es el de ser incondicional. Sin embargo, como se señaló *supra*, puede tratarse de un mandato condicional, siempre que el cumplimiento de tales condiciones no suponga una actuación compleja por parte del obligado. En caso se trate de un mandato sujeto a alguna condición o condiciones (no complejas), podemos decir que las condiciones pueden ser tanto internas como externas. Es decir, las condiciones que se requieren cumplir para que el *mandamus* sea exigible, puede provenir tanto del propio texto normativo o acto administrativo del cual provenga el mandato, como de alguna otra norma o acto administrativo que establezcan requisitos o procedimientos previos para su ejecución. Con algunos ejemplos se podrá entender mejor qué se evalúa en este requisito.

244

En la sentencia recaída en el Expediente 00579-2017-PC/TC, el Tribunal conoció el caso de una persona que solicitada que la Municipalidad Provincial de Huaura, en cumplimiento de unas resoluciones gerenciales, le abone una suma de dinero por conceptos de haber cumplido treinta años de servicio y subsidio por sepelio. Al declarar fundada la demanda, el Tribunal advirtió que, si bien el mandato estaba sujeto condición por estar supeditado a la disponibilidad presupuestaria de la institución demandada, dicha condicionalidad no podía constituir un impedimento para el cumplimiento del *mandamus* dado que, a pesar de haber ya transcurrido dos ejercicios presupuestarios, la municipalidad demanda no había hecho nada para presupuestar el pago adeudado al demandante.<sup>48</sup>

---

48 Cfr. STC 00579-2017-PC/TC, de fecha 22 de marzo de 2019, fundamento 9. En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el argumento de la disponibilidad presupuestaria no puede ser un argumento que condicione, sin más, la ejecución de un mandato contenido en un acto administrativo o una norma, más aún si es que la autoridad obligada ha dejado que transcurran varios años sin presupuestar lo debido para la ejecución del *mandamus* (STC 01170-2010-PC/TC; STC 02600-2012-PC/TC; STC 02479-2014-PC/TC, entre otras).

Por otro lado, en los casos iniciados por los fonavistas solicitando que la Comisión Ad Hoc creada por la Ley 29625<sup>49</sup>, en cumplimiento de dicha ley precisamente, les haga entrega de su Certificado de Reconocimiento de Aportes y Derechos del Fonavista (CERAD), el Tribunal ha señalado que, si bien el cumplimiento de esa norma se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones (como conformar una cuenta individual y la inscripción en el Padrón Nacional de Fonavistas), corresponderá en cada caso verificar si dichas condiciones (que son mínimas y simples) se encuentran cumplidas a fin de hacer ejecutable el mandato. Bajo ese criterio, ha declarado fundadas varias demandas de cumplimiento en estos casos.<sup>50</sup>

### **5.6. Reconocer un derecho incuestionable del reclamante**

Este sexto requisito solamente es exigible respecto de los mandatos contenidos en los actos administrativos. En buena cuenta, lo que exige este requisito es que el acto administrativo como tal reconozca, sin lugar a dudas, un derecho al administrado. Esto se relaciona con la firmeza del acto; un acto administrativo que reconoce un derecho y ante el cual ya no cabe interponer ningún recurso impugnatorio se convierte en firme y, por ende, reconoce un derecho incuestionable.

245

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional encontramos diversos ejemplos de cómo se ha entendido este sexto requisito con que debe cumplir el *mandamus* contenido en un acto administrativo.

Así, por ejemplo, se ha entendido que los actos administrativos destinados a impulsar un procedimiento administrativo no son actos que reconozcan un derecho incuestionable al administrado<sup>51</sup>; también se ha dicho que una resolución destinada a aclarar un acto administrativo no reconoce un derecho incuestionable<sup>52</sup> e, inclusive, en alguna oportunidad

---

49 Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los Trabajadores que Contribuyeron al mismo.

50 *Cfr.* STC 04029-2018-PC/TC, de fecha 26 de junio de 2019; STC 04038-2018-PC/TC, de fecha 26 de junio de 2019, entre otros.

51 *Cfr.* STC 0347-2009-PC/TC, de fecha 30 de setiembre de 2010, fundamento 3.

52 *Cfr.* STC 01061-2020-PC/TC, de fecha 28 de enero de 2021, fundamento 4.

el supremo intérprete entendió que un acto administrativo no reconocía un derecho incuestionable al reclamante por haberse expedido el mismo contraviniendo un precedente del propio Tribunal Constitucional.<sup>53</sup>

### **5.7. Permitir individualizar al beneficiario**

El séptimo y último requisito mínimo que, al igual que el anterior, solo será exigible cuando la pretensión esté dirigida a hacer cumplir un acto administrativo y no una norma legal o reglamento, establece que dicho acto debe “permitir individualizar al beneficiario”.

Al respecto, consideramos que el Tribunal Constitucional ha venido incurriendo en un error en su jurisprudencia constante al equiparar este requisito con la idea (errada) de que el acto administrativo debe estar determinado, taxativa y expresamente, para un sujeto concreto o un grupo de personas determinadas. Comúnmente encontramos en la jurisprudencia que, al analizar este séptimo requisito, el Tribunal Constitucional se limita a verificar si el acto administrativo en cuestión hace mención del nombre de la persona o las personas a quien va dirigido.

246

Esta apreciación es un error, puesto que ignora que existen actos administrativos que, a pesar de no hacer mención expresa a los sujetos a quien va dirigido, si permiten individualizar a sus destinatarios en razón a las circunstancias concretas en las que los mismos se encuentran (una población determinada, una organización específica, una comunidad indígena, etc.). Por esta razón, coincidimos con el profesor Juan Carlos Morón cuando sostiene que un “acto también puede ser dirigido a un número incierto de personas, pero dentro de una situación jurídico administrativa perfectamente concreta”<sup>54</sup>.

Finalmente resta entonces responder a la siguiente pregunta: ¿Y que pasa entonces con las pretensiones que no pueden ser conocidas vía proceso de cumplimiento al no cumplir copulativamente con los

---

53 Cfr. STC 05076-2008-PC/TC, de fecha 1 de setiembre de 2009, fundamento 8.

54 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Tomo I*. 13ra Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2018, p. 188.

requisitos mínimos exigidos por el precedente Villanueva Valverde? Pues bien, dichas pretensiones tendrán que ser ventiladas a través del proceso contencioso administrativo que regula el artículo 5°, inciso 4, del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo<sup>55</sup> que, a diferencia del proceso de cumplimiento, es un proceso cognitivo en el que se podrán discutir y actuar mayores pruebas para determinar si es que la administración pública tiene o no alguna obligación que cumplir.

### **5.8. ¿El artículo 66° del NCPC deja sin efecto el precedente “Villanueva Valverde”?**

Luego de todo lo que hemos visto en los acápite anteriores la pregunta que naturalmente surge es la siguiente: ¿El artículo 66° del NCPC deja sin efecto el precedente “Villanueva Valverde”?

Al respecto, podemos advertir que, más que dejar sin efecto el referido precedente, lo que hace el artículo 66° del NCPC es mutilarlo. En la práctica, el artículo 66° ha dado “pautas” para “resolver” los requisitos mínimos comunes números dos, tres y cuatro que estableció el precedente “Villanueva Valverde”. En ese sentido, podemos decir que ha dejado parcialmente sin efecto esos requisitos mínimos comunes, trastocando sensiblemente el precedente. Mucho me temo que esta mutilación del precedente “Villanueva Valverde” termine por convertirlo en inaplicable. Quedará esperar cómo resuelve el calificado intérprete de la Constitución esta situación compleja generada por la reforma.

247

## **6. Las medidas cautelares en el procedo de cumplimiento**

A pesar que, en teoría, el proceso de cumplimiento es uno de carácter ejecutivo que debería tramitarse con celeridad (como todo proceso

---

55 El artículo 5°, inciso 4 del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2019-JUS establece que: “en el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: (...) Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.”

constitucional de la libertad en realidad), no es inocuo pensar en que, a pesar de dicha celeridad, el o los demandantes en el proceso necesiten que se adopte urgentemente alguna medida que no torne en ineficaz la sentencia que el juez constitucional vaya a expedir. Para estos escenarios, el artículo 15° del CPC (ubicado dentro del Título I concerniente a las disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento) establece la posibilidad de que se puedan conceder medidas cautelares en el marco del proceso de cumplimiento. Como se sabe, este es un incidente que no llega al Tribunal Constitucional, sino que, se queda al nivel de los jueces constitucionales que conocen este proceso en las instancias previas del Poder Judicial.

La tutela cautelar supone una manifestación de la tutela procesal efectiva en la medida que busca garantizar la eficacia de la sentencia que se va a expedir. En efecto, “la consagración del instituto de las medidas cautelares tiene por finalidad garantizar que el tiempo que toma el proceso no termine por perjudicar al titular de la situación jurídica de ventaja que se ve en la necesidad de acudir al proceso para protegerla”.<sup>56</sup>

248

Así, si bien es cierto que la figura de la tutela cautelar es recogida del Derecho Civil por nuestro CPC, se ha manifestado con acierto que “en el ámbito de los procesos constitucionales la finalidad de las medidas cautelares no es otra que coadyuvar a la protección de los derechos fundamentales que se han invocado en la demanda.”<sup>57</sup> Esto supone que, al momento de valorar una solicitud de medida cautelar en el proceso de cumplimiento, el juez constitucional deberá tomar especial atención en la naturaleza del proceso que tiene ante sí.

Ahora bien, partiendo de lo descrito en el artículo 15° del CPC (hoy artículo 18° en el NCPC) y, en general, de la construcción de la figura de la medida cautelar en el Derecho Procesal, el Tribunal Constitucional ha señalado que los presupuestos que debe contener toda medida

---

56 PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. *Ius Et Veritas*. Número 30, p. 175.

57 LANDA ARROYO, César. *Derecho procesal constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2018, p. 160.

cautelar dictada en un proceso constitucional (como el de cumplimiento), son los siguientes:

- a) Verosimilitud o apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*): se exige demostrar que existe un derecho que debe tutelarse en el proceso principal, sobre la base de una cognición preliminar y sumaria de los hechos. Se trata, en resumidas cuentas, de un examen no exhaustivo de certeza jurídica sobre el fundamento de la pretensión del solicitante;
- b) Peligro en la demora (*periculum in mora*): se evalúa si, producto de la duración del proceso principal, la sentencia definitiva podría tornarse inexigible o imposible de ejecutar, tomando en cuenta criterios como el comportamiento de las partes, la complejidad del asunto y la naturaleza de la pretensión solicitada. El solicitante debe demostrar que en caso de no adoptarse la medida de inmediato carecería de sentido la sentencia; y
- c) Adecuación de la pretensión: se requiere que el pedido cautelar sea congruente, proporcional y correlacionado con lo que se pretende asegurar (objeto de la cautela), teniendo en cuenta criterios de razonabilidad y utilidad, a fin de no poner en riesgo innecesariamente los derechos o competencias de la parte demandada.”<sup>58</sup>

Pero junto con la consideración de estos tres elementos, el juez constitucional debe valorar si es que la medida cautelar que va a conceder en el proceso de cumplimiento no va a generar una situación irreversible en caso la demanda termine siendo desestimada en el proceso. Así, aun cuando el denominado principio de previsión de consecuencias se haya trabajado desde el punto de vista de la previsibilidad de la sentencia constitucional, consideramos que también cabría aplicar dicho principio al juez constitucional en el decurso del trámite de la tutela cautelar del proceso de cumplimiento.

---

58 ATC 0001-2020-CC/TC, de fecha 11 de agosto de 2020, fundamento 7.

En línea de lo expuesto anteriormente, conviene, para tener presente la importancia de la tutela cautelar en el proceso de cumplimiento, recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 2544-2009-PC/TC. En dicho caso, el Tribunal se encontró con el escenario en el cual la medida cautelar dictada al interior del proceso de cumplimiento se había tornado en ineficaz por los actos propios de la parte demandante llevados a cabo con posterioridad a la concesión de la aludida medida.

En ese sentido, si bien el Tribunal recordó que no podía pronunciarse expresamente por dicha situación al no ser de su competencia el conocimiento del incidente cautelar en un proceso constitucional, si fue enfático en advertir que una situación de esa naturaleza –de desacato a una medida cautelar– puede configurar la violación del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución.<sup>59</sup>

250

Finalmente, en lo que respecta a la naturaleza de la medida cautelar dictada en el marco de un proceso de cumplimiento, resulta evidente que la misma será siempre innovativa puesto que, si el objeto del proceso de cumplimiento es ordenar a la autoridad pública renuente que cumpla con el mandato contenido en la norma legal, reglamento o acto administrativo, la medida cautelar no podrá hacer otra cosa que precisamente ordenar (provisionalmente hasta que se emita la sentencia que ponga fin al proceso) que se cumpla con el *mandamus*.<sup>60</sup>

## **7. La conversión del proceso de cumplimiento**

Puede suceder que quien interpone una demanda de cumplimiento esté, en realidad, cuestionando o exponiendo asuntos que no son propios

---

59 Cf. STC 2544-2009-PC/TC, de fecha 5 de noviembre de 2009, fundamento 20.

60 A pesar de que pareciera ser una obviedad, no está de más recordar que en incidente cautelar del proceso de cumplimiento no se puede llevar a cabo el análisis del *mandamus* contenido en la norma legal, reglamento o acto administrativo según los criterios establecidos en el precedente “Villanueva Valverde”. Ello corresponde hacerse al interior del proceso de cumplimiento en sí.

de conocerse por esa vía. Para dicha eventualidad, el Tribunal Constitucional ha previsto la figura de la reconversión del proceso de cumplimiento, siempre y cuando se cumplan con determinadas condiciones construidas jurisprudencialmente. En buena cuenta, la reconversión se constituye en “la facultad de los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos cuando se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda”<sup>61</sup>

Así, en el caso recaído en el Expediente 07873-2006-PC/TC el Tribunal expuso las seis condiciones que deben cumplirse para poder llevar a cabo la reconversión de un proceso de cumplimiento a otro proceso constitucional (que, por lo general, es al amparo):

- Que los jueces en ambos procesos tengan las mismas competencias funcionales.
- Que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante.
- Que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolverse sobre el fondo del asunto.
- Que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional.
- Que sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse sobre el mismo.
- Que exista predictibilidad en el fallo a pronunciarse.<sup>62</sup>

Estas seis condiciones deben cumplirse de manera copulativa o, de lo contrario, no podrá operar la reconversión del proceso de cumplimiento.<sup>63</sup>

---

61 STC 01470-2016-PHC/TC, de fecha 12 de febrero de 2019, fundamento 5.

62 *Cfr.* STC 07873-2006-PC/TC, de fecha 23 de octubre de 2006, fundamento 9.

63 *Ibidem.*

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha justificado esta figura de la reconversión en varios principios. Así, por ejemplo, ha sostenido dicha figura en base a principios como el de la adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales (artículo III del Título Preliminar del NCPC)<sup>64</sup>; el de autonomía procesal<sup>65</sup>; el de *iura novit curia*<sup>66</sup> o, inclusive, en base a la suplencia de la queja deficiente<sup>67</sup>.

Al margen de lo anterior, la pregunta que subyace es si es que la facultad de reconvertir un proceso de cumplimiento recae en los jueces de primera y segunda instancia que conocen la demanda de cumplimiento, además del Tribunal Constitucional, o si, por el contrario, la reconversión no es una obligación que recaiga en los jueces de primera instancia, tal y como ocurre con la aplicación de esta figura cuando se habla de convertir procesos de hábeas corpus a amparo. Al respecto, considero que cuando estamos hablando de la reconversión del proceso de cumplimiento a uno de amparo, la potestad recae en todos los jueces constitucionales

---

64 Según este principio “las exigencias que impone el Código no deben, bajo ningún punto de vista ni criterio interpretativo, trastocar los fines mismos de los procesos constitucionales”. Véase al respecto: RTC 03059-2012-PA/TC, de fecha 6 de agosto de 2013, fundamento 5.

65 Según el principio de autonomía procesal, “el Tribunal Constitucional detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del Código Procesal Constitucional, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional.” Véase, al respecto: STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Acumulados), de fecha 25 de abril de 2006, fundamentos 18 a 21.

66 El Tribunal Constitucional ha señalado que este principio “debe ser entendido como un atributo del Juez constitucional destinado a lograr una relación armónica entre los derechos cuya tutela le encomienda la Constitución a través del Derecho Procesal Constitucional y los propios valores que consagra la Carta Fundamental. El aforismo reza “El Tribunal conoce el Derecho” y, en el ámbito de la justicia constitucional, esto supone que el Tribunal debe amparar de la mejor manera las pretensiones sobre violaciones o amenazas a los derechos fundamentales.” Véase, al respecto: STC 4080-2004-PC/TC, de fecha 28 de enero de 2005, fundamento 7.

67 La suplencia de la queja deficiente es la facultad de los jueces y juezas constitucionales de adecuar la pretensión de la demanda con la finalidad de otorgar mayor protección a los derechos fundamentales del demandante. Véase, al respecto: Voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera en la STC 06568-2015-PA/TC, de fecha 7 de mayo de 2019.

que conocen la demanda. Es decir, tanto en las dos instancias del Poder Judicial y, obviamente, en el Tribunal Constitucional.

La razón de esta conclusión se sostiene en dos consideraciones: en primer lugar, en el hecho de que en los casos en los que el Tribunal ha reconvertido el proceso de cumplimiento, jamás ha señalado expresamente que dicha potestad no resulta obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia (tal y como si lo hace cuando se refiere a la reconversión del proceso de hábeas corpus a amparo); en segundo lugar, en el hecho de que el proceso de cumplimiento, al ser un proceso ejecutivo y expeditivo, sería absurdo que el juez de primera instancia no esté obligado a reconvertir el proceso si es que identifica que ello procede en el caso concreto.

Pero bueno, más allá de estas particulares consideraciones, resulta lógico que el juez constitucional pueda reconvertir un proceso de cumplimiento si es que considera que, detrás de la pretensión demandada, hay una situación que amerita la intervención de la justicia constitucional para ser corregida. De otra forma, pues, la justicia constitucional sería inoperante. Además, tal y como el propio Tribunal ha señalado, la ausencia de un mandato que cumpla con los requisitos establecidos en el precedente “Villanueva Valverde”, no significa que no exista una situación que pueda generar la vulneración de derechos fundamentales.<sup>68</sup>

Por lo tanto, somos de la firme opinión de que cuando el Tribunal Constitucional (y en general cualquier juez constitucional) se encuentre en el escenario en el que puede disponer la nulidad de todo lo actuado y reconvertir el proceso de cumplimiento a otro, deberá más bien reconvertirlo él mismo y resolver. Ello, claro está, siempre que se cumplan con las condiciones establecidas en la sentencia recaída en el Expediente 07873-2006-PC/TC que, aunque no es un precedente configurado al amparo del artículo VII del Título Preliminar del CPC, si forma parte de la jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal Constitucional cuando de la reconversión del proceso de cumplimiento se trata.

---

68 *Cf.*: ATC 02420-2012-PC/TC, de fecha 6 de agosto de 2014, fundamento 37.

Por último, una cuestión a la que hay que prestarle particular atención es a la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional cuando ha decidido reconvertir un proceso de cumplimiento. Si bien son seis los elementos (detallados *supra*) que se deben cumplir copulativamente para que proceda la reconversión del proceso, el supremo intérprete le ha prestado especial interés a la urgencia que un caso pueda demandar para tomar la decisión de reconvertir o no el proceso (quinto elemento según la sentencia recaída en el Expediente 07873-2006-PC/TC).

Así, por ejemplo, ha tomado en consideración como razones de peso para la reconversión del proceso de cumplimiento la avanzada edad del demandante<sup>69</sup>; la condición de salud (discapacidad)<sup>70</sup> o la magnitud del derecho involucrado (consulta previa)<sup>71</sup>. Estos son simplemente enunciados a modo de ejemplos, puesto que, nada impide que puedan llegar a presentarse otras situaciones de urgencia que ameriten efectivamente la reconversión del proceso de cumplimiento.

## **8. Ejecución de la sentencia de cumplimiento**

El Tribunal Constitucional ha especificado, con respecto a la ejecución de las sentencias judiciales, que se trata de un derecho fundamental desprendido directamente del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>72</sup> Y es que, en efecto, tutela procesal que no es efectiva no es tutela procesal. Por eso es sumamente importante que aquello que finalmente resuelve un juez o un tribunal pueda ser plasmado en el terreno fáctico a fin de no convertir a las sentencias judiciales en simples declaraciones líricas vacías de contenido real y efectivo.

En cuanto a las sentencias emitidas en el marco de un proceso de cumplimiento, el artículo 73° del NCPC establece que la sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido deberá cumplirse según

---

69 Cfr. STC 07873-2006-PC/TC, de fecha 23 de octubre de 2006, fundamento 4, y STC 4941-2007-PC/TC, de fecha 9 de octubre de 2007, fundamento 3.

70 Cfr. STC 05161-2008-PC/TC, de fecha 13 de febrero de 2010, fundamento 5.

71 Cfr. ATC 01717-2014-PC/TC, de fecha 4 de setiembre de 2018, fundamento 10.

72 Cfr. STC 01797-2010-PA/TC, de fecha 15 de noviembre de 2010, fundamento 9.

lo que prevé el artículo 27° del propio cuerpo normativo. Por su parte, el inciso 3 del artículo 72° del CPC señala que la sentencia que declara fundada una demanda de cumplimiento (que es una sentencia que siempre establecerá una obligación de hacer) deberá señalar el “plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días”.

Ahora bien, según el artículo 22° del CPC (que regulaba lo concerniente a la actuación de sentencias para los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) el juez encargado de la ejecución de la sentencia de cumplimiento era el juez que conocía la demanda en primera instancia. Señala, también, que el juez podrá hacer uso de medidas coercitivas para conseguir la ejecución de la sentencia como las multas o, inclusive, disponer la destitución del responsable del incumplimiento. Sobre este punto, conviene recordar que las medidas coercitivas para la ejecución de las sentencias no son una herramienta que el juez de ejecución pueda usar a su libre albedrío. Al respecto, el propio Tribunal ha señalado que dichas medidas no pueden ser usadas discrecionalmente, sino que, corresponde al juez de ejecución motivar y sustentar en forma adecuada las razones por las que se dispone la aplicación de las mismas.<sup>73</sup>

255

El NCPC no tiene una previsión explícita sobre a qué juez le corresponde la ejecución de la sentencia en los procesos de tutela de derechos como lo es el de cumplimiento. Sin embargo, de la lectura del último párrafo del artículo 27° del NCPC se puede inferir que sigue siendo el juez de primera instancia o grado el encargado de ejecutar la sentencia. En efecto, dicho párrafo menciona que “[e]n los procesos de habeas corpus las sentencias estimatorias las ejecuta el juez o la sala que la expidió, sin necesidad de remitir los actuados al juzgado de origen”. Contrario sensu, al solo establecer dicha regla para los procesos de habeas corpus, se entiende que para los demás procesos será el juzgado de origen el encargado de la ejecución.

---

73 Cfr. STC 4119-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2005, fundamento 56.

Sobre los costos y costas del proceso, se impondrán si es que la demanda de es declarada fundada. Aunque claro, en el caso del proceso de cumplimiento técnicamente solo se pueden imponer costos dado que el Estado no puede ser condenado al pago de costas (y en el proceso de cumplimiento el demandado siempre será el Estado a través de alguna entidad o autoridad pública). Sin embargo, podría darse el caso también en el que el juez constitucional evidencie una situación que amerite la exoneración del pago de costos, en cuyo caso, deberá explicar las razones de dicha exoneración (debida motivación), tal y como ya ha ocurrido en varios procesos de hábeas data que ha conocido el Tribunal Constitucional.<sup>74</sup>

Ahora bien, cierto es que el artículo 72.3° del NCPC establece que el plazo para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia que declara fundada una demanda de cumplimiento no deberá ser mayor a diez días. Empero, dicho artículo debe ser entendido como una regla *prima facie* aplicable a aquellos procesos de cumplimiento en los que el *mandamus* sea de fácil cumplimiento por parte de la autoridad responsable.

256

En efecto, hay escenarios en los que, a pesar de haberse declarado fundada la demanda de cumplimiento, no será posible exigir que la misma sea cumplida dentro del plazo perentorio que establece el inciso 3 del artículo 72° del NCPC.

Un ejemplo muy palpable y reciente de esta situación la encontramos en el caso recaído en el Expediente 04104-2013-PC/TC que, como ya se anotó antes, versó sobre una demanda de cumplimiento en la cual se buscaba que el Gobierno Regional de Junín cumpla con crear la OREDIS. En dicho caso, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, pero, en atención a la magnitud del mandato que suponía crear una oficina dentro de la estructura orgánica del Gobierno Regional de Junín, decidió no aplicar el artículo 72.3° del CPC (que sigue siendo el mismo en el NCPC) y, en su lugar, establecer más bien una serie de

---

<sup>74</sup> Ver, al respecto: STC 03205-2018-PHD/TC, de fecha 26 de junio de 2019; STC 00729-2018-PHD/TC, de fecha 2 de julio de 2019; STC 03423-2016-PHD/TC, de fecha 21 de julio de 2020, entre otras.

acciones que debía llevar a cabo el referido gobierno regional para dar cumplimiento a su sentencia.

Así, el Tribunal expuso concretamente siete requerimientos que la parte demandada debía llevar a cabo para acatar el mandato legal de crear la OREDIS.<sup>75</sup> En su sentencia, el Tribunal señaló que solo podría considerarse cumplida su resolución con la creación de la OREDIS y estableció que los plazos y acciones concretas para la creación de la misma debían establecerse por parte del Gobierno Regional de Junín previo informe al juez de ejecución. Junto con ello, se señaló que el juez encargado de la ejecución de la sentencia debía adoptar todos los apremios establecidos en los artículos 22° y 59° del CPC a efectos de hacer cumplir los plazos que se fijaran para la creación de la OREDIS.

Fuera de esto, una cuestión que también podría presentarse –y que hasta ahora no ha sido abordada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– es aquella en la que, luego de emitirse una sentencia que declara fundada una demanda de cumplimiento ordenando cumplir (valga la redundancia) con una norma legal, resulta que la misma es derogada (tanto en su aspecto formal como material) antes de que se pueda llevar a cabo la ejecución de la sentencia.

257

De presentarse un escenario así, considero que lo que correspondería sería continuar con la ejecución de la sentencia tomando en cuenta la norma ya derogada. La razón de esta postura se sostiene en que, al momento de interponerse la demanda de cumplimiento, existía la norma en el ordenamiento jurídico que obligaba a la autoridad pública a llevar a cabo determinada acción y, por lo tanto, sería absurdo beneficiar a la autoridad pública desobligándola del cumplimiento de dicho *mandamus* cuando el transcurso del tiempo (que ha generado la derogatoria de la norma) le es una cuestión exclusivamente atribuible.

Por último, no se debe perder de vista que recientemente el Tribunal Constitucional ha creado el “Sistema de Supervisión y Cumplimiento

---

<sup>75</sup> Ver, al respecto: STC 04104-2013-PC/TC, de fecha 18 de mayo de 2015, fundamentos 40.

de Sentencias” dentro de su propia estructura orgánica.<sup>76</sup> Según la Resolución Administrativa 065-2020-P/TC que crea dicho sistema, el Tribunal Constitucional podrá dar seguimiento a sus sentencias en tres supuestos: (i) cuando se trate de un caso en el cual se estén formulando exhortaciones a los poderes públicos o a los particulares; (ii) cuando se trate de un caso en el que la intervención del Tribunal resulte indispensable para la efectiva protección de los derechos vulnerados o amenazados; o (iii) cuando sea un caso en el que el Tribunal declare un estado de cosas inconstitucional.

Sobre las sentencias recaídas en procesos de cumplimiento, considero que perfectamente el Tribunal Constitucional puede supervisar de manera directa el cumplimiento de las mismas si es que encajan en el segundo supuesto detallado *supra*. Es decir, si es que se logra identificar que la intervención de supremo intérprete de hace imperiosa para garantizar la protección de los derechos vulnerados (esto serviría sobre todo en casos como, por ejemplo, el recaído en el Expediente 04104-2013-PC/TC en donde el Tribunal dispone una serie de requerimientos a seguir para la efectivización final del *mandamus*).<sup>77</sup>

## 9. Reflexiones finales

Es importante tener en cuenta que, luego de los procesos de amparo y de hábeas corpus, el proceso de cumplimiento es el tercer proceso constitucional más empleado por los justiciables. Por ello, es crucial conocer sus alcances y límites a fin de poder crear una conciencia sobre los escenarios en los que este proceso servirá realmente. En esa labor, que duda cabe, resulta imperativo atender la jurisprudencia que el supremo

---

76 Para un mayor análisis de este sistema puede revisarse un trabajo anterior: Bolaños Salazar, Elard Ricardo. “Justicia constitucional en acción. El sistema de supervisión y cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional”. *Gaceta Constitucional*. Tomo 153. 2020.

77 Otra figura de la que cabría hablar aquí es la del “recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional” creada por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

intérprete de la Constitución expide al resolver las demandas de cumplimiento que ante él llegan.

Por ese motivo, el presente trabajo se ha centrado en desentrañar la lectura que el Tribunal Constitucional viene teniendo sobre los aspectos procesales que conciernen al proceso de cumplimiento. Y es que, si bien no es un proceso que en la jurisprudencia constitucional haya tenido el protagonismo que, por ejemplo, han tenido el amparo o el hábeas corpus, si podemos hallar casos importantes resueltos a propósito de este proceso que nos hacen ver que, bien comprendida su dinámica, el proceso de cumplimiento tiene más pros que contras; lo cual, a fin de cuentas, justifica su existencia.

También hemos podido ver cómo las reformas introducidas por el NCPC recientemente aprobado han trastocado varios aspectos del proceso de cumplimiento. A la luz de lo que se ha visto, será necesario que el Tribunal Constitucional tome un rol protagónico y ejerza una labor interpretativa que ayude a resolver las dudas que la reforma ha sembrado alrededor de la configuración de este proceso constitucional y, sobre todo, con relación a la mutilación que ha sufrido el precedente “Villanueva Valverde” como ya lo dejamos expuesto en este trabajo. Esa es todavía una tarea pendiente.

Sin embargo, más allá de todo ello, no se puede negar que hace falta un mayor desarrollo –tanto desde la doctrina como desde la propia jurisprudencia– sobre ciertas cuestiones que tienen que ver con este proceso constitucional. Las voces que a dicha tarea se sumen, tanto de quienes lo consideran un proceso constitucional como de quienes no lo consideran así, sin duda que coadyuvaran a entender mejor el proceso de cumplimiento.



# Evolución del proceso de cumplimiento en la jurisprudencia peruana

✉ LUIS ANDRÉS ROEL ALVA\*

## 1. Introducción

El proceso de cumplimiento es una garantía constitucional estipulada en el artículo 200° de la Constitución Política del Perú, la cual ha evolucionado desde su primera aparición en una ley ordinaria, luego por su consignación en la actual Carta Constitucional y ahora, por su extensión conceptual en la jurisprudencia vinculante de nuestro Tribunal Constitucional.

261

En esta ponencia trataremos de analizar los diversos márgenes evolutivos que ha tenido dicha institución procesal constitucional. Para ello, es necesario definir la acción de cumplimiento en sus términos constitucionales como un proceso destinado a proteger el orden y la jerarquía de nuestro sistema jurídico. Inicialmente, el único objetivo de esta garantía era proteger la eficacia de las normas o actos administrativos, pero a la fecha se le han ido agregando y detallando otros fines que serán expuestos en la presente investigación.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha (España). Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Congresista de la República para el periodo 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 04 de marzo de 2021, que origina el Nuevo Código Procesal Constitucional.

Al respecto, podemos adelantar que un cambio productivo que se ha tenido en la evolución de la garantía de cumplimiento constitucional se evidencia en la diferenciación con la acción de cumplimiento del proceso contencioso administrativo, debido a los aportes que le ha dado la jurisprudencia a la primera de estas. Muestra de lo expuesto son las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N.º 00191-2003-AC/TC y N.º 00168-2005-PC/TC, donde se ha indicado que las condiciones excepcionales para tramitar la garantía mencionada serían el que sea un mandato incondicional, cierto, ineludible, entre otros.

En este mismo sentido, en esta breve investigación hemos realizado una exposición sobre los derechos fundamentales que indirectamente vienen protegiendo la acción de cumplimiento constitucional, aun teniendo en cuenta que solo se habría creado para proteger la eficacia de las normas y actos administrativos. Dichos derechos serían: el derecho a la salud, el derecho a las bonificaciones, el derecho al trabajo, para mencionar algunos. Esto demostraría que la actividad jurisprudencial ha ido llevando a la garantía precitada a expandirse en sus propios objetivos, convirtiéndose en una herramienta muy utilizable en la actualidad para garantizar derechos que ya han sido reconocidos normativamente.

De esta forma, resulta innegable la importancia que tiene para nuestro estudio el precedente vinculante del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, en donde se proponen condiciones para tramitar la garantía de cumplimiento constitucional. Algunas de estas condiciones son: ser un mandato vigente, cierto y claro, incondicional, no estar sujeto a controversia, permitir individualizar al beneficiario, reconocer un derecho incuestionable, entre otros. Este fallo demarcó el futuro del proceso mencionado, sujetándolo a un mejor progreso en su utilización.

Así entonces, en la estructura de la presente ponencia primero desarrollaremos el concepto que tendría la garantía de cumplimiento, sus condiciones como proceso constitucional, y su diferencia con la acción de cumplimiento en vía administrativa. Posteriormente, determinaremos la forma de cómo la garantía mencionada se ha ido ejercitando para

indirectamente reconocer derechos fundamentales como la salud y el trabajo y la actuación del proceso de cumplimiento para los tratados internacionales. Finalmente, expondremos los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional sobre esta figura jurídica.

Cabe señalar que todo lo anterior justificará nuestra posición de que la acción de cumplimiento ha ido evolucionando en el tiempo al punto de que, por medio de la jurisprudencia, se va superando su propia regulación constitucional y legal (Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado mediante Ley N.º 31307)<sup>1</sup>.

## **2. La acción de cumplimiento como proceso constitucional**

Se debate sobre la finalidad del proceso constitucional de cumplimiento<sup>2</sup> y si éste es un proceso constitucional *per se*. Al respecto, el artículo

---

1 Agradezco el apoyo y la colaboración brindada por William Jesús Oblitas Villalobos, docente universitario, abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal y Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha (España), en el desarrollo de la presente ponencia.

2 Para efectos de la presente investigación, se utilizará la denominación de proceso constitucional de cumplimiento siguiendo lo determinado en su momento por la Primera Disposición Final del Título XII del Código Procesal Constitucional, la cual determinaba literalmente que:

“Denominaciones empleadas

Para los efectos de este Código, se adoptarán las siguientes denominaciones:

- 1) Proceso de hábeas corpus, a la acción de hábeas corpus;
- 2) Proceso de amparo, a la acción de amparo;
- 3) Proceso de hábeas data, a la acción de hábeas data;
- 4) Proceso de inconstitucionalidad, a la acción de inconstitucionalidad;
- 5) Proceso de acción popular, a la acción popular;
- 6) Proceso de cumplimiento, a la acción de cumplimiento; y,
- 7) Proceso competencial, a los conflictos de competencias o atribuciones” (subrayado nuestro).

En esta misma línea de argumentación, se empleará la denominación de proceso constitucional de cumplimiento conforme a lo establecido en el artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley N.º 31307, que dispone lo siguiente:

“Artículo I. Alcances

El presente código regula los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3), de la Constitución” (subrayado nuestro).

II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional determina que<sup>3</sup>:

*“Fines de los procesos constitucionales.-*

*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa”* (subrayado nuestro).

En este mismo sentido argumentativo, podemos señalar que el objeto del proceso de cumplimiento según el Tribunal Constitucional (TC) es: *“(...) el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución resultan exigibles a través del proceso de cumplimiento, siempre que, además de la comprobada renuencia del funcionario o autoridad pública”*<sup>4</sup>. Como podemos advertir, el objetivo del mencionado proceso constitucional se aleja de las precitadas finalidades de los procesos constitucionales establecidos en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, que son: 1) garantizar la primacía y fuerza normativa de la Constitución y 2) garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

264

Efectivamente, desde su instauración en la Constitución Política de 1993, se ha generado siempre un debate doctrinario con relación a su objeto y si se le puede denominar *“proceso constitucional”*. En palabras de los miembros de la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Código Procesal Constitucional, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.º 09371, señalaron que:

---

3 Cabe señalar que estas dos finalidades de los procesos constitucionales también se encontraban reguladas en el artículo II del Título Preliminar del otrora Código Procesal Constitucional, que establecía lo siguiente:

*“Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales*

*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.*

4 STC. Exp. N.º 00102-2007-PC/TC, f. j. 5.

*“La Comisión estima que la denominada acción de cumplimiento no es un proceso constitucional en sentido estricto, toda vez que no cautela derechos fundamentales o valores constitucionales, como puede ser el de la jerarquía normativa. Sin embargo, por estar presente en el texto constitucional, y tanto siga vigente, ha optado por considerarla en su Anteproyecto. Y lo hace en los mismos términos que la Constitución indica.*

*No obstante, consideramos que esta institución debería ser eliminada, pues no sólo no es clara, sino que en puridad no es un proceso constitucional”* (subrayado nuestro)<sup>5</sup>.

En esta misma línea de argumentación, el profesor Samuel Abad Yupanqui menciona:

*“Consideramos que no resultaba necesario incorporar a la acción de cumplimiento como una institución autónoma, es decir, como un nuevo proceso constitucional. En este caso, el amparo –cuando se afecta por omisión derechos fundamentales– o el proceso contencioso administrativo–cuando no se trata de derechos fundamentales– pudieron encargarse de tales cometidos.”*<sup>6</sup>

265

En otra oportunidad, el mismo profesor Abad manifestó:

*“(…), en rigor, no es un proceso constitucional, pues no garantiza de modo inmediato y directo la tutela de los derechos fundamentales o del principio de supremacía constitucional.”*<sup>7</sup>

---

5 AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente*. 1ra. Edición, Lima: Palestra Editores, 2003, página 25.

6 ABAD YUPANQUI, Samuel. “La jurisdicción constitucional en el Perú. Las reformas constitucionales pendientes”. En: *Revista Institucional “Apuntes sobre la Reforma Constitucional”*, N.º 6, Lima: AMAG, 2002, página 21. Disponible en Internet: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/103/jurisdiccion-constitucional-en-el-peru.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

7 ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. 4ta. Edición, Lima: Palestra Editores, 2010, página 68.

El profesor Edgar Carpio, a su vez, indica que:

*“No obstante, y a diferencia de los que sucede con los 2 últimos instrumentos procesales mencionados (hábeas data y proceso competencial), en los que existe consenso en la doctrina nacional por considerarlos como auténticos “procesos constitucionales”, con el de cumplimiento no sucede lo mismo”<sup>8</sup>.*

Si bien formalmente se puede coincidir con las posiciones de los juristas mencionados, cabe precisar que justamente nuestro artículo se concentra en describir cómo la jurisprudencia ha hecho posible que mediante el proceso de cumplimiento sí se pueden garantizar indirectamente derechos fundamentales. Entonces, a nuestro parecer, en el tiempo se ha ido justificando a la acción de cumplimiento como un proceso constitucional.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que nuestro TC ha declarado al respecto que:

266

*“La acción de cumplimiento es un “proceso constitucionalizado” que, prima facie, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa”<sup>9</sup> (subrayado nuestro).*

Para luego agregar en la misma decisión el propio Tribunal que:

*“(…) y no en estricto de un “proceso constitucional”, toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando éste haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200°, inciso 6)”<sup>10</sup> (subrayado nuestro).*

---

8 CARPIO MARCOS, Edgar. “El Proceso de Cumplimiento en el Código Procesal Constitucional”. En: AA. VV. *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima: Jurista Editores, 2004, página 191.

9 STC. Exp. N.º 00191-2003-AC/TC, f. j. 2.

10 STC. Exp. N.º 00191-2003-AC/TC, f. j. 2.

Coincidimos de forma plena con el TC peruano ya que, si bien el origen del proceso de cumplimiento no guarda relación directa con un proceso constitucional, es la jurisprudencia vinculante del propio Tribunal la que le ha dado un sentido constitucionalizado a dicha figura jurídica procesal.

En otra oportunidad, y cambiando su opinión respecto de este proceso, el mismo TC determinó que:

*“(…) conforme a los artículos 3. °, 43. ° y 45. ° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.*

*Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65. ° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento”<sup>11</sup> (subrayado nuestro).*

267

En esta ocasión, el TC establece que el proceso de cumplimiento es un proceso constitucional ya que está dirigido a la protección del derecho de asegurar y defender la eficacia de normas legales y actos administrativos. Sin embargo, existen varias posiciones doctrinarias sobre el proceso de cumplimiento y existe hasta ahora un debate abierto donde inclusive el Tribunal Constitucional ha tenido dos posturas diferentes y contradictorias respecto a la naturaleza de este proceso.

Sobre el particular, no comparto la última posición del Supremo Intérprete de nuestra Constitución<sup>12</sup>, pues considero que no es un

---

11 STC. Exp. N.° 00168-2005-AC/TC, f. j. 9.

12 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

*“Artículo 1.º. - Definición*

*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales.*

proceso constitucional *per se* puesto que no cumple con ninguna de las finalidades de los procesos constitucionales antes mencionados. Por lo que, a partir de lo expuesto, me adhiero a la primera posición asumida por nuestro TC respecto a que se trata de un proceso constitucionalizado y no de uno constitucional. Si se desea dar cumplimiento a un mandato legal o administrativo, se tiene el proceso contencioso-administrativo que es un proceso de índole ordinario, creado por el legislador y no por el constituyente.

Aun así, elegimos este acápite debido a que el mismo proporciona un amplio margen para desarrollar todo lo concerniente a la garantía constitucional de la acción de cumplimiento<sup>13</sup>, denominado también proceso constitucional de cumplimiento, desde su concepto hasta la tratativa que la Constitución le otorga.

## 2.1. Concepto sobre el proceso constitucional de cumplimiento

268

Para iniciar este apartado, debemos iniciar exponiendo que con el nuevo paradigma de la concepción de la Constitución como norma suprema dentro del Estado Constitucional de Derecho<sup>14</sup> surgen nuevas exigencias de protección, siendo los procesos constitucionales los que se originan como respuesta a estas exigencias.

---

*Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”* (subrayado nuestro).

### 13 Constitución Política

*“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional*

*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”* (subrayado nuestro).

### 14 Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que: “El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.”. En: STC. Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, f. j. 3.

Así entonces, nuestro ordenamiento jurídico ha aceptado y determinado esta noción de los procesos constitucionales, estableciendo un catálogo de procesos que responden a dichos fines, del cual dentro de ellos se encuentra el proceso de cumplimiento. Estos nacen para satisfacer dos finalidades, según lo establecido por el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, en nuestro Estado: 1) la garantía de la supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y 2) la protección de los derechos fundamentales.

Sobre el particular, el proceso de cumplimiento ha sido positivizado y constitucionalizado por primera vez en la actual Carta Magna de 1993, exactamente en el inciso 6) del artículo 200° de la normativa constitucional. A su vez, sin perjuicio de que su interposición se simplifique a requerir la ejecución de una inactividad “*material*” de la administración, su relevancia para el sistema jurídico resulta importante ya que efectiviza las normas y obliga a un mejoramiento en la administración pública.

De acuerdo con lo sostenido por nuestro TC: “*El proceso de cumplimiento es un mecanismo para ejercer el control de la regularidad del sistema jurídico que coadyuva al cumplimiento de los fines de la Constitución Política*”<sup>15</sup>. A su vez, ha señalado que lo que controla el proceso de cumplimiento es la inactividad administrativa denominada “*material*”, la misma que menciona la ejecución de una obligación nacida de una ley o acto administrativo, mas no de una solicitud de algún particular<sup>16</sup>.

269

En concreto, a partir de lo expuesto y a lo sostenido también en el apartado anterior, el proceso de cumplimiento tiene por objeto garantizar la eficacia y vigencia del sistema jurídico, siendo que su aplicación se lleva a cabo al controlar la inactividad “*material*” de la administración.

Así que, la figura del proceso de cumplimiento materia de la presente ponencia ha ido evolucionando también en su plano conceptual. Si bien inicialmente garantizaba mediante su ejercicio el cumplimiento de una norma o acto administrativo, a esta fecha, de forma indirecta, tal

---

15 STC. Exp. N.° 00080-2018-AC/TC, f. j. 3.

16 STC. Exp. N.° 00191-2003-AC/TC, f. j. 5.

garantía constitucional también tiene como finalidad el resguardo de derechos fundamentales tales como la salud o el trabajo. Sobre estos últimos valores es que el TC peruano tiene un mayor pronunciamiento, motivo por el cual le hemos asignado un apartado especial en nuestro artículo académico.

## 2.2. El proceso constitucional de cumplimiento en nuestra Constitución Política

La Constitución Política del Perú de 1993, en el inciso 6) del artículo 200°, describe que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Es decir, la inacción que es condición necesaria para la interposición de esta garantía tiene que ser reiterada, lo cual se acreditaría mediante documentos de fecha cierta que certifiquen los pedidos realizados<sup>17</sup>.

Cabe señalar que el proceso de cumplimiento no tiene antecedente constitucional. Esto significa que es la primera vez que una carta constitucional peruana lo determina de forma expresa y literal en su contenido normativo. Sin perjuicio de ello, su importancia es gravitante para el ordenamiento, tal como lo señala el profesor Marcial Rubio Correa al citar a Torres y Torres Lara:

*“Consideramos que su importancia puede ser resumida según una breve conversación que tuvimos con el constitucionalista colombiano, Dr. Luis Carlos Sábica, quien me dijo: cambiaría toda una Constitución por este mecanismo, ¿Por qué? Porque tenemos muchas leyes, pero el problema es que no se cumplen”*<sup>18</sup>.

---

17 Nuevo Código Procesal Constitucional

*“Artículo 69. Requisito especial de la demanda*

*Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá 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 siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir”.*

18 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993 - Tomo VI*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, página 117.

Podemos indicar entonces que el proceso de cumplimiento tiene existencia por primera vez en la Constitución Política de 1993 y que su función reviste de importancia dentro de nuestro sistema jurídico. Ahora, si bien el inciso 6) del artículo 200° de nuestra Constitución regula la garantía constitucional de acción de cumplimiento, no es menos cierto que dicha figura encuentra sustento también en el artículo 38° de la Carta Fundamental mencionada, en donde se precisa que todos los peruanos deben observancia al cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico<sup>19</sup>.

De igual forma, en el artículo 51° de nuestra norma constitucional precitada se reconoce el principio de supremacía constitucional y se determina la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico<sup>20</sup>, la cual se debe respetar tanto para los funcionarios y entes públicos como para los particulares.

Entonces, nos encontramos ante un dispositivo procesal de amplio reconocimiento y alcance constitucional, el mismo que ha ido evolucionando incluso en su ejecución. Por lo que colegimos que el proceso constitucional de cumplimiento se mantiene reflejado en diversos artículos de nuestra Constitución, tanto en el que lo expresa literalmente como garantía constitucional como en los que determinan su utilidad y concreción.

### **2.3. Diferencia entre proceso de cumplimiento en la vía constitucional y la vía contenciosa administrativa**

En nuestro sistema procesal encontramos la acción de cumplimiento, en cuanto a la exigencia de cualquier ciudadano de demandar el acatamiento de un mandato legal o administrativo frente a la renuencia

---

19 Constitución Política

*“Artículo 38°.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.*

20 Constitución Política

*“Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.*

de su obediencia por parte de un funcionario público, teniendo dos vías procesales. Justamente, esta se puede realizar tanto a través del proceso constitucional de cumplimiento como mediante el proceso contencioso administrativo, puesto que ambos cumplen la finalidad previamente citada.

Cabe precisar que la distinción más resaltante que tenemos es la jerarquía normativa que reconocen y regulan cada uno de estos procesos. Efectivamente, mientras que el proceso constitucional de cumplimiento tiene un reconocimiento constitucional, el proceso contencioso administrativo tiene una regulación de jerarquía legal.

En relación con este último, el inciso 4) del artículo 5° de la Ley N.° 27584, la cual regula el proceso contencioso administrativo, expresa:

*“Artículo 5°.- Pretensiones*

*En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: (...)*

- 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.”*

Precisamente, el proceso contencioso administrativo, al regular la exigencia de cumplimiento por parte del ente público, le ha puesto condiciones particulares para que proceda la demanda del recurrente, como son: a) la inercia de la administración pública, b) las omisiones de la administración pública relativas a la contratación estatal y c) las actuaciones administrativas sobre el personal de la administración pública. Todo ello contenido a su vez en los incisos 2) y 5) del artículo 4° del Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la ley que regula el proceso contencioso administrativo, Ley N.° 27584, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 011-2019-JUS.

Mientras que la garantía de la exigencia de cumplimiento en la vía constitucional hace referencia al inciso 6) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, es decir, al denominado proceso constitucional de cumplimiento, cuyas condiciones las encontramos recogidas en

la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, en donde se ha indicado que las exigencias para tramitar dicha garantía serían:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.
- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante (este requisito es adicional para el cumplimiento de actos administrativos).
- g) Permitir individualizar al beneficiario (este requisito es adicional para el cumplimiento de actos administrativos)<sup>21</sup>.

En relación con lo determinado por la jurisprudencia del TC, los autores del Nuevo Código Procesal Constitucional establecieron en el artículo 66º de este cuerpo procesal lo siguiente:

*“Artículo 66º. Reglas aplicables para resolver la demanda*

*1) Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:*

*1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.*

*1.2) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la*

---

21 STC. Exp. N.º 00168-2005-PC/TC, f. j. 14.

*jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.*

2) *Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:*

2.1) *El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.*

2.2) *Asimismo, y de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.*

3) *Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia.*

4) *Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y, en consecuencia, desestimar la demanda”.*

En este sentido, y a partir de lo expresado previamente, surge la pregunta: *¿Qué pasaría si aplicáramos el inciso 2) del artículo 7º del Nuevo Código Procesal Constitucional al proceso de cumplimiento?* El mismo que establece lo siguiente<sup>22</sup>:

*“Artículo 7º.- Causales de improcedencia*

*No proceden los procesos constitucionales cuando:(...)*

---

22 Cabe precisar que esta disposición mantiene la misma redacción que el inciso 2 del artículo 5º del entonces vigente Código Procesal Constitucional.

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus. (...) (subrayado nuestro).

Cabe mencionar que esta normativa procesal precitada se encuentra en el Título I del Nuevo Código Procesal Constitucional, que establece las reglas procesales aplicables a todos los procesos constitucionales encargados de preservar y garantizar los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el proceso constitucional de cumplimiento.

En esta misma línea argumentativa, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02383-2013-PA/TC, nuestro TC determinó, teniendo como precedente constitucional vinculante “*Elgo Ríos*”, que una vía ordinaria será “*igualmente satisfactoria*” como el proceso constitucional de amparo si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos:

- 1) Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- 2) Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada;
- 3) Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
- 4) Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias<sup>23</sup>.

Así, teniendo en consideración al precedente constitucional anteriormente mencionado (precedente constitucional denominado “*Elgo Ríos*”) emitido por el supremo intérprete de nuestra Constitución, tenemos que, al cumplirse estos requisitos, el proceso contencioso administrativo cumpliría también con los mismos. Entonces, si consideramos que el proceso contencioso-administrativo cumple con el mismo objeto que

---

23 STC. Exp. N.º 02383-2013-PA/TC, f. j. 15.

el proceso de cumplimiento, este sería una vía específica e igualmente satisfactoria para el litigante.

Podemos apreciar que la utilización particular que mantiene la acción de cumplimiento como proceso contencioso reside en las condiciones que le impone la ley especial, en tanto que la garantía de acción de cumplimiento le ha establecido la jurisprudencia<sup>24</sup>, con la precisión de que esta última es residual y excepcional.

### **3. Los derechos fundamentales que se han protegido mediante el proceso de cumplimiento en la jurisprudencia**

#### **3.1. El proceso constitucional de cumplimiento referido al derecho a la salud**

El TC, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 05421-2016-PC/TC, atendió implícitamente el derecho fundamental a la salud de un ciudadano. El caso en sí versa sobre un pedido hecho al Seguro Social de Salud (EsSalud). Este constaba de evaluar el estado de salud del señor Alberto Calvo Gutiérrez, de emitir el certificado correspondiente, consignar el diagnóstico y determinar si se encuentra en condiciones de trabajar o no. Al respecto, cito la parte más importante del precitado fallo del TC a continuación:

276

*“Al respecto, este Tribunal estima que, en el presente caso, nos encontramos ante una norma que impone un mandato claro, incondicional, preciso y cierto a la emplazada, el cual consiste en la obligación de pronunciarse respecto de la condición médica de los trabajadores que se encuentren bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, cuyos empleadores lo requieran, a fin de que puedan suspender o extinguir de forma justa el vínculo laboral.*

*Por ello, al no existir ninguna circunstancia objetiva o normativa que contradiga este mandato, se debe amparar la pretensión de la*

---

24 STC. Exp. N.º 00191-2003-AC/TC, f. j. 6; STC. Exp. N.º 00168-2005-PC/TC, ff. jj. 13 y 14.

*empresa recurrente; más aún, si advertimos que, de no llevarse a cabo dicho procedimiento, se pondrían en riesgo los intereses de la empresa recurrente y, sobre todo, los derechos a la salud y a la pensión del propio trabajador.*

*Este último, a partir del diagnóstico que se le practique, podrá seguir un tratamiento adecuado que le permita mejorar su calidad de vida; asimismo, de ser el caso, podría hacer valer sus derechos pensionarios”<sup>25</sup> (subrayado nuestro).*

Esta decisión del TC no solamente delata que la acción de cumplimiento es de utilidad para hacer cumplir normas que tienen que ver con el derecho a la salud de un ciudadano, sino que, de acuerdo con la cita, el derecho mencionado ha sido motivación necesaria para emitir sentencia en sentido favorable.

De esta manera queda demostrado el carácter evolutivo de la garantía constitucional (denominado como proceso constitucional desde la vigencia del entonces Código Procesal Constitucional y confirmada la misma desde la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Constitucional) bajo estudio ya que, de ser un mero proceso para buscar la afirmación o vigencia de normas o actos administrativos<sup>26</sup>, no deja de reconocerse en el mismo una protección indirecta sobre los derechos fundamentales.

---

25 STC. Exp. N.º 05421-2016-PC/TC, f. j. 10.

26 Nuevo Código Procesal Constitucional

*“Artículo 65. Objeto*

*Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:*

- 1) *Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o*
- 2) *Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.*

*No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional”.*

### 3.2. El proceso constitucional de cumplimiento referido a bonificaciones

El proceso de cumplimiento ha sido utilizado en su mayoría a fin de reconocer bonificaciones laborales impagas por parte del Estado. En sí, lo que acontece es que muchos ciudadanos acuden a la administración con el objetivo que se ejecute un bono que se encuentra reconocido en la norma pero que, al no estar muchas veces presupuestada su ejecución o por burocracia administrativa, no se llega a ejecutar el mandato de la ley.

Un ejemplo de lo expuesto es lo acontecido con el Decreto de Urgencia N.º 037-94 denominado “*Fijan monto mínimo de Ingreso Total Permanente de los servidores activos y cesantes de la Administración Pública*”, en cuyo artículo 2º expresa literalmente lo siguiente:

*“Otórguese, a partir del 1 de julio de 1994, una Bonificación Especial a los servidores de la administración pública ubicados en los niveles F-2, F-1, Profesionales, Técnicos y Auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala N° 11 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM que desempeñan cargos directivos o jefaturales (...)”*

278

La bonificación expuesta ha sido una sobre las que mayormente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su coherente y uniforme jurisprudencia sobre esta materia<sup>27</sup>; siendo que, en muchos de los decretos, el Estado se encuentra comprometido a cancelar los costos del proceso y la ampliación de los intereses legales.

En efecto, se lleva implícito un derecho predictivo y destinado a su ejecución inmediata en el reclamo de muchas bonificaciones pero que, por diversas razones de índole burocrático, no se llega a ejecutar en el plazo y tiempo respectivo, lo cual afecta derechos fundamentales como la celeridad, la justicia, la verdad y la inmediatez.

---

27 STC. Exp. N.º 01494-2018-AC/TC; STC. Exp. N.º 02658-2019-AC/TC; STC. Exp. N.º 00649-2020-AC/TC; STC. Exp. N.º 02616-2004-AC/TC; STC. Exp. N.º 00662-2018-AC/TC; STC. Exp. N.º 02055-2016-AC/TC.

Cabe precisar que estas bonificaciones son derechos desligados implícitamente del derecho al trabajo, cualquiera sea el régimen laboral donde una persona se pueda ubicar. Entonces, las mismas han sido garantizadas de manera constante por diversos fallos constitucionales del TC, constatando así su resguardo al derecho fundamental precitado.

### **3.3. ¿Se puede exigir el desarrollo de la normativa constitucional mediante el proceso constitucional de cumplimiento?**

Para responder la pregunta planteada en el presente apartado, podemos señalar que el TC, mediante su jurisprudencia vinculante, ha permitido que sea utilizado para exigir el desarrollo de disposiciones de rango constitucional. En el caso recaído en el Expediente N.º 05427-2009-PC/TC, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) presentó una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), solicitando que dé cumplimiento al Convenio 169º de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Cabe precisar que el Convenio 169º de la OIT es un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos (TIDH) y, por lo tanto, tiene una jerarquía normativa constitucional. Asimismo, posee el mismo rango que la Constitución Política, por lo que es norma vigente y suprema dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho<sup>28</sup>. Con respecto a esto último podemos afirmar entonces que este acuerdo internacional genera obligaciones y deberes de jerarquía constitucional por parte de los funcionarios estatales, entre los que destacan los ministerios y los titulares de estos.

En relación con el caso materia de este apartado, el mandato de obligatorio cumplimiento consistía en que el citado MINEM adecúe sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional. Efectivamente, el TC peruano (frente a la figura de la inconstitucionalidad por omisión) plantea la posibilidad de su control por el juez

---

28 Para mayor amplitud, revisar, entre otras ponencias académicas del autor sobre este mismo tema, la siguiente obra: ROEL ALVA, Luis Andrés y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Justicia Viva-IDL, 2011. Puede ser revisado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo08092011-175615.pdf>

constitucional a través de los procesos constitucionales. En este caso llegó a concluir que:

*“(…) este Colegiado aprecia con preocupación la incoherencia presente en nuestro ordenamiento jurídico, que ha habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero ha ignorado recoger un proceso que permita el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional.*

*Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas”<sup>29</sup>.*

280

Así entonces, al existir una omisión normativa inconstitucional (no se había implementado normativamente el Convenio 169º de la OIT), el TC adecúa el proceso de cumplimiento para controlar la inconstitucionalidad por omisión normativa, llegando a declarar que:

*“La necesidad de poseer recursos judiciales en el derecho nacional para reparar violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales se condice además con la necesidad de brindar la oportunidad al propio Estado de remediar dichas violaciones y evitar de este modo su responsabilidad internacional.*

*En este contexto, al habilitar el presente proceso de cumplimiento para dar respuesta a una supuesta violación de los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, este Tribunal no sólo pretende cumplir la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio, sino que intenta*

---

29 STC. Exp. N.º 05427-2009-PC/TC, f. j. 19.

*llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado peruano en esta materia*<sup>30</sup>.

De esta forma, podemos evidenciar otro alcance evolutivo sobre la acción de cumplimiento, ya que existe la posibilidad de interponerla ante la omisión inconstitucional que se ha vuelto muy frecuente en nuestro sistema y ante la cual no existía remedio o mecanismo procesal que la develara.

### **3.4. El proceso constitucional de cumplimiento como medio procesal para ejecutar un Tratado Internacional de Derechos Humanos**

Para interpretar cómo se expresa la jerarquía y trascendencia de los derechos humanos en nuestro sistema normativo, tenemos que recurrir a Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, la cual expresa:

*“Interpretación de los derechos fundamentales*

281

*Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*<sup>31</sup>.

---

30 STC. Exp. N.º 05427-2009-PC/TC, f. j. 24.

31 Esta misma noción jurídica acoge el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional que determina lo siguiente:

*“Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales*

*El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.*

*En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”* (subrayado nuestro).

Lo expuesto sujeta a nuestra Constitución a lo que establezcan los TIDH. De ello, se desprende también la interpretación del artículo 55° de nuestra Constitución que expresa: “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.*”. Entonces, hasta aquí podríamos colegir que los citados TIDH tienen rango constitucional dentro de nuestro sistema interno y, por lo tanto, forman parte de nuestro ordenamiento legal. Debido a ello, un tratado sí podría ser pasible de una exigencia de cumplimiento por parte de algún accionante<sup>32</sup>.

Bajo esa interpretación, y asumiendo que no estamos analizando la situación de cualquier tratado sino de uno que regula los derechos humanos, es que el Estado no puede dejar de originar o repotenciar una garantía que proteja los derechos mencionados. En ese sentido es que cabe la posibilidad de aplicar la acción de cumplimiento para la ejecución de los tratados internacionales. El máximo tribunal nacional en materia constitucional se ha referido sobre el particular declarando que:

282

*“No obstante ello, este Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización.*

*Y es que, si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos*

---

32 Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que: “*Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los “tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional”.* En: STC. Exps. N.° 00025-2005-PI/TC y N.° 00026-2005-PI/TC, ff. jj. 25 y 26.

*administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, que se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional.”<sup>33</sup>*

De acuerdo con lo expuesto, atendiendo a la naturaleza de los derechos que regulan los tratados de derechos humanos y siendo que el mismo TC ha establecido que la acción de cumplimiento (denominado también proceso constitucional de cumplimiento) puede aplicarse para ejecutar un tratado en territorio del Estado peruano, podemos colegir que esta es otra característica que demuestra la evolución de este proceso respecto a su objeto inicial de creación, así como la amplitud de las normas (que supera las que son de jerarquía estrictamente legal<sup>34</sup>) que protege para su aplicación.

#### **4. Precedentes constitucionales y criterios exigibles para la procedencia del proceso constitucional de cumplimiento**

Antes de la emisión del precedente vinculante del TC sobre el proceso de cumplimiento recaído en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, el mismo Tribunal había expedido una sentencia en la cual daba vistos de una evolución sobre el tratamiento de dicha figura, citamos:

*“Evidentemente, para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver –que, como se sabe, carece de estación probatoria–, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características.*

*Entre otras, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales,*

---

33 STC. Exp. N.º 05427-2009-PC/TC, f. j. 10.

34 Conforme determina el inciso 1) del artículo 65º del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley N.º 31307, y el inciso 6) del artículo 200º de la Constitución Política, el proceso constitucional de cumplimiento tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente de cumplimiento a una norma legal.

*que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, en lo que al caso se refiere, que se encuentre vigente.”<sup>35</sup>*

El criterio que nuestro TC mantenía en el año 2003 vislumbraba algunas condiciones para poder tramitar una acción de cumplimiento, dentro de las cuales expresaba que debía de ser incondicional, cierta y vigente. Tales preceptos, como se conoce, han sido ampliados por el precedente vinculante que procederemos a desarrollar.

De la misma forma, consideramos importante hacer mención a los criterios asumidos por la Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, caso “*Maximiliano Villanueva Valverde*”, en donde ante la generalidad sobre la que se basaba la tramitación de los conflictos de los procesos de cumplimiento por parte del citado Tribunal y a fin de establecer una seguridad jurídica sobre la procedencia de las demandas que reclamaban dicha garantía, es que el supremo intérprete de nuestra Constitución Política estableció que los fundamentos jurídicos 14, 15 y 16 se constituyen como precedentes vinculantes a futuro. Para mayor claridad se expone:

284

*“14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:*

- a) Ser un mandato vigente.*
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.*
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.*

---

35 STC. Exp. N.º 00191-2003-AC /TC, f. j. 6.

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:*

f) *Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.*

g) *Permitir individualizar al beneficiario.*

*15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, 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 actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.*

*16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.”<sup>36</sup>*

Los criterios mencionados han marcado una pauta sobre el tratamiento del proceso de cumplimiento. Los mismos no solamente han exigido que las futuras demandas sobre dicha garantía tengan que verse condicionadas a los requisitos establecidos, sino que a su vez obligan a que los servidores de la administración pública tengan que emitir actos administrativos o normas legales que guarden las condiciones de claridad, certeza, ineludibilidad, incondicionalidad, entre otros.

De igual forma, el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional regula lo referido al “*precedente vinculante*”<sup>37</sup> que se encuentra facultado para emitir el TC, el cual tiene efectos *erga omnes* para todo nuestro sistema de administración de justicia<sup>38</sup>. En esa lógica es que los criterios asumidos por la sentencia recaída en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC marcan una fuerza expansiva sobre los criterios que en ella se contienen respecto a la acción de cumplimiento.

37 Nuevo Código Procesal Constitucional

*Artículo VI. Precedente vinculante*

*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*

*Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.*

*En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta* (subrayado nuestro).

38 Cabe precisar que el anterior cuerpo procesal (Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237) determinaba la misma exigencia de cumplimiento de los precedentes vinculantes que emitiera el Tribunal Constitucional, señalando lo siguiente en el artículo VII del Título Preliminar del entonces vigente Código Procesal Constitucional:

*“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.*

Cabe señalar que los autores del reciente Nuevo Código Procesal Constitucional establecieron en el artículo 66° del Título V referido al proceso de cumplimiento en este cuerpo procesal, conforme detallamos líneas arriba, lo determinado en el citado precedente constitucional, positivizando estos criterios jurisprudenciales para que los operadores jurídicos jurisdiccionales y los recurrentes tengan claro cuáles son las reglas aplicables para la resolución de este tipo de demandas constitucionales.

Podemos colegir que la garantía constitucional de cumplimiento ha tenido su desarrollo máximo en la jurisprudencia. Tanto es así que se ha tenido que consignar un precedente vinculante sobre el particular, lo cual acredita el motivo de nuestro estudio y la importancia que se les brinda a las sentencias dictadas por nuestro TC.

## **5. Conclusiones**

La presente ponencia ha querido abordar los diferentes aspectos del proceso de cumplimiento y es que, con el nuevo paradigma de la concepción de la Constitución como norma suprema, surgen nuevas exigencias de protección. Los procesos constitucionales se originan como respuesta a estas exigencias. Estos procesos nacen para satisfacer dos finalidades: 1) La garantía de la supremacía constitucional y de su fuerza normativa, y 2) la protección de los derechos fundamentales.

En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico, tanto constitucional como legal, ha aceptado y determinado esta noción de los procesos constitucionales, estableciendo así un catálogo de procesos que responden a dichos fines. En este grupo de procesos tenemos el proceso de cumplimiento materia de la presente investigación. Efectivamente, el proceso de cumplimiento ha sido constitucionalizado por primera vez en la actual carta magna de 1993, exactamente en el inciso 6) del artículo 200° del cuerpo normativo constitucional.

A su vez, sin perjuicio de que su interposición se simplifique a requerir la ejecución de una inactividad “*material*” de la administración, su relevancia para el sistema jurídico resulta importante ya que efectiviza las normas y obliga a un mejoramiento en la administración pública.

Asimismo, el proceso de cumplimiento se encuentra desarrollado normativamente en el inciso 6) del artículo 200° de la Constitución y en el capítulo V del Nuevo Código Procesal Constitucional, advirtiéndose que las precisiones y el desarrollo de dicha normativa se han dado en la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano.

Cabe precisar que aún existen debates abiertos sobre la naturaleza de este proceso, sobre su finalidad y otras aristas, existiendo inclusive diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre estos temas. De esta forma, el proceso de cumplimiento ha ido evolucionando en el tiempo, siendo un paso decisivo en su delimitación el precedente vinculante emitido por el citado Tribunal y recaído en el Expediente N° 00168-2005-PC/TC (Caso Maximiliano Villanueva Valverde), el mismo que condiciona la tramitación de la garantía a los requisitos de claridad, cierto, ineludible, incondicional, entre otros.

Ahora, cabe esperar la interpretación que brinde nuestro Tribunal Constitucional a las nuevas reglas procesales aplicables al proceso constitucional de cumplimiento establecidas en el Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley N.º 31307; y hasta entonces deberemos de interpretar este proceso constitucional conforme a la jurisprudencia y precedentes vinculantes dictados durante la vigencia del anterior Código Procesal Constitucional aplicables a dicho proceso.



## Bibliografía

- AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente*. 1ra. Edición, Lima: Palestra Editores, 2003.
- AA. VV. *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. 3era. Edición, Lima: Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2008.
- ABAD YUPANQUI, Samuel. “La jurisdicción constitucional en el Perú. Las reformas constitucionales pendientes”. En: *Revista Institucional “Apuntes sobre la Reforma Constitucional”*, N.º 6, Lima: AMAG, 2002. Disponible en Internet: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/103/jurisdiccion-constitucional-en-el-peru.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- ABAD YUPANQUI, Samuel. *Constitución y Procesos Constitucionales*. 4ta. Edición, Lima: Palestra Editores, 2010.
- ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Estudios Constitucionales*. Lima: APCD, 2004.
- CARPIO MARCOS, Edgar. “El Proceso de Cumplimiento en el Código Procesal Constitucional”. En: *AA. VV. Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima: Jurista Editores, 2004.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución”. En: *Gaceta Jurídica*, julio 2007, Año 13.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ra. Edición, Madrid: Civitas, 1985.
- LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera Edición. Lima, Palestra Editores, 2007
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- ROEL ALVA, Luis Andrés y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Justicia Viva-IDL, 2011. Puede ser revisado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo08092011-175615.pdf>
- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993 - Tomo VI*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. Disponible en Internet: [www.tc.gob.pe/cec/themes/bluemarkine/.../Zagrebelsky\\_sesion1.doc](http://www.tc.gob.pe/cec/themes/bluemarkine/.../Zagrebelsky_sesion1.doc)



# El proceso de cumplimiento frente a la ejecución de actos administrativos firmes acusados de nulidad por parte de la Administración

✎ HERNESTO VÁSQUEZ PÉREZ\*

## 1. La ejecución de actos administrativos firmes como objeto del proceso de cumplimiento

La Ley 31307, que aprueba el Nuevo Código Procesal Constitucional<sup>1</sup> (NCPConst.), en su artículo 65, delimita el objeto del proceso de cumplimiento en los mismos términos que su antecesor artículo 66 de la Ley 28237, que aprobó el Código Procesal Constitucional (CPCConst.). Así, dispone:

291

*“Artículo 65.- Objeto*

*Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:*

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

\* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021 y, según lo anunciado por el Presidente de la República Francisco Rafael Sagasti Hochhausler, será objeto de una demanda de inconstitucionalidad.

Resulta sumamente conocido por los administrados que, a pesar de la existencia de un mandato, contenido en una norma legal o acto administrativo firme emitido por la propia Administración, ésta se muestre renuente a acatarla, excusándose de cualquier manera y despojando, en los hechos, de eficacia a las referidas normas legales y actos administrativos. Es por ello que, en la sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC, el Tribunal Constitucional expresó que *“no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces”* (fundamento 8).

Frente a dicha negativa de la Administración, el Tribunal Constitucional ha reconocido la configuración del derecho a defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos firmes. De allí que, en la misma sentencia citada anteriormente, se expresó que *“cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas (...), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento”* (fundamento 9).

292

En el presente trabajo no se analizará lo referido al cumplimiento de normas legales; sino, únicamente, lo relacionado con la ejecución de los actos administrativos firmes, específicamente de aquellos que se encuentran inmersos en un procedimiento de nulidad de oficio dentro de la propia Administración o cuya nulidad ha sido demandada por ésta en un proceso contencioso administrativo.

## **2. Criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC y que constituyen precedente vinculante**

No está demás mencionar los criterios de procedibilidad que deben cumplir las demandas de cumplimiento, los cuales han sido establecidos como precedente vinculante en los fundamentos 14 a 16 de la sentencia

emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC. Así, en los procesos de cumplimiento, el mandato cuya ejecución se pretende debe cumplir con:

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

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, tales actos deberán:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

### **3. Acto administrativo firme**

El artículo 1 del Decreto Supremo 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, expresa que “[s]on actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. Asimismo, el artículo 222 prescribe que “[u]na vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto”. Entonces, un “acto administrativo firme es aquel que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, al haberse extinguido los plazos fugaces para ejercer el derecho de contradicción, o habiéndolo hecho, se ha desistido del recurso”<sup>2</sup>.

---

2 MORÓN URBINA, Juan Carlos: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS)*, Tomo I, Décimo Cuarta Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 206.

En este sentido, el vencimiento de los plazos sin que se haya cuestionado el acto administrativo, por parte del administrado, implica que éste queda sujeto al referido acto, sin poder objetarlo posteriormente.

Si nos remitimos al artículo 65 del NCPCConst. o al artículo 66 del CPCConst. podemos colegir, *prima facie*, que todos los mandatos contenidos en actos administrativos firmes son objeto del proceso de cumplimiento; sin embargo, cabría preguntarse si también podrán ejecutarse aquellos cuya nulidad ha sido iniciada de oficio por la Administración o ha sido demandada por ésta, en la vía judicial, a través del proceso contencioso administrativo.

#### **4. La nulidad de oficio de los actos administrativos y la nulidad demandada ante el Poder judicial por parte de la Administración**

El hecho de que el acto administrativo sea firme no significa que sea irrevisable por parte de la Administración, pues, la firmeza sólo es oponible al administrado, quien decidió consentir el acto administrativo; mas no es oponible a la Administración, quien conserva, por un plazo legal adicional, la facultad de reexaminar la decisión contenida en el acto administrativo firme. Es así que “[l]a firmeza es un carácter del acto frente a los administrados que están sujetos a él, pero no para la Administración que siempre mantiene la posibilidad de revisarlo vía anulación de oficio, revocación o corrección de errores materiales”<sup>3</sup>. Respecto a la nulidad de oficio de los actos administrativos, el TUO de la Ley 27444 dispone:

*“Artículo 213.- Nulidad de oficio*

*213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.*

*213.2 (...) En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.*

*213.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos (...).*

*213.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa. (...)*”

Como se advierte las causales de nulidad del acto administrativo también pueden ser alegadas por la propia Administración que lo emitió. Dichas causales están prescritas en el artículo 10 del TUO de la Ley 27444:

295

*“Artículo 10.- Causales de nulidad*

*Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.*

4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma*”.

La facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos se sustenta en la autotutela administrativa, la cual comprende, dentro de sus manifestaciones, a la autotutela revisora, es decir, “la capacidad que tienen las propias entidades conformantes de la Administración Pública de poder revisar ellas mismas las decisiones que ya han emitido, corrigiendo los propios errores que hubieran cometido, perfeccionado sus decisiones, y asumiendo la capacidad privilegiada de resolver primariamente cualquier conflicto que surjan de su propia actuación”<sup>4</sup>.

La declaración de oficio de la nulidad del acto administrativo, por la propia Administración, en sede administrativa, implica una contradicción con una decisión anterior de la misma Administración, quien no muestra coherencia con su anterior accionar. Sin embargo, dicha facultad nulificante resulta necesaria para restablecer la constitucionalidad y legalidad desconocidas por un acto administrativo firme anterior.

296

En principio, la actuación de la Administración Pública debe respetar sus propios actos administrativos, emitidos con anterioridad, máxime si tienen la calidad de firmes para el administrado, pues, el desconocimiento de sus actos, a través del ejercicio indiscriminado de la nulidad de oficio, sería arbitrario y autoritario. El acto administrativo firme debe contar con una fundamentación jurídica suficiente que lo convierta en inmutable para el administrado; de lo contrario, la Administración podría ejecutar un acto administrativo firme contrario al ordenamiento jurídico.

El legislador ha establecido que la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos,

---

4 MORÓN URBINA, Juan Carlos: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS)*, Tomo II, Décimo Cuarta Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 112.

lo cual implica que, transcurrido dicho plazo, la Administración se encuentra impedida de invalidar *motu proprio* sus actos administrativos firmes.

Tal es el agravio al interés público y a los derechos fundamentales que, vencido el plazo para ejercer la nulidad de oficio, el legislador a otorgado a la Administración la facultad adicional de demandar la nulidad de su propio acto administrativo firme en sede judicial, vía proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa. El ejercicio de dicha atribución no constituye una discrecionalidad de la Administración; sino, una verdadera obligación; por lo que, “la Administración debe o mejor dicho, tiene que acudir al proceso de agravio para solicitar que se declare la nulidad (...) de un acto propio”<sup>5</sup>.

Es muy común, en nuestro medio, observar que las autoridades de los gobiernos locales, regionales y nacionales, al finalizar los periodos para las que fueron electas, se convierten en entidades súper garantistas y empiezan a emitir diversos actos administrativos que reconocen derechos a los administrados, quienes, lógicamente, al verse favorecidos, no los cuestionan, logrando así la firmeza de dichos actos. Sin embargo, al ingresar las nuevas autoridades declaran la nulidad de oficio de la mayoría de los actos administrativos emitidos por sus antecesores, al haberse incurrido en alguna de las causales descritas en el artículo 10 del TUO de la Ley 27444 y, eventualmente, cuando no ha sido posible ejercer la nulidad de oficio de los actos administrativos, la Administración ha demandado su nulidad a través del proceso contencioso administrativo en la vía judicial.

---

5 HUAPAYA TAPIA, Ramón: “La regulación del proceso contencioso administrativo de agravio o de lesividad en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo de Perú”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 145, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2010, p. 340.

## 5. **La procedencia del proceso de cumplimiento para la ejecución de actos administrativos firmes acusados de nulidad por la Administración**

Si nos quedamos solamente con lo prescrito en el artículo 65 del NCPCConst., el cual es idéntico a su antecesor artículo 66 del CPCConst., podría colegirse que sólo basta con estar frente a un acto administrativo firme para que éste sea ejecutado a través del proceso de cumplimiento; sin embargo, dicha conclusión es producto de una interpretación aislada del precedente vinculante contenido en la sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC. En este sentido, si el acto administrativo firme contiene, además, un mandato que cumpla con los requisitos descritos en el referido precedente, no cabe duda que, ante la negativa de la Administración de ejecutar dicho acto, procederá el proceso de cumplimiento en defensa del derecho a la eficacia de los actos administrativos.

298

En este orden de ideas, debe precisarse que un acto administrativo firme, inmerso en un procedimiento de nulidad de oficio o en un proceso contencioso administrativo, donde la Administración demanda su nulidad, contiene un mandato sujeto a controversia compleja y no reconoce un derecho incuestionable del reclamante; por lo que, el proceso de cumplimiento no resulta procedente para su ejecución hasta que su validez sea confirmada por la Administración o por el Poder Judicial.

No cabe ejecutar un acto administrativo firme que, eventualmente, podría ser declarado nulo, es decir, desde que la Administración pretende la nulidad de dicho acto, en sede administrativa o judicial, surge una controversia compleja alrededor de su validez que impide ser ejecutado a través del proceso de cumplimiento. Asimismo, producto de dicha controversia, el derecho reconocido en el acto administrativo firme deja de ser incuestionable, de allí que el Tribunal Constitucional ha expresado, en la sentencia recaída en el Expediente 00102-2007-PC/TC, que:

*“6. (...) [C]uando el derecho sea debatido por algún motivo, como por ejemplo por estar contenido en un acto administrativo inválido o dictado por órgano incompetente, la demanda deberá*

*desestimarse, en tanto el acto administrativo carece de la virtualidad suficiente para configurarse en un mandato (...). En este supuesto, el acto administrativo se ve afectado en su validez, (...), lo que significa que no contienen un derecho incuestionable”.*

Aceptar la ejecución del mandato, contenido en el acto administrativo firme, sin que se cumpla con los requisitos de ausencia de controversia compleja y de reconocimiento de un derecho incuestionable del reclamante, conllevaría a la imperiosa necesidad de pronunciarse sobre la validez o nulidad del referido acto, es decir, *“el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos”* (Cfr. sentencia recaída en el Expediente 00168-2005-PC/TC, fundamento 17).

Conviene precisar que el NCPConst., en su artículo 66, inciso 2, dispone que *“[c]uando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto (...)”*. Sin entrar a analizar la constitucionalidad de este dispositivo, consideramos que la justicia constitucional no puede resolver sobre el fondo del asunto si es que la Administración, contra el acto administrativo que se pretende ejecutar, ha iniciado un procedimiento administrativo de nulidad de oficio (al interior de la propia Administración) o un proceso contencioso administrativo (en sede judicial ordinaria). Dicho impedimento se sustenta en que es la misma Administración quien viene evaluando la validez del acto administrativo, en ejercicio de su potestad nulificante, la cual conserva por un tiempo determinado después de emitido el acto. De la misma forma, el juez constitucional no puede conocer de la ejecución de un acto administrativo, cuya validez viene siendo discutida en el juez contencioso administrativo, es decir, no puede ejecutarse un mandato, contenido en un acto administrativo, cuya validez se encuentra judicializada por iniciativa de la propia Administración.

El inciso 4 del artículo 66 del NCPConst. dispone que *“[c]uando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución,*

*el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda*”. Dicha norma no implica convertir al juez constitucional en un juez contencioso administrativo, pues la referida ilegalidad o inconstitucionalidad del mandato debe ser manifiesta, pues, tal como lo prescribe el inciso 2 del mismo artículo, el juez constitucional se encuentra limitado a la aplicación de una mínima actividad interpretativa y probatoria que no comprometa la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, es decir, el juez que conoce del proceso de cumplimiento no podrá declarar ilegal o inconstitucional el mandato, cuando para ello requiera de la realización de una compleja actividad interpretativa y de una considerable actividad probatoria. La mínima actividad interpretativa y probatoria impide que el proceso constitucional de cumplimiento termine por convertirse en un proceso ordinario.

La nulidad del acto administrativo firme no basta con ser alegada por la Administración; sino que, por lo menos, ésta debe acreditar que contra el referido acto ha iniciado el procedimiento de nulidad de oficio o el respectivo proceso contencioso administrativo donde demande su nulidad. Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 01080-2013-PC/TC, el Tribunal Constitucional expresó:

- “4. En el presente caso, a fin de verificar si se había declarado la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N.º 2103-2010-A/MC, la Municipalidad de Comas fue notificada con fecha 12 de enero de 2015 del decreto emitido por este Tribunal Constitucional, el cual obra en el cuadernillo del expediente, mediante el cual se le solicitó la entrega de las copias certificadas del Expediente Administrativo N.º 16829, que dio mérito a la Resolución de Alcaldía N.º 2103-2010-A/MC, y de todo documento relativo al procedimiento de nulidad de oficio de dicha resolución.*
- 5. Sin embargo, la emplazada contesta el pedido refiriendo que no cuenta con dicha información, toda vez que no se cumplió con el proceso de transferencia de documentos de la anterior gestión municipal.*

6. *De esta manera, esta Sala considera que, al no haberse demostrado el inicio de un procedimiento de nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 2103-2010-A/MC, o que este haya finalizado con la declaración de la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 2103-2010-A/MC; y, teniendo en cuenta la obligación de custodia que recae en toda entidad pública respecto de sus documentos internos, corresponde asumir que la Resolución de Alcaldía N° 2103-2010-A/MC mantiene su plena vigencia”.*

Asimismo, también, corresponderá al juez constitucional verificar si la nulidad de oficio en sede administrativa o la demandada vía judicialmente ha sido ejercida dentro de los plazos que establece la ley. En relación a este punto, conviene citar lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 03632-2005-PC/TC:

*“1. (...) respecto al alegato de la universidad emplazada, de que declaró nulo el convenio celebrado con la Escuela Interamericana de Altos Estudios de Post Grado (Einae), en virtud del cual el demandante realizó estudios, cabe señalar que, conforme al artículo 110 del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales del Procedimientos Administrativos, vigente durante la ocurrencia de los eventos, la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribía a los tres años. En el presente caso, el convenio se celebró en el año 1996, y su nulidad fue declarada por el Consejo Universitario en el año 2001. Consecuentemente, dicha declaración de nulidad resulta extemporánea y no surte efectos jurídicos respecto al demandante”.*

301

## **6. Posición del Tribunal Constitucional**

El debate sobre la nulidad del acto administrativo firme, planteado por la Administración respecto de sus propios actos, no ha sido ajeno al Tribunal Constitucional, quien, de forma acertada, aunque escuetamente, ha venido desestimando los recursos de agravio constitucional interpuestos por considerar que, en dichos casos, existe una controversia

compleja y/o el derecho reconocido ha dejado de ser incuestionable; imposibilitando que la ejecución del acto administrativo firme sea realizada a través del proceso de cumplimiento. Al respecto, conviene citar algunas sentencias interlocutorias emitidas en algunos expedientes resueltos por el Tribunal Constitucional, a saber:

**a) Sentencia Interlocutoria recaída Expediente 02360-2017-PC/TC, de fecha 15 de octubre de 2018**

“4. (...) [L]a Resolución de Alcaldía 1212-2010-MDSM se encuentra sujeta a controversia compleja. En efecto, se advierte de la copia de la Resolución de Alcaldía 181-2011-MDSM/A, de fecha 9 de febrero de 2011, emitida por el alcalde de la demandada (fojas 23), que se instauró un procedimiento administrativo de nulidad a fin de verificar la validez de la resolución cuyo cumplimiento se pretende, en atención a la existencia de posibles vicios en su emisión tales como la ausencia de un informe técnico sustentatorio, entre otros (...).”

302

**b) Sentencia Interlocutoria recaída Expediente 01923-2017-PC/TC, de fecha 21 de enero de 2019**

“4. (...) [E]l mandato cuyo cumplimiento se solicita se encuentra sujeto a controversia compleja y no reconoce un derecho incuestionable del actor, toda vez que, según lo manifestado por la entidad emplazada en su contestación de demanda (fojas 28 y 29) y conforme se observa en el sistema de consulta de expedientes judiciales del Poder Judicial, se ha solicitado la nulidad de la Resolución de la Oficina de Recursos Humanos 63-2009-GRA/ORH –en virtud de la cual se emitió la Resolución de la Oficina de Recursos Humanos 50-2010-GRA/ORH– mediante el proceso contencioso administrativo que viene tramitándose en el Expediente 04137-2012-0-0401-JR-LA-04 (revisión efectuada en el portal web institucional del Poder Judicial el 15 de enero de 2019). (...).”

**c Sentencia Interlocutoria recaída Expediente 03364-2014-PC/TC, de fecha 25 de mayo de 2016**

5. (...) [E]l demandante pretende que se cumpla con lo ordenado en la resolución administrativa emitida por el Consejo de Asuntos Contenciosos Universitarios de la Asamblea Nacional de Rectores, Resolución 158-2012-CODACUN, de fecha 12 de octubre de 2012 (f. 17) y que, en consecuencia, se disponga ascenderlo a la categoría de profesor principal. Dicha pretensión no puede ser atendida en esta sede constitucional porque el mandato cuyo cumplimiento se exige se encuentra sujeto a controversia compleja, (...)
6. Se aprecia de lo expuesto, que la universidad emplazada, mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2014, manifiesta haber iniciado proceso contencioso-administrativo contra el ahora accionante sobre nulidad de acto administrativo. Asimismo, se observa que el Vigésimo Quinto Juzgado Laboral Permanente de Lima (Expediente 18805-2013) resuelve admitir el referido proceso a fin de obtener la nulidad de la Resolución Administrativa 158-2012-CODACUN (f. 98)”.

303

**d) Sentencia Interlocutoria recaída Expediente 03262-2019-PC/TC, de fecha 24 de septiembre de 2019**

4. (...) [E]l sindicato demandante pretende que se haga cumplir la Resolución Directoral 720-DDC-CUS/MC de fecha 24 de setiembre de 2014 (y sus tres modificatorias), mediante la cual se dispone otorgar la bonificación mensual por concepto de apoyo alimentario al personal nombrado de la Dirección Desconcentrada de Cultura de Cusco comprendido en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público. (...).
6. Dicha pretensión no puede ser atendida en esta sede constitucional, porque el mandato cuyo cumplimiento se solicita se

*encuentra sujeto a controversia compleja, toda vez que la Resolución Ministerial 190-2018-MC, de fecha 22 de mayo de 2018 (f. 113 a 115), dispuso lo siguiente:*

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1.-** *Declarar que la Resolución Directoral N° 720-DDC-CUS/MC y sus modificatorias, emitidas por la Dirección Desconcentrada de Cultura de Cusco, han sido emitidas en agravio de la legalidad administrativa y el interés público (...).*

**Artículo 2.-** *Remitir la presente resolución a la Procuraduría Pública del Ministerio de Cultura, a fin que efectúe las acciones que considere convenientes para efectos de iniciar la demanda contenciosa administrativa que declara la nulidad de las resoluciones mencionadas en el artículo anterior.*

304

7. *Por otro lado, se verifica de fojas 116 a 124 que, con fecha 5 de junio de 2018, el procurador público del Ministerio de Cultura interpuso una demanda en el proceso contencioso administrativo, para solicitar la nulidad total de la Resolución Directoral 720-DDC-CUS/MC, de fecha 24 de setiembre de 2014 (Causa 01044-2018-0-1001-JR-CI-04). Cabe señalar que dicho proceso se encuentra actualmente en trámite, de acuerdo a la revisión efectuada en el portal web institucional del Poder Judicial el 23 de setiembre de 2019”.*

De las cuatro sentencias interlocutorias citadas, la primera de ellas, recaída en el Expediente 02360-2017-PC/TC, declaró improcedente el recurso de agravio constitucional por considerar que mediante Resolución de Alcaldía 181-2011-MDSM/A, de fecha 9 de febrero de 2011, la Administración inició procedimiento de nulidad de oficio de su propia Resolución de Alcaldía 1212-2010-MDSM, cuyo cumplimiento se solicitaba; sin embargo, consideramos que, debido al tiempo transcurrido desde la emisión de ésta última resolución (2010) hasta la publicación de la referida sentencia interlocutoria (15 de octubre de 2018), había

transcurrido en exceso el plazo de 2 años, con el que contaba la Administración para declarar de oficio la nulidad de su propio acto administrativo firme; por lo que, para esclarecer un poco más el caso, hubiese resultado conveniente solicitar información a las partes para conocer si, efectivamente, dentro del plazo legal establecido, se había declarado la nulidad de oficio del acto administrativo firme que se pretendía ejecutar o si, por el contrario, se había confirmado su validez.

## **7. Conclusiones**

- a) No basta con la firmeza de los actos administrativos para que sean ejecutados a través del proceso de cumplimiento.
- b) El acto administrativo firme, para que sea objeto del proceso de cumplimiento, adicionalmente, no debe estar inmerso en procedimiento administrativo de nulidad de oficio, iniciado por la propia Administración que lo emitió y, tampoco, debe estar involucrado en un proceso contencioso administrativo, en sede judicial, instaurado por la misma Administración que lo expidió y que pretende su nulidad.
- c) El acto administrativo firme, cuya nulidad viene siendo discutida, en un procedimiento de nulidad de oficio o en un proceso contencioso administrativo, está sujeto a controversia compleja y, por ende, el derecho reconocido en dicho acto deja de ser incuestionable, por lo que, no puede ejecutarse mediante el proceso de cumplimiento, al no cumplir con los criterios de procedibilidad, establecidos como precedente vinculante en la sentencia emitida en el Expediente 00168-2005-PC/TC.
- d) El juez constitucional, ejerciendo una mínima actividad interpretativa y probatoria que no comprometa la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, comprobará si el mandato, contenido en el acto administrativo firme, no contraviene la ley o la Constitución y así poder determinar la ejecución o no del mismo a través del proceso de cumplimiento.



# El proceso de cumplimiento y el derecho comunitario

✎ OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA\*

## 1. Introducción

Desde su reconocimiento en la Constitución de 1993, el proceso de cumplimiento ha generado múltiples polémicas. Entre ellas se encuentra el conocido debate sobre si es que puede ser calificado —o no— como un proceso constitucional, ya que, a diferencia de procesos como el *habeas corpus*, el *habeas data* y el amparo, no suele estar directamente con el contenido constitucional de algún derecho que pueda derivarse de nuestra norma fundamental. Ahora bien, como se conoce, ese debate ha intentado ser zanjado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual, recurriendo al artículo 3 de la Constitución, ha intentado vincular el proceso de cumplimiento a algún derecho.

Esto ha generado que, salvo algunas excepciones, el proceso de cumplimiento haya sido, en esencia, empleado para cuestionar asuntos que bien podrían haber sido impugnados ante la justicia contencioso administrativa. No sorprende, en ese sentido, que existan voces que aboguen por su supresión del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, dentro de todas sus limitaciones, este proceso puede ser el escenario en el que se desarrollen relevantes discusiones no solo respecto de los derechos,

307

---

\* Docente de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. También ha ejercido la docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Academia de la Magistratura. Especialista en Derecho Público Global por la Universidad Castilla la Mancha (España). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

sino también sobre el eventual incumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado peruano.

De esta forma, en esta breve investigación se desea plantear la problemática de si proceso de cumplimiento puede constituirse como la vía idónea para solicitar la adecuada ejecución de obligaciones que se desprendan del derecho comunitario. Para ello, resultará pertinente explorar la naturaleza de las normas que están incorporadas en este ordenamiento, y si es que la Constitución de 1993 les ha dispensado algún nivel de protección. Con posterioridad, se examinará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con esta temática, y se culminará efectuando algunas reflexiones a propósito de la necesidad de incorporar mecanismos que permitan garantizar que el Estado peruano cumpla con las obligaciones comunitarias que ha asumido.

## 2. La naturaleza del derecho comunitario

308

El derecho comunitario es una disciplina que, particularmente en las últimas décadas, ha sido objeto de profundos estudios por parte de la doctrina. Es importante señalar que mucha de la atención recibida obedece, en buena cuenta, a la experiencia de la Unión Europea, cuyo complejo sistema ha suscitado interesantes reflexiones sobre la forma en que el derecho comunitario debe interactuar con el derecho de los Estados.

Ahora bien, las discusiones a propósito del derecho comunitario no se han limitado a analizar de qué forma dicho ordenamiento se relaciona con el derecho nacional, sino que también han surgido importantes dudas respecto de su naturaleza y sobre sus diferencias con el derecho internacional clásico. En efecto, en muchas oportunidades estas dos disciplinas han sido estrechamente vinculadas. Por ejemplo, se ha señalado que un común denominador del derecho comunitario es el de ser un derecho supranacional integrante del derecho internacional público, y que regula las relaciones jurídicas de Estados soberanos que han determinado, a través de tratados, la celebración de importantes políticas de integración<sup>1</sup>.

---

1 Cfr. Maúrtua de Romaña, Oscar (2016). Derecho de Integración: un enfoque hacia América Latina. En: Revista Peruana de Derecho Internacional, Tomo LXVI, Nro. 154, p. 17.

En este punto, no serían notorias las diferencias entre el derecho comunitario y el internacional. Sin embargo, existen diversos factores que justifican un abordaje distinto de ambas disciplinas. De hecho, contra el pronóstico inicial, en la actualidad es posible asumir que el derecho comunitario ha evolucionado, al menos en Europa, de una forma más consistente que el propio derecho internacional general, el cual se ha visto expuesto ante diversas críticas relacionadas con su fragmentariedad. Ciertamente, los esfuerzos comunitarios han surgido de un tratado o grupos de tratados –lo que suele generar la confusión recurrente de entenderlo como derecho internacional–, pero la evolución de este sistema se ha caracterizado por su solidez. Un factor importante para que ello sea así es que existen instituciones que se encargan de velar por garantizar la supremacía del derecho comunitario, y estas se suelen diferenciar del derecho internacional clásico en la medida en que se encuentran más consolidadas, tal y como con el Parlamento Europeo, la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En efecto, la consolidación del derecho comunitario no podría explicarse sin la jurisprudencia del TJUE o sin los pronunciamientos de la Comisión o del Parlamento. Por ejemplo, en el emblemático caso *Gend and Loos*, el primero de estos órganos sostuvo que el objetivo de la antigua Comunidad Económica Europea era establecer un acuerdo común, por lo que no podía entenderse como un simple acuerdo de obligaciones recíprocas, ya que, de conformidad con el preámbulo del acuerdo, sus disposiciones no solo se orientan a los gobiernos, sino también a los ciudadanos. Esta visión fue confirmada en el caso *Costa Enel*, en el que precisó que el derecho comunitario se constituye como una fuente independiente, por lo que los Estados no pueden oponer sus normas internas para su incumplimiento<sup>2</sup>.

---

2 Evidentemente, este no es el espacio para profundizar sobre la naturaleza del derecho comunitario y de sus diferencias con el derecho internacional general. En todo caso, para ello se puede consultar: pp. Ortiz, Loretta (2003). Derecho Comunitario y Derecho Internacional. En: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nro. 4, pp. 14-20.

Esto implica que el derecho comunitario se caracteriza por contar con órganos con competencias de expedir normas inmediatamente vinculantes para los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, y el cumplimiento de estas disposiciones se encuentra a cargo de una compleja estructura de órganos que velan por la supremacía del derecho comunitario. En ese contexto, como es posible de advertir, existe un considerable avance normativo que ha involucrado no solo a los Estados –principales protagonistas, en el siglo XIX e inicios del XX, de la política internacional–, sino incluso a la propia ciudadanía. Esto supone una importante cesión de facultades a los órganos comunitarios, ya que, en los hechos, se les permite regular materias que, con anterioridad, solo eran disciplinadas por los propios Estados. Evidentemente, la estipulación de directiva o normas desde el ámbito comunitario ha permitido la unificación y el acercamiento entre los diversos ordenamientos de los países que integran la Unión Europea, con todas las consecuencias positivas que ello acarrea para la facilitación del comercio, las operaciones financieras, y, del mismo modo, para la expansión de los propios derechos fundamentales.

Todo lo hasta aquí expuesto no supone que nos encontremos frente a un modelo exento de críticas. Podemos estimar que existen dos puntos en los que se han formulado importantes cuestionamientos al derecho comunitario. El primero de ellos tiene que ver con su interacción con el derecho constitucional de los Estados. En un primer momento, la lógica de la primacía del Derecho de la Unión no había despertado mayores preocupaciones de los Estados, ya que se entendía como un corolario de la celebración de acuerdos comerciales. Sin embargo, cuando lo que fue objeto de cuestionamiento fueron las propias cláusulas constitucionales, se encendieron importantes alarmas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisó que el principio de supremacía operaba con independencia de la jerarquía de las disposiciones en el derecho interno. Este episodio generó lo que Rodríguez-Izquierdo Serrano ha denominado como la “rebelión de las cortes constitucionales”. Así, y a propósito del caso *Frontini* –resuelto por la Corte Constitucional de Italia–, varios países integrantes de la Unión empezaron a desarrollar la doctrina de la identidad constitucional, la cual, en esencia, implicaba que los procesos no integración no habilitaban a

los órganos comunitarios de ejercer atribuciones que puedan estar vinculados con aspectos que afecten los componentes fundamentales de las constituciones estatales<sup>3</sup>.

Otra crítica relevante que se desarrolló en contra de la Unión fue la vinculada con su nivel de legitimidad democrática. La esencia de este cuestionamiento radica en que los espacios de decisión sobre políticas públicas cada vez están más alejados de los parlamentos nacionales, y, con ello, de los propios ciudadanos. Se sostiene que, en la actualidad, cada vez existe menos involucramiento de la ciudadanía en asuntos que, evidentemente, les afecten y conciernen. Esto obedece a que las principales decisiones de la Unión Europea estarían diseñadas por un cuerpo de especialistas tecnocráticos que no responden ante el pueblo. De esta forma, se quiebra una de las importantes conquistas del siglo XVIII, y que tienen que ver con el hecho que sea posible exigir a los principales funcionarios que rindan cuentas de sus actos. Sobre esto, Francisco Matia sostiene que:

[E]s cierto que la integración europea supone, en esencia, la cesión de poderes propios o, más correctamente, el ejercicio en común de tales poderes. Lo que ocurre es que el diseño de poderes comunitarios que existe tiene por efecto, también, concentrar los principales poderes (normativos) en el Consejo de la UE, institución comunitaria integrada por los Gobiernos nacionales [...]. La importancia del asunto no es menor, sobre todo cuando se toma en consideración el hecho que los asuntos que no pueden ser abordados por el Gobierno estatal por encontrarse constitucionalmente reservados a la ley nacional, sí pueden ser afrontados por el Consejo de la UE<sup>4</sup>.

311

Ambas críticas, asociadas con las fibras más sensibles de la Unión, fueron aprovechadas para fortalecer la estructura del derecho comunitario. En relación con el cuestionamiento del principio de primacía, se reconoció

---

3 Sobre estos hechos, se puede consultar: Rodríguez-Izquierdo, Miryam (2011). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 190 y ss.

4 MATIA, Francisco (1999). Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 37.

en los tratados constitutivos la necesidad de considerar la identidad nacional en los avances de la integración. Esto permite notar la tendencia dialogante del derecho comunitario, el cual, antes que pretender imponer, busca acuerdos razonables entre los Estados. De similar forma, la supuesta falta de legitimidad fue afrontada a través de la reforma de estos mismos instrumentos, con el propósito de brindar a los parlamentos nacionales del protagonismo que habían perdido. Ciertamente, aun existen muchos asuntos pendientes al interior de la Unión Europea, pero lo que estos episodios han permitido advertir es que existe una importante voluntad de querer solucionar los problemas dentro del esquema general de la Unión.

Sin embargo, es preciso señalar que el proceso no ha sido tan auspicioso en el continente americano. Sobre ello, Theotonio Dos Santos sostiene que:

[E]l primer límite fundamental a la integración latinoamericana es la dificultad política. El costo de una política latinoamericana abierta y consciente ha sido la ruptura con el panamericanismo y por lo tanto un choque con la hegemonía estadounidense en la región. El miedo a un enfrentamiento con la potencia norteamericana tiene sus razones objetivas. Casi todos los países tienen a Estados Unidos como su principal cliente comercial [...]”<sup>5</sup>.

A ello es posible agregar que los procesos de integración son más complejos en los países latinoamericanos, ya que estos han experimentado, sobre todo en los últimos años, diversas convulsiones internas y cambios de gobierno que les han impedido concentrarse en la posibilidad de un derecho comunitario. Tampoco puede dejarse de lado el hecho que aun dentro de la región sudamericana, “existen diferencias en el alcance y en los objetivos que se espera generar a partir de esa integración”<sup>6</sup>.

---

5 DOS SANTOS, Theotonio (2010). *Economía mundial, integración regional y desarrollo sustentable: las nuevas tendencias y la integración latinoamericana*. Lima: Derrama Magisterial, p. 158.

6 GIACALONE, Rita (2007). *Posibilidades y limitaciones de la Comunidad Sudamericana de Naciones*. En: *Agenda Internacional*, Año XIII, Nro. 24, p. 100.

En todo caso, experiencias como las del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), o la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN) demuestran que quizás sea aun temprano para renunciar a una experiencia integradora.

En el caso peruano, también se han desarrollado importantes discusiones acerca de la integración regional. Es por ello que, en lo que respecta a esta investigación, es importante explorar cómo se ha desarrollado este debate en nuestras constituciones nacionales.

### **3. El derecho comunitario en el constitucionalismo peruano**

Las cuestiones vinculadas con el derecho comunitario y la existencia de procesos de integración han tenido una tendencia oscilante en el constitucionalismo de las últimas décadas. Como se conoce, uno de los pioneros en referirse a todo lo concerniente al “Derecho Internacional Americano” fue el diplomático Víctor M. Maúrtua. Este, en un discurso pronunciado en 1927, sostendría que ese derecho:

Se traduciría, en un sentido, en una serie de problemas o de situaciones jurídicas peculiares al Continente americano. Se le haría provenir de condiciones de contigüidad geográfica, de la historia, de la lengua, de la religión de la similitud de las instituciones democráticas [y añade que] debe haber otro elemento específico que explique nuestro derecho internacional público americano, que le atribuya más espiritualidad y le permita un vuelo más elevado<sup>7</sup>.

En el constitucionalismo peruano, las primeras referencias a los procesos de integración se remontan a la Constitución de 1979. Antes de la aprobación de esta carta, se habían publicado algunos estudios en nuestro país dedicados a las implicancias que, sobre todo para el derecho

---

<sup>7</sup> Discurso pronunciado por el doctor Víctor M. Maúrtua en la ceremonia de inauguración del II Congreso de Jurisconsultos Americanos, reunido el 18 de abril de 1927 en Río de Janeiro. En: MAÚRTUA, Víctor (1940). Páginas Diplomáticas I. La codificación americana del derecho internacional. Lima: Librería e Imprenta Gil S.A, p. 54

emanado de los procesos de integración, pueden generar las cláusulas o disposiciones constitucionales.

En efecto, los que abogaban por esta clase de procesos temían que los tribunales locales, al preferir la supremacía de la constitución respectiva, dejaran sin contenido al derecho de la integración. Al respecto, Luis del Prado, cuando regía la Constitución de 1933, observaba que existía en América una tendencia de impugnar la anticonstitucionalidad de los tratados internacionales, a lo que debía agregarse que nuestra norma suprema “no permite su reforma sino por procedimientos previstos para este efecto, lo cual da lugar a que se interprete que ningún tratado que se considere que transgrede la Constitución puede considerarse con validez ejecutiva interna, el panorama se presenta cada vez más difícil para la aplicación del Derecho Comunitario”<sup>8</sup>.

La Constitución peruana de 1993 se caracteriza por hacer una referencia, bastante escueta, a los procesos de integración, a diferencia de lo que ocurría con la carta de 1979. Así, el artículo 44 dispone que es un deber del Estado promover la integración, particularmente la latinoamericana, sin hacer alguna mención de las medidas o mecanismos para lograr tal cometido. Tal y como se encuentra regulada esta cláusula, supone una referencia menor a la carta anterior. De hecho, no faltaron en el transcurso del debate en el Congreso Constituyente Democrático peticiones para que se incorpore el artículo 106 de la Constitución de 1979<sup>9</sup>.

La cuestión es aún más problemática si se advierte que, como consecuencia de la lacónica regulación sobre esta temática, se generan una serie de inconvenientes en el quehacer judicial. Sobre ello, Jorge Reyes

---

8 DEL PRADO, Luis (1969). Algunos aspectos jurídicos de la integración. En: Revista del Foro, Año LVI, Número 1, p. 101.

9 El congresista Roger Cáceres, Velásquez, por ejemplo, sostenía que “esta disposición [se refiere al artículo 106 de la Constitución de 1979] es conveniente porque está orientada a la integración de nuestros países; y habiendo contradicción entre tratados sobre un mismo asunto, creo que conviene recuperarlo, más aun si no se ha establecido ni previsto que prevalezca siempre el tratado multilateral”. Ver: Intervención del congresista Roger Cáceres Velásquez. En: Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático de 1993, Tomo IV, p. 2222.

advierte que “ante el conflicto de una norma comunitaria con una de carácter constitucional, los jueces nacionales peruanos no tendrían instrumentos legales que les permita dar primacía al derecho comunitario sobre el nacional, sino sólo la jurisprudencia que ha sentado el Tribunal de Justicia Andino”<sup>10</sup>.

Uno de los autores que, de manera pionera, demostró un particular interés en el denominado “derecho de la integración” y sus relaciones con las constituciones de los Estados miembros fue Raúl Ferrero Rebagliati. Es trascendental en su obra el hecho que, pese a advertir que, en su época, era bastante común supeditar la validez de un tratado internacional a su conformidad con la constitución del Estado, ello podría erigirse como un obstáculo para la buena conducción de las relaciones internacionales.

De manera particular, el jurista advertía que el establecimiento de límites provenientes desde diversas disposiciones de derecho interno suponía un obstáculo para lograr los fines subyacentes a los procesos de integración. Comprendía, eso sí, que podía ser un inconveniente el hecho que una carta constitucional pudiera ser enmendada de manera anómala, pero ello no impide que, seguidamente, afirme que ello no puede ser entendido en el sentido que no se pueda formar un derecho comunitario vigoroso, “sin las trabas que siempre crean la incompatibilidad de sistemas legales y la intransigencia en invocar la Constitución en el sentido más restrictivo de sus normas”<sup>11</sup>. Así, y al referirse concretamente al modelo europeo, al que toma como referencia, advierte que las cortes constitucionales de países como Alemania e Italia han adoptado decisiones que

---

10 REYES, Jorge (2006). El principio de supremacía del Derecho Comunitario y las constituciones de los Estados miembros de las comunidades europea y andina. En: Revista Peruana de Derecho Internacional, Número 133, p. 215.

11 FERRERO, Raúl (1989). Derecho Internacional. Tercer Mundo. Temas de Derecho Internacional. Lima: Ausonia S.A, p. 619. Esta publicación recoge las obras escogidas del jurista nacional, ya que, en realidad, la cita corresponde a una ponencia brindada en 1970 en el Octavo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional de Lima.

“enervan los acuerdos” de integración al restar a los Tratados la prevalencia que les corresponde”<sup>12</sup>.

Todo lo hasta aquí expuesto permite advertir que, en el caso peruano, sí se ha debatido acerca del rol que el derecho comunitario ostenta en nuestro ordenamiento. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, es relevante conocer si es que el Tribunal Constitucional, intérprete final de nuestra ley fundamental, ha tenido la oportunidad de formular algunos alcances sobre su naturaleza y valor. Ello será determinante para explorar en qué medida el proceso de cumplimiento puede ser activado para garantizar la adecuada ejecución de las obligaciones comunitarias.

#### **4. El Tribunal Constitucional frente al derecho comunitario: reflexiones a propósito del proceso de cumplimiento**

Pese a que las constituciones de 1979 y 1993 reconocen un importante nivel de apertura al derecho internacional y comunitario, el Tribunal Constitucional no ha tenido, a la fecha, la oportunidad de pronunciarse acerca de la naturaleza y el valor que ostentan los procesos de integración en el ordenamiento peruano. Sin embargo, esto no quiere decir que no se hayan planteado asuntos asociados con el cumplimiento del derecho comunitario.

Por ejemplo, en el expediente 02801-2013-PC, las empresas recurrentes solicitaban que se declare la nulidad de los registros de los agricultores-importadores-usuarios y sus correspondientes autorizaciones de importación de plaguicidas químicos otorgados desde la entrada en vigencia de la Decisión 436 de la Comisión de la Comunidad Andina – Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola. También requerían que el Servicio Nacional de Sanidad Agraria cumpla con adecuar su Texto Único de Procedimientos Administrativos

---

12 FERRERO, Raúl (1989). Derecho Internacional. Tercer Mundo. Temas de Derecho Internacional. Lima: Ausonia S.A, p. 615. Esta publicación recoge las obras escogidas del jurista nacional, ya que, en realidad, la cita corresponde a una ponencia brindada en 1970 en el Octavo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional de Lima.

a la mencionada Decisión 436. En ese sentido, cuestionaban que el Perú incumplía con la citada normatividad.

En su decisión, el Tribunal Constitucional declaró la improcedencia de la demanda. Estimó que el mandato cuyo cumplimiento se requería estaba sujeto a controversia compleja y a interpretaciones dispares, y ello “hasta el extremo de haber sido objeto de un proceso ante un tribunal internacional y de una larga serie de desacuerdos en fase de ejecución”<sup>13</sup>. Esto supone que, para el supremo intérprete de la norma fundamental, no existía un mandato cierto respecto de la conducta exigible, presupuesto fundamental para eventual la procedencia del proceso de cumplimiento.

Ahora bien, el argumento planteado por el Tribunal genera que sea posible concluir que la debida ejecución del derecho comunitario puede ser planteada en el ámbito de un proceso de cumplimiento. En efecto, la declaración de improcedencia no se debió a una eventual falta de vinculación del Estado peruano a las decisiones que se desprenden del sistema de la Comunidad Andina de Naciones, sino que se asociaba con la falta de claridad del mandato a ejecutar.

Sobre ello, es importante precisar que las “decisiones” (como la que se solicitaba cumplir en el caso al que se ha hecho referencia) son adoptadas por parte de la Comisión de la Comunidad Andina, el cual funge como el órgano normativo de la CAN. De conformidad con el Acuerdo de Cartagena, este órgano tiene como función “adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino” (artículo 22.b). Del mismo modo, le corresponde “[v]elar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y del Tratado de Montevideo” (artículo 22.d). Esto supone que la Comisión es uno de los pilares fundamentales para el sostenimiento de la Comunidad Andina, ya que sus pronunciamientos suelen estar asociados con la adecuada implementación del derecho comunitario.

---

13 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02801-2013-PC, fundamento 4.

Ahora bien, e independientemente de lo hasta aquí expuesto, es evidente que en el debate nacional no existe un certero conocimiento de lo que suele involucrarse en el ámbito del derecho comunitario. Esto explica la razón por la que las autoridades judiciales locales no se encuentran familiarizadas con conceptos o instituciones propias de esta clase de derecho. En el caso peruano, de hecho, no existe aun claramente delimitado algún mecanismo de reclamo para que pueda solicitarse su adecuada implementación. Creemos, sin embargo, que en el proceso de cumplimiento sería viable plantear esta clase de interrogantes.

## **5. El proceso de cumplimiento como un conducto idóneo para garantizar las obligaciones asumidas en el derecho comunitario**

En esta investigación se ha hecho referencia a la apertura internacional del Estado peruano, la cual se puede ver reflejada en diversas disposiciones de la Constitución de 1993. Este fenómeno no es propio del modelo nacional, sino que ha experimentado un importante avance luego de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, el modelo westfaliano del derecho internacional, el cual se fundamentaba esencialmente en la idea que los Estados eran los únicos protagonistas en el escenario mundial, ha dado paso a la existencia de diversos organismos y empresas que pueden competir en igualdad de condiciones con ello.

318

En el ámbito del derecho, eso genera múltiples consecuencias, y una de las principales es que los Estados no son los únicos habilitados para producir normas jurídicas. En el esquema westfaliano, la idea de la soberanía nacional había justificado que únicamente el poder legislativo nacional podía producir leyes que vincularan directamente a los ciudadanos. Se estimaba, en aquella época, que era el mismo cuerpo de ciudadanos el que, por la idea de autogobierno, estaban facultados de imponer restricciones al ejercicio de los derechos. Sin embargo, el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial empezó a derribar algunos de estos mitos, ya que se demostraba que los propios Estados podían realizar violaciones a las libertades más elementales de la persona.

En todo este contexto, se polemiza acerca de la idea del Estado como el único productor de normas jurídicas vinculantes. Es así que

empiezan a surgir experiencias como las del derecho comunitario. A diferencia de otras disposiciones emanadas de tratados, este derecho se caracterizaba por su inmediata aplicación a la ciudadanía, y ello, irremediablemente, ha generado dudas a propósito de su legitimidad democrática. Ahora bien, y más allá de que se trata de un modelo perfectible, lo cierto es que la experiencia de la Unión Europea demuestra lo vital que puede ser para los países incentivar propuestas de estatalidad abierta. La experiencia americana, aun con diversos retos pendientes, intenta acercarse a este modelo.

Esta noción de “Estado constitucional abierto”, como bien anota Alessandra Di Martino, no es una simple categoría descriptiva, sino que su índole normativa se advierte en diversos postulados como la amabilidad con la ley internacional o la apertura hacia la ley internacional<sup>14</sup>. Ello supone que la dilucidación del derecho local debe realizarse de forma conforme con los tratados y el derecho internacional reconocido por el Estado. Por otro lado, también supone que las autoridades estatales desplieguen todos los esfuerzos necesarios para garantizar la adecuada implementación del derecho internacional.

319

Es en esta línea que debe interpretarse el valor y la vigencia del derecho comunitario en el ordenamiento peruano. En efecto, debe partirse por la premisa porque las normas que se derivan del sistema establecido por entidades como la Comunidad Andina de Naciones han sido reconocidas en un acuerdo internacional suscrito por el Estado peruano. Del mismo modo, criterios como el de la buena fe también podrían ser objeto de aplicación en esta clase de escenarios.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, eso no significa que, de forma automática, toda disposición que se pueda encontrar reconocida en el ámbito del derecho comunitario pueda ser inmediatamente incorporada a través de un proceso constitucional de cumplimiento.

---

14 DI MARTINO, Alessandra (2016). El “Estado constitucional abierto”: la respuesta de Alemania al pluralismo legal y europeo. En: Arcaro, Luiz y Mezzetti, Luca (editores). *Diálogo entre cortes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 15.

Naturalmente, el Código permite que a través de la articulación de esta clase de procesos se pueda reclamar el incumplimiento de alguna ley, pero de ello no puede desprenderse que sea factible reclamar la falta de implementación de cualquier disposición del ordenamiento jurídico. Al respecto, es importante recordar que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha incorporado requisitos para la procedencia de los reclamos en esta clase de litigios.

En la STC 00168-2005-PC, el Tribunal interpretó que existen una serie de factores que deben evaluarse en esta clase de escenarios. Sostuvo, de este modo, que el cumplimiento de las disposiciones normativas, para que sean exigibles a través de este proceso, deberán contar con los siguientes requisitos comunes: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente 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 y e) ser incondicional<sup>15</sup>.

320

En ese sentido, las disposiciones derivadas del derecho comunitario cuyo cumplimiento se solicite en los procesos constitucionales deben ostentar estas características mínimas. Así, aquellas cláusulas en las que simplemente se haga referencia a deberes genéricos (“los Estados deben implementar las medidas necesarias para el cumplimiento de las finalidades del Acuerdo”), o se mencionen disposiciones que no son asumidas como obligatorias por los propios Estados (como cuando se examinan las recomendaciones brindadas por un órgano perteneciente a alguna entidad como la Comunidad Andina), no podrían ser solicitadas en este proceso constitucional.

Ahora bien, ello no quiere decir que ya no exista ningún mecanismo para solicitar su implementación. Lo único que se desea resaltar es que la vía ya no sería el proceso constitucional de cumplimiento. Más allá de la limitación que el cumplimiento de estos requisitos pueda suponer,

---

15 Ver, sobre esto: Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00168-2005-PC, fundamento 14.

se trata de un importante avance. De hecho, podría ser una importante vía para la discusión sobre el valor del derecho comunitario en nuestro ordenamiento. De esta manera, el proceso de cumplimiento, severamente golpeado por la doctrina nacional por su naturaleza *sui generis*, podría brindar importantes razones para su permanencia como un proceso constitucional, ya que contribuiría a que las autoridades locales delimiten, con prolijidad, la posición del derecho comunitario en el ordenamiento peruano. Esto permitiría que el supremo intérprete de la Constitución de 1993 pueda contribuir a la cohesión de nuestro sistema jurídico.

En todo caso, asuntos de mayor complejidad en los que puedan estar involucrados aspectos relacionados a la ejecución del derecho comunitario podrían ser reclamados, por ejemplo, en el seno de un proceso constitucional de amparo. Al respecto, es importante agregar que existen importantes sectores de la doctrina que, efectuando un símil con la experiencia de Europa, estiman que las disposiciones comunitarias en nuestro continente deberían tener prelación sobre el ordenamiento jurídico estatal, y ello incluiría a las cláusulas constitucionales.

Esto genera que, por ejemplo, alguna autoridad judicial nacional se encuentre en una encrucijada cuando debe decidir si preferir dar cumplimiento a alguna disposición derivada del derecho comunitario o si, por el contrario, otorga prevalencia a las cláusulas constitucionales. Este debate, ampliamente desarrollado en Europa a través de la famosa doctrina de los contralímites, tuvo como consecuencia que las cortes constitucionales de Alemania e Italia intentaran diseñar una fórmula según la cual el avance del proceso de integración a partir de la Unión no sea incondicional. En el caso americano, no han faltado autores que defienden la competencia de los jueces nacionales de ejercer una suerte de control difuso en esta clase de casos, y ello aun en el escenario particular que la contradicción sea entre la propia constitución estatal frente al derecho comunitario<sup>16</sup>.

---

16 Al respecto, se ha señalado que “[l]as relaciones de los tribunales supranacionales (internacionales y transnacionales) con los de carácter nacional resulta trascendental, ya que la eficacia de la jurisprudencia de los primeros incide sobre los segundos sea de manera directa o indirecta. Esta relación tiene mayor grado de intensidad en la esfera comunitaria, por medio del control difuso de los jueces nacionales, que deben preferir el derecho

En el Perú –y, podríamos agregar, en América Latina– no se ha desarrollado alguna reflexión profunda sobre este punto. Sería importante que el Tribunal Constitucional pudiera formular precisiones adicionales no solo para explicar la jerarquía que las decisiones comunitarias pudieran tener en el derecho interno, sino también para explicar la naturaleza de los procesos de integración y cómo ellos impactan en los ordenamientos estatales. Ahora bien, la complejidad de esta clase de situaciones generan que ellas no puedan, necesariamente, ser examinadas en un proceso de cumplimiento. Sin embargo, de darse el caso, sería el escenario ideal, ya que, además se precisar el nivel de vinculación de los tribunales nacionales al derecho comunitario, se podría aprovechar la oportunidad para formular relevantes precisiones sobre la forma en que debe ser examinado y abordado este sistema.

Otro importante espacio en el que puede generarse un positivo escenario de diálogo sería a través del uso de cuestiones prejudiciales. En el continente europeo, ellas han permitido un auténtico diálogo entre las autoridades judiciales locales y las comunitarias. En el caso americano, se trata, aun, de una práctica muy poco difundida<sup>17</sup>. Un primer acercamiento podría darse a través de alguna solicitud planteada por parte de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Constitucional, ya que ello, seguramente, podrá contribuir al entendimiento de la naturaleza y alcances del derecho comunitario en nuestro ordenamiento.

El Tribunal Andino ha dado importantes avances en esta clase de discusiones. En efecto, dicho órgano cuenta con diversos pronunciamientos

---

comunitario sobre el interno, incluye el de mayor jerarquía, como es el de carácter constitucional. Por eso es que la aprobación de los tratados de integración implica la necesidad de realizar reformas constitucionales para armonizar el derecho interno con el supranacional, como ocurrió evidentemente con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht en varios ordenamientos europeos”. Ver: Fix Zamudio, Héctor y Ferrer, Eduardo (2009). *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, p. 75.

17 Como bien anota Yolanda Mendoza, “la interpretación prejudicial permite que el ordenamiento andino se aplique de manera uniforme, se desarrolle y consolide; la estabilidad del mismo dependerá de la frecuencia de las solicitudes de interpretación prejudicial y de la calidad de las resoluciones que pueda emitir el Tribunal Andino”. Ver: Mendoza, Yolanda (2019). *La interpretación sobre el juez nacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. En: *Agenda Internacional*, Año 26, Núm. 37, p. 277.

en los que se ha enfatizado la primacía del derecho comunitario sobre el de carácter nacional. El artículo 4 del tratado que dispone su creación dispone que “[l]os Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”. Al interpretar esta cláusula, este órgano ha precisado que ella “[...] impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario [...] y la obligación de no hacer consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación”<sup>18</sup>.

## **6. Conclusiones**

En la actualidad, la apertura de las constituciones estatales ha generado un importante viraje en el panorama internacional. Así, el fenómeno de la estatalidad abierta tiene como principal consecuencia que el derecho extraestatal es incorporado y empleado como parámetro en la dilucidación del derecho interno. La explicación de esta clase de procesos se remonta al final de la Segunda Guerra Mundial, época en la que empieza a expandirse la importancia de la idea de que no todos los asuntos debían ser resueltos, de forma exclusiva, por los Estados.

El derecho comunitario es, precisamente, uno de los ámbitos en los que se advierte la expansión de la fórmula de la estatalidad abierta. Experiencias como las de la Unión Europea empiezan a demostrar a varios países que, al parecer, la competencia en asuntos comerciales y económicos va a depender, en buena medida, de los avances en los procesos de integración con otros países. Es por ello que América Latina también se

---

18 Para consultar la forma en que el principio de primacía ha sido reconocido por el Tribunal Andino, se recomienda consultar: Castro, Jorge (2002). Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En: Agenda Internacional, Año VII, Núm. 16, p. 89

ha visto involucrada en esta clase de discusiones, por lo que, producto de ellas, cada vez es más notoria la presencia del derecho comunitario.

Ahora bien, en el caso peruano, particularmente desde la Constitución de 1979 se ha podido advertir el serio y consolidado avance tanto del derecho internacional como del comunitario. La Carta de 1993, con sus falencias, ha intentado ir por una línea similar. Esto permite concluir que nuestro constitucionalismo de los últimos cincuenta años, con todos sus defectos, ha terminado por asumir que es considerablemente importante el desarrollo a través de espacios de integración económica y política. En todo caso, ello, a la fecha no ha merecido algún pronunciamiento enfático del Tribunal Constitucional.

En realidad, las oportunidades para que el Tribunal efectúe esta clase de consideraciones son escasas. Un escenario en el que esto puede ocurrir es el proceso de cumplimiento. Sin embargo, en la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución, se precisa que no toda falta de implementación de normas comunitarias puede ser reclamado a través de esta clase de mecanismos, ya que deben tratarse de normas cuyo cumplimiento cumpla con determinados requisitos. En todo caso, el proceso de amparo se presenta como un escenario propicio para efectuar esta clase de precisiones, ya que en su seno es posible que el Tribunal pueda conocer de un universo amplio de casos, los cuales no se verían limitados por los requisitos establecidos para el proceso de cumplimiento.

Las precisiones que pueda formular el intérprete final de nuestro texto constitucional son necesarias, ya que, independientemente del énfasis que las constituciones de 1979 y 1993 han efectuado en relación con los procesos de integración, lo cierto es que no existe alguna clase de indicación específica respecto de cómo debería actuar alguna autoridad judicial si es que advirtiera alguna colisión entre las leyes peruanas y el derecho comunitario. La discusión puede ser más compleja aun en el escenario concreto de posibles contradicciones entre disposiciones constitucionales y comunitarias. Es por ello que algún pronunciamiento de este órgano podría dar importantes elementos de referencia para la resolución de esta clase de disputas, y ello con el propósito de dialogar y reflexionar sobre el verdadero valor que corresponde brindarle al proceso de integración en nuestro país.

# El proceso de cumplimiento y los derechos de los pueblos indígenas

✉ NADIA PAOLA IRIARTE PAMO\*

## 1. Introducción

El proceso de cumplimiento tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

325

El Tribunal Constitucional del Perú (en adelante Tribunal) ha expedido profusa jurisprudencia sobre este proceso constitucional. En este artículo, abordaremos aquellos procesos de cumplimiento que han tenido impacto en los derechos de los pueblos indígenas, quienes reivindican derechos individuales y derechos colectivos.

En esa línea, nos centraremos en el análisis de la STC N.º 05427-2009-PC/TC, la STC N.º 06349-2015-PC/TC, y la STC N.º 03799-2018-PC/TC que desarrollan cuestiones trascendentales sobre los derechos a la consulta, a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete, y a la salud de los pueblos indígenas.

---

\* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de la Academia de la Magistratura. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

## 2. El proceso de cumplimiento y el deber de reglamentar el derecho a la consulta

### 2.1. El derecho a la consulta

Este derecho obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Se encuentra reconocido en el Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribus en Países Independientes (en adelante Convenio N.º 169), instrumento internacional que conforme lo preceptúa el artículo 55 de la Constitución Política (en adelante Constitución) forma parte del derecho nacional. El mencionado convenio, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, es Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado<sup>1</sup>. Además, según lo prescrito por el Tribunal, detenta rango constitucional<sup>2</sup>.

326

El Tribunal Constitucional ha desarrollado sustanciales aspectos en relación al derecho a la consulta. La STC N.º 0022-2019-PI/TC, uno de los principales referentes jurisprudenciales, mencionó como algunas de sus características: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia, y e) la implementación previa del proceso de consulta. También, especificó que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta está conformado por: a) el acceso a la consulta, b) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y c) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. Precisó que no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta<sup>3</sup>.

---

1 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 05854-2005-PA/TC, de fecha 8 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 22.

2 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 0047-2004-AI/TC, de fecha 24 de abril de 2006, fundamento jurídico 61; Sentencia recaída en el expediente N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC (acumulados), de fecha 25 de abril de 2006, fundamento jurídico 26.

3 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 0022-2009-PI/TC, de fecha 9 de junio de 2010, fundamentos jurídicos 26 y 37.

La exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio N.º 169. Anotamos que dicho convenio es uno de los principales instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas, suscrito por el Estado Peruano. El Convenio N.º 169, fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Conforme a lo establecido en el artículo 38.3 del convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que el Perú registró la ratificación. Esto es, desde el 2 de febrero de 1995<sup>4</sup>.

## **2.2. El deber de reglamentar el derecho a la consulta**

En relación con el derecho a la consulta, uno de los más importantes derechos reivindicados por los pueblos indígenas, el Tribunal en la STC N.º 05427-2009-PC/TC<sup>5</sup>, se pronunció sobre el deber de reglamentar dicho derecho. Al respecto, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) interpuso demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que dé cumplimiento a determinadas disposiciones del Convenio N.º 169 y que, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto de dicho tratado internacional, específicamente respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales<sup>6</sup>.

Sobre el particular, advertimos que la obligación de regulación normativa cuyo cumplimiento se pretendió a través del expediente

---

4 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 0025-2009-PI/TC, de fecha 17 de marzo de 2011, fundamento jurídico 23.

5 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 05427-2009-PC/TC, de fecha 30 de junio de 2010.

6 En la STC N.º 05427-2009-PC/TC (fundamento jurídico 30), el Tribunal precisó que el deber de reglamentación de la entidad demandada “no alcanza ni podría alcanzar a materias tales como el derecho a la tierra y al territorio, o el derecho al medio ambiente y a los recursos naturales, habida cuenta de que tales asuntos no competen ni directa ni exclusivamente al Sector Energía y Minas”, razón por la cual dicho extremo de la demanda fue declarado improcedente.

N.º 05427-2009-PC/TC no se enmarcó dentro del supuesto genérico de la ejecución de un mandato contenido en una ley o un acto administrativo, sino en el supuesto plasmado en el artículo 66.2 del Código Procesal Constitucional de 2004 –supuesto que es recogido en el artículo 65.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021), Ley 31307–, según el cual es materia del proceso de cumplimiento: que el funcionario o autoridad pública renuente se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento<sup>7</sup>.

A diferencia de otros procesos de cumplimiento, la obligación de la entidad demandada, no se derivó de alguna ley o norma de rango legal; sino que, tal deber tuvo como fuente el Convenio N.º 169 que tiene rango constitucional. Ponemos de relieve que tal situación no constituyó un obstáculo para el cumplimiento exigido; pues el Tribunal sostuvo que si en nuestro sistema jurídico se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través del proceso de cumplimiento, que se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está consagrado en una norma de rango constitucional. En suma, para el Tribunal, si conforme al citado artículo 66.2, el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal, más legítimo resulta afirmar que éste se encuentra obligado a emitir dicha norma si ella viene exigida por un tratado internacional.

Bajo esa orientación, el Tribunal estimó que el proceso de cumplimiento debe ser adecuado o redimensionado para dar respuesta a la

---

7 Sobre el artículo 66.2 del Código Procesal Constitucional de 2004, la STC N.º 02695-2006-PC/TC, de fecha 14 de abril de 2009, precisa: “15. El dispositivo (...) admite dos interpretaciones: a) La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso sólo se limite a una justificación o explicación en torno de las razones por las que no ha sido emitida la resolución o reglamento respectivo; y b) La que lo obligaría a que el pronunciamiento expreso equivalga a la emisión necesaria y definitiva de la resolución administrativa o reglamento indebidamente omitidos. 16. Considera este Colegiado que (...) la única forma de hacer efectivo el objeto o finalidad del proceso de cumplimiento se compatibiliza con la segunda de las alternativas mencionadas”.

pretensión que planteó la parte demandante. Esta postura atendió a diversas razones. Así, el Tribunal consideró que detenerse en la no configuración del proceso de cumplimiento para controlar las omisiones normativas inconstitucionales, cuando no existe ningún otro mecanismo procesal que dé respuesta a la problemática jurídica planteada, sería tanto como denegar justicia constitucional, lo cual, está prohibido por la Constitución. Además, el Tribunal acertadamente tuvo en cuenta la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional (Convenio N.º 169) que tiene rango constitucional, y que tras dicha obligación se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas. También, reparó en la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio N.º 169; y, llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado peruano en esta materia.

En el caso concreto, el análisis del Tribunal se centró en verificar el deber de reglamentación que corresponde satisfacer al Ministerio de Energía y Minas, en relación con el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas, consagrado en el Convenio N.º 169. De manera específica, se examinó si sobre la entidad demandada recae la obligación directa –y no discrecional– de emitir la normativa correspondiente para dar eficacia a los derechos reconocidos en el citado convenio. Al respecto, el Tribunal puntualizó que la obligación del Estado de adoptar medidas de derecho interno para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de ese mismo tratado. Primero, porque sería errado sostener que un tratado directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y segundo, porque una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito –artículo 31 de la Convención de Viena–, sino también en atención al principio *pro homine*, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos.

El Estado peruano, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En esa línea, el Tribunal –en criterio que compartimos– precisó que cuando los instrumentos internacionales señalan que el obligado a adoptar tales medidas es “el Estado”, debe entenderse que tal deber alcanza a todos los poderes públicos que forman dicha entidad, habida cuenta que los tratados de derechos humanos vinculan a todos ellos por igual. Siendo ello así, el Convenio N.º 169 vincula a todos los poderes públicos no sólo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, el Ministerio demandado tenía responsabilidad por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el convenio, dentro del marco de sus competencias; máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas –como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera– y que, por lo mismo, según el Convenio N.º 169, deben ser consultadas.

330

El carácter necesario que revisten algunas medidas legislativas para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en los pactos internacionales, se evidenció en el caso N.º 05427-2009-PC/TC, y ello no sólo desde la consideración abstracta de la necesidad interna de regular los procedimientos apropiados para consultar a los pueblos indígenas, sino desde la atención más concreta al permanente escenario de conflicto social originado –entre otras cosas– por la falta de implementación del procedimiento adecuado para establecer el diálogo institucional con los pueblos indígenas. Sobre el tema, atinadamente, el Tribunal trajo a colación el Reporte de Conflictos Sociales N.º 75, elaborado por la Defensoría del Pueblo<sup>8</sup> que ha señalado

---

8 Defensoría del Pueblo del Perú. Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad, Reporte de Conflictos Sociales N.º 75, mayo 2010.

que del total de 255 conflictos sociales existentes en nuestro país, 132 son casos de tipo socioambiental (51.8%), muchos de los cuales, tienen entre sus protagonistas a pueblos indígenas.

La falta de regulación o inercia reglamentaria, sobre todo en el sector que compromete al Ministerio demandado, ha ocasionado –a juicio del Tribunal– un estado latente de inseguridad jurídica que ha puesto en estado de desprotección no sólo los derechos de los pueblos indígenas, sino que ha afectado negativamente la sostenibilidad y seguridad de las inversiones. En ese panorama, el Tribunal concluyó que la obligación de regulación interna del procedimiento de consulta se ubica dentro de lo constitucionalmente necesario y, por ende, debe ser objeto de regulación legal general o, en su defecto, de regulación reglamentaria en el ámbito específico de las competencias del Ministerio de Energía y Minas.

Por otra parte, precisamos que en el caso concreto no se configuró un supuesto de incumplimiento total. El Tribunal valoró que dicha entidad emitió alguna normativa infralegal con el fin de implementar el derecho a la consulta en las materias propias de su sector, pero aclaró que el deber de reglamentación no se satisface con la mera emisión de la normatividad infralegal propiamente dicha, sino que también se requiere que dicha normativa se adecue al contenido sustancial del derecho a la consulta, tal y como se encuentra regulado en el Convenio N.º 169.

En ese sentido, el Tribunal verificó si los reglamentos<sup>9</sup> emitidos por la entidad demandada en el marco de sus competencias satisfacen o no

---

9 Decreto Supremo N.º 042-2003-EM, que modifica el reglamento de procedimientos mineros, aprobado por Decreto Supremo N.º 018-92-EM; Resolución Ministerial N.º 535-2004- MEM/DM, que aprueba el reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los estudios ambientales; Decreto Supremo N.º 015-2006-EM, que aprueba el reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos; Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, que aprueba el reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos; Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, que aprueba el reglamento ambiental para las actividades de exploración minera; Decreto Supremo N.º 028-2008-EM, que aprueba el reglamento de participación ciudadana en el subsector minero; Resolución Ministerial N.º

el contenido del derecho a la consulta consagrado en el Convenio N.º 169. Al respecto, el Tribunal determinó que ninguno de los reglamentos emitidos desarrolló idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el mencionado convenio, pues dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Acertadamente, el Tribunal reparó que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana posibilita la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Además, en criterio que compartimos, el Tribunal advirtió que ninguna de las normas expedidas por la entidad demandada se refirió específicamente a la problemática de los pueblos indígenas como grupo humano participante en los mencionados talleres, sino que hacen alusión a la intervención de “cualquier” población afectada. Tal situación, no se condice con el espíritu del Convenio N.º 169, el que más bien exige la adopción de normas especiales que tomen en cuenta aquellas particularidades que caracterizan a los pueblos indígenas en tanto grupo humano diferenciado.

El Tribunal concluyó que, en el expediente N.º 05427-2009-PC/TC, el Ministerio de Energía y Minas incurrió en un supuesto de incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta; en consecuencia, declaró fundada la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP).

Consideramos que esta sentencia constituye un valioso aporte jurisprudencial porque evidencia la repercusión del proceso de cumplimiento

---

304-2008-MEM-DM, que aprueba las normas que regulan el proceso de participación ciudadana en el subsector minero; y, Resolución Ministerial N.º 571-2008-MEM-DM, que aprueba los lineamientos para la participación ciudadana en las actividades de hidrocarburos.

en uno de los derechos más importantes para los pueblos indígenas: el derecho a la consulta. Sobre el particular, observamos que habían transcurrido alrededor de 15 años desde la vigencia del Convenio N.º 169 y en el ordenamiento interno no se contaba con normativa específica que reglamente el procedimiento del derecho a la consulta. La STC N.º 05427-2009-PC/TC aborda y zanja esta problemática, apelando a diversos principios, como el *pro homine*; y, a la luz de la realidad nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta resolución, adecuadamente, se centra en el análisis del deber de reglamentar dicho derecho, y ordena al Ministerio de Energía y Minas que emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N.º 169.

Finalmente, destacamos que la mencionada sentencia desarrolla de manera prolija aspectos relevantes del derecho a la consulta; pone de relieve la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas; y, exhorta al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias, culmine con el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. El año 2011 se publicó la Ley N.º 29785 sobre el derecho a la consulta.

### **3. El proceso de cumplimiento y el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete**

#### **3.1. Derechos lingüísticos**

La Constitución protege nuestra diversidad cultural, étnica y lingüística (artículos 2.19, 17, 48, 88, 89, y 149). El Perú es un país multilingüe.

Los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, desde una doble perspectiva. De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente, sea a través de un

intérprete proporcionado por el propio Estado (artículo 2.19 de la Constitución). De otro lado, la virtualidad máxima de la dimensión colectiva del derecho al uso de la propia lengua originaria, se alcanza cuando ella es predominante en una determinada zona geográfica del país, pues en ese caso, dicha lengua, además del castellano, debe ser oficial en la referida zona. Ello se encuentra reconocido en el artículo 48 de la Constitución<sup>10</sup>.

Por otra parte, anotamos que a efecto de que las personas puedan ejercer su derecho de defensa; es necesario que en el seno de un proceso se nombre intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano.

En esa línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.3 ha establecido que, durante el proceso, toda persona tendrá derecho a las siguientes garantías mínimas: “a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”, y “f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”.

334

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en el artículo 8.2.a el “derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”.

Sobre la materia abordada, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) en su jurisprudencia. Así, en el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*, ha considerado que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros del pueblo indígena Maya– y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado de Guatemala debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse

---

10 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 0889-2007-PA/TC, de fecha 17 de abril de 2018, fundamentos jurídicos 8 y 9.

comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin<sup>11</sup>.

Bajo la misma perspectiva, en los casos Fernández Ortega y otros vs. México; y, Rosendo Cantú y otra vs. México, la Corte Interamericana ha manifestado que: “la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó (...) un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad (...) basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia<sup>12</sup>.”

Por último, la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-16/99 ha enfatizado que el proceso debe reconocer y resolver factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia. En ese sentido, se debe proveer de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento<sup>13</sup>.

### **3.2. La obligación de proporcionar intérpretes en los procesos penales**

335

En relación con el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete, el Tribunal se pronunció en el expediente N.º 06349-2015-PC/TC<sup>14</sup>. Al respecto, don Santiago Manuín Valera y don Wrays Pérez Ramírez interpusieron demanda de cumplimiento contra el presidente de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, a fin de que se dé cumplimiento efectivo a lo dispuesto por el artículo 114, incisos 2 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º

---

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 100.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 201; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 185.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrs. 119 y 120.

14 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 06349-2015-PC/TC, de fecha 14 de julio de 2010.

957)<sup>15</sup>, el cual establece la obligación del Poder Judicial de proporcionar intérpretes en todos los procesos penales realizados en dicha Corte Superior cuando los procesados pertenezcan a los pueblos indígenas awajun-wampis y no entiendan el idioma español o tengan dificultad para entenderlo. Alegaron que dicha obligación es una manifestación de lo establecido en el artículo 2.19 de la Constitución. El Tribunal declaró fundada la demanda de cumplimiento.

Resaltamos que dicho incumplimiento no solamente afectaba la norma procesal objeto del proceso, sino que también representaba una afectación grave al contenido constitucionalmente protegido del derecho que tienen los recurrentes a expresarse en su propio idioma ante las autoridades judiciales.

El Tribunal tomó en cuenta lo establecido en el precedente 0168-2005-PC/TC<sup>16</sup> y especificó que los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo cumplimiento se exigió, cumplieron con las características de ser normas ciertas, vigentes, claras; no estar sujetas a una controversia compleja ni a interpretaciones divergentes; así como ser ineludibles y de obligatorio cumplimiento, y ser incondicionales.

336

Acerca del proceso de implementación del Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas del Poder Judicial –una de las alegaciones de la parte demandada–, el Tribunal aclaró que si bien es una actividad necesaria para el cumplimiento del mandato contenido en la norma procesal cuyo cumplimiento se solicita; sin embargo, ello no es una actividad suficiente como para afirmar que dicha norma ha sido cumplida. Coincidimos con el Tribunal

---

15 Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N.º 957. Artículo 114 Idioma (...) 2. Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente. 3. Deberá proveérsele traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.

16 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 0168-2005-PC/TC, de fecha 29 de setiembre de 2005, fundamento jurídico 14.

cuando asevera que la implementación de una política no equivale a su completa realización.

Asimismo, el Tribunal –acertadamente– precisó que si la autoridad jurisdiccional carece absolutamente de un servicio permanente y potencial de intérpretes que permitan expresarse a los procesados en un idioma conocido por ellos o si dicho servicio es meramente contingente y sujeto a interrupciones, no se cumple de manera efectiva el mandato de los incisos 2 y 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal, y del artículo 2.19 de la Constitución.

Cabe anotar que, en relación con la citada disposición constitucional, el Tribunal observó que su cumplimiento es pasible de ser exigido mediante el proceso de cumplimiento. Ponemos de relieve que, en la STC N.º 05427-2009-PC/TC<sup>17</sup>, el Tribunal reconoció la existencia de un principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales, que se desprende, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional. En esa línea, si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula con relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico.

337

El artículo 2.19 de la Constitución, busca asegurar el respeto de los derechos lingüísticos y las garantías mínimas de los procesados, a fin de que puedan ejercer otros derechos fundamentales como el derecho de defensa. El ejercicio de este derecho no sería posible si, en el seno de un proceso, no se nombra intérprete a aquella parte que tiene como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tiene la

---

17 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 05427-2009-PC/TC, de fecha 30 de junio de 2010, fundamento jurídico 15.

posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido<sup>18</sup>.

A nuestro juicio, esta sentencia es importante porque no sólo concretiza el objeto del proceso de cumplimiento referido a que se cumpla una disposición, sino que evidencia la dimensión subjetiva de este proceso constitucional, que se traduce en la protección de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, en específico el derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Todo ello incide no solo en el ejercicio efectivo del citado derecho, sino de otros, como el derecho de defensa.

#### **4. El proceso de cumplimiento y el derecho a la salud**

El derecho a la salud de los pueblos indígenas, es abordado en el expediente 00001-2015-0-1901-JM-CI-01 (Juzgado Mixto Loreto - Nauta) y en la STC N.º 03799-2018-PC/TC<sup>19</sup>. Al respecto, don Galo Vásquez Silva, jefe de la Comunidad Nativa de Cuninico; don Armando Arce del Águila, jefe de la Comunidad Nativa Nueva Esperanza; don Pablo Silva Salinas, jefe de la Comunidad Nativa Nueva Santa Rosa; y don Julio Arirua Nashnato, jefe de la Comunidad Nativa San Francisco, interpusieron demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud, la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), la Dirección General de Epidemiología, Petroperú, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Gobierno Regional de Loreto, el Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci) y el Ministerio de Ambiente. La parte demandante expuso varios alegatos sobre el incumplimiento de diversas normas por parte de los demandados, en los párrafos siguientes expon-dremos los principales.

---

18 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 07731-2013-HC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015, fundamento jurídico 6.

19 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 03799-2018-PC/TC, de fecha 24 de noviembre de 2020.

Con relación al Ministerio del Ambiente, al Ministerio de Salud y el Gobierno Regional de Loreto, se alegó que incumplieron los artículos 2 y 3 de la Ley que regula la declaratoria de emergencia ambiental, Ley N.º 28804, y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 0024-2008-PCM.

Se demandó al Ministerio de Salud por: i) no implementar un sistema de emergencia para atender la salud de las personas afectadas por el derrame de petróleo, para lo cual debe priorizar a la población más vulnerable, en cumplimiento de los artículos 103, 105, 106 y 123 de la Ley General de Salud (Ley N.º 26842); ii) no cumplir el artículo 5.7 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (Ley N.º 27657); iii) no cumplir los artículos 55.d, y 57.b del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, aprobado por Decreto Supremo N.º 023-2005-SA; y, iv) no cumplir los artículos 5, 6 y 7 del Decreto Legislativo N.º 1156 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2004-SA.

Respecto a Digesa se sostuvo que no cumplió con los puntos 2 y 3 del Anexo 4 del procedimiento para control de emergencias, considerado en el reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos, aprobado por Decreto Supremo N.º 081-2007-EM. Además, se expuso que tanto Digesa como la Dirección General de Epidemiología incumplieron el artículo 6 de la Ley que regula la declaratoria de emergencia ambiental, Ley N.º 28804, y la norma técnica de salud N.º 053-MINSA/DGE-V.01, aprobada por Resolución Ministerial N.º 1019-2006-MINSA.

En cuanto a Petroperú se señaló que éste no cumplió con los puntos 3.2 y 4 del Anexo 4 del procedimiento para control de emergencias, contenido en el reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos.

En primera<sup>20</sup> y segunda instancia<sup>21</sup> las pretensiones de los recurrentes fueron estimadas en su mayoría. Así, se ordenó al Ministerio de

---

20 Juzgado Mixto Loreto - Nauta (expediente N.º 00001-2015-0-1901-JM-CI-01). Resolución N.º 45, de fecha 13 de setiembre de 2017.

21 Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto (expediente N.º 00049-2017-0-1903-SP-CI-01). Resolución N.º. 55, de fecha 24 de enero de 2018.

Salud y a la Dirección General de Epidemiología que, dentro del plazo de treinta días, diseñen e implementen una estrategia de salud pública de emergencia, que permita establecer un programa de atención médica, así como de vigilancia epidemiológica ambiental y sanitaria, incluyendo el monitoreo constante de los estándares de salubridad del agua; asimismo, ejecuten un programa de asistencia y atención en salubridad a la población, en especial a los niños, niñas, madres gestantes y adultos mayores, a efectos de identificar a las personas que pudieron haber sido afectadas por las consecuencias del derrame de petróleo y brindarles la atención médica pertinente. Además, se exhortó al Gobierno Regional de Loreto, a la Municipalidad Provincial de Loreto Nauta que, en coordinación con las Municipalidades Distritales, participen urgentemente, en las acciones de ejecución que permitan la protección de la salud de las comunidades afectadas, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños, niñas, mujeres y gestantes y adultos mayores.

340

En el recurso de agravio constitucional únicamente se cuestionó la denegatoria del cumplimiento del ítem 4 del Anexo 4, del Decreto Supremo N.º 081-2007-EM<sup>22</sup>. Al respecto, el Tribunal precisó que tal norma dispuso una serie de pasos para lograr la compensación por los daños ocasionados; es decir, no contempló una indemnización sin más, sino que previó un trámite para conseguir una reparación.

---

22 Decreto Supremo 081-2007-EM. Ítem 4 del Anexo 4. “4. Compensaciones 4.1. La compensación por los daños ocasionados debe ser adecuada y a la brevedad posible, para lo cual el operador deberá identificar a los afectados. Esta información será enviada a la OSINERGMIN. 4.2. El operador debe identificar y hacer un inventario de los daños ocasionados a terceros, propiedades y al medio ambiente dentro de un período de 15 días de la fecha del incidente. Esta información será entregada a la OSINERGMIN. 4.3. El operador deberá valorizar, para realizar las compensaciones, los daños ocasionados, esta valorización deberá comunicarse al OSINERGMIN. La compensación debe ordenarse con los afectados, sin embargo, es potestad de los afectados solicitar de la Defensoría del Pueblo para lograr un trato justo. 4.4 En caso de que no se logre un acuerdo entre el operador y algún afectado, éste podrá acudir al Poder Judicial mientras tanto el operador deberá depositar el monto de compensación ofrecido en custodia. 4.5. En caso que no haya certeza de la identidad del demandante o la existencia de algún obstáculo de carácter legal, el monto de la compensación será depositada en cuenta susceptible de ser cobrada por el titular reconocido del predio damnificado”.

En el caso concreto, el Tribunal trajo a colación que la OEFA encontró responsabilidad administrativa en Petroperú, puesto que el derramamiento de petróleo ocasionó daños a la flora y fauna de la quebrada de Cuninico, como se verifica de la Resolución Directoral 844-2015-OEFA/DESA, la misma que fue confirmada por la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental<sup>23</sup>. Asimismo, atinadamente, el Tribunal consideró que no puede ser ajeno a la necesidad de compensación a los miembros de las comunidades afectadas, sobre todo cuando ya han transcurrido más de cinco años desde la interposición de la demanda y no se ha advertido ninguna solución a sus reclamos. Por tanto, estimó la pretensión de los recurrentes.

A nuestro criterio, este proceso de cumplimiento se erige como un valioso aporte jurisprudencial, pues evidencia que este proceso constitucional no sólo asegura el cumplimiento de diversas normas legales o que se ejecute un acto administrativo, sino que protege primordiales derechos fundamentales para los pueblos indígenas como el derecho a la salud. Recordemos que este derecho se orienta a la conservación y el restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en sus aspectos físico y psicológico, por lo que guarda una especial conexión con los derechos a la vida, integridad y dignidad. Además, es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo<sup>24</sup>.

Para finalizar, evidenciamos que en anterior jurisprudencia (STC N.º 02002-2006-AC/TC) el Tribunal se pronunció sobre la protección “indirecta” del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento. En tal sentencia, el Tribunal observó que la protección procederá siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente contenido en una norma legal o en un acto administrativo, mandato que precisamente se

---

23 Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental, Resolución N.º 054-2016-OEFA/TFA-SME, de fecha 19 de diciembre de 2016.

24 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 03981-2013-HC/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015, fundamento jurídico 7; Sentencia recaída en el expediente N.º 07814-2013-PA/TC, de fecha 23 de enero de 2018, fundamento jurídico 20.

deberá encontrar en una relación indisoluble con la protección del referido derecho fundamental<sup>25</sup>.

## **5. Reflexión final**

El proceso de cumplimiento se viene consolidando como un proceso constitucional de importancia significativa para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, se ha desarrollado una interesante línea jurisprudencial que evidencia que derechos, tales como el derecho a la consulta, el derecho a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete, el derecho a la salud –entre otros–; pueden ser tutelados de modo indirecto, siempre y cuando exista un mandato que se relacione con estos derechos y contenga los requisitos establecidos en el precedente 0168-2005-PC/TC.

342

Los jueces constitucionales han expedido variada jurisprudencia que sigue dicha orientación. En el ámbito judicial mencionamos el expediente 00001-2015-0-1901-JM-CI-01. Por su parte, el Tribunal Constitucional emitió diversas resoluciones, tales como la STC N.º 05427-2009-PC/TC, la STC N.º 06349-2015-PC/TC, y la STC N.º 03799-2018-PC/TC.

---

25 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N.º 02002-2006-AC/TC, de fecha 12 de mayo de 2006, fundamento jurídico 18.

# La cosa juzgada en el proceso de cumplimiento

✉ BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES\*

## 1. Introducción

No hay duda, como afirma VIGO, que en nuestra tradición jurídica continental, aproximadamente, desde la Revolución francesa (1789) hasta los Juicios de Núremberg (1945), y desde éstos hasta la actualidad, hemos transitado de un Estado de Derecho legal a un Estado de Derecho constitucional; los cuales se diferencian, entre otras cosas, en que el primero privilegió la Seguridad Jurídica, y el segundo privilegia la Justicia<sup>1</sup>.

343

En efecto, dicho autor explica que, en el Estado de Derecho legal, la Revolución francesa encarnó “el espíritu triunfante de la burguesía, y así resulta muy claro la relevancia que adquiere el valor jurídico decisivo y excluyente de la Seguridad Jurídica, precisamente mencionada entre los cuatro derechos incluidos en la Declaración de los Derechos de 1789.

Más aún, el derecho tiene por misión central el posibilitar esa previsibilidad que se expresa simbólicamente con el apotegma: *‘dura lex, sed lex’*, y a esos fines, resultaba decisivo la previsión de un mecanismo oficial para la publicación de la ley y la correspondiente presunción *jure et jure*

---

\* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Abogado de la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: blopez911@icloud.com.

1 VIGO, Rodolfo Luís. *Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, Sup. Const. 2010 (febrero), 1-La Ley 2010-A, 1165, Punto 1.

de su conocimiento, que habilita la improcedencia de cualquier invocación de ignorancia de la ley una vez publicada en el Boletín Oficial”.

Mientras que en el Estado de Derecho constitucional “no se trata de ignorar la seguridad sino de conferirle un lugar subsidiario o adjetivo en el derecho, en tanto lo decisivo es que éste determine y procure lo justo, pero fundamentalmente que no transija con una injusticia extrema, evidente o inequívoca.

De ese modo el gran esfuerzo de los juristas se orienta a la equidad, o sea a la justicia del caso, que como enseñaba Aristóteles es la mejor o más perfecto modo de la justicia.

Debido a que en el período del Estado de Derecho legal primó la Seguridad Jurídica, se fortalecieron y configuraron instituciones para privilegiarla, como aquella que estableció que, luego de un tiempo prolongado, las situaciones jurídicas debían mantenerse tal como se estaban dando y ya no debían ser discutidas ante los órganos jurisdiccionales; o aquella que, al revés, estableció que, una vez discutida y decidida una situación jurídica ante los órganos jurisdiccionales, ésta debía mantenerse así a través del tiempo.

344

La primera se trata de la Prescripción; y la segunda, de la Cosa Juzgada. Precisamente, refiriéndose a ellas, un jurisconsulto de tal período, LAURENT (1810-1887), escribió que “la prescripción se encuentr[a] establecida en interés general, constituyendo con la cosa juzgada, bases sólidas del orden social, bases que dan firmeza al derecho y que ponen término a los litigios”<sup>2</sup>.

La Prescripción y la Cosa Juzgada transitaron del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional, sin embargo, si en este último se privilegia la Justicia, resultaba obvio que aquellas instituciones debían experimentar cambios.

---

2 LAURENT, Francisco *Cit.* por Dávila Aguilar, Bismarck Antonio & Olivas Tellería, Aura Mariana. *La Cosa juzgada en Materia civil*, Investigación monográfica para obtener el Grado académico de Licenciado en Derecho, Universidad Centroamericana, Managua, 2010, p. 106.

## 2. Evolución histórica de la cosa juzgada

Si empezamos por el Estado de Derecho legal, donde primó la Seguridad Jurídica, comprobaremos que la tendencia lógica fue que las sentencias firmes, aunque consagraran situaciones injustas, se mantuviesen inmutables en el tiempo.

Esto se reflejó en POTHIER, quien en su obra *Tratado de las Obligaciones* (1761-1764), recogiendo la tradición romana, postuló que “[p]or más que una sentencia sea inicua, si se han seguido en ella las formalidades prescritas, puede ganar la autoridad de cosa juzgada, cuando se halla en alguno de los casos prevenidos en el artículo precedente; y por inicua que sea, se la reputa equitativa, sin que se admita prueba en contrario”<sup>34</sup>.

La cosa juzgada no fue recogida en los primeros documentos jurídicos que la Francia revolucionaria legó al mundo y a la historia, sin embargo, su Constitución de 1791 (Título III, Capítulo V, artículo 9) y su Código de Delitos y Penas de 1795 (artículos 67, 255 y 426) establecieron el instituto del *ne bis in idem* (no se puede juzgar dos veces por lo mismo)<sup>5</sup>, que es inescindible de la cosa juzgada<sup>6</sup>; por lo que puede afirmarse que esta figura sí fue recogida en aquellos documentos, aunque de modo tácito.

- 3 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*, Parte primera, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839, p. 523.
- 4 Posteriormente, otros autores contradijeron a Pothier, pero no atacando la inmutabilidad de la Cosa juzgada, sino esgrimiendo otros argumentos en los cuales fundamentarla. Así tenemos a Savigny (quien fundamentó la inmutabilidad en una ficción del Derecho, la cual podía tornar lo falso en verdadero), Rocco, etc. Para mayor abundamiento Vid. DÁVILA AGUILAR, Bismarck Antonio & OLIVAS TELLERÍA, Aura Mariana. *Op. cit.*, pp. 25 a 50.
- 5 Vid. HENDLER, Edmundo S. *Una regla de confirma sus excepciones: ne bis in idem*, pp. 133 y 134. En: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/10/doc-trina30960.pdf>.
- 6 GOITE PIERRE explica que la Cosa juzgada “[r]epresenta el punto de conexión entre la seguridad jurídica y el principio *non bis in idem*”. GOITE PIERRE, Mayda. *Principios e instituciones de las reformas procesales: Seguridad jurídica, non bis in idem, cosa juzgada y revisión penal*. En: “IUS. Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla A.C.”, N° 24, Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla, Puebla, 2009, p. 204.

Se recogió de modo expreso recién en el Código Napoleónico de 1804 (artículo 1350, inciso 3), lo cual sería replicado en otros códigos civiles de Europa y de los estados nuevos que comenzaban a nacer en América<sup>7</sup>.

Llegado el Estado de Derecho Constitucional, donde prima la justicia, la tendencia lógica es que las sentencias, si consagran situaciones muy injustas, sean revisadas y anuladas.

Esto lo podemos apreciar desde Chioventa quien, adelantándose un poco a los Juicios de Núremberg, en su obra *Principios de Derecho Procesal Civil* (1912-1923)<sup>8</sup>, si bien defendió la “indiscutibilidad” de la cosa juzgada, también postuló que su autoridad “no es absoluta y necesaria, sino establecidas por consideraciones de utilidad y oportunidad; de tal manera, que estas consideraciones pueden a veces aconsejar un sacrificio, para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta”<sup>9</sup>.

346

Tal tendencia se reflejó al finalizar la segunda guerra mundial. En efecto, amparándose en sus legislaciones, los regímenes totalitarios que iniciaron dicha guerra emitieron, tanto en sus países de origen como en los que invadieron, sentencias muy injustas y desproporcionadas en contra de personas opositoras e inocentes; sentencias que, luego de la caída de aquéllos regímenes, fueron declaradas nulas por los nuevos gobiernos a través de otra normativa.

---

7 Más adelante, una excepción a la regla de la inmutabilidad de la cosa juzgada la constituiría la Alemania nazi también, donde el fiscal podía solicitar la reapertura de una causa fenecida, con sólo sospechar de la justicia de la sentencia o si consideraba que un nuevo fallo era importante para la comunidad. (Cfr. PEYRANO, Jorge & CHIAPPINI, Julio. *El Proceso atípico*, 2ª Parte, Universidad de Buenos Aires, 1984, p. 36). Sin embargo, no cabe duda que esa excepción, no se debió a razones de justicia, sino totalitarias, igual como pasó con la Prescripción (Vid. pie de página 6).

8 Años entre los cuales se elaboró y publicó la tercera edición. Vid. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría general e Historia del Proceso (1945-1972)*, T. II, Nos. 12-30, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1992, p. 518 (pie de página 80).

9 CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho procesal civil*, 3ª edición, Trad. José Casáis y Santoló, T. II, Reus, Madrid, 1925, pp. 412 y 511.

Así lo hizo Francia con sus Ordenanzas de 1943 y de noviembre de 1944, Italia con su *Decreto legislativo Luogotenenziale* 159 de julio de 1944, y Luxemburgo con su *Arrêté grand-ducal* de 1948<sup>1011</sup>.

Pero al finalizar esa guerra también, en algunos de los mismos países y en otros de Europa, debido a la imposición de una de las potencias triunfadoras, la ya desaparecida Unión Soviética, se instalaron férreos gobiernos socialistas que, de igual modo, emitieron sentencias demasiado duras contra inocentes y opositores, las cuales, luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, fueron anuladas también mediante normas.

Así lo hizo la ese entonces Checoslovaquia con su Ley 119 de abril de 1990, Hungría con su Ley N° 11 de febrero de 1992, y Alemania con sus Leyes de octubre de 1992 y de 1994. Cabe resaltar que este último país, recién con su Ley de 1998, hizo lo mismo con los fallos de su período nazi<sup>12</sup>.

### 3. El proceso de cumplimiento peruano y la cosa juzgada

347

El artículo 200, numeral 6, de la Constitución Política del Perú establece que son garantías constitucionales:

10 Vid. ERRANDONEA, Jorge. *Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España*, International Center for Transitional Justice, Nueva York, 2008, pp. 16 y 17.

11 En el ámbito del Derecho privado, desde los albores de Roma, hasta la actualidad (incluyendo el Perú, con la figura de la Cosa juzgada fraudulenta), se ha aceptado la revisión de sentencias firmes, pero circunscrita a ciertos supuestos de injusticia, no a la injusticia superlativa que genera las graves afectaciones de derechos humanos. Para un mayor análisis histórico y universal de la revisión de sentencias en el ámbito privado Vid. CAÑAS MINERO, Marcos Vinicio; FAJARDO SILVA, Mario Edgardo & TRUJILLO VELÁSQUEZ, Nelson Jovani. *Las doctrinas que sustentan la revisión de las sentencias en el Nuevo Código procesal civil*, trabajo de investigación para obtener el grado y título de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2010.

12 Errandonea explica que en otros países no se dispuso la nulidad de las sentencias, sino la extinción de sus efectos, con la consiguiente rehabilitación de los condenados en sus derechos y/o reparación de sus daños. Así lo hizo Lituania con su Ley de mayo de 1990 (para sus períodos nazi y socialista), Letonia con su Ley de agosto de 1990, Bulgaria con su Ley de junio de 1991, la propia Rusia con su Ley de noviembre de 1991, y Albania con su Ley 7748 de 1993. Sin embargo, refiriéndose sólo a este último país, afirma que la extinción de los efectos de una sentencia, equivale en realidad a su anulación. Cf: ERRANDONEA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 18 a 24.

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.*

A su turno, el artículo 65 del Nuevo Código Procesal Constitucional señala que es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) *Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o*
- 2) *Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.*

Sin embargo, es conocido en predios jurídicos que el proceso de cumplimiento no es un proceso constitucional, sino más bien uno constitucionalizado, que no es lo mismo. La diferencia entre ambos, aunque es sutil semanticamente, resulta relevante y acarrea consecuencias graves al momento de configurarse la cosa juzgada, la cual debiera ser *inmutable e inmodificable* ante la ocurrencia de eventos externos sucedidos con posterioridad.

348

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional, a través de su reiterada jurisprudencia (Exp. 00168-2004-PC/TC y otros), lo califica como un proceso constitucional, lo cual no tiene asidero, porque bajo esa misma lógica de estar recogido en la Constitución, podría calificarse también como constitucional *el proceso de indemnización por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias*, recogido en el artículo 139, numeral 7, de la Constitución, lo cual resulta errado.

Afirmar pues que el proceso de cumplimiento protege el “*derecho constitucional a la eficacia de las leyes y de los actos administrativos*”, menoscaba el rango e importancia que tienen los derechos constitucionales, pues se incurre en una inflación innecesaria de derechos que los órganos judiciales no están en capacidad de proteger y reivindicar.

Como ya se ha adelantado, el proceso de cumplimiento no tiene por finalidad la protección de ningún derecho constitucional (por eso no es proceso constitucional); empero ha sido recogido por el constituyente, es decir, se encuentra previsto en la Constitución (por eso es un proceso constitucionalizado).

Siendo que *stricto sensu* el proceso de cumplimiento no es uno que tenga las características de constitucional, sino de uno constitucionalizado, entonces, no se puede intentar equipararlo, en lo que a la cosa juzgada respecta, a los otros procesos que sí son constitucionales; por tanto, no le es atribuible a sus sentencias todas las características o componentes de la cosa juzgada.

Al momento de configurar la cosa juzgada en el proceso de cumplimiento hay que tener en cuenta su naturaleza de proceso constitucionalizado.

El proceso de cumplimiento, al no compartir la finalidad de proteger derechos constitucionales, no le asiste la garantía de la cosa juzgada con las características de *inmutable e inmodificable*, que sí le asiste a los otros procesos constitucionales.

349

En otras palabras, el proceso de cumplimiento es un proceso constitucionalizado que no corresponde ser tratado –al menos desde el punto de vista procesal constitucional– como un proceso constitucional.

El artículo 139, numeral de la Constitución Política del Perú establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional que:

*(...) Ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución.*

A su turno, el artículo 15 del Nuevo Código Procesal Constitucional señala que:

*En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.*

Una sentencia declara o reconoce el derecho que corresponde a una de las partes, obligando a la otra a cumplirla y ejecutarla. Expresa una decisión definitiva sobre un proceso (que puede ser penal, civil, constitucional, etc.). Es decir, la sentencia da por finalizado un litigio o controversia.

La expedición de una sentencia implica: a) poner fin a la instancia o al proceso y b) un pronunciamiento sobre el fondo del litigio o controversia.

El juez al expedir una sentencia realiza una declaración de los hechos, busca la norma aplicable al caso, otorga significado a la norma y hace una formulación de la norma de acuerdos a los hechos del caso. Así, la sentencia es un *juicio histórico*, que consiste en la recabación de hechos pasados para ponerlos en conocimiento de las partes procesales, como un producto final que ofrece el poder judicial. A través de una sentencia se reconstruye una situación para otorgar un derecho desconocido o eliminar uno que jamás se debió otorgar.

350

El juez se vale de información allegada al proceso para reconstruir hechos y extraer las consecuencias de éstos, limitándose a decidir las pretensiones contenidas en la demanda, en su contestación, en las excepciones procesales y otros actos.

Pues bien, encontrada la norma jurídica aplicable al caso concreto, debe analizarse si los hechos probados en el proceso, están subsumidos dentro de los supuestos jurídicos de dicha norma, para poder otorgar la consecuencia jurídica allí prevista.

Como resulta obvio, la sentencia debe reunir los requisitos de tiempo, lugar y forma, es decir, responden a una circunstancia o coyuntura determinada. Se componen de tres partes:

- *Parte expositiva*: se señala la fecha y ciudad en que se dicta, quiénes son las partes intervinientes. Se hacen constar también las pretensiones solicitadas por las partes procesales, junto a los hechos en que se fundan las mismas.
- *Parte considerativa*: expresan los fundamentos de hecho y de derecho, que contienen los argumentos de las partes y los que

utiliza el juez para resolver el litigio o controversia, en relación con las normas que se consideran aplicables al caso.

- *Parte resolutive*: contiene la decisión o fallo.

La cosa juzgada es el principal efecto que producen las sentencias, ya que le da *eficacia y permanencia en el tiempo a las mismas*. Por tanto, una sentencia no puede ser contradicha, modificada, alterada o perturbada por ninguna autoridad, funcionario o persona, lo que da seguridad jurídica y certeza al tráfico de derecho.

Sin embargo, como veremos más adelante, la cosa juzgada derivada de una sentencia de proceso de cumplimiento, *por su naturaleza de ser un proceso constitucionalizado y por no estar sustentada en hechos, sino solo en derecho*, es susceptible de ser modificada, alterada o perturbada, pues su parte considerativa y resolutive está compuesta de elementos *inestables, volubles y variables (la ley y los actos administrativos cuyo cumplimiento se solicitan)*. Esto quiere decir que en el trámite mismo del proceso o finalizado éste, la ley o el acto administrativo pueden ser modificados, derogados o nulificados por entes externos al proceso de cumplimiento.

351

Fácil es advertir entonces, que los presupuestos jurídicos (*la ley o el acto administrativo*) que sustentan la cosa juzgada en un proceso de cumplimiento se pueden extinguir o desaparecer con el transcurso del tiempo, deviniendo en inejecutable la sentencia cuya ejecución se pretende.

A diferencia de lo que sucede en el proceso de cumplimiento, en los procesos constitucionales de tutela de derechos (amparo, hábeas corpus, hábeas data), e, incluso, en los procesos ordinarios (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc), no ocurre la volatilidad antes descrita de las sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, pues éstas últimas, además de estar sustentadas en presupuestos jurídicos, se componen también de *presupuestos fácticos o hechos*, sometidos a probanza, que resultan inalterables en el tiempo. Los hechos responden a una verdad única y ésta no cambia, se mantiene igual hoy, mañana y siempre.

Los procesos constitucionales de tutela de derechos (amparo, hábeas corpus, hábeas data) necesitan entrar en contacto con la realidad

del caso concreto que en él se presente, y solo es posible conocer ésta mediante la reconstrucción de los hechos y actos sucedidos en el pasado, lo que se obtiene a través de las pruebas ofrecidas por la partes o las decretadas de oficio por el juzgador al momento de sentenciar. Así, los medios probatorios en los procesos constitucionales de tutela de derechos tienen por finalidad acreditar la vulneración a los derechos constitucionales de las personas<sup>13</sup>.

Empero, el proceso de cumplimiento es uno de *puro derecho* (dar cumplimiento a la ley o al acto administrativo); por lo que modificado el derecho que sustentó la sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada, se afecta la eficacia de la misma. En otras palabras, la modificación o derogación de la ley; y la nulidad del acto administrativo, atacan las vigas en que se apoya la cosa juzgada, volviéndola sentencia inejecutable.

#### 4. Supuestos de inejecución extrínseca de las sentencias emitidas en procesos de cumplimiento

352

Como bien sabemos, uno de los supuestos en los que la ejecución, en sus propios términos, de las sentencias de cumplimiento puede resultar imposible es, precisamente, la modificación, derogación o nulidad sobrevinida de la normativa en la que se sustentó la sentencia; lo que en buena cuenta significa una alteración de los términos en los que la controversia procesal fue planteada y luego resuelta.

Efectivamente, una vez firme o consentida la sentencia de cumplimiento, se puede oponerse a su ejecución una alteración del marco jurídico en que se expidió la misma.

Ciertamente, el principio general es la ejecución de las sentencias firmes o consentidas, y sólo de forma excepcional, cuando concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inejecutar o suspender su cumplimiento; empero, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera

---

13 Cf. LÓPEZ FLORES, Berly Javier F. *Los medios probatorios en los procesos constitucionales*. Editora Gaceta Jurídica. Lima. 2012, pp. 12.

expectativa o especulación de un futuro cambio normativo de la ley o del acto administrativo que sustentaron la sentencia de cumplimiento, ya que, en los hechos, ello no implica alteración alguna de los términos en los que la controversia procesal fue planteada y resuelta.

A continuación, presentamos un conjunto de supuestos en que las sentencias expedidas en procesos de cumplimientos, por factores extrínsecos de modificación o derogación de la ley que la sustentó; o por la declaratoria de nulidad del acto administrativo en que se basó, se convierten en inejecutables, perdiendo su calidad de cosa juzgada *inmutable e inmodificable*:

- La Ley cuyo cumplimiento se solicitó y que fue consignada en la parte considerativa y resolutive de la sentencia, es una de periodicidad anual; como por ejemplo, las leyes de presupuesto que cada año expide el Congreso de la República, o las leyes relativas a tributos de periodicidad anual expedidas por él.
- La Ley, el Decreto Legislativo o el Decreto de Urgencia cuyo cumplimiento se solicitó, que sustentaron la parte considerativa y resolutive de la sentencia, son modificados o derogados por el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo.
- La Ley, el Decreto Legislativo o el Decreto de Urgencia cuyo cumplimiento se solicitó, que sustentaron la parte considerativa y resolutive de la sentencia, son declarados inconstitucionales o inaplicables por el Tribunal Constitucional.
- El Decreto Supremo o la norma administrativa de alcance general cuyo cumplimiento se solicitó, que sustentaron la parte considerativa y resolutive de la sentencia, son declarados ilegales por el Poder Judicial en un proceso de acción popular.
- El acto o resolución administrativa cuyo cumplimiento se solicitó, y que sustentó la parte considerativa y resolutive de la sentencia, es declarado nulo en un proceso contencioso administrativo.

- El acto o resolución administrativa cuyo cumplimiento se solicitó, y que sustentó la parte considerativa y resolutive de la sentencia, es declarado nulo en un proceso de amparo.
- El acto o resolución administrativa cuyo cumplimiento se solicitó, y que sustentó la parte considerativa y resolutive de la sentencia, es declarado nulo sede administrativa.

## 5. Conclusiones

- El derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmutabilidad o inmodificabilidad de lo resuelto, se traduce en un derecho que impide a cualquier autoridad, funcionario o persona revisar, modificar o alterar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Constitución y la Ley (sí se podría hacer ello, en un amparo contra resolución judicial o un amparo contra amparo y sus demás variantes)<sup>14</sup>.
- Sin embargo, tal carácter de inmutable o inmodificable de las sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, no es extendible a las que se expiden en los procesos de cumplimientos, pues éstos no protegen derechos constitucionales (son procesos constitucionalizados) y en ellos subyacen solo controversias de *puro derecho*, los cuales por, esencia, son variables y cambiantes.
- La consecuencia jurídica de que la cosa juzgada obtenida en un proceso de cumplimiento no tenga el carácter de inmutable o inmodificable, es que producido el evento externo de la modificación, derogación o nulidad de la norma o acto administrativo que sustentó la sentencia, inmediatamente se produce la

---

14 Cfr. LÓPEZ FLORES, Berly Javier; Ejecución de Sentencias Constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de agravio constitucional y del “amparo contra amparo”. En Revista Gaceta Constitucional (Editora Gaceta Jurídica), Sección: Análisis Constitucional y Procesal Constitucional, Tomo 43, Julio 2011, pp. 95-116. Lima. También en Revista de Derecho “La Jurídica en Red”, Sección Artículos de Autores Internacionales, Octubre 2011, pp. 103-121, La Paz - Bolivia.

inejecutabilidad de la misma; pretensión que puede ser solicitada al juez de ejecución del proceso de cumplimiento.



## Bibliografía

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría general e Historia del Proceso (1945-1972)*, T. II, Nos. 12-30, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1992.

CAÑAS MINERO, Marcos Vinicio; FAJARDO SILVA, Mario Edgardo & TRUJILLO VELÁSQUEZ, Nelson Jovani. *Las doctrinas que sustentan la revisión de las sentencias en el Nuevo Código procesal civil*, trabajo de investigación para obtener el grado y título de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2010

CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho procesal civil*, 3ª edición, Trad. José Casáis y Santoló, T. II, Reus, Madrid, 1925.

DÁVILA AGUILAR, Bismarck Antonio & OLIVAS TELLERÍA, Aura Mariana. *La Cosa juzgada en Materia civil*, Investigación monográfica para obtener el Grado académico de Licenciado en Derecho, Universidad Centroamericana, Managua, 2010,

355

ERRANDONEA, Jorge. *Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España*, International Center for Transitional Justice, Nueva York, 2008.

GOITE PIERRE, Mayda. *Principios e instituciones de las reformas procesales: Seguridad jurídica, non bis in ídem, cosa juzgada y revisión penal*. En: "IUS. Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla A.C.", N° 24, Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla, Puebla, 2009.

LÓPEZ FLORES, Berly Javier. *Los medios probatorios en los procesos constitucionales*. Lima. Gaceta Jurídica, 2012. Lima.

LÓPEZ FLORES, Berly Javier; Ejecución de Sentencias Constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de agravio constitucional y del "amparo contra amparo". En Revista Gaceta Constitucional (Editora Gaceta Jurídica), Sección: Análisis Constitucional y Procesal Constitucional, Tomo 43, Julio 2011, pp. 95-116. Lima. También en Revista de Derecho "La Jurídica en Red", Sección Artículos de Autores Internacionales, Octubre 2011, pp. 103-121, La Paz – Bolivia.

PEYRANO, Jorge & CHIAPPINI, Julio. *El Proceso atípico*, 2ª Parte, Universidad de Buenos Aires, 1984.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*, Parte primera, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839, p. 523.

VIGO, Rodolfo Luis. *Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, Sup. Const. 2010 (febrero), 1-La Ley 2010-A, 1165, Punto 1.

# El proceso de cumplimiento

## Pasado, presente y futuro

✍ ALFREDO ORLANDO CURACA KONG\*

### 1. Presentación:

El cumplimiento es el proceso que más críticas ha recibido por parte de la mayoría de la doctrina nacional que se ha interesado en él. Apareció sin debate en la Constitución peruana vigente y, casi desde el inicio, se escucharon voces que apuntaban a su innecesaria regulación o, por lo menos, a su equivocada consagración como una “garantía constitucional”, entendida ahora como un proceso constitucional. Y es que si los procesos constitucionales protegen: *i*) el “valor persona humana”, en tanto entidad bio-psico-social que es centro de imputación de todo ordenamiento jurídico y cuya defensa y respeto de su dignidad resultan ser el fin supremo de la sociedad y del Estado; o *ii*) el “valor primacía normativa de la Constitución”, en cuanto cuerpo normativo supremo que, al interior de un Estado, trasluce la voluntad del pueblo que lo conforma, y que es titular originario y soberano del poder, la pregunta que cae de madura es ¿Cuál de estos valores es el verdaderamente protegido por el proceso de cumplimiento?

357

---

\* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de Maestría en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional Lomas de Zamora de Argentina y discente de Maestría en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Director de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Pareciera que el proceso de cumplimiento está más cercano a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y así es como está regulado en el nuevo Código Procesal Constitucional, cuyo esquema temático, luego del Título Preliminar, contempla un Capítulo I relativo a las disposiciones generales que regula las disposiciones generales de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. Vale decir, de los clásicos procesos de defensa de los derechos fundamentales. Empero, siempre se ha cuestionado que este proceso ampare derechos constitucionales. Jorge Danos Ordoñez, uno de los primeros doctrinarios que se interesó por esta figura, señaló en 1994: “La dificultad en precisar los derechos protegidos por esta acción se deriva de que se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la administración, que en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado como una modalidad especial de la acción contencioso-administrativa.”<sup>1</sup> Y añadió que “...la incorporación de la acción de cumplimiento tiene la virtud de otorgar protección, a través de un mecanismo expeditivo y que puede llegar en última instancia al Tribunal Constitucional, a una serie de derechos de origen legal que de ordinario no encontrarían tutela a través de una garantía constitucional”<sup>2</sup> Según esta postura, el cumplimiento es, entonces, un proceso ejecutivo revestido de las bondades de un proceso constitucional, pero su naturaleza no es la de ser un proceso constitucional sino que es un proceso constitucionalizado<sup>3</sup>;

---

1 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución peruana de 1993”. En: *Lecturas constitucionales andinas*. Núm. 3. Lima, 1994, p. 206.

2 Loc. Cit.

3 Lo de proceso “constitucionalizado” lo señaló en su momento el Tribunal Constitucional en la STC 0191-2003-AC/TC: “La acción de cumplimiento es un ‘proceso constitucionalizado’ que, *prima facie*, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa. Se trata, por tanto, de un ‘proceso constitucionalizado’, como, a su vez, lo es el contencioso-administrativo, y no en estricto de un ‘proceso constitucional’, toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando éste haya sido creado directamente por la Constitución (artículo 200°, inciso 6).” (fundamento jurídico 2).

posición que comparten varios doctrinarios como Abad Yupanqui<sup>4</sup>, Carpio Marcos<sup>5</sup>, García Belaunde<sup>6</sup> o Huapaya Tapia desde el ámbito del Derecho Administrativo.<sup>7</sup>

- 4 “Consideramos que no resultaba necesario incorporar a la acción de cumplimiento como una institución autónoma, es decir, como un nuevo proceso constitucional. En este caso, el amparo -cuando se afecta por omisión derechos fundamentales- o el proceso contencioso administrativo -cuando no se trata de derechos fundamentales- pudieron encargarse de tales cometidos.” ABAD YUPANQUI, Samuel. “La Jurisdicción constitucional en el Perú. Las reformas constitucionales pendientes”. Academia de la Magistratura. “Apuntes sobre la reforma constitucional”. Revista Institucional N° 06, junio, 2002. p. 17. En: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/103>
- 5 “Un problema relacionado con la naturaleza del proceso de cumplimiento tiene que ver con las consecuencias que se desprenden del hecho de haber sido introducidas a nivel constitucional: ¿Se trata, en verdad, de un proceso constitucional? Aún cuando un sector importante de la doctrina latinoamericana haya expresado una respuesta afirmativa, pensamos que es, aún en aquellos países que lo tienen de manera autónoma, un proceso administrativo, esto es, un proceso incorporado en la Constitución, pero no constitucional, en la medida que la materia que en su seno se resolverá está regida por el derecho administrativo. Y es que lo que caracteriza a un proceso como constitucional es la presencia conjunta de los siguientes elementos: a) Su configuración o creación a nivel constitucional, y no simplemente mediante una ley; b) Existencia autónoma, esto es, con entidad propia, y no sólo como un elemento accesorio que forme parte de un proceso distinto, como puede ser el caso de los ‘incidentes constitucionales’; y, c) Su objeto, esto es, un proceso destinado a resolver controversias en materia constitucional, y no de otra clase. En ese sentido, aún cuando de los tres elementos, la Acción de Cumplimiento cumpla con los dos primeros, la carencia del tercero parece ser de tal envergadura que basta, por sí sola, para enrarecer su condición de proceso constitucional. Y es que si la controversia en este proceso se deriva esencialmente de la inactividad, omisión o renuencia a no cumplir con los mandatos establecidos en una ley o en un acto administrativo, entonces puede decirse, sin temor a equivocarse, que se trata de un proceso destinado a controlar la ilegalidad por omisión de la Administración Pública. No hay, pues, controversia que gire sobre ‘materia constitucional’, ya que su objeto no se plantea como consecuencia de la aplicación o vigencia de una norma constitucional, sino de la ley o el acto administrativo.” CARPIO MARCOS, Edgar. “La acción de cumplimiento en el Derecho comparado” En: <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/03/la-accion-de-cumplimiento-en-el-derecho.html> Ver también: CARPIO MARCOS, Edgar. “La acción de cumplimiento, ¿Un proceso constitucional”. En: FERRER MAC GREGOR, Eduardo y VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo (coord.). “Justicia Constitucional local”. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. Querétaro. 2003, pp. 101-134.
- 6 “Finalmente, la Acción de Cumplimiento ha sido muy cuestionada, ya que en realidad no sirve específicamente para la protección de derechos humanos, sino tan sólo para exigir el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, que, en principio, podrían estar vinculados con los derechos humanos, pero más probablemente, con cualquier otra rama del Derecho. Por tanto, es cuestionable que esta Acción de Cumplimiento, tomada literalmente de la Constitución colombiana de 1991, pero con alcances distintos, sea realmente un instrumento protector de derechos humanos, por lo que habrá que observar su

Sin embargo, para otros autores, como César Landa Arroyo, quien también se pronunció tempranamente sobre este proceso, el proceso de cumplimiento si "...protege la vigencia de dos derechos constitucionales objetivos: uno, la constitucionalidad de los actos legislativos y, el otro, la legalidad de los actos administrativos."<sup>8</sup> Jorge León opina, asimismo, que si salvaguarda un derecho fundamental, pues refiere este autor que: "...en tanto las leyes y los actos administrativos, de una u otra manera, constituyen la expresión de la soberanía popular o de la democracia como principio constitucional, ese incumplimiento, cuando afecta concretamente a una persona, se manifiesta también como el derecho fundamental al cumplimiento de las normas legales y de los actos administrativos."<sup>9</sup> Se trata a la sazón de dar cobertura a un derecho fundamental implícito, como en su momento lo reconoció el Tribunal

---

desarrollo jurisprudencial, a fin de tener una visión más exacta de su utilidad." GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "El Derecho Procesal Constitucional". Temis. Bogotá. 2001, pp. 38 (versión online). También ha señalado este autor: "La Acción de Cumplimiento está destinada, como dijimos, a pedir el cumplimiento de un acto administrativo o de una ley, en la medida que tal incumplimiento cause perjuicio. En rigor, no es un instrumento de defensa de los derechos humanos (como ya lo adelantamos), pues un acto administrativo puede cubrir cualquier materia, y una ley, tiene ámbitos más extensos. Ante este abanico tan grande de posibilidades, es indispensable que la futura legislación limite este instrumento procesal, ya que para ello existen los correspondientes procedimientos en la vía ordinaria. Nuestra impresión es que la introducción de este instrumento, con rango de acción de garantía, es un exceso del constituyente, que lo introdujo por novelaría o desconocimiento de lo que se trataba." GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op. Cit. pp. 119-120.

- 7 "Adoptamos entonces la tesis que entiende que el proceso de cumplimiento no es en estricto un proceso constitucional puesto que no protege ningún derecho fundamental, sino que, por el contrario, está diseñado como un proceso destinado a la protección de derechos legales (cumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales y en actos administrativos firmes). No tiene entonces un carácter de 'proceso constitucional' que en la doctrina es entendido como una garantía procesal destinada a tutelar la sustancia o esencia de los derechos fundamentales reconocidos en un texto constitucional." HUA-PAYA TAPIA, Ramón. "Las nuevas relaciones entre el proceso constitucional de cumplimiento y el proceso contencioso-administrativo: la Sentencia recaída en el Expediente N° 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde". Revista de Derecho Administrativo. PUCP. N° 02. 2006, p. 181.
- 8 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit. p. 205.
- 9 LEÓN, Jorge. "El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de Derecho." PUCP. Foro Jurídico. 09. 2009, p. 193. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18530>

Constitucional intentando poner paños fríos al debate, lo que, por cierto, no apaciguó las críticas.<sup>10</sup>

En las breves líneas que siguen, abordamos este proceso desde sus antecedentes hasta su regulación nacional actual, la que incluye al nuevo Código Procesal Constitucional, que ha establecido distintas reglas para su tramitación. El propósito de este trabajo, además del de escudriñar brevemente en el pasado del cumplimiento, mostrar sucintamente su evolución normativa y jurisprudencial a nivel interno y detenerse en la nueva regulación vigente con vista al futuro, es el de darle también un nuevo enfoque de análisis a este proceso, dejando atrás el debate sobre su naturaleza, para centrarse en una pregunta práctica: ¿En todos estos años, ha colaborado el cumplimiento a la salud del Estado Constitucional peruano? Se trata, entonces, de analizar su utilidad en la forja de nuestro Estado Constitucional, de observar si este proceso defiende y concretiza los postulados constitucionales, de valorar su desempeño, para lo cual hemos apartado el último capítulo.

Luego de este preludio, proseguimos.

361

## **2. Antecedentes en el Derecho comparado:**

Como bien menciona el profesor Omar Sar, “...el caso más famoso y estudiado del constitucionalismo moderno fue un proceso de

<sup>10</sup> Ver Precedente Maximiliano Villanueva Valverde, contenido en la STC 168-2005-PC/TC. Sobre la crítica al reconocimiento de un derecho fundamental implícito protegido por el cumplimiento ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional”. En: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso\\_cumplimiento\\_aproposito\\_desafortunado\\_criterio\\_jurisprudencia\\_Tribunal\\_Constitucional.pdf;jsessionid=B74842FA8B9BE0DAB15D7FD96211C4F8?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso_cumplimiento_aproposito_desafortunado_criterio_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf;jsessionid=B74842FA8B9BE0DAB15D7FD96211C4F8?sequence=1) Castillo crítica la existencia de un derecho fundamental implícito a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos firmes: “Si el derecho de eficacia de las normas y de los actos administrativos es un derecho constitucional ¿quién es su titular? Si las normas son generales y abstractas por principio, ¿puede atribuirse la titularidad sólo a un grupo determinado de personas? Y de circunscribirse a un solo grupo, si hay que defender este derecho constitucional ¿a quienes se les debe considerar legitimados para actuar? ¿a cualquiera del grupo aunque la norma que no se ha aplicado sea a un tercero que no tiene interés en demandar el incumplimiento?” p. 10.

cumplimiento...”<sup>11</sup>. Y esto es cierto, pues el caso *Marbury vs. Madison*, votado el 24 de febrero de 1803 y conocido por ser el primero que reconoció la primacía normativa de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico —aunque ello no sea del todo correcto—<sup>12</sup>, resolvió un *Writ of Mandamus* contemplado en la *Judiciary Act* de 1789; herramienta procesal que, sin lugar a dudas, constituye un antecedente remoto pero a la vez directo del proceso de cumplimiento contemplado en nuestra vigente Carta Constitucional.

En este litigio, planteado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, cabeza del Poder Judicial norteamericano, William Marbury, banquero y gran terrateniente de Maryland, que en las postrimerías del gobierno del presidente John Adams (1797-1801) fuera nombrado juez junto a 41 personas más, como Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper, y cuyos nombramientos, si bien se ratificaron por el Senado de los Estados Unidos nunca fueron notificados, solicitó que mediante una orden judicial se dispusiera la entrega de las credenciales que les fueran denegadas ya por el nuevo Secretario de Estado del Presidente Thomas Jefferson<sup>13</sup>, James Madison, a la postre cuarto presidente de los Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo, presidido por el famoso *Chief Justice* John Marshall, a pesar de determinar que a los demandantes, conocidos como los “jueces de medianoche” por su designación

- 
- 11 SAR SUÁREZ, Omar. “Aspectos sustantivos y procesales de la acción de cumplimiento”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 56. Agosto 2012, p. 18.
- 12 El caso *Marbury Vs. Madison* no fue el primero en el que se reconoció la supremacía constitucional en los Estados Unidos. Como afirma Alberto Bianchi, siguiendo al maestro Segundo Linares Quintana, quien recopiló casos anteriores a *Marbury* en su famoso “Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional”, estas causas reconocieron el principio previamente: “*Commonwealth Vs. Caton*”, resuelta en 1782 por el Tribunal de Apelaciones de Virginia; “*Rutgers Vs. Waddington*”, resuelta en 1784 por el Tribunal Superior de Nueva York; “*Trevett Vs. Weedon*”, resuelta en 1786 por la Corte Suprema de Rhode Island; y “*Bayard Vs. Singleton*”, resuelta en 1787 por el Tribunal Supremo de North Carolina. Véase: BIANCHI, Alberto. “Historia Constitucional de los Estados Unidos”. Tomo I. *Cathedra Jurídica*. Buenos Aires. 2008, pp. 155 y 156. Véase también: LINARES QUINTANA, Segundo. “Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional”. Volumen 2. Alfa. Buenos Aires. 1953, p. 258.
- 13 Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006, p. 95.

entre gallos y medianoche, les asistía el derecho legal de ejercer el cargo, decidió verificar principalmente su competencia para conocer el asunto a través de la vía del *Writ of Mandamus*.

Con esa finalidad, luego de delimitar la figura apoyándose en las definiciones de Blackstone<sup>14</sup> y de Lord Mansfield en el caso *King v. Baker et al*<sup>15</sup>, a partir de la respuesta a la pregunta de si el Tribunal Supremo de los Estados Unidos puede dictar el *Mandamus* solicitado, la sentencia analizó las atribuciones constitucionales que tiene la Corte Suprema Federal<sup>16</sup> concluyendo que la competencia para dictar mandamientos frente a funcionarios públicos que la Ley Jurisdiccional (*Judiciary Act*) otorgaba al Tribunal Supremo no estaba contemplada en la Constitución, por lo que había una contradicción entre lo previsto entre la norma suprema norteamericana y una norma de inferior jerarquía, señalando por tanto que "...la regla que debe aplicarse es que toda Ley contraria a la

- 14 "...una orden dictada en nombre del Rey por un Tribunal del Rey y dirigido a una persona, corporación o Tribunal inferior o judicatura dentro de los dominios del Rey, requiriéndole a hacer alguna cosa allí especificada, que pertenece a su función y departamento y que ha sido determinada previamente por el Tribunal del Rey, o, al menos, se presume, de conformidad con el Derecho y la Justicia." Cita de Blackstone en *Marbury V. Madison*. En: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. "Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006. Op. cit. pp. 112 y 113.
- 15 "Cada vez, explica el capacitado juez, que existe un derecho a ocupar una función, a ejecutar un servicio o a ejecutar una franquicia -más específicamente si se trata de un asunto público o desarrollado con provecho- y a una persona se le niega la posesión de tal derecho, o se le desposee del mismo, y no tiene otro remedio legal específico, este Tribunal debe asistirle con un mandamiento, por razones de Justicia y por razones de política pública para preservar la paz, el orden público y el buen gobierno (...) esta acción puede ser utilizada en todas las ocasiones en las que el ordenamiento no haya establecido una vía específica y por razones de justicia y de buen gobierno debiera existir una". Lord Mansfield en el Caso *King v. Baker et al*, 3d Burrows 1266. Citado en *Marbury v. Madison*. En: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. "Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales". Op. Cit. p. 113.
- 16 "...el Tribunal Supremo tendrá jurisdicción originaria en todos los casos que afecten a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y a aquellos en los cuales un Estado sea parte. En todos los restantes supuestos, el Tribunal Supremo tendrá jurisdicción de apelación" BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. "Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales". Op. Cit. p. 115.

Constitución es nula”, algo que fue calificado como uno de los principios fundamentales de la sociedad.<sup>17</sup> En ese sentido, rechazó la pretensión del recurrente resolviendo un intrincado asunto político mediante un detalle procesal técnico.

Pero, volviendo al tema que nos ocupa, la utilización de los *writ*, como el *mandamus*, tiene una raigambre de muchos siglos en la tradición jurídica inglesa, que heredó el sistema de los Estados Unidos una vez independizado este país, como hemos visto. Si se traza una línea histórica observaremos que, en un principio, el *mandamus* era una prerrogativa real cuyo rastro se pierde en el tiempo. Mediante este privilegio, el monarca inglés, como el “autócrata autoritario” de la estructura administrativa, emitía mandatos o *mandamus* a sus súbditos, ordenándoles que cumplan con el deber público que se les pedía, muchas veces durante el transcurso del día.<sup>18</sup> Este deber puede ser impuesto por la Constitución (*Suprema Lex*), un estatuto o, en general, por el *Common Law*.<sup>19</sup> Con el paso del tiempo las órdenes las comenzaron a dictar los propios tribunales de justicia a nombre del soberano.

364

Así, para el citado Blackstone, jurista británico del siglo XVIII que hizo un notable esfuerzo al compendiar las instituciones jurídicas del *Common Law* en su famoso libro “Comentarios sobre las leyes de Inglaterra”, un *Writ of Mandamus* es, en general, una orden emitida en nombre del rey y dirigida a cualquier persona, corporación o tribunal inferior de la judicatura, dentro de los dominios del rey, exigiéndoles que hagan algo en particular allí especificado, que corresponda a su oficio y deber, y que el Tribunal del Rey (*Court of King’s Bench*) haya determinado previamente, o al menos suponga, que esté en consonancia con el Derecho y la Justicia.<sup>20</sup>

---

17 Sentencia del Caso Marbury v. Madison. En: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Op. Cit. p. 117.

18 GOEL, Shivan. “*The Writ of Mandamus*”. p. 1. En: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/WOM.pdf

19 Loc. Cit.

20 BLACKSTONE, William. “*Commentaries on the Laws of England*”. Oxford. Clarendon Press. Volumen 3. 1768, p. 110.

Es, en el Derecho inglés, un auto de alta prerrogativa, de una naturaleza más extensivamente reparadora y puede emitirse en algunos casos donde la parte agraviada tiene derecho a que se haga cualquier cosa y no tiene otros medios específicos para imponer su actuación.<sup>21</sup> Como apunta el referido autor inglés, se utiliza para una infinidad de otros propósitos, que es imposible recitar minuciosamente.<sup>22</sup> Sin embargo, es claro que en el *mandamus* subyace un deber público incumplido y una obligación de la persona encargada de desempeñarlo. No por nada *mandamus* es una palabra latina que significa orden, disposición, instrucción o, más propiamente, mandato.

No solo los Estados Unidos de Norteamérica heredó la figura, sino aquellos otros países que fueron colonia del Imperio Británico, como la India, cuya Constitución de 1949, considerada la más extensa del mundo y que tardó casi tres años en elaborarse<sup>23</sup>, contempla el *mandamus* en sus artículos 32<sup>24</sup> y 226<sup>25</sup>, que le otorgan poder al Tribunal Supremo y al

21 Op. Cit. p. 111.

22 Loc. Cit.

23 Sorprende también que la Constitución de la India haya tenido casi trescientas reformas desde que fue aprobada, lo que debe ser un record también. Sucede que la India, con sus 1,366 millones de habitantes, es un país complejo y variopinto, por tanto una sociedad difícil de regular. Santiago Sánchez González es de esta opinión: “Otro elemento que nos ayuda a explicar la desmesurada extensión del texto constitucional es la complejidad y la riqueza de estructura social de la India. ¿Qué Constitución podría resultar adecuada para gobernar a una población numerosísima, agrupada durante siglos en centenares de entidades políticas –o principados–, sometida durante más de un siglo a la colonización británica, con una estratificación múltiple y diversificada en razas, castas, tribus, lenguas, creencias religiosas y costumbres ancestrales?”. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. “La Constitución India”. LX. Fuente: <https://www.cerasa.es/media/areces/files/book-attachment-4850.pdf> Consulta: 02/04/2021.

24 El artículo 32 de la Constitución de la India confiere a los ciudadanos hindúes una serie de remedios constitucionales para defender sus derechos. El numeral 2 contempla al *mandamus* como uno de estos remedios. Este artículo señala expresamente “The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part” Fuente: [https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI\\_1.pdf](https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_1.pdf). Consulta: 02/04/2021.

25 El artículo 226 de la Constitución Hindú regula el poder de los Tribunales Superiores para emitir ciertos autos, entre ellos el *Writ of Mandamus* y señala que no obstante lo dispuesto en el artículo 32 todo Tribunal Superior tiene poder, en todo territorio en el que ejerce jurisdicción, para emitir contra cualquier persona o autoridad, órdenes

Tribunal Superior para emitir órdenes judiciales en caso de violación de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano por parte del Estado. Así, a pesar que con esta Constitución la India rompía con el colonialismo inglés y nacía como una República, mantuvo este recurso ya asentado desde 1773 por virtud de la “Patente de Cartas” que creó la Corte Suprema de Calcuta.<sup>26</sup>

La figura del *Writ of Mandamus* también la utilizan otros países con sistema jurídico anglosajón y que pertenecen a la *Commonwealth* como Australia, país que regula el *Writ of Mandamus* en la sección 75, acápite (v), de su Constitución, que le otorga a la *High Court* jurisdicción original en todos los asuntos en los que se solicite una orden judicial de *Mandamus* o una prohibición o una orden judicial contra un funcionario de la mancomunidad. En Canadá, por otro lado, el *Writ of Mandamus* está regulado en la *Federal Courts Act* cuyo artículo 18.1.a señala que el Tribunal Federal tiene jurisdicción original exclusiva para emitir una orden judicial, una orden de *certiorari*, una orden de prohibición, una orden de *mandamus* o una orden de *quo warranto*, u otorgar una reparación declarativa, contra cualquier junta, comisión u otro tribunal federal.<sup>27</sup>

366

Ahora bien, el constitucionalismo latinoamericano nos tiene acostumbrados a importar herramientas de otros sistemas jurídicos, concretamente del *Common Law*. La recepción de estos “instrumentos angloamericanos” como los llamaba el maestro Héctor Fix-Zamudio<sup>28</sup>, es de larga

---

judiciales (*writs*), incluidas las de habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto y certiorari: “*Notwithstanding anything in article, every High Court shall have power, throughout the territories in relation to which it exercises jurisdiction, to issue to any person or authority, including in appropriate cases, any Government, within those territories directions, orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, or any of them, for the enforcement of any of the rights conferred by Part III and for any other purpose.*” Este artículo ha sufrido varias enmiendas como puede verse en [https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI\\_1.pdf](https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_1.pdf) Consulta: 02/04/2021.

26 Fuente: <http://www.legalservicesindia.com/article/592/Analysis-Of-Writ-Of-Mandamus.html> Consulta: 02/04/2021.

27 Fuente: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-7/section-18.html?wbdisable=true> Consulta: 11/04/2021

28 FIX-ZAMUDIO, Héctor. “La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales.” *Civitas*. Madrid. 1982, pp. 61-96.

data. En el Perú, por ejemplo, adoptamos el *Habeas Corpus* desde finales del Siglo XIX, aunque ya se había propuesto implantarlo en los albores de nuestra República<sup>29</sup>. A este *writ* inglés le dimos nueva forma y cobertura, adaptándolo a nuestras necesidades, acriollándolo, si cabe el término, al punto que H.H.A Cooper, autor inglés que fuera profesor visitante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en la década de los sesentas del siglo pasado, señaló que el *habeas corpus*, que en la pureza de su origen tenía como fin la protección de intereses íntimamente ligados con la libertad personal<sup>30</sup>, amplió en el Perú su ámbito de protección a otros derechos no identificados originalmente, mostrándose sorprendido, pues la institución peruana fue sobrecargada a tal punto que desempeñaba el papel de todos sus equivalentes en el *Common Law*, como el *Certiorari*, la *Prohibition*, la *Injunction* y también el *Mandamus*.<sup>31</sup>

Centrándonos en otros países latinoamericanos que formalmente regularon el *mandamus* en sus respectivas normativas antes que nosotros, advertiremos que en Argentina, país que ha tenido mucha influencia del *Common Law*, los llamados mandamientos o acciones de ejecución son de antaño. En la Provincia de Entre Ríos, por ejemplo, esta figura está contemplada desde 1933 en la Constitución Provincial. Según Diego Murcia la tradición judicial y doctrinaria de Entre Ríos estima que son

29 Daniel Soria Luján, que nos refiere, por ejemplo, que en 1827 Manuel Lorenzo de Vidaurre presentó un proyecto de Constitución, en cuyo artículo 32, relativo a las atribuciones del parlamento, expresamente se señalaba "...sólo de consentimiento de las dos cámaras podrá suspenderse la ley de Hábeas Corpus. Esta suspensión no durará más que el tiempo muy preciso y necesario para la salud de la patria...". El profesor Soria nos narra también que en 1849 se debatió al interior del Congreso de la República un proyecto de ley presentado por la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, integrada, entre otros, por Pedro Gálvez Egúsquiza, Manuel Toribio Ureta y Manuel A. Cuadros, que buscaba proteger la libertad personal ante detenciones arbitrarias. Sin embargo, este proyecto, que fue observado por el Ejecutivo y regresó al Congreso, finalmente nunca fue aprobado. SORIA LUJÁN, Daniel. "El proyecto de ley de protección a la libertad personal (1849)". Fuentes para una historia constitucional del Perú. Volumen 3. Número 3. 1996. pp. 379-381. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3368/3217> Consulta: 04/04/2021.

30 H.H.A. COOPER. "Apuntes críticos sobre el habeas corpus en el Perú". Derecho PUCP. N° 28. 1970, p. 4.

31 Op. Cit. p. 5.

amparos especiales<sup>32</sup>, pero este autor considera que el mandamiento de ejecución es un “proceso administrativo constitucionalizado” porque la pretensión no se funda directamente “...en derechos fundamentales, ni en valores y principios constitucionales.”<sup>33</sup>

La Constitución entrerriana, que fuera reformada en 2008, establece expresamente en su artículo 58° lo siguiente: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.” Similares dispositivos podemos encontrarlos en la Constitución del Provincia del Chaco de 1957 (artículo 25)<sup>34</sup>, en la Constitución de la Provincia de Formosa de 1957 (artículo 33)<sup>35</sup>, en la Constitución de la Provincia de

---

32 MURCIA, Diego. “Las acciones de ejecución y de prohibición en Entre Ríos”. p. 3. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1996-6956-1-PB.pdf>

33 Loc. Cit.

34 “Artículo 25.- Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufre perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento de ese deber, puede demandar, ante juez competente la ejecución inmediata del o de los actos que el funcionario o entidad pública se rehusare o fuere moroso en cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados y del derecho invocado, librará mandamiento para exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido. Si el funcionario o entidad pública de carácter administrativo ejecutara actos prohibidos por leyes u ordenanzas, la persona afectada podrá obtener, por la vía y procedimientos establecidos en el presente artículo, mandamiento judicial prohibitivo librado al funcionario o entidad de que se trate. El juez de la jurisdicción, que según la reglamentación resulte competente, deberá expedirse, en ambos casos, dentro de los tres días hábiles de promovida la acción. Juntamente con el mandamiento de ejecución o prohibición, arbitrará los recaudos legales tendientes a efectivizar la responsabilidad del funcionario que omitió el cumplimiento del acto debido, o hubiere ejecutado actos prohibidos por leyes u ordenanzas.”

35 “Artículo 33.- Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario público o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, toda persona o entidad en cuyo interés deba ejecutarse el acto y que sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación

La Rioja de 1986 (artículo 28)<sup>36</sup>, en la Constitución de la Provincia de San Juan de 1986 (artículo 41)<sup>37</sup>, en la Constitución de la Provincia de Río Negro de 1988 (artículo 44)<sup>38</sup>, en la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego (artículo 48)<sup>39</sup>, en la Constitución Provincial de Chubut de 1994 (artículo 58)<sup>40</sup>, y en la Constitución de la Provincia de Santa

---

legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.”

36 “ARTÍCULO 28° (...) Cuando una disposición legal imponga a un funcionario un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o cumplirse la abstención y sufre perjuicio material, moral o político por falta injustificada del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata, quien previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario un mandamiento de ejecución o de prohibición según el caso.” En este caso en particular, el mandamiento de ejecución está contemplado dentro del artículo constitucional que consagra el amparo, como si fuera un amparo especializado.

37 “Artículo 41: Toda persona que sufre un perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza, por incumplimiento del deber que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública en forma expresa y determinada, puede demandar ante el juez competente la ejecución inmediata del o los actos que el funcionario o entidad pública rehúsa cumplir. El juez previa comprobación sumarísima de los hechos denunciados y el derecho invocado, librará el mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido.” En esta Constitución está regulado bajo el rótulo de “Amparo por mora”.

38 “Artículo 44.- Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.”

39 “Artículo 48.- En los casos en que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo, un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumarísima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, debe librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.”. En esta Constitución está regulado bajo el rótulo “Mora de la Administración – Amparo”.

40 “ARTICULO 58.- Cuando una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, todo aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político, por falta del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación ilegal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución.”

Cruz de 1998 (artículo 18)<sup>41</sup>, todo lo cual demuestra que el vetusto *Writ of Mandamus* ha tenido un importante calado en este país federal.

Sobre Venezuela, y sin aventurarnos a sostener que hubo influencia de la figura anglosajona en este país, debe señalarse que desde 1976 la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 42 dotaba de competencia a la suprema corte para “Conocer la abstención o negativa de los funcionarios nacional (o de ‘las autoridades estatales o municipales’, en su caso), a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas”.<sup>4243</sup> Como

41 “Artículo 18° - Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto, o sufriendo perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata y el Tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.”

42 BREWER CARIAS, Allan R. “Estado de Derecho y control judicial. Justicia constitucional, contencioso administrativa y derecho de amparo.” Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares. 1987, p. 265.

43 Esta figura se asemeja más a la acción de condena u obligacional (*verpflichtungsklage*) contemplada en el artículo 42 la Ley de Jurisdicción Alemana del 21 de enero de 1960, que también revisa la inercia de la Administración. Compartimos la siguiente cita que es muy ilustrativa: “En la Ley Alemana de la Justicia Administrativa hay dos clases de acciones de prestación que garantizan una tutela judicial del *status positivus* de los particulares: la *acción de condena* (*Verpflichtungsklage*, art. 42), cuando la acción tiene por objeto condenar a la Administración a dictar un acto administrativo, y la *acción general de prestación* (*allgemeine Leistungsklage*, mencionada en el art. 43, apart. 2), para todas las demás demandas referentes a un comportamiento de la Administración Pública (...) La acción de condena comprende dos vertientes: la acción contra la denegación de un acto positivo (...) o la acción contra la inactividad de la autoridad administrativa (...). Si la denegación u omisión del acto administrativo es ilícita y ello ha lesionado los derechos del demandante, el tribunal declara la obligación de la autoridad administrativa a dictar un acto administrativo siguiendo el criterio del tribunal...” SOMMERMAN, Karl-Peter. “El papel de la Ley Alemana de la Justicia Administrativa para la realización del Estado de Derecho”. p. 12. En: <http://aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/kas-18233-1522-4-30.pdf> Otro trabajo es el de Karl Ule, que señala al respecto: “Una forma especial de la acción de prestación la constituye la acción obligacional (*Verpflichtungsklage*), con la cual se pretende la condena de una autoridad administrativa a la ejecución de un acto administrativo omitido o interrumpido. Posee especial importancia en los campos de la Administración, en los cuales el individuo precisa de una autorización o una concesión especial para emprender una actividad determinada, como, por ejemplo, una profesión o un oficio. Su ámbito de aplicación está constituido sobre todo por el campo de las prestaciones administrativas, tales como, por ejemplo, el Seguro social. Dada la actual y estricta sujeción a las leyes de esta Administración de prestaciones, que

señala Allan Brewer Carías “Esta norma, que consagra el recurso contra las conductas omisivas de la Administración, tiene su fundamento, por una parte, en el incumplimiento por parte de la Administración de una obligación legal concreta de decidir o de cumplir determinados actos, y por la otra, en el derecho de un sujeto de derecho a que la Administración cumpla los actos a que está obligada.”<sup>44</sup> Se trataba así de una respuesta frente a la inercia de la Administración materializada en un derecho del administrado.

Añade este reconocido autor que “Cuando dicha negativa o abstención constituya una violación de un derecho constitucional, porque por ejemplo, ello impida el ejercicio del mismo, el recurso contencioso administrativo contra la carencia administrativa es la vía de amparo contra la misma.”<sup>45</sup> Curiosa conversión que sufría el contencioso administrativo en una suerte de amparo por omisión en el que se perseguía que

---

sólo deja campo libre para las decisiones discrecionales de las autoridades administrativas en casos de excepción, la acción obligacional ha desplazado aquí casi por completo a la acción pauliana.” ULE, Karl. “La ley de 21 de enero de 1960, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania”. Documentación Administrativa. N° 73. Enero. 1964, p. 3. En: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/2256>

44 BREWER CARÍAS, Allan. Op. Cit. p. 265.

45 Op. Cit. p. 652. Brewer liga el incumplimiento de una obligación de la Administración Pública con la vulneración de derechos constitucionales de forma muy ilustrativa en el siguiente párrafo: “Este recurso tiene especial importancia en materia de derechos constitucionales pues es muy frecuente que por la intervención y regulación del legislador sobre los mismos, su goce y ejercicio se encuentre sometido a permisos, licencias o autorizaciones. Por ejemplo, el ejercicio de las actividades lucrativas industriales y comerciales sólo es posible si se tiene la Patente Municipal de Industria y Comercio (licencia), prevista en las Ordenanzas Municipales; el derecho a salir del país sólo es posible si se tiene un Pasaporte expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores; el derecho a enseñar sólo es posible si se obtiene el Registro del Plantel en el Ministerio de Educación; el derecho de asociarse en partidos políticos sólo es efectivo si el partido se registra en el Consejo Supremo Electoral; el ejercicio del derecho de propiedad mediante la construcción de inmuebles (uso), sólo es posible si se obtiene un permiso de construcción por las autoridades municipales; y el goce de la propiedad construida sólo es posible si se obtiene una cédula de habitabilidad por la misma autoridad municipal; el disfrute de la propiedad inmobiliaria, mediante la percepción de alquileres sólo es posible si se obtiene una regulación de los mismos por la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento o las autoridades municipales, etc. La lista es interminable, pues materialmente casi todos los derechos individuales y todos los derechos económicos, sociales y políticos están sometidos a alguna intervención previa de la autoridad administrativa.” p. 653.

la Administración adopte determinados actos o si ello no era suficiente para amparar el derecho, que el juez restablezca por sí mismo la situación jurídica violada. Por tanto, no se limitaba declarar la ilegalidad de la inacción de la Administración, sino que habilitaba a los jueces contenciosos administrativos, quienes mutaban en verdaderos jueces constitucionales, a disponer la realización de actos tendientes a satisfacer el derecho fundamental vulnerado.<sup>46</sup>

Siguiendo con Latinoamérica, el artículo 5 la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, documento que, desde ya lo decimos, acogió una serie de instrumentos anglosajones, reconoció los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros en el artículo 5 y en su numeral LXXI reguló el “*Mandado de Injunção*” en los términos siguientes:

*“Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:*

(...)

*LXXI 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; (...).”*

Vale decir, que esta herramienta procede para cautelar el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía cuando se carezca de norma reglamentaria que permita o faculte a eso. Para el constitucionalista peruano Edgar Carpio Marcos, este proceso dista mucho de ser análogo al que parecería ser su antecedente más próximo en el Derecho anglosajón, el *Writ of Injuntion*, pues mientras este constituye un proceso

---

46 Cfr. BREWER CARÍAS, Allan R. Op. Cit. pp. 653-654.

cuyo objeto consiste en imponer medidas prohibitivas de no hacer “algo” que se considera lesivo a un derecho o un interés subjetivo, el *Mandado de Injunção* brasileño, por el contrario, procede cuando la ausencia de desarrollo legislativo de ciertas normas constitucionales impide que determinados derechos subjetivos de naturaleza constitucional puedan ser ejercitados.<sup>47</sup> La misma crítica ha sido dispendiada por el jurista brasileño Othon Sidou.<sup>48</sup>

Este *Mandado de Injunção* está emparentado más bien con la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes, actos normativos federales o estatales, que puede ser promovida por omisión y cuyo conocimiento compete originariamente al Supremo Tribunal Federal conforme lo señala el artículo 102.I.a, concordante con el artículo 103.IX.2 de la Constitución Brasileña; acción que tiene su antecedente en la “inconstitucionalidad por omisión” prevista en el artículo 283 de la Constitución de Portugal. La diferencia entre el *Mandado de Injunção* y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión radica en que el primero debe ser promovido por el afectado y tiene una eficacia *inter partes*, solo para el caso en concreto, mientras que, por su parte, el segundo se reclama al margen de un interés directo y tiene efectos *erga omnes*. Es decir, generales.

47 CARPIO MARCOS, Edgar. “La acción de cumplimiento en el Derecho Comparado”. Op. Cit.

48 “El instituto de ejecución constitucional, el mandamiento de ejecución, no reconoce antecedentes legislativos ni doctrinarios en el derecho brasileño, entendiéndose por antecedente doctrinario la tentativa de sancionarlo como ley. Fue estructurado, y obtuvo inmediatamente adeptos, en el seno de la Comisión de Juristas creada por el Poder Ejecutivo, cuyo anteproyecto de Constitución no fue oficializado. Tal como el caso el Habeas Data, se creó en Brasil un instituto jurídico, cuyo nombre fue tomado en préstamo, o traducido, de similar extranjero, error que se agrava cuando ese similar persigue un objetivo diferente. En primer lugar, la semejanza: la palabra *injunção*, del latín *injunction* –onis, s.f. del verbo *injungo*...- ere, significa imposición o acción de imponer. Hasta aquí no hay inconvenientes, puesto que todos los mandamientos e interdictos son impositivos. Ahora, la diferencia: el Arit. Of. *injunction*, en todas las regiones del mundo, inclusive en la India (Constitución de 1949, art. 246), es de aplicación prohibitiva, opuesta al destino dado a nuestro interdicto”. SIDOU, Othon. “Las Nuevas Figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño: Mandamiento de Ejecución y Habeas Corpus”. LL. 1992, p. 1011. Citado por MURCIA, Diego. Op. Cit. p. 7.

Empero, no es difícil vislumbrar una zona gris entre estos dos procesos, o remedios constitucionales como los llaman en Brasil, pues en el fondo buscan lo mismo: una regulación que supere el vacío legal existente, máxime si el Tribunal Supremo ya venía dando efectos *erga omnes* a algunas de sus decisiones dictadas en *Mandados de Injunção* como veremos en un momento.

Por paradójico que parezca, la ley que reglamentó el *Mandado de Injunção* en Brasil fue aprobada recién en 2016, casi 30 años después de su previsión constitucional. Es decir, el dispositivo constitucional que protegía los derechos fundamentales de las personas vulnerados por las omisiones reglamentarias del legislador, justamente, no estaba reglamentado, había una omisión, una verdadera contradicción. Antes de eso, el Supremo Tribunal Federal pasó de tener una posición contraria a la reglamentación del artículo (*Teoria não concretista*) a adoptar un activismo judicial favorable a su regulación (*Teorias concretista geral e individual*), esto luego de 20 años de inercia del Legislativo, específicamente a partir del año 2007, cuando el Supremo Tribunal resolvió el *Mandado de Injunção* N° 708, en el que llegó a entender que, si se reconoce la demora en la producción de la norma, el Poder Judicial debe permitir el ejercicio del derecho cuestionado, con efectos *erga omnes*, cubriendo todos los casos que se basaron en tal omisión, en clara adopción de la teoría concretista general, que se distingue de la individual porque esta última solo reconoce efectos *inter partes* en la sentencia, mas no así la primera.<sup>49</sup>

Con todo, el *Mandado de Injunção* ahora si se encuentra debidamente legislado por medio de la Ley N° 13.300, del 23 de junio de 2016. Esta norma, que contiene 15 artículos, regula diversos aspectos, como su objeto, la procedencia de la medida cautelar ante la falta total o parcial de una norma reguladora, la legitimidad que tienen tanto las personas física y jurídicas, los requisitos de la petición inicial, el emplazamiento del

---

49 Cfr. SILVA DE ASSIS, Fábio José y RIBAS VIEIRA, José “A Lei 13.300/16 que regula o Mandado de Injunção: opção ativista ou dialógica?” Universidade Nove de Julho. Prisma Jurídico, vol. 16, núm. 2, pp. 315-340, 2017. En: <https://www.redalyc.org/jats-Repo/934/93454289004/html/index.html>

imputado, el rechazo inmediato de la petición inicial por inviable o por carecer de sustento, la opinión del Ministerio Público, los apremios una vez reconocida la demora legislativa, los efectos *inter partes* o *erga omnes* de la decisión, la revisión de la decisión, la sustracción de la materia, los legitimados para promover la medida cautelar colectiva, la entrada en rigor, además de otros detalles adicionales; norma que en el fondo regula un subtipo de *Writ of Mandamus* pero con otra nomenclatura.

En Colombia, que es otro de los países que acogió el *Writ of Mandamus*, las intervenciones de los asambleístas de la Carta del 91 denotaban una genuina preocupación provocada por el incumplimiento de la ley y los actos administrativos en su país. Sobre este particular, en la exposición de motivos presentada por el constituyente Álvaro Gómez Hurtado se señaló:

*“...resulta inadmisibles que las autoridades públicas, enfrente de los deberes que les impongan la Constitución y la ley con el afán de atender el interés general, puedan asumir actitudes pasivas e inertes, e incurran en conductas omisivas que, a la postre, constituyen inobservancia de sus deberes. Con tal comportamiento se defraudan —con muy graves consecuencias— las expectativas de los asociados que esperanzadamente guardan el obrar de sus autoridades.”*<sup>50</sup>

375

Por su parte, el asambleísta Jaime Arias López intervino el día 6 de mayo de 1991 y dijo sobre el particular:

*“...tenemos que reconocer que el problema legislativo que se ha visto en Colombia no es solamente porque el legislativo no legisle en todos sus órdenes, sino también que esa ley, esas ordenanzas, esos acuerdos, muchas veces no los ejecutan; entonces lo que queremos establecer aquí es una acción para que una vez que la ley ha cumplido con todo su trámite y ha entrado en vigencia a través de su publicación ... pues sea puesta en vigencia de verdad y que las personas, por ese interés general que les asiste, tengan un mecanismo a*

50 REY CANTOR, Ernesto. “La acción de cumplimiento en la Constitución Colombiana de 1991”. *Derecho y Sociedad*. N° 11. 1996, p. 66.

*través del cual se puedan hacer efectivas[...]lo mismo pasa también con los actos administrativos...*”<sup>51</sup>

De otro lado, el constituyente Juan Carlos Esguerra acotó:

*“...lo que se pretende consagrar es uno de los postulados fundamentales del estado de derecho cual es el respeto, la vigencia y el imperio de la ley, que no puede ser una mera declaración o intención para que el gobierno se reserve el derecho de cumplir o no, según considere que es conveniente oportuno o financieramente viable.”*<sup>52</sup>

Finalmente, luego de un interesante debate, la acción de cumplimiento fue regulada en el artículo 87 de la Constitución colombiana vigente, que quedó con la siguiente redacción:

*“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.”*

376

Con posterioridad a su consagración, la jurisprudencia y la doctrina se encargaron de darle contenido a esta nueva figura. Al respecto, el profesor Hernán Alejandro Olano García nos cuenta que la primera providencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el tema se dio mediante el auto del 10 de diciembre de 1992, en el que esta Alta Corte de justicia señaló:

*“La acción de cumplimiento está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de derecho, como es el de que el mandato de ley o lo ordenado en un acto*

---

51 Op. cit. p. 67.

52 Loc. Cit.

*administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad”.*<sup>53</sup>

Nótese que la Corte colombiana ligó este proceso al cumplimiento de un principio fundamental en el Estado de derecho: el acatamiento del mandato de la ley y de lo ordenado en los actos administrativos. En la Sentencia C-157 de 1998 reiteró esta postura al señalar que:

*“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 económico justo.”*<sup>54</sup>

El profesor Olano también nos detalla que al reglamentarse esta “acción” se la quiso vincular con la protección de derechos económicos, sociales y culturales, pues en la exposición de motivos de la Ley 393 de 1997 se indicó:

*“...tenemos que concluir por exclusión que la acción de cumplimiento tiene como campo de acción la protección de los derechos económicos, sociales y culturales siempre que sus alcances hayan sido definidos por la ley y los actos administrativos”.*

Sin embargo, el mismo autor nos precisa que esta idea no fue finalmente plasmada en el texto de la referida Ley 393.<sup>55</sup>

Ahora bien, en la precitada Sentencia C-157-1998 la Corte Constitucional resolvió precisamente la demanda de inconstitucionalidad contra sus artículos 1, 2, 3, 5 y 9; y en este pronunciamiento el colegiado tuvo oportunidad de establecer aspectos muy importantes en relación con este proceso. En primer lugar, la Corte Constitucional reconoce como un

53 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “La nueva acción de cumplimiento en Perú y su comparación con la Colombiana”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Núm. 5. Junio. Bogotá. 2005, p. 526.

54 Op. Cit. pp. 526-527.

55 Loc. Cit.

antecedente histórico de la acción de cumplimiento al *Writ of Mandamus* de cuna anglosajona<sup>56</sup> —aunque algunos doctrinarios colombianos no lo crean así<sup>57</sup>—; en segundo orden, reconoce a la acción de cumplimiento como un derecho que se le confiere “...a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos.”<sup>58</sup>; en tercer lugar, que el referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que es anejo al Estado Social de Derecho<sup>59</sup>; finalmente, a pesar de que la acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico no por ello debe asumirse que en su tramitación está de por medio o comprometido un derecho fundamental.

378

En relación a esto último, la misma Ley 393 de 1997 en su artículo 9 señala que “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.” Por lo tanto, si está de por medio un derecho fundamental debe tramitarse la “Acción de Tutela”, que es el amparo colombiano.

---

56 Cfr. Sentencia C-157-1998 fuente: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-157-98.htm#\\_ftnref1](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-157-98.htm#_ftnref1)

57 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Op. Cit. p. 527. Olano critica a Velásquez Turbay que considera que la acción de cumplimiento tiene influencia de la *injunction* y del *mandamus*. VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. Derecho constitucional, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001, p. 419.

58 Cfr. Sentencia C-157-1998 fuente: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-157-98.htm#\\_ftnref1](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-157-98.htm#_ftnref1)

59 Cfr. Sentencia C-157-1998 fuente: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-157-98.htm#\\_ftnref1](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-157-98.htm#_ftnref1)

Habiendo desarrollado un breve resumen de los antecedentes del cumplimiento, corresponde adentrarnos en el proceso de cumplimiento nacional, que fuera creado por la Constitución Peruana de 1993, estando aún fresca la tinta que se utilizó para redactar la Constitución colombiana de 1991, de la cual, al parecer, tomamos la figura.

### **3. La creación del proceso de cumplimiento en el Perú:**

Adentrarnos en el territorio del cumplimiento nos obliga a abordar primero un proceso hermanado con él, que no es otro que el contencioso administrativo, que si tiene muchas décadas en nuestro país.

#### **3.1. El proceso contencioso administrativo:**

El contencioso administrativo también está diseñado para revisar la inacción de la Administración Pública que afecta al administrado. En puridad, la pretensión frente a la inactividad de la Administración es una modalidad específica del proceso contencioso administrativo. Tanto es así que la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, publicada el 7 de diciembre de 2001, señala en el numeral 4 de su artículo 5 que en el proceso contencioso administrativo podrá plantearse la pretensión de que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

A nivel constitucional, el antecedente más remoto que tenemos en relación con el control judicial de las actuaciones de la Administración lo constituye el artículo 130 de la Constitución Política del Perú de 1867 que a la letra preceptuaba:

*“La ley determinará la organización de los Tribunales contenciosos-administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros.”*

Esto significa que fue voluntad del constituyente de 1867 el crear tribunales contenciosos administrativos en nuestra República, dejándose a la ley el establecimiento de estos tribunales y el nombramiento de sus miembros. Sin embargo, debe precisarse que la Constitución de 1867, promulgada durante el primer mandato del Presidente Provisorio General

Mariano Ignacio Prado, el 29 de agosto de 1867, fue dejada sin efecto a raíz de su dimisión al cargo con fecha 7 de enero de 1868, producto de la sublevación encabezada por el General Pedro Diez Canseco y el Coronel José Balta.<sup>60</sup> Es decir, la Constitución fue abrogada cinco meses después de entrar en rigor. Luego de esto, volvió a cobrar vigencia la Constitución 1860, la más longeva de nuestra historia. Como es de suponerse, la ley reglamentaria de la jurisdicción contencioso administrativa nunca se aprobó.

Javier Jiménez Vivas, autor que tiene un trabajo muy interesante sobre la historia del proceso contencioso administrativo en nuestro país, señala que no volveríamos a encontrar otra norma sobre la materia sino hasta 1912<sup>61</sup>, fecha en que se aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya promulgación estuvo a cargo del Presidente Augusto B. Leguía. Revisada esta norma, que además aprobó la Ley del Notariado y el proyecto del Código de Procedimientos Civiles, observamos que su artículo 94 estipulaba expresamente “Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera instancia, de los despojos que infiera el Gobierno, y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas.” Esta redacción no hace referencia alguna, al menos específicamente, al incumplimiento de la ley o los actos administrativos, por lo que no podemos inferir la existencia de una influencia del *Writ of Mandamus* anglosajón en su gestación.

Siguiendo con Jiménez, en 1931 recién encontramos un desarrollo amplio del proceso contencioso administrativo en el proyecto de Constitución que presentó la “Comisión Villarán”<sup>62</sup>, que fuera convocada por Resolución Suprema de 7 de agosto de 1931, complementada por las del 21 de agosto y del 22 de setiembre del mismo año, para elaborar un

---

60 BLUME FORTINI, Ernesto. “El proceso de inconstitucionalidad en el Perú”. Adrus. 2009, p. 269.

61 JIMENEZ VIVAS, Javier. El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras. Revista Oficial del Poder Judicial. 2020. p. 45.

62 Op. Cit. pp. 45 y 46.

nuevo proyecto de Constitución. Esta comisión, que estuvo presidida por el ilustre jurista don Manuel Vicente Villarán e integrada por notables personalidades como don Carlos García Gastañeta, don Diómedes Arias Schreiber, don Ricardo Palma, don José León Barandiarán, don Toribio Alayza y Paz Soldán, don Luis E. Valcárcel, don Emilio Romero y don César Antonio Ugarte, presentó finalmente su proyecto pero fue mayoritariamente desechado, aunque cabe acotar que no son pocos los autores autorizados que sostienen que el borrador presentado era mejor que la Constitución que al final se aprobó.

En cuanto a la jurisdicción contencioso-administrativa, propuesta en los artículos 144, 145, 146 y 147 del proyecto<sup>63</sup>, la exposición de motivos señaló lo siguiente:

*“Consideramos como medida de gran urgencia la creación de la jurisdicción contencioso administrativa. El derecho de los particulares se halla entre nosotros poco menos que desamparado en los casos en que es herido por actos arbitrarios de la administración. La deficiencia o el desorden de la legislación que norma los actos*

63 Artículo 144°.- Son atribuciones de la Corte Suprema: [...] 5. Conocer de las cuestiones contencioso-administrativas, de acuerdo con los artículos siguientes. Artículo 145°.- Procede el recurso de lo contencioso-administrativo contra los actos y resoluciones de la administración [...] que sean de naturaleza administrativa y que lesionen los derechos de los reclamantes. Estos solo pueden entablar el indicado recurso después de agotados los que procedan ante la administración. En ningún caso procede el recurso contencioso-administrativo sobre los actos o contratos celebrados por la administración general o local como entidad de derecho privado, que por su naturaleza pertenecen a la jurisdicción ordinaria. Artículo 146°.- Corresponde a la Corte Suprema conocer en única instancia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por los particulares contra los actos y resoluciones de la administración central o sus agentes. La Corte Suprema conocerá por recurso de nulidad en las cuestiones contencioso-administrativas que son de la competencia de las Cortes Superiores, cuando su cuantía exceda de mil soles. Corresponde a las Cortes Superiores conocer de los recursos contencioso-administrativos que interpongan los particulares contra los actos de los consejos regionales, Municipales y cualesquiera otras corporaciones públicas. Corresponde a la Corte Suprema conocer en única instancia de los recursos contencioso-administrativos que interpongan el Fiscal de la República contra los actos y resoluciones de naturaleza administrativa, dictados ilegalmente con perjuicio económico del Estado, por la Administración Central, Regional o Municipal, o por cualesquiera otras corporaciones públicas. Artículo 147°.- Una ley orgánica determinará la tramitación de los recursos contencioso-administrativos.

*administrativos, y la desgraciada inclinación de las autoridades a excederse de sus atribuciones, contribuyen a la inseguridad de los derechos de los particulares en sus relaciones con la administración pública.”<sup>64</sup>*

En el siguiente párrafo se puede notar que con estas propuestas se buscaba controlar también las omisiones de la Administración Pública (falta de entrega de una licencia, no pago por el despojo de propiedad, etc.), aunque no se menciona expresamente el incumplimiento de mandatos contenidos en leyes o actos administrativos:

*“El particular a quien la autoridad despoja de su propiedad sin pagársela, le impone una contribución ilegal o excesiva, o le deniega una licencia a que tiene derecho, para citar al azar algunos ejemplos, reclama del error o del abuso ante las autoridades administrativas superiores, y si no halla justicia debe tener recurso ante un tribunal de derecho que rectifique o repare el agravio. Tal es el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa.”<sup>65</sup>*

382

Posteriormente vinieron los Decretos Leyes 14605, de 1963, y 18060, de 1968, que volvieron a regular el proceso contencioso administrativo frente al despojo, desconocimiento y violación de los derechos que reconoce la Constitución y las leyes, pero no fue sino hasta la dación de 1979 que se consagra nuevamente el proceso contencioso administrativo a nivel constitucional al ser regulado en el artículo 240 de esta Carta Fundamental.<sup>66</sup> Este artículo literalmente sostuvo:

*“Artículo 240. Las acciones contencioso administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado.*

---

64 Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado 1931. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. 2017, p. 112. Fuente: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Anteproyecto-Villar%C3%A1n-CEC.pdf>

65 Loc. Cit.

66 Cfr. JIMENEZ VIVAS, Javier. El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras. Revista Oficial del Poder Judicial. Op. cit. p. 48.

*La ley regula su ejercicio.*

*Precisa los casos en que las Cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia.”*

Pasó mucho tiempo para que se reglamentara este proceso. En materia laboral lo regló el Decreto Supremo 037-90-TR, de junio de 1990, y “fue la primera regulación procesal peruana sobre la materia que alcanzó vigencia.”<sup>67</sup>. Con posterioridad, el Decreto Legislativo 612, que aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, creó la sala contencioso administrativa y reguló transitoriamente la “acción contencioso administrativa”, en tanto se dicte la reglamentaria del artículo 240 de la Constitución de 1979, pero esta norma, cuya vigencia fuera aplazada, fue reemplazada por el Decreto Legislativo 767, publicado el 3 de junio de 1993, que aprobó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado - TUO fue aprobado por el Decreto Supremo 017-2003-JUS.<sup>68</sup> En 1993 también entró a regir el Código Procesal Civil, que a partir del artículo 540 contempló la denominada “impugnación de acto o resolución administrativa”, introduciendo, como precisa Jiménez, la segunda regulación procesal sobre la materia y la primera con alcances generales.<sup>69</sup>

383

Asimismo, en 1993 entró en vigencia la Constitución Política actual, que en su artículo 148 dispuso a la letra: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”. Hasta el año 2002 este proceso se reglamentó por los artículos del Código Procesal Civil antes referidos. Empero, el 15 de abril de ese año, entró en vigor la Ley 27584, que aprobó la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, que derogó las normas del Código Procesal Civil y la que, según su artículo 1, tuvo por finalidad “...el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva

---

67 Loc. Cit.

68 Cfr. JIMENEZ VIVAS, Javier. Op. Cit. p. 49

69 Loc. Cit.

tutela de los derechos e intereses de los administrados.”. De este modo, conforme se señala también en su exposición de motivos, queda claro que el contencioso administrativo no se limita a efectuar un mero control de legalidad de los actos estatales, sino que, además de eso, se dedica a tutelar y satisfacer los derechos e intereses de los demandantes afectados por debida actuación administrativa.<sup>70</sup>

Respecto a esta ley, la que debido a sus constantes modificaciones ahora tiene un TUO aprobado por Decreto Supremo 13-2018-JUS, interesa destacar el artículo 5 que regula las pretensiones, señalando que este proceso procede, entre otros aspectos, para que “Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.”.

Es lo que Percy Salas, al clasificar las pretensiones de este proceso, denomina “pretensión de cumplimiento” y define como la que “...se plantea frente a una inactividad de la administración. Es decir, presupone la omisión o el incumplimiento de la administración de una obligación establecida por ley o por acto administrativo.”<sup>71</sup> Esto es conocido doctrinariamente como la inactividad material de la Administración, que supone “...siempre el incumplimiento, un dejar de hacer, de un mandato concreto contenido en una ley o un acto administrativo.”<sup>72</sup>. Es este tipo de inactividad, agrega este autor, el que puede ser el discutido mediante la aludida “pretensión de cumplimiento”<sup>73</sup>. No obstante, hay otros autores,

---

70 BREWER CARÍAS, Allan. La configuración del contencioso administrativo como un sistema de justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano. *Derecho y Sociedad*. N° 54. 2020, p. 66.

Fuente: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaConfiguracionDelContencioso-AdministrativoComoUnS-7792312.pdf>

71 SALAS FERRO, Percy. Las pretensiones en el proceso contencioso administrativo. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 6 -7. N° 8 y N° 9. 2012-2013. p. 232.

Véase en : <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8/12.+Salas+Ferro.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6058bb8047544a64bf21ff6da8fa37d8>

72 Loc. Cit.

73 Loc. Cit.

como Víctor Baca, que consideran que el cumplimiento se debe constreñir a la inactividad “prestacional”, que se producirá “...cuando existe una verdadera relación jurídica entre la administración y el administrado, perfectamente individualizado y titular de un derecho frente a la obligación administrativa que no requiere de ningún pronunciamiento adicional para su reconocimiento.”<sup>74</sup> Y otros, como Ramón Huapaya, que piensan que la pretensión de cumplimiento, que es una pretensión de condena, se puede formular incluso ante la inactividad formal de la Administración. Es decir, ante el silencio administrativo en un procedimiento administrativo.<sup>75</sup> Del mismo parecer es Danós Ordoñez.<sup>76</sup>

Este último autor agrega que existe un tema interesante relativo a esta pretensión y es que es difícil diferenciarla del proceso constitucional de cumplimiento porque materialmente tienen el mismo contenido jurídico, pero añade que hay criterios de diferenciación ya fijados, tanto el Código Procesal Constitucional (el ya derogado), que limitaba el alcance de este proceso en su artículo 70<sup>77</sup>, como en el caso del precedente

74 Citado en: HUAPAYA, Ramón. El proceso contencioso administrativo. Fondo editorial PUCP. 2019. P. 67. Fuente: [https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170699/43%20El%20proceso%20contencioso%20administrativo%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR2uGs9mdgSzdR27iKsKPFgHln1AjdsBpKdQzjbikxjSGlynYAgRAC\\_n-9A](https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170699/43%20El%20proceso%20contencioso%20administrativo%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR2uGs9mdgSzdR27iKsKPFgHln1AjdsBpKdQzjbikxjSGlynYAgRAC_n-9A)

75 HUAPAYA, Ramón. Op. Cit. pp. 67-68.

76 “En conclusión, la acción de cumplimiento procede contra la abstención administrativa ya sea que ésta se manifiesta en inactividad formal, es decir por la omisión en la producción de un acto administrativo individual o de una disposición reglamentaria de carácter general, o por la inactividad material, consistente en la simple ejecución fáctica de un acto debido” Op. Cit. p. 205. Cabe decir, de otro lado, que en la STC 9754-2005-PC/TC el Tribunal Constitucional ha distinguido entre omisión formal y omisión material en sus propios términos: Omisión formal: se realiza cierta actividad sin que con ello se cumpla el mandato de la norma o cuando la ejecución no alcanza a todos los que debieron haberse beneficiado. Omisión material: la Administración no efectúa acto alguno a fin de dar cumplimiento al mandato establecido.

77 “Artículo 70.- Causales de Improcedencia

No procede el proceso 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;

Villanueva Valverde, que estableció causales de improcedencia de la demanda de cumplimiento.<sup>78</sup> Respecto a esto, nos pronunciamos más adelante.

### 3.2. La teoría de H.H.A. Cooper

Ya hemos citado con anterioridad a H.H.A. Cooper, doctrinario conocido sobre todo por su obra “Diez ensayos sobre el *Common Law*” (Editorial Universo, Lima, 1967, 238 pp.) y que en su paso por el Perú estudió, entre otros temas, nuestro *habeas corpus* hasta en tres trabajos detectados: “*Habeas Corpus in the peruvian legal system*” (Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos,

- 
- 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;
  - 6) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;
  - 7) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; 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.”

El nuevo Código Procesal Constitucional regula las causales de improcedencia también en el artículo 70:

“Artículo 70. Causales de improcedencia

No procede el proceso de cumplimiento:

- 1) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el 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, habeas data y habeas 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;
- 6) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;
- 7) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 73 del presente código; 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.”

78 HUAPAYA, Ramón. Op. Cit. pp. 67-68.

N° 11, 1967, pp. 297-335), obra calificada en su momento por el doctor Domingo García Belaunde como la mejor exposición histórica sobre el *habeas corpus* en el Perú<sup>79</sup>; “*Apuntes críticos sobre el Habeas Corpus en el Perú*” (Derecho PUCP, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 28, 1970, pp. 4-10); y “*Habeas corpus in Peru: Myth and Reality*” (*Cleveland Law State Review*, Vol. 20, 1971, pp. 603-616).

H.H.A Cooper<sup>80</sup> calificó de “cosa rara”<sup>81</sup> a nuestro *habeas corpus*, nacido en 1897, luego de muchas idas y venidas, para quedarse hasta la actualidad<sup>82</sup>. Y es que, como hemos adelantado, este autor señaló en sus trabajos, entre otros aspectos<sup>83</sup>, que el *Habeas corpus* peruano se alejó del original y extendió su ámbito de cobertura hasta parecerse a varias figuras inglesas. En resumen, acotó, Perú reunió el *certiorari*, el *mandamus* y el *habeas corpus* en el mismo paquete y llamó a todo *habeas corpus*.<sup>84</sup> ¿Había entonces un *Writ of Mandamus* antes de la creación formal del proceso de

79 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Los orígenes del habeas corpus”. p. 59. En: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/12717-Texto%20del%20art%C3%ADculo-50555-1-10-20150524%20(4).pdf

80 H.H.A. Cooper, M.A.L.L.B. (Hons), catedrático visitante de la Universidad de Londres, en la especialidad de Derecho Constitucional, para la Universidad Nacional de San Marcos. En el poco tiempo que está en el Perú ha publicado varios ensayos sobre diversos temas jurídicos y dos libros: Evolución del pensamiento jurídico y Diez ensayos sobre el *Common Law*. Así lo reseñaba la revista Themis de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1967, año en que escribió un artículo para la misma, titulado “La relación entre lo moral y lo jurídico en el Derecho Penal inglés”. Véase: THEMIS, Revista de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, segundo de semestre de 1967. Año 3. Número 5, 122 páginas.

81 H.H.A. COOPER. Op. Cit. p. 4.

82 Sobre la gestación de nuestro *habeas corpus* y sus particularidades tuvimos la oportunidad de escribir en, entre otros: CURACA KONG, Alfredo Orlando. “Pasado, presente y futuro del Habeas Corpus. El control convencional de las prisiones preventivas”. En AAVV. “La constitucionalización de la prisión preventiva. Tribunales constitucionales contra tribunales penales”. Ideas Solución Editorial. Lima. 2021, pp. 373-390.

83 Es interesante su crítica al divorcio que había entre la regulación del *habeas corpus* y la realidad de los hechos, en que la figura prácticamente era ineficaz. Ello sobre todo se advierte en H.H.A. COOPER. “*Habeas corpus in Peru: Myth and Reality*”. *Cleveland Law State Review*. Vol. 20. 1971.

84 H.H.A. COOPER. “*Habeas corpus in Peru: Myth and Reality*”. *Cleveland Law State Review*. Vol. 20. 1971, pp. 603-616.

cumplimiento en la Constitución de 1993? ¿Por qué sostuvo eso H.H.A Cooper?

Cooper no da más luces en los trabajos revisados, pero lo que es si es cierto es que el *Habeas Corpus* peruano tuvo efectivamente una vis expansiva, a partir, sobre todo, de la dación de las leyes 2223 y 2253, en 1916. La primera de ellas, del 10 de febrero, señaló en su artículo 7 que todas las garantías contenidas en el “artículo”<sup>85</sup> IV de la Constitución (de 1860) “...darán lugar á recursos destinados á amparar á los habitantes de la República que fueren amenazados en el goce de sus libertades ó á hacer cesar las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad”. Agregó que eran aplicables a estos recursos la Ley de *Habeas Corpus* de 1897 “...en cuanto á las autoridades que deben conocer de ellos, á las personas que puedan presentarlos y á las reglas de su tramitación”. De este modo, el *habeas corpus* peruano se convirtió en un “proto amparo”, con una protección mayor, que llegó a su clímax con la promulgación de la Constitución de 1933, que dejó sin efecto la de 1920 (más restrictiva en este tema) y cuyo artículo 69 señaló rotundamente: “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de *habeas corpus*.”

388

No es de sorprender, entonces, que un autor de formación jurídica inglesa como H.H.A. Cooper, tan apegada a las tradiciones, se haya sorprendido a su vez de la regulación tan amplia de la figura peruana y, por consiguiente, muy distante de la originaria. Entendemos que esto lo motivó a efectuar su comentario referido a que el *habeas corpus* incluía también el *Writ of Mandamus*<sup>86</sup>, pero, por el momento y con cargo a

---

85 Entiéndase título porque ahí se ubicaban las “garantías individuales”.

86 Cooper sostuvo: “Este espléndido remedio ómnibus estaba destinado a proteger todas las clases de derechos e intereses, no simplemente la libertad física de la persona, contra todo tipo de interferencia oficial, una extensión asombrosamente ambiciosa del concepto para un país entonces atormentado por la disensión interna, que había depuesto a un presidente dos años antes e iba a deponer a otro dentro de dos años.” En: H.H.A. Cooper. “*Habeas Corpus in Peru: Myth and Reality*”. Op. Cit. p. 604. (traducción libre) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fengagedscholarship.csuohio.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D2549%26context%3Dclevstrev&cclen=1124913. En este trabajo, Cooper nos señala que quien estuvo detrás de la creación del *habeas corpus* en el Perú fue Mariano H. Cornejo “El Código de 1920 reitera el concepto clásico de *hábeas corpus* como el recurso supremo para la

profundizar sobre el particular, consideramos que esto resulta ser producto de una conjetura válidamente extraída de la normativa genérica del *habeas corpus* que revisó en su momento que de una regulación procesal específica de aquellos años y que contemplara puntualmente un proceso, “acción” o “recurso” similar al *Writ of Mandamus*. A nuestro juicio, la influencia del *Writ of Mandamus* se vio palmariamente años más adelante.

### **3.3. Las acciones de garantía por omisión de actos de cumplimiento obligatorio en la Ley 23506 y complementaria:**

En muchos aspectos, la Constitución de 1979 fue paradigmática. En lo que toca al sistema de justicia constitucional fue sumamente relevante porque mantuvo el rango constitucional del *habeas corpus* y de la acción popular, pero, además de eso, inauguró tanto el proceso de amparo como el proceso de inconstitucionalidad en el país y creó al extinto Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano autónomo encargado de conocer la mayoría de estos procesos constitucionales que, en la actualidad, como sabemos, ha sido reemplazado por el Tribunal Constitucional, que ya tiene más de 25 años en funciones.

389

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la precitada Constitución de 1979, mediante Resolución Suprema 059-81-JUS, del 1 de setiembre de 1981, fue nombrada una comisión especial, integrada por los doctores Domingo García Belaunde (presidente), Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart, Pedro Arnillas Gamio y Jorge Velarde Santa María, encargada de elaborar un anteproyecto que regule las “acciones” de *habeas corpus* y amparo previstas en dicha Constitución. Esta comisión, luego de varias sesiones de trabajo realizadas en el despacho del Ministro de Justicia, presentó el anteproyecto respectivo con fecha 3 de diciembre de 1981 junto a una exposición de motivos; anteproyecto que, con

---

protección de la persona contra el arresto y la detención arbitrarios, y la maquinaria procesal está orientada, exclusivamente, a este fin. Esto no es de extrañar, teniendo en cuenta que su autor fue el Dr. Mariano H. Cornejo, uno de los patrocinadores de la ley de 1897 y un anglófilo acérrimo, quien fue rotundamente derrotado en sus esfuerzos por introducir el juicio con jurado como práctica habitual en el ordenamiento jurídico peruano.” Op. Cit. p. 604. (traducción libre).

algunos ajustes, luego sería la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, derogada en el 2004 por el anterior Código Procesal Constitucional.

En cuanto a la procedencia de estas “acciones de garantía” frente a omisiones, la Ley 23056 tuvo dos artículos específicos: el artículo 2 que expresamente señalaba “Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio”; y el artículo 4 que añadía “Si se ejerce la acción a causa de la violación de un derecho constitucional por omisión de un acto debido, el fallo ordenará el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto.” Estos dispositivos fueron complementados por el artículo 28 de la también derogada Ley 25398, “Ley que complementa las disposiciones de la Ley N° 23506 en materia de Hábeas Corpus y de Amparo”, su fecha 6 de febrero de 1992, que a la letra señalaba:

*“En los casos de omisión por acto debido se notificará al responsable de la agresión concediéndole para su cumplimiento el término de 24 horas, tratándose de derechos protegidos por la Acción de Habeas Corpus y de 10 días calendario tratándose de derechos protegidos por la Acción de Amparo y siempre que el término no perjudique el ejercicio del derecho reconocido por la resolución final, bajo apercibimiento de ejercitarse la acción penal pertinente de ser el caso. Asimismo, se hará responsable del pago de los daños y perjuicios que resultaren de este incumplimiento.”<sup>87</sup>*

---

87 Esta norma tuvo un antecedente: el artículo 44 del Decreto Supremo 024-90-JUS. Otra norma complementaria de las acciones de garantía por omisión fue el artículo 139 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales aprobado por Decreto Legislativo 613, que modificó el artículo 31 de la Ley 23506, de la siguiente forma: “Artículo 139.- APELACION. Agréguese el artículo 31 de la Ley 23506, modificado por el artículo 1 de la ley 25011, los siguientes párrafos: ‘Artículo 31.- (...) “Si la solicitud está referida a actos que generan o pueden provocar daños al ambiente, sus ecosistemas, o sus componentes esenciales, la resolución que ordene la suspensión de los mismos sólo será apelable en efecto devolutivo. En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez podrá disponer la suspensión de los actos que se estén produciendo como consecuencia de la omisión de otros de cumplimiento obligatorio, aún cuando la demanda sólo se refiera a este último supuesto.’”

Nótese que en dicha época ya encontrábamos una preocupación por solucionar las vulneraciones de derechos fundamentales que se produjeran por omisiones de “actos de cumplimiento obligatorio” o de “acto debido”, como señalaron los dispositivos antes señalados. Es decir, frente a mandatos cuyo incumplimiento acarrea la afectación arbitraria de derechos fundamentales. Para dilucidar en dónde debían encontrarse esos mandatos (si en actos administrativos o normas legales, por ejemplo) resulta pertinente remitirnos a la misma exposición de motivos del anteproyecto de la precitada Ley de Habeas Corpus y Amparo, en la que se señaló literalmente lo siguiente:

*“El artículo 2° está referido a ‘actos de cumplimiento obligatorio’ que dan origen a las acciones de garantía. El cumplimiento obligatorio así consignado en el anteproyecto está referido a una obligación que tiene sustento legal. (...) El artículo 4° introduce la obligatoriedad de los jueces de ordenar el cumplimiento en caso de omisión; se utiliza para este caso la expresión ‘acto debido’, entendido como algo que es cumplimiento legal”<sup>88</sup>*

391

Como se advierte, la intención fue de la de reparar agresiones iusfundamentales por omisiones de mandatos que estaban contenidos en leyes o, haciendo una interpretación extensiva, en toda norma con rango de ley. El profesor Borea Odría, miembro de aquella comisión, comentando la reparación en casos de agresiones por omisión, nos señala al respecto:

*“El otro punto es el de la inconstitucionalidad del cumplimiento del acto debido. Aquí la autoridad obligada a la realización del hecho no puede y no debe exigir una sola condición al quejoso para proceder a dar cumplimiento a lo dictaminado por la autoridad judicial. No. Aquí el cumplimiento debe ser liso y llano. Si así no fuera, entonces estaríamos ante la posibilidad de que se entrase de manera burocrática un derecho claro y urgente sobre cuya oportunidad y procedencia ya se ha pronunciado la autoridad*

88 Exposición de Motivos del Ante-Proyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo. En: BOREA ODRÍA, Alberto. “Evolución de las garantías constitucionales”. Grijley. Lima. 1996, p. 608.

*judicial (...) El cumplimiento debe ser pues inmediato y además incondicional. Una vez que la corte se ha pronunciado es porque ya se han analizado todas las condiciones de procedibilidad para la acción y los argumentos de fondo sobre la discusión del derecho. El funcionario, una vez que se le ha ordenado por parte de la autoridad judicial competente el cumplimiento de un acto cuya omisión resulta inconstitucional y atentatoria del derecho de los ciudadanos reclamantes, deberá ponerla en ejecución perdiendo en ese momento toda capacidad de discernimiento sobre el fondo del asunto.”<sup>89</sup>*

Es claro que esta figura (concretamente la del amparo), que nos recuerda un poco al amparo por omisión venezolano, es un antecedente del proceso de cumplimiento en el Perú, lo que no significa que sea el origen de este<sup>90</sup>. Sin embargo hay cierta similitud. Es más, cuando se creó el cumplimiento autores como el precitado Danós Ordoñez<sup>91</sup> hacían la comparación entre el cumplimiento y el amparo por omisión, dado su parecido. Este autor determinó que una diferencia sustancial entre uno y otro proceso radicaba en que a través del cumplimiento también se podían proteger derechos legales, no solo constitucionales.<sup>92</sup>

392

En cuanto al uso del amparo por omisión varios autores coinciden en que no fue de mucha utilización. Danós señala que esta figura fue utilizada en muy pocos casos y comenta la causa promovida por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental solicitando la tutela del medio ambiente saludable por la actitud negligente de las autoridades que omitían ejercer las medidas de control y supervisión para la preservación de los Manglares dispuestas por las leyes pertinentes.<sup>93</sup> Borea nos manifiesta que los

---

89 BOREA ODRÍA, Alberto. Op. Cit. p. 73.

90 El doctor Domingo García Belaúnde hace una lúcida distinción entre “antecedente” y “origen” en “El amparo colonial peruano”, trabajo que puede verse en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2206/12.pdf>

91 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución peruana de 1993”. En: *Lecturas constitucionales andinas*. Núm. 3. Lima. 1994

92 DANÓS. Op. cit. p. 206.

93 *Ibíd.* p. 199.

emplazados, con distintos argumentos, volvían a abrir el debate sobre la modalidad en que debía cumplirse lo ordenado por los magistrados y, como ejemplo de esto, describe el caso Barragán, cuya demanda se entabló con el objeto de que, entre otros aspectos, el accionante sea restituido al servicio activo de la Marina<sup>94</sup>. Huapaya nos habla finalmente de otra causa: “...el amparo por omisión no tuvo mucho éxito, debido a la renuencia de los jueces a condenar a la Administración al cumplimiento de sus deberes incumplidos, muchas veces escudándose en el pretexto tantas veces manido de que ‘en sede de amparo que carece de estación probatoria, no se pueden discutir cuestiones relacionadas con prueba alguna.’”<sup>95</sup>

Ya luego vino el proceso de cumplimiento, al que nos aproximamos en el siguiente punto.

### **3.4 La gestación y el desarrollo del proceso de cumplimiento:**

Si se revisa el debate suscitado en la elaboración de la Constitución de 1993 observaremos que, en materia de jurisdicción constitucional, los constituyentes estaban más interesados en determinar si el futuro Tribunal Constitucional, que reemplazaría al desactivado Tribunal de Garantías Constitucionales, se convertiría en una sala más de la Corte Suprema de Justicia de la República o un ente constitucional autónomo; si el *habeas data* debería existir autónomamente o ser subsumido dentro del amparo; o si era necesario crear un proceso competencial para resolver los conflictos de competencias o atribuciones entre entidades públicas, entre otros tópicos. Los asambleístas no centraron su atención en la “acción de cumplimiento”, que, como ya adelantamos, fue finalmente aceptada sin debate alguno.

El profesor Samuel Abad narra de dónde provino la propuesta de creación: “El debate sobre la regulación de las garantías se efectuó sobre la base de la propuesta formulada por la agrupación oficialista ‘Nueva Mayoría - Cambio 90’ (Proyecto N° 70/93-CCD), que contempla las mismas garantías contenidas en la Carta de 1979 y agregaba las

---

94 Op. Cit. p. 75 y sgtes.

95 Op. cit. p. 180.

denominadas acciones de hábeas data y de cumplimiento. Asimismo, eliminaba al Tribunal Constitucional otorgándole sus atribuciones a la Sala Constitucional de la Corte Suprema.”<sup>96</sup>. Ahora bien, si bien la mayoría de autores coinciden en que este instituto lo acogimos de la Constitución de Colombia de 1991 –incluso la redacción es casi la misma–, nos parece ilustrativa la siguiente cita del libro del doctor Borea que muestra la conexión:

*“Carlos Torres y Torres Lara en su obra La nueva Constitución del Perú explica lo que han entendido por acción de cumplimiento: ‘...su importancia puede ser resumida según una breve conversación que sostuvimos con el constitucionalista colombiano, Dr. Luis Carlos SÁCHICA, quien me dijo: ‘cambiaría toda una Constitución por este mecanismo. ¿Por qué? Porque tenemos muchas leyes, pero el problema es que no se cumplen’. En efecto, en el Perú alguien dijo, ‘tenemos 25,000 leyes pero falta una que diga que las 25,000 se cumplan’, porque el problema es que, hay infinidad de normas pero incumplimiento permanente. La creación de este nuevo instituto, es más importante que cualquier otra norma de la Constitución, porque permitirá que cuando obtengamos una resolución o exista una disposición que debe cumplirse y que generalmente en nuestro*

---

96 ABAD YUPANQUI, Samuel. “La Jurisdicción constitucional en el Perú”. Op. cit. p. 17. En: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/103>. Sobre el particular, Domingo García Belaúnde sostuvo por otra parte “Se desconoce el sentido de esta propuesta. Fue incorporada por iniciativa del congresista Carlos Ferrero Costa, pero en las actas no consta nada sobre su fundamentación; tampoco hubo debate alguno al respecto, ni se sabe de sus antecedentes. La idea que se tuvo fue únicamente crear un medio procesal rápido para obligar al cumplimiento de una norma o de un acto administrativo, ante la autoridad o funcionario que se negase a ello. Es difícil decir cómo funcionará, pues falta todavía la Ley que reglamente y precise su ejercicio. Tratando de rastrear antecedentes, podemos ver que el concepto de Acción de Cumplimiento existe en la Constitución colombiana de 1991 (art. 87), pero con un significado distinto al que aquí se le ha dado, pues el ordenamiento colombiano, al referirse a la acción de cumplimiento, hace mención a un principio de derecho que se exterioriza a través de otros medios; no es ni mucho menos lo que se ha consagrado en la Constitución peruana. Un parentesco o semejanza en el derecho comparado, podría ser el ‘writ of mandamus’, tal como funciona en el derecho norteamericano, heredado de Inglaterra, y que ha sido incorporado a algunas provincias argentinas como “mandamiento de ejecución”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El Derecho Procesal Constitucional”. Op. cit., pp. 119-120.

*país no se cumple, tengamos un procedimiento ágil, de exigencia, de cumplimiento de la norma, bajo responsabilidad (sic)*<sup>97</sup>

Lo que se quería entonces, como en Colombia, era contar una herramienta procesal ágil para el cumplimiento de las normas. En el Perú, a diferencia de este país hermano, la incluimos como una “garantía constitucional” y de ahí devino el problema.

En la 42ª sesión (Vespertina), del día lunes 12 de abril de 1993, bajo la presidencia de justamente el doctor Torres y Torres Lara<sup>98</sup>, la constituyente Chávez Cossio dio lectura al proyecto en el que se propuso por primera vez la creación del cumplimiento como una “garantía constitucional” que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a hacer efectivo el cumplimiento de una norma legal o de un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar. A continuación el presidente preguntó: “¿Algún congresista desea hacer el uso de la palabra sobre el tema? Si no hay ninguna intervención, lo someteremos al voto. Los señores congresistas que aprueben el inciso 7), a que se ha dado lectura, se servirán manifestarlo levantando la mano. (Votación). Los que estén en contra. (Votación). Aprobado por unanimidad.”<sup>99</sup> No hubo mayor debate (a diferencia de lo sucedido en Colombia) y así fue contemplado por primera vez este proceso.

395

La primera norma legal que reglamentó el cumplimiento fue la Ley 26301, denominada “Aprueban ley referida a la aplicación de la acción constitucional de Hábeas Data”, publicada el 3 de mayo de 1994,

97 BOREA ODRÍA, Alberto. Op. Cit. p. 504. Es importante acotar que Borea, apoyándose en Landa, nos refiere otro antecedente del cumplimiento. “...como lo señala César Landa en un temprano trabajo sobre la materia, la propuesta original de la acción de cumplimiento se halla en el proyecto del SODE y estaba referido al cumplimiento de las normas constitucionales que no estuvieran desarrolladas en la legislación. Vale decir en convertir en operativos los derechos que el poder pretende tengan una naturaleza no operativa o que cumplan simplemente con tener un valor referencial.” LANDA ARROYO, César. “La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución del Perú de 1993”. Revista del Foro. Año LXXXI, N° 01, p. 55. En: BOREA. Op. cit. pp. 505-506.

98 Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, Tomo III, p. 1732.

99 Loc. Cit.

actualmente derogada, que en su artículo 4° dispuso: “*Las disposiciones contenidas en los artículos anteriores serán también de aplicación a la tramitación de la Garantía Constitucional de la Acción de Cumplimiento de que trata el Inciso 6o. del Artículo 200o. de la Constitución Política del Estado, en tanto no se expida la correspondiente Ley de desarrollo de la materia. En tal caso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11o. de la Ley 23506, cuando fuera del caso.*” Tales disposiciones eran las Leyes 23506, 25011, 25315, 25398 y el Decreto Ley 25433, que regulaban diversos aspectos de los procesos constitucionales de amparo y *habeas corpus*. Hubo en esta primera época, a nuestro juicio, una regulación deficitaria y confusa respecto del cumplimiento, que no se adecuó al objeto específico y a las necesidades propias de este proceso.

Todo cambió con la aprobación del antiguo Código Procesal Constitucional, mediante Ley 28237, que en su Título V contempló al proceso de cumplimiento y reguló su objeto (art. 66), la legitimidad activa y la representación (art. 67), la legitimidad pasiva (art. 68), el requisito especial de la demanda (art. 69), las causales de improcedencia (art. 70), el desistimiento de la pretensión (art. 71), el contenido de la sentencia fundada (art. 72), la ejecución de la sentencia (art. 73) y las normas supletorias aplicables (art. 74). En cuanto a su objeto, el artículo estableció que procedía este proceso para que un funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme<sup>100</sup>; o 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. Para que operara tenía (y tiene) que haber así un mandato contenido en

---

100 Es interesante la división que, desde el punto de vista administrativista, dan algunos autores, como Fabiola García Merino, que diferencian entre inactividad formal y la inactividad material de la Administración Pública, entendiéndolo por la primera cuando al cabo de un procedimiento administrativo, o como consecuencia del ejercicio del derecho de petición por el administrado, los funcionarios, autoridades u órganos de la Administración no contestan o resuelven lo que se solicita, no obstante existir un deber de hacerlo; y, por la segunda, cuando fuera de un procedimiento administrativo, sus órganos o funcionarios dejan de cumplir un mandato que impone un tipo de actuación. GARCÍA MERINO, Fabiola. “Naturaleza procesal del proceso constitucional de cumplimiento”. Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. N° 10. 2014, p. 86.

una norma legal o en un acto administrativo y una autoridad (persona jurídica de Derecho Público) o un funcionario (persona natural, servidor público) obligados por el mismo pero que son renuentes a cumplirlo.

Interesa destacar también la disposición referida a las causales de improcedencia, replicada en el nuevo Código Procesal Constitucional. Según esta, no procedía el cumplimiento (ni procede) si se petitiona el cumplimiento de resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones, esto es, de órganos que integran el sistema de impartición de justicia; contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley, lo que evidentemente atenta contra la autonomía de este Poder del Estado; para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus, por un tema de especificidad en la protección *ius* fundamental –aunque esto merece ser precisado más adelante–; cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo, para lo cual, lógicamente, está el proceso contencioso administrativo en su vertiente clásica; cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario, casos en los que no hay mandato específico; en los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial, que también tiene relación con la especificidad del competencial; cuando no se cumplió con el requerimiento mediante documento de fecha cierta dirigido a la autoridad o funcionario para reclamar el cumplimiento del deber legal o administrativo; y, si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

En el año 2005 el Tribunal Constitucional emitió el precedente Maximiliano Villanueva Valverde, contenido en la STC 168-2005-PC/TC, que, en los hechos, además de reconocer como derecho fundamental implícito protegido por el proceso de cumplimiento el derecho a “... asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.”, estableció causales de improcedencia adicionales, de modo que el litigante tuvo más problemas para obtener tutela judicial a través de este proceso, lo que aumentó las improcedencias, situación que en su

oportunidad fue advertida por el ex Magistrado y ex Director General del Centro de Estudios Constitucionales, el constitucionalista Gerardo Eto Cruz.<sup>101</sup> Concretamente, el precedente Villanueva Valverde estableció que el mandato (ya conocido ahora como *mandamus*, lo que reflejaría la influencia anglosajona) debe ser un mandato vigente, cierto, claro, no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, ser de ineludible cumplimiento, ser incondicional y, tratándose del cumplimiento de actos administrativos, reconocer un derecho incuestionable del reclamante y permitir individualizar al beneficiario. La exigencia de estos requisitos hizo que en el plano fáctico se desestimaran muchísimas demandas.

Cierto sector de la doctrina, cabe señalarlo, si consideró justificable la consagración de estas nuevas causales de improcedencia: “Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, 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 actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.”<sup>102</sup> Se habla así de la “calidad del mandato” para la procedencia de las demandas de cumplimiento, lo que implica

---

101 Véase al respecto ETO CRUZ, Gerardo. “Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia”. Pensamiento Constitucional. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamiento-constitucional/issue/view/1118> “...en los siete años (hasta el momento de su trabajo) que lleva de vigente el aludido precedente vinculante, dicha garantía constitucional ha sufrido una considerable merma en el porcentaje de causas en las que el Tribunal Constitucional ha entrado a evaluar el fondo del asunto (5,99%), en cuya comparación el universo de causas que han sido declaradas improcedentes resulta notoriamente elevado (87,83%). No menos elocuente es el dato de que esta última cifra sea también bastante superior al universo de procesos constitucionales de la libertad cuyo destino ha sido la improcedencia (57,01%).” p. 311.

102 HUAPAYA, Ramón. Op. Cit. p. 187.

que si se trata de uno que reúne todas las cualidades exigidas por el precedente Villanueva, solo si es así, procederá este proceso.<sup>103</sup>

El problema de esto es que, al parecer, los jueces se encontraron persuadidos a rechazar las demandas de cumplimiento, lo que congestionó al Tribunal Constitucional, órgano encargado de conocer el proceso en instancia de cierre, que, cabe también señalarlo, bajó el porcentaje de pretensiones fundadas. Antes de la aplicación del precedente vinculante 0168-2005-PC/TC (Periodo 03/10/1996-02/10/2005) el porcentaje de demandas de cumplimiento amparadas totalmente era de 18,84 % y el de demandas amparadas en parte de 2,92 %, después de tal precedente (Periodo 03/10/2005-2012), las fundadas en todos los extremos cayeron a 5,26 % y las fundadas en parte a 0,73 %.<sup>104</sup> El legislador ordinario, según se desprende de la nueva regulación procesal constitucional, ha pretendido corregir este problema que podría catalogarse como de “exceso de improcedencias”, pues resulta ahora más difícil rechazar la demanda, ya que además de eliminarse el rechazo *in limine* en el nuevo Código Procesal Constitucional ha establecido también reglas específicas a las que el juez constitucional debe ceñirse al tramitar este proceso, lo que analizamos en el siguiente acápite.

### **3.5. El proceso de cumplimiento en el nuevo Código Procesal Constitucional:**

Con fecha 23 de julio de 2021, ha sido publicada en el diario oficial “El Peruano” la Ley 31307, que ha aprobado el nuevo Código Procesal Constitucional. En este nuevo cuerpo legal las disposiciones específicas del proceso de cumplimiento están reguladas en el Título V, puntualmente en los artículos que van del 65 al 73. Sobre algunos de estos dispositivos haremos unas breves reflexiones a continuación.

El artículo 65, con una redacción análoga al artículo 66 del derogado Código Procesal Constitucional, regula el objeto del proceso de

103 Cfr. HUAPAYA, Ramón. Op. Cit. p. 189.

104 ETO CRUZ, Gerardo. Op. Cit. p. 312 Fuente: Oficina de Presupuesto y Planificación del Tribunal Constitucional.

cumplimiento. De acuerdo a tal dispositivo, procede para que un funcionario o autoridad renuente: i) Dé cumplimiento a una norma legal; ii) Ejecute un acto administrativo firme; o iii) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. La redacción hasta aquí es la misma, sin embargo un último párrafo aparece en el artículo bajo comentario, el cual señala literalmente que “*No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional.*” Por tanto, en relación con el cumplimiento de mandatos contenidos en actos administrativos, quedan ahora fuera del ámbito de protección las pretensiones relativas al reconocimiento o pago de devengados o de otras obligaciones que deban ser calculadas ante órgano jurisdiccional especializado o necesiten actuarse en juzgados distintos a los constitucionales. De esta manera, entendemos, se busca que los casos en los que, por ejemplo, el monto de la obligación no ha sido determinado en el acto administrativo (a pesar de haberse reconocido en este la deuda o el pago de devengados) sean ventilados en procesos en los que se puedan ofrecerse y actuarse la pruebas adecuadas. Verbigracia, un peritaje.

400

En el dictamen correspondiente, se sostiene al respecto: “...la finalidad de la acción de cumplimiento es garantizar al ciudadano la ejecución de un mandato indiscutible. En ese sentido, considerando el fin de este proceso constitucional que es sumario y que implica únicamente disponer el cumplimiento de una orden legal o acto administrativo, resulta justificado que se aclare que aquellas disposiciones administrativas que merecen ser determinadas por otro órgano jurisdiccional no sean atendidas por esta vía, la que, por su naturaleza es residual.”<sup>105</sup>

Es claro lo que se ha pretendido: para mandatos determinados e indiscutibles procede el cumplimiento, para mandatos indeterminados y

---

105 Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Dictamen recaído en los proyectos de ley 3478/2018-CR, 3754/2018-CR y 7271/2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional, p. 43.

discutibles se debe optar por la vía ordinaria. Sin embargo, ¿Qué ocurriría si es que hay un mandato determinado y un mandato determinable en el acto administrativo? Si este reconoce en su parte resolutive un monto específico de la deuda pero, a la par, el pago de devengados cuyo monto no está detallado, por ejemplo. ¿En estos casos debe desestimarse la demanda declarándola improcedente o, por el contrario, debe seguirse con la tramitación del proceso? Sobre el particular, consideramos que, en función de los principios que informan a los procesos constitucionales, sobre todo al principio *pro actione* o *favor procesum* (que también está contemplado en el nuevo código), debe optarse por la continuación del trámite del proceso de cumplimiento y, en consecuencia, emitirse un pronunciamiento de fondo. De declararse improcedente el extremo relativo al mandato no determinado, la solución podría ser dejar a salvo el derecho para que ese pedido se haga valer en la vía correspondiente. No obstante lo expresado, reconocemos que será finalmente la jurisprudencia constitucional la que determine cómo procederán estos y otros casos que se presenten. Sinceramente, esperamos que en los mismos no se pierda de vista el cometido de los procesos constitucionales: velar por los derechos fundamentales y por la primacía normativa de la Constitución.

Continuando con el articulado, el artículo 66 del nuevo Código Procesal Constitucional constituye una novedad. Este regula las reglas aplicables para resolver la demanda y contradice en parte lo regulado en el artículo precedente<sup>106</sup>. De acuerdo al dictamen "...lo que se establecen son pautas que deberá llevar a cabo el juez, dependiendo del supuesto que se aplique, para evaluar la demanda,..."<sup>107</sup>. Las pautas, entendemos, muestran, a modo de reglas, el camino que deben recorrer los jueces frente a determinados supuestos. Los supuestos contemplados en el artículo son cuatro: i) cuando el mandato es genérico o poco claro; ii) cuando el

106 El artículo 65 señala que "*No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional.*" Es decir, que si el mandato debe determinarse o este es discutible se rechazará la demanda. Sin embargo, el artículo 66 establece reglas que debe seguir el juez constitucional frente, por ejemplo, a mandatos poco claros o genéricos.

107 Loc. Cit.

mandato esté sujeto a controversia o a interpretaciones dispares; iii) cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto; y iv) Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución.

Anteriormente, en función a las reglas establecidas en el precedente Maximiliano Villanueva Valverde, debían declararse improcedentes las demandas de cumplimiento si es que el mandato era genérico o poco claro o si estaba sujeto a controversia o a interpretaciones dispares, por ejemplo. Por ello, consideramos que, aunque existan aspectos criticables, configura un avance que ello deje ser así con el nuevo código, el que, dejando sin efecto esas reglas, ahora obliga a resolver el fondo del asunto en estos casos de acuerdo a las nuevas pautas que ha fijado. Si con la nueva normativa se consigue que un solo caso, que hubiera sido declarado improcedente con los anteriores criterios de procedencia, ahora obtenga una revisión de fondo y una sentencia estimatoria, entonces ya habríamos logrado un pequeño progreso en nuestro sistema de justicia constitucional. El saldo, en tal supuesto, sería positivo, por lo que no compartimos las posiciones que critican la eliminación de la improcedencia liminar en el nuevo Código ni aquellas que cuestionan que se haya dejado sin efecto el precedente Maximiliano Villanueva Valverde. Si el problema es la sobresaturación por alegadas (más que comprobadas) demandas maliciosas lo cierto es que establecer más causales de improcedencia resulta ser la solución más simple; solución que, por lo demás, es facilitadora de rechazos como la experiencia lo ha demostrado. La salida a este problema, a nuestro juicio, no puede ser la de negar a las personas el acceso a la justicia.

Una de las críticas respecto del artículo bajo comentario provino del Poder Ejecutivo al revisar el proyecto. Este poder del Estado sostuvo: “El citado artículo de la autógrafa dispone que (el cumplimiento) procede ‘cuando el mandato sea genérico o poco claro’ (artículo 66 numeral 1), ‘cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o interpretaciones dispares’ (artículo 66 numeral 2), y cuando sea necesario ‘determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato’ (artículo 66 numeral 3). Es decir, admite la procedencia en supuestos que en la

actualidad no lo son. De esta manera la autógrafa desnaturaliza el proceso de cumplimiento.”<sup>108</sup>. Pero ¿cómo así queda desnaturalizado por eliminarle causales de improcedencia? Es algo que no fue suficientemente explicado. Desconocemos si el Ejecutivo cejó en la crítica pero lo cierto es que en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la referida Ley 31307, que aprobó el Código, no se ha invocado ya la inconstitucionalidad de este artículo.

Revisemos brevemente las novedades:

*Supuesto N° 01 Cuando el mandato sea genérico o poco claro*

En este caso, el nuevo código impone al juez constitucional que, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entre a resolver el fondo del asunto, con la observancia de ciertas reglas. En primer lugar, para la interpretación de la norma legal, el juez i) debe utilizar los métodos clásicos de interpretación jurídica (literal, evolutivo, sistemático y lógico o conceptual) y ii) el resultado de esa interpretación debe respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución (interpretación conforme a ley y, sobre todo, a la Constitución). Dicho de otra forma que, partiendo de la premisa de que el mandato contenido en la norma legal es defectuoso por ser genérico o poco claro (no sería este un “mandato de calidad” en los términos de Huapaya), los magistrados deben superar ese escollo tratando de determinar cuál es el estricto sentido del mandato; precisando así lo genérico o aclarando lo poco claro en beneficio del justiciable.

403

En segundo término, si se trata de mandatos genéricos o poco claros contenidos en actos administrativos firmes, la interpretación del acto administrativo que realice el juez constitucional debe respetar: i) los principios generales del Derecho Administrativo, contenidos en su mayoría en la Ley del Procedimiento Administrativo General; ii) la jurisprudencia

108 SAGASTI HOCHHAUSLER, Francisco y BÉRMUDEZ VALDIVIA, Violeta. Oficio N° 404-2021-PR, de fecha 2 de julio de 2021, en el que constan las observaciones del Poder Ejecutivo al proyecto de ley que aprueba el nuevo Código Procesal Constitucional. 2021, p. 12

atinente de los órganos administrativos correspondientes; y iii) la jurisprudencia respectiva del Tribunal Constitucional. De este modo, se le indica un diferente camino para que resuelva sobre el fondo del asunto, que lo obliga a analizar el fondo de la cuestión sin rechazar la demanda por improcedente. Ello no significa que todas las demandas de cumplimiento serán fundadas sino que implica que el litigante obtendrá una revisión más profunda de su causa y, en todo caso, se le darán las razones que explican porque su pretensión es infundada, salvo que jurisprudencialmente esto sea cambiado.

*Supuesto N° 02 Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares*

Señala el nuevo Código Procesal Constitucional que cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para resolver el fondo observará las siguientes reglas: i) Debe aplicar una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico; y ii) de ser necesario, aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato. Así, frente a mandatos sujetos a controversia compleja o que presentan interpretaciones disímiles el legislador ha impuesto la obligación de que el juez constitucional, usando los métodos clásicos de interpretación, los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico o, de ser el caso, aplicando una mínima actividad probatoria para confirmar la veracidad del mandato (solicitando información por ejemplo), emita un pronunciamiento de fondo y no solo se limite a declarar improcedente la demanda en estos supuestos.

404

*Supuesto N° 03 Cuando se necesite determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato*

De acuerdo al nuevo Código, si para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme es necesario entrar al fondo del asunto, el juez debe

hacerlo, por lo que, en tal supuesto, debe admitir a trámite la demanda. Luego de ello deberá asimismo esclarecer la controversia. Aquí la contradicción con lo previsto en el artículo 65 del mismo cuerpo legal es más que evidente, pues, como hemos advertido, este señala que no es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional. Es decir, que en esos casos debe rechazarse la demanda. Sin embargo, repetimos, el artículo 66 le impone la obligación de admitir a trámite la demanda para determinar la obligatoriedad e incuestionabilidad del mandato, no pudiendo desestimarse la demanda. Tocaré entonces a los tribunales de justicia aclarar esta discordancia.

*Supuesto N° 04 Mandatos contrarios a ley o a la Constitución*

Finalmente, el Código estipula que cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda. Se trata de la concreción del ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas que se aplica en todo tipo de procesos judiciales, inclusive los constitucionales. Es evidente que si el mandato es inconstitucional este, aunque sea claro, no se puede cumplir. La fuerza de la Constitución es más fuerte que la de un mandato legal o administrativo que la contradiga.

405

En la STC 9754-2005-PC/TC el Tribunal Constitucional aplicó el control difuso en un proceso de cumplimiento. La ley materia de cumplimiento fue la Ley 28472, que disponía ascensos inmediatos a un grupo de oficiales, inclusive al rango de general, pero la Constitución señala en su artículo 172 que los ascensos a generales y almirantes los otorga el Presidente de la República, no así el Congreso de la República a través de una ley, como había ocurrido. Por ello, la sentencia señaló que a quien le correspondía ascender a general le era inaplicable la precitada Ley 28472. La nueva normativa regula ahora esta situación.

Ahora bien, al margen de puntuales cuestionamientos que se le pueda hacer a la regulación contenida en el nuevo Código Procesal

Constitucional –algunos de los cuales han sido referidos anteriormente–, en líneas generales creemos que, de cara al futuro, la nueva normativa relativa al proceso de cumplimiento es positiva por ser garantista, pues limita los rechazos por improcedencia obligando a los jueces a analizar el asunto y emitir una sentencia de fondo, incluso en los casos en los que el mandato sea genérico, poco claro, esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, o cuando se necesite determinar su obligatoriedad o incuestionabilidad; lo que, en los hechos, desarticula la mayoría de las causales de improcedencia (puestas como requisitos del “*mandamus*”) establecidas en el precedente Maximiliano Villanueva Valverde.

#### 4. El valor del cumplimiento para el Estado Constitucional peruano

Un Estado Constitucional que se precie de serlo debe cautelar el riguroso respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, que es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Debe proteger de igual modo el orden constitucional plasmado en la Carta Fundamental de la República, que expresa en su articulado la voluntad del pueblo, indiscutible titular primigenio del poder. El carácter de una Constitución se aprecia también por los mecanismos que contemple para proteger sus valores, principios y demás postulados. Es así como los procesos constitucionales se erigen como instrumentos procesales valiosísimos que procuran el respeto de los valores constitucionales.

Desde que surgió, mucho se ha debatido acerca de la naturaleza del proceso de cumplimiento, de su capacidad para resguardar esos valores, y muchos no han quedado conformes con que el supremo intérprete de la Constitución haya sostenido que con este se protege el derecho fundamental implícito a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos. Y es que parece forzada esta aseveración, sobre todo si este no es un derecho reconocido y afianzado en otras latitudes, por lo menos no del que se tenga conocimiento, salvo en la experiencia venezolana ya antes referida, aunque no con la característica de ser un derecho constitucional sino uno de orden legal.

Ahora bien, este debate puede ser interminable. Hay, ciertamente, voces autorizadas con respetables fundamentos de uno y otro lado, por lo que cabe preguntarnos si debemos continuar con la discusión. Sobre el particular, más allá de verificar su naturaleza, creemos sinceramente que lo relevante es constatar si el proceso de cumplimiento se ha consolidado en nuestro país pero, más importante aún, verificar cuanto bien ha hecho al labrado de nuestro Estado Constitucional.

En relación a lo primero, no cabe duda que este un proceso afianzado, cuya regulación y jurisprudencia bordea ya los 30 años. Hay que valorar además que este proceso se creó por voluntad del legislador, el que dispuso contemplarlo como una “garantía constitucional”; que el guardián y supremo intérprete de la Constitución ha reconocido su naturaleza de proceso constitucional; y que, recientemente, el legislador ordinario, al regular un nuevo código y partiendo de la premisa de considerarlo un proceso constitucional, lo ha dotado de nuevas herramientas en procura de la defensa de los intereses de los justiciables.

En cuanto a lo segundo, nos referiremos primero al Tribunal Constitucional, órgano que ha señalado en la STC 2576-2008-PC/TC que “...el proceso de cumplimiento, como todos los procesos constitucionales, ostenta una doble naturaleza, es decir, tiene una naturaleza objetiva, en tanto mecanismo de protección de principios y valores que informan todo el ordenamiento jurídico, y una naturaleza subjetiva, en tanto es un medio de tutela para la afectación de derechos fundamentales. En consecuencia, el proceso de cumplimiento no solamente debe procurar que se logre la eficacia del ordenamiento jurídico, asegurando que tanto las normas legales como los actos administrativos surtan plenos efectos, sino, además, la tutela de aquellos derechos fundamentales vinculados a aquella norma legal o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende.” Así las cosas, ¿A lo largo de todos estos años este proceso ha cumplido con su rol protector de valores y principios que informan al ordenamiento jurídico, así como con su rol tutelar de los derechos fundamentales vinculados a las normas legales y actos administrativos materia de cumplimiento? Creemos que sí.

Como bien afirma el doctor Jorge León, “...se puede afirmar que un valor constitucional del Estado constitucional democrático es el cumplimiento de las leyes y de los actos administrativos. En un Estado como el nuestro, en el cual el incumplimiento de las leyes, los actos administrativos e, incluso, de las resoluciones judiciales, es un lugar bastante frecuente, su cumplimiento –bajo una perspectiva estrecha anclada en las esferas de la legalidad y del Derecho administrativo– trasciende la mera cuestión de legalidad para llegar a ser una cuestión constitucional de primer orden.”<sup>109</sup>. Y es que resulta fundamental que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se cumplan las leyes y actos administrativos que sean armónicos con la Constitución. Ello coadyuva al perfeccionamiento del engranaje constitucional y a la convivencia pacífica y democrática. No es plausible, sino todo lo contrario, que el incumplimiento de los mandatos armónico-constitucionales sea moneda corriente en un país. El tránsito de un Estado Monárquico a un Estado Constitucional ha hecho sea posible que el viejo *Writ of Mandamus*, con el que originalmente se buscaba el cumplimiento de la voluntad del rey soberano, se convierta en un proceso de cumplimiento que materializa ahora la voluntad del pueblo soberano, pues con este, en el plano fáctico, se concretizan y se tornan reales los valores constitucionales. Por ello, coincidimos con este autor en que “...los efectos negativos del incumplimiento de las normas legales y de los actos administrativos no sólo inciden en el plano infraconstitucional. Por el contrario, socava los cimientos mismos del ordenamiento constitucional y, al poner en cuestión la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos administrativos cuando estos son dictados de conformidad con los principios y derechos fundamentales que la Constitución consagra, vulnera el contenido de la democracia como principio constitucional.”<sup>110</sup>

Ahora bien, como instrumento de tutela de derechos fundamentales, debemos manifestar que el cumplimiento también ha logrado su cometido. Desde la primera sentencia, la STC 00091-1996-AC/TC, se

---

109 Op. cit. p. 194.

110 *Ibíd.* p. 195.

resolvió un caso relacionado con la protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y saludable para el desarrollo de la vida, previsto en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú. Empero, más aún, en la investigación que tuvimos la oportunidad de hacer al interior de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, que también aparece publicada en este colectivo, se realizó un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la finalidad de determinar si este proceso se ha constituido como un instrumento protector de la persona humana y los resultados son muy interesantes, pues se comprueba que el cumplimiento ha servido todos estos años para proteger una serie de derechos fundamentales de la persona. Ha tenido, como una suerte de amparo especializado, autónomo y con características propias, una eficacia directa en la protección de la persona humana al materializarse los mandatos, cumpliendo con su naturaleza subjetiva.

En tal investigación podemos advertir que, además de cautelar el derecho innominado a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, que es el que siempre protege, desde 1996 al año 2020 este proceso resguardó en 595 ocasiones el derecho fundamental a la remuneración o aspectos relacionados con el mismo; en 141 ocasiones el derecho fundamental a la pensión; en 71 ocasiones el derecho al trabajo; en 46 veces los beneficios sociales del trabajador; 10 veces el debido proceso; 6 veces el derecho a la igualdad; así como otros derechos de los más variados como el derecho al bienestar, a gozar de un ambiente equilibrado para el desarrollo de la vida, a la salud, a la motivación escrita de las resoluciones, al descanso pre y post natal de la madre, entre otros. En este período de tiempo amparó un total de 834 demandas, protegiendo así a los justiciables frente a la inoperancia de la Administración Pública, lo que, evidentemente, ha sido saludable para el Estado Constitucional peruano, que propugna siempre y de forma incondicional por el respeto de los derechos de la persona humana.

El cumplimiento se ha instituido entonces como un proceso clave de preservación y consolidación del Estado Constitucional. Tiene un rol protagónico en relación con la defensa de los valores constitucionales y

los derechos fundamentales vinculados a los mandatos objeto de cumplimiento, como ha quedado demostrado. Tiene, por tanto, un indudable valor para el Estado Constitucional, es un valor que protege valores, por lo que, como herramienta clave que es, debe ser mantenido y cuidado de cara al futuro.

# Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento

Una evaluación a dieciséis años de su vigencia

✍ GERARDO ETO CRUZ\*

## Resumen

El proceso de cumplimiento ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional a través de un precedente vinculante que impone una serie de requisitos que, a la postre, restringen el acceso de los justiciables a este tipo de tutela, por lo que se impone matizar el proceso vía un *overruling* parcial.

411

## PRIMERA PARTE

### 1. Nota aclaratoria

No es usual que un ex magistrado de un alto colegiado jurisdiccional divulgue temas internos de su corporación; sin embargo, nos permitimos en este caso dar a conocer un proyecto de precedente vinculante en su versión técnica de *overruling*, a fin de matizar o complementar el precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC. La fecha de resolución de este precedente es de 29 de septiembre del 2005 y la fecha de publicación en el Portal Oficial del TC es del 03 de octubre del

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos y Teoría de la Interpretación Constitucional; ex magistrado del Tribunal Constitucional; y ex director del Centro de Estudios Constitucionales del TC.

2005. Este 2021 cumple ya 16 años de vigencia. Consideramos que este precedente está herido de muerte *ab initio*, y en un caso concreto que estaba en giro se decidió impulsar un *overruling*, pero no para suprimir el citado precedente, sino para matizarlo y tornar accesible el proceso de cumplimiento. En el expediente que por razones obvias no lo precisamos, se logró 4 votos favorables para el *overruling*, pero dos magistrados, a quienes saludamos la discrepancia, no apoyaron el proyecto.

El proyecto debió salir publicado como un fallo ordinario, mas no como precedente, pero sí fundada la demanda de cumplimiento y el proyecto de *overruling* se suscribió como un fundamento de voto de cuatro; pero ocurrió la renovación de magistrados el 2014 y el Presidente del TC de aquel entonces en que se produjo la renovación, debiendo haberlo publicado, no lo hizo y la nueva composición lamentablemente tampoco tuvo en cuenta la propuesta nuestra que allí se dejó y simplemente se emitió un fallo de improcedencia. Por lo tanto, el tema sigue en pie: la necesaria reformulación del *overruling* al precedente del STC 0168-2005-PC.

412

Ello nos obliga a divulgar, a fin de que se tenga en cuenta el por qué debe matizarse el precedente recaído en la STC 0168-2005-PC/TC. Allí desarrollamos igualmente un deslinde epistémico entre el *proceso de cumplimiento* y el *amparo por omisión*, que a la fecha no ha quedado aclarado y es tarea pendiente del Tribunal Constitucional (TC) actual; así como el replanteamiento de *la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento*.

Estas reflexiones, para los que pueden seguir nuestro hilo reflexivo, tiene ya una preocupación académica antigua en el ensayo “Cambio de rumbo del Tribunal Constitucional: de los procesos de cumplimiento a los procesos contenciosos administrativos”<sup>1</sup>. El trabajo que aquí se publica, contó con el apoyo del entonces asesor de nuestro despacho, José Miguel Rojas Bernal, quien faltando pocos días para que cumpliera la edad de cristo, falleciera en un trágico accidente interprovincial junto con

---

1 Fue publicado originalmente en la revista *Palestra del Tribunal Constitucional*, Tomo IV, Lima, 2006; y puede verse en nuestra obra *Constitución y procesos constitucionales*, Tomo II, Lima: Adrus, 2013, pp. 71-125.

casi todos los demás pasajeros; pese a su juventud, dejó una extraordinaria producción en artículos y algunos libros, y está pendiente de publicarse su tesis: *La rebeldía del legislador*<sup>2</sup>.

## **2. El iter constituyente del proceso de cumplimiento**

Cuando se elaboró la Constitución de 1993, los miembros del Congreso Constituyente Democrático (CCD) ampliaron el espectro de las llamadas por entonces «garantías constitucionales» de hábeas corpus, amparo, acción popular y acción de inconstitucionalidad, a tres procesos constitucionales más: el proceso de cumplimiento, el hábeas data y el proceso competencial. Uno de los mentores que merece recordar aquí en el tema del hábeas data y cumplimiento había es el profesor Carlos Torres y Torres Lara.

## **3. La propuesta de anular el proceso de cumplimiento en la Comisión de Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional**

Un segundo escenario que merece igualmente recordar fue los debates que se realizaron por un grupo de académicos para elaborar, a futuro, una reforma constitucional. Como se recordará, en la «transición política» liderada por Valentín Paniagua Corazao, se nombró una Comisión de Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional; y entre los diversos temas que se discutieron, se encuentra el tema de las garantías constitucionales.

El suscrito, conjuntamente con Samuel Abad Yupanqui, propuso que se supriman dos procesos constitucionales que, en parte, bien podrían estar subsumidos en el proceso de amparo: el hábeas data y el proceso de cumplimiento.

En el caso del proceso de cumplimiento, argumentábamos que este proceso, que venía en parte del modelo colombiano, y el hábeas data del brasileño, ya estaban comprendidos en otros dos procesos de nuestro

---

2 Vid nuestro obituario “Réquiem a un joven constitucionalista: José Miguel Rojas Bernal”, en *Revista peruana de Derecho Público*, Año 19, N° 36, enero-junio 2018, pp. 93-98.

sistema jurídico: el amparo por omisión regulado en el artículo 4º de la ley 23506; y por otro lado, vía el proceso contencioso administrativo. Igualmente, esgrimimos que el hábeas data era un amparo en pequeño, en tanto tutelaba dos derechos fundamentales, que tranquilamente podrían ser garantizados por el amparo, en tanto este procedía para la defensa de todos los demás derechos constitucionales.

En este *petit* constituyente de la Comisión de Bases, quien se opuso en parte a este proyecto fue Alberto Borea Odría. Al final –Borea es un tenaz defensor de sus ideas– se llegó a un sincretismo armónico: el hábeas data debía mantenerse como proceso constitucional específico, dada las circunstancias y vorágine de la informática; así como la tutela de la información sensible que requería de una pronta y oportuna tutela. Pero, en el caso del proceso de cumplimiento, que, dicho sea de paso, como anota Gomes Canotilho, todo proceso constitucional debe tutelar derechos constitucionales «líquidos», que este singular proceso no lo tiene, debía suprimirse en una futura reforma constitucional, y así quedó prefigurado en el Informe Final.

414

Hasta aquí, en esencia, la evolución de este proceso constitucional que la doctrina lo ha asignado, en terminología de Mauro Cappelletti, como una familia procesal que se ubica dentro de los circuitos de la «jurisdicción constitucional de la libertad».

#### **4. La primera regulación legal ordinaria del proceso de cumplimiento**

Ni bien entró en vigencia la Constitución de 1993, había una regulación solo para los cuatro procesos constitucionales que venían de la Constitución de 1979. Así, el hábeas corpus y el amparo tenían una regulación vía la ley 23506; el proceso de acción popular a través de la Ley Procesal de Acción Popular 24968; y la acción de inconstitucionalidad, regulada en la antigua Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (ley 23385).

Hubo, en consecuencia, la necesidad de dotar de un *aggiornamento* a la antigua legislación procesal constitucional proveniente de la

Constitución de 1979, y por otro lado, desarrollar los nuevos procesos constitucionales que estrenaba la flamante Constitución de 1993.

Es así como, en el caso del proceso de cumplimiento, este fue por vez primera regulado en la ley 26301, Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, y que luego fue modificada parcialmente por la ley 26545. Y allí quedó hasta la posterior entrada en vigor del Código Procesal Constitucional.

## **5. El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional**

El actual Código Procesal Constitucional, que cumplirá en diciembre del 2014 diez años de vigencia, fue elaborado por una Comisión de Académicos liderada por Domingo García Belaunde y los profesores Juan Monroy Gálvez, Francisco Eguiguren Praeli, Arsenio Oré Guardia, Samuel Abad Yupanqui y Jorge Danós Ordóñez.

Este proyecto luego tuvo un segundo *iter* en su desarrollo: fue aprobado por una Comisión multipartidaria de congresistas y finalmente aprobada.

## **SEGUNDA PARTE**

### **1. El proceso de cumplimiento a la luz de la Constitución: regulación, objeto y alcances generales**

De conformidad con el artículo 200 inciso 6° de la Constitución, la acción de cumplimiento es una garantía constitucional 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 artículo 66 del Código Procesal Constitucional, por su parte, define que el objeto de este proceso constitucional es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente «1) [d]é cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) [s]e pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento»; añadiendo que, para la procedencia de la demanda, es necesario que el demandante haya reclamado

previamente, «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 siguientes a la presentación de la solicitud» [artículo 69].

El propósito de la acción de cumplimiento es, por consiguiente, asegurar la efectividad de las normas legales y los actos administrativos firmes, allí donde la autoridad o funcionario competente se rehúsa a cumplirlos de un modo voluntario y deliberado. Por ello, en tanto que instrumento de control de la inacción de los funcionarios o autoridades públicas respecto de mandatos contenidos en tales disposiciones (siendo su objeto, por ende, ordenar judicialmente el cumplimiento del deber omitido o su cumplimiento eficaz), el proceso de cumplimiento tiende inexorablemente hacia la optimización de dos principios constitucionales básicos del Estado constitucional de Derecho, a saber: a) el ‘principio de legalidad’ de la función ejecutiva; y, b) el principio de ‘seguridad jurídica’.

416

En efecto, con arreglo al ‘principio de legalidad’ [artículos 51, 118 inciso 8 y 138 de la Constitución], los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones en la normativa vigente. Y es que en el ámbito de la administración pública, ha comprendido el Tribunal, “las actuaciones de los funcionarios y autoridades públicas deben desarrollarse dentro del marco normativo establecido en la ley y en la Constitución, marco que contiene sus competencias, así como los límites de su actuación, por lo que resultan arbitrarias aquellas actuaciones, entre otras, que deliberadamente omitan el cumplimiento de un mandato contenido en una ley o en un acto administrativo; omitan expedir resoluciones administrativas o dictar reglamentos, o cumplan aparente, parcial o defectuosamente tales mandatos”<sup>3</sup>.

Desde luego, el principio de sujeción de la administración pública a la legalidad no olvida ni desconoce que en el Estado Social de Derecho, modelo de organización política que nuestra Constitución adopta [artículo 44], buena parte del programa social contenido en la Norma

---

3 STC 02002-2006-PC/TC, fundamento 25.

Fundamental depende de la acción positiva del legislador, pero también de la actuación correlativa de las demás autoridades y funcionarios públicos, igualmente indispensable para la ejecución definitiva del mandato contenido en las leyes que desarrollan derechos fundamentales.

Es por ello que, rectamente entendido, el 'principio de legalidad' supone, además de una autorización para que la administración actúe conforme a su criterio, un imperativo del cual deriva su deber de implementar el mandato dispuesto por el legislador (en una norma legal) o por ella misma (en un acto administrativo firme), a través de las medidas conducentes a lograr dicha ejecución. De ahí que sea posible afirmar que, así como el control de las omisiones legislativas inconstitucionales se sustenta, entre otras cosas, en la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución y, por tanto, la voluntad del constituyente<sup>45</sup>; así también en el control de la ilegalidad por omisión (objeto central del proceso de cumplimiento), lo que se busca es garantizar la voluntad del legislador democrático manifestada en la ley, y el de la administración, exteriorizada en un acto administrativo firme<sup>6</sup>.

Pero, además, es patente que, cada vez que la eficacia de una norma legal o un acto administrativo firme se ve afectada por la conducta renuente de una autoridad o funcionario público, una afectación igual se produce en el ámbito de la «seguridad jurídica». En efecto, en virtud de este principio, si el Tribunal Constitucional ha extraído de diversas disposiciones constitucionales [artículos 2º, inciso 24, párrafos a y d; y 139, inciso 3], es posible afirmar la predictibilidad de las conductas (en especial, de los poderes públicos) frente a supuestos previamente determinados por el Derecho<sup>7</sup>. Se comprende bien que el cumplimiento

---

4 STC 0006-2008-PI/TC, fundamento 41.

5 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Madrid: Civitas, 1998; BÁEZ SILVA, Carlos. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*. México D.F.: Porrúa, 2009; y RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*. México D.F.: Porrúa, 2009.

6 CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo. *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado*. México: Fundap, 2004.

7 STC 01601-2012-PA/TC, fundamento 24.

consistente y regular de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios genere en los individuos una razonable capacidad para predecir conductas ajenas, favoreciendo así decisivamente la autonomía del sujeto, al permitirle conocer aquello que le está mandado, permitido o prohibido, así como organizar su conducta presente y futura bajo pautas razonables de previsibilidad<sup>8</sup>.

Nada de ello ocurre, ciertamente, cuando la administración asume aquello que le es obligatorio como algo simplemente facultativo o discrecional. En un escenario semejante, de inseguridad absoluta y arbitrariedad manifiesta (peor aún si es sistemática), es claro que el Estado de Derecho terminaría trastocado desde sus propias bases, con el agregado de que, proviniendo el incumplimiento desde el mismo poder público (acaso el primer llamado a observar las reglas por él mismo dictadas), tal anomalía quebraría gravemente la legitimidad y la confianza ciudadana en las instituciones, condición esencial para la construcción de cualquier Estado de Derecho. Siendo esto así —conviene insistir en ello—, la seguridad jurídica no se agota, ni se puede agotar, en la formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico («corrección estructural»), sino que se extiende hasta el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de aplicación («corrección funcional»)<sup>9</sup>, cuando no de los fines y objetivos para los cuales dichas normas fueron creadas.

Desde luego, no cabe ignorar que, del hecho notorio de que el Estado sea a veces el primer incumplidor de las normas, se deriva una justificación muy frecuente para el incumplimiento de los individuos<sup>10</sup>; efecto multiplicador este que, por denotar un abierto y permanente desafío a la

---

8 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. «Seguridad jurídica», en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA Francisco (eds.). *El derecho y la justicia*, 2.ª edición. Madrid: Trotta, 2000, p. 484.

9 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *ob. cit.*, p. 483.

10 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. «Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina», en Rodríguez Garavito, César (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Colección Derecho y Política. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011, p. 177.

eficacia de las normas y derechos que la Constitución reconoce, resulta nocivo para la afirmación de una «cultura de la legalidad» en cualquier sistema democrático. De ahí que, ya en una anterior sentencia, el TC ha destacado que «[l]a construcción y consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho en nuestro país requiere de una actitud comprometida de parte de todos los poderes públicos y, de manera especial, de quienes en nombre del Estado ejercen la función pública como delegación. Los funcionarios públicos, desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del presidente de la República, conforme al artículo 39 de la Constitución, están al servicio de la Nación. Esto supone, ante todo, un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado peruano, definido como Estado Social y Democrático de Derecho conforme a los artículos 3º y 43 de la Constitución»<sup>11</sup>.

En tal perspectiva, el TC debería considerar que, teniendo por objeto el proceso de cumplimiento el aseguramiento de la «eficacia» de las normas jurídicas y actos administrativos firmes, en dicho proceso constitucional no cabe invocar, *prima facie*, la garantía de derecho constitucional alguno, a salvo de lo que se dirá más adelante. En otras palabras, en el proceso de cumplimiento solo vale apreciar como objeto principal, en principio, el control de la regularidad del ordenamiento jurídico cuando esta se ve alterada a causa de la inercia o letargo de la administración pública.

Ciertamente, con esto no se olvida que, en la STC 0168-2005-PC/TC, el Tribunal Constitucional llegó a considerar que el proceso de cumplimiento tenía por finalidad «proteger el derecho constitucional a defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos» [fundamento 10]. Y así también lo entiende hoy el Colegiado. Sin embargo, es bueno apreciar que, al lado de la protección de este «derecho constitucional», que bien puede extraerse del artículo 38 de la Constitución al modo de un «interés difuso»<sup>12</sup>, coexisten otros fines últimos a cuya tutela también se orienta dicho proceso constitucional, y que no son otros que los

---

11 STC 03149-2004-AC/TC, fundamento 9.

12 Cf. RTC 0736-2007-AA/TC, fundamento 6.

principios de «legalidad de la función ejecutiva» y de «seguridad jurídica», antes aludidos, y cuya optimización contribuye a afirmar una «cultura de legalidad» en nuestro Estado de derecho.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional debería observar que, a salvo del «derecho constitucional a defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos», solo «indirectamente» cabe apreciar la garantía de un derecho constitucional en el proceso de cumplimiento<sup>13</sup>. Y ello es así porque, en principio, la omisión de un acto de cumplimiento obligatorio derivado de una norma legal o de un acto administrativo firme, que afecta un derecho fundamental, constituye en sí un acto lesivo cuya reparación es propia de los procesos de tutela de derechos (amparo, hábeas data y hábeas corpus), y no del proceso de cumplimiento, que en tal supuesto deviene en improcedente en aplicación del artículo 70, inciso 3º, del Código Procesal Constitucional [según el cual no procede el proceso de cumplimiento «(p)ara la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus»].

420

Una precisión debe ser hecha en orden a una correcta interpretación de la causal de improcedencia aludida en el párrafo anterior. En efecto, de la previsión legal de que el proceso de cumplimiento resulta improcedente para proteger derechos cuya garantía corresponde a los procesos de tutela de derechos (amparo, hábeas data y hábeas corpus), no se deriva sin más que en aquel no quepa denunciar en ningún caso el incumplimiento de una norma legal o un acto administrativo firme por el solo hecho que estos reconozcan un determinado derecho fundamental, de modo directo o indirecto. Una interpretación semejante olvidaría que los fines esenciales que persigue todo proceso constitucional son «garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales» [artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional], y también que, en no pocos casos, las normas legales y

---

13 Así, por ejemplo, en las SSTC 02002-2006-PC/TC y 07435-2006-PC/TC.

actos administrativos «reconocen de modo individual» derechos no solo de orden legal, sino también constitucional.

Por ello, coherentes con lo antes afirmado, corresponde concluir que lo que prohíbe el artículo 70 inciso 3º del Código Procesal Constitucional es que una demanda de cumplimiento tenga como «única y exclusiva finalidad» la protección inmediata de alguno de los derechos mencionados en los artículos 25, 37 y 61 del Código Procesal Constitucional, y en la que se invoque una norma legal o un acto administrativo que no es más que el «desarrollo normativo» de dicho derecho fundamental reconocido en la Constitución.

Sería el caso, por ejemplo, de una demanda de cumplimiento que, con el objeto de acceder a una determinada información de orden público, invocara la exigibilidad del artículo 10 del TUO de la ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: el derecho de acceso a la información pública es un derecho constitucional reconocido en el artículo 2º inciso 5 de la Constitución, para cuya protección existe el proceso de hábeas data (artículo 61, inciso 1, del Código Procesal Constitucional), y no el de cumplimiento<sup>14</sup>.

421

En otras palabras, si bien el objeto del proceso de cumplimiento es asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos firmes ante la renuencia de la autoridad o funcionario competente, no cabe descartar que dicha efectividad pueda contribuir a proteger uno o más derechos fundamentales (por otro lado tutelables a través de los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data), mas ello ocurrirá siempre como un «efecto secundario», y no principal, del cumplimiento del mandato legal o administrativo. De lo contrario, será de aplicación la causal de improcedencia prevista en el artículo 70 inciso 3º del Código Procesal Constitucional.

Pese a todo, no cabe olvidar que, en cualquier caso, ante la duda sobre la procedencia o no de la demanda de cumplimiento, es de aplicación el principio *pro actione*, reconocido en el artículo III del Título Preliminar

---

14 Cf., RTC 0605-2007-PC/TC.

del Código Procesal Constitucional, el cual obliga al juez constitucional a optar por la continuación del proceso, antes que por su extinción.

## 2. Una revisión a la eficacia del precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC

Según el artículo 72 del Código Procesal Constitucional, la sentencia estimatoria recaída en el proceso de cumplimiento debe contener, cuando menos, dos pronunciamientos: a) la determinación de la obligación incumplida; y b) la orden y descripción precisa de la conducta a cumplir. De ello se desprende que, en lo concerniente a este proceso constitucional, coexisten tanto una pretensión de «condena» (la declaración de ilegalidad del incumplimiento), como otra de «ejecución» (la orden de cumplimiento del deber omitido).

Sin embargo, es manifiesto que, a fin de constatar la inactividad administrativa, el juez constitucional debe establecer, en primer lugar, la existencia del «deber» cuya exigencia se imputa a la autoridad emplazada; para así luego, en un momento posterior, verificar la «inercia» de la administración en acatar dicho deber.

422

La apreciación del «incumplimiento» (o cumplimiento defectuoso) por parte del juez constitucional –segundo paso– no suscita mayor discusión: se trata de un aspecto fáctico, generalmente deducible a partir de la ratificación de la autoridad o de su silencio dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación del reclamo previo [artículo 69 del Código Procesal Constitucional], aunque en ocasiones también derivable de un mínimo análisis probatorio (fáctico y jurídico). En cualquiera de los casos, son tres los posibles tipos de incumplimiento a identificar: «total», «parcial» o «cumplimiento defectuoso»; esta constatación permitirá determinar claramente la conducta a ejecutar por la entidad demandada.

En cambio, la identificación del concreto «deber» omitido –primer paso– sí presenta algunas peculiaridades. Lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha venido exigiendo que el mandato emanado de la norma legal o del acto administrativo firme sea «expreso»,

«claro» y «evidente», de modo tal que su incumplimiento aparezca también como algo manifiesto, no requirente de probanza alguna<sup>15</sup>.

Un paso importante en la delimitación de estos requisitos de procedencia, como es conocido, tuvo lugar con la expedición de la STC 0168-2005-PC/TC, mediante la cual el Pleno del Tribunal Constitucional estableció como precedente vinculante una serie de criterios para identificar el *mandamus* pasible de tutela en la vía del cumplimiento; todo ello, en la comprensión de que, hasta ese momento, los criterios utilizados para evaluar las normas legales y actos administrativos habían sido «bastante flexibles y amplios» [fundamento 23]. Así pues, fijó los siguientes «requisitos mínimos comunes» a toda norma legal, acto administrativo u orden de emisión de una resolución, para la procedencia de la demanda:

- a) Ser un mandato vigente;
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente 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.

423

Precisando que, excepcionalmente, el mandato puede ser condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria

Finalmente, en orden a las especiales características que, a diferencia de las normas legales, reúne el acto administrativo, el Tribunal agregó dos requisitos adicionales para este último supuesto:

- a) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante;
- b) Permitir individualizar al beneficiario.

---

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, la STC 0191-2003-AC/TC, fundamento 6.

En buena cuenta, por vía de este precedente vinculante, el Tribunal Constitucional comprendió que, siendo el de cumplimiento un proceso constitucional esencialmente «ejecutivo», este resultaba improcedente en todos aquellos casos en los que el demandante no lograba acreditar la certeza y claridad del mandato incumplido; supuesto en el cual, en estricta aplicación del artículo 5º inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la demanda de cumplimiento debía ser desestimada, sin perjuicio de la posibilidad del recurrente de acudir a las vías específicas igualmente satisfactorias, como el proceso contencioso administrativo.

Sin embargo, ya es tiempo para que el TC aprecie, a partir del desarrollo del citado precedente que tiene ya dieciséis años, que nada puede estar más alejado del papel de garante y supremo intérprete de la Constitución que representa el Colegiado, que permanecer ajeno a las circunstancias sobrevinientes que, en el devenir de su jurisprudencia, vienen aconsejando una «modulación» o «replanteamiento» de los requisitos de procedencia allí establecidos para el proceso de cumplimiento.

424

En efecto, la interpretación «dinámica», en vez de la «estática», de los precedentes vinculantes autoriza un derrotero al Tribunal a una especial predisposición para mantener atenta la mirada al grado de eficacia y autoridad que sus decisiones exhiben a lo largo del tiempo, dentro de una relación de sano equilibrio entre seguridad jurídica y justicia material, partiendo siempre de la premisa de que la jurisprudencia constitucional «es una herramienta fundamental para la construcción y defensa permanente del Estado Social y Democrático de Derecho, por cuanto permite que el modelo mismo de organización política no solo se consolide, sino que se desarrolle en un diálogo fructífero y constante entre texto y realidad constitucional», todo ello sin perder de vista que la Constitución es «una obra duradera en el tiempo y en constante movimiento» y que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional «es, en buena cuenta, «Constitución viviente» de la sociedad plural»<sup>16</sup>.

---

16 STC 0048-2004-AI/TC, fundamentos 9 y 10.

Por ello, el TC en una anterior sentencia ha advertido que «una aplicación simplemente mecánica o automática de los precedentes vinculantes emitidos por este Tribunal, desprovista de la necesaria consideración de su *ratio decidendi* y de la interacción de esta con las peculiaridades del caso concreto, difícilmente sería compatible con la eficacia y utilidad que aquellas decisiones deben ostentar en el Estado Constitucional, así como con la idea de una adecuada protección de los derechos fundamentales».

Y es que, para el Colegiado, «la interpretación del llamado «derecho jurisprudencial», lejos de valerse de los clásicos métodos lógico-deductivos propios del derecho legislado, exige incorporar al razonamiento práctico de los jueces aquellas consideraciones o argumentos que sirvieron de base al Tribunal para tomar la decisión finalmente adoptada; ello con el objeto, no de propiciar indebidos apartamientos de la doctrina sentada por este Alto Tribunal, sino de adecuar la aplicación de los mismos a la realidad de los casos concretos, siempre que con ello se favorezca una mayor y más efectiva protección de los derechos fundamentales»<sup>17</sup>.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional debería apreciar que, cuando las reglas b) y c) establecidas en el fundamento 14 del precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC exigen «certeza y claridad» al mandato incumplido así como su condición de «no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares», tales requisitos obedecen a una finalidad esencial que justificó y sigue justificando su dictado, el cual es «garantizar la naturaleza sumaria y breve del proceso de cumplimiento», de un modo tal que en este no quepa «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 actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas»<sup>18</sup>. Así pues, conservando

---

17 STC 02317-2010-PA/TC, fundamento 10.

18 STC 0168-2005-PC/TC, fundamento 15.

su carácter especial, el proceso de cumplimiento logra ser «un proceso rápido y, sobre todo, eficaz» [fundamento 17], en el que solo basta acreditar el «incumplimiento» y la «renuencia» de la autoridad o funcionario público competente.

Sin embargo, para el Tribunal es igualmente claro que, en la medida en que el proceso de cumplimiento es un proceso «constitucional» [artículo 200.6 de la Constitución, complementado con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional] y que en tal sentido sus fines esenciales son «garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales» [artículo II del citado Código], tal dimensión teleológica está llamada a prevalecer en todos aquellos casos en los que la aplicación de las aludidas reglas procedimentales tengan por efecto contrariar cualquiera de estos postulados normativos. En tal perspectiva, lo que ni un precedente vinculante —como el recaído en la STC 0168-2005-PC/TC—, ni su aplicación práctica por los operadores jurídicos puede hacer, es convertir al proceso de cumplimiento en lo que no es, a saber, un fin en sí mismo, cuando en realidad es un «instrumento» al servicio de una finalidad que lo justifica: garantizar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, y no en menor medida, preservar los principios de legalidad de la función ejecutiva y de seguridad jurídica (afianzando, a la par, una «cultura de legalidad» en nuestro Estado de derecho). En otras palabras, la «celeridad» y la «eficacia» del proceso de cumplimiento son valores que no se explican *per se*, sino a partir de la finalidad que singulariza a este proceso «constitucional», y a cuyo mérito se reconduce toda interpretación respecto a sus requisitos de procedencia.

Vigilar que esto sea así es una tarea inequívoca del Tribunal Constitucional. En efecto, la circunstancia de que una garantía prevista en la Constitución se encuentre afectada en su grado de eficacia —diremos por ahora, a causa una «indebida aplicación judicial» de los requisitos de procedencia fijados en el mencionado precedente vinculante—, no es ni puede ser un hecho ajeno al TC, investido como está de ser su órgano de control [artículo 201 de la Constitución] y su supremo intérprete [artículo 1 de la ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional].

Por ello, conscientes de esta responsabilidad, consideramos que la valoración de esta eventual anomalía exige acudir al criterio asumido por la Corte IDH en relación con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que «los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos»<sup>19</sup>, toda vez que «para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención»<sup>20</sup>.

## **2.A. Un precedente que afecta la tutela judicial: las estadísticas lo demuestran**

En tal sentido, el Tribunal debería constatar, asumiendo un criterio «descriptivo» para medir el grado de eficacia que ha venido manifestando el proceso de cumplimiento a partir de los requisitos de procedencia fijados en la STC 0168-2005-PC/TC, que en los dieciséis años que lleva de vigente el aludido precedente vinculante, dicha garantía constitucional ha sufrido una considerable merma en el porcentaje de causas en las que el Tribunal Constitucional ha entrado a evaluar el fondo del asunto (5,99%), en cuya comparación el universo de causas que han sido declaradas improcedentes resulta notoriamente elevado (87,83%). No menos elocuente es el dato de que esta última cifra sea también bastante superior al universo de procesos constitucionales de la libertad cuyo destino ha sido la improcedencia (57,01%).

---

19 Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66; Caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 67 y 69; Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrs. 88 y 91.

20 Caso *Paniagua Morales y otros*, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 164; Caso *Cesti Hurtado*, sentencia del 29 de septiembre de 1999, párr. 125; Caso del *Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 90, Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 114

CUADRO 1

| <b>PROCESOS DE CUMPLIMIENTO DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE 0168-2005-PC/TC (%) RESPECTO DEL UNIVERSO GENERAL DE PROCESOS CONSTITUCIONALES (%) HASTA EL 2013</b> |   |   |  |
|---|---|---|--|
| <b>Fallo</b>  | <b>Procesos de cumplimiento antes de la aplicación del precedente vinculante 0168-2005-PC/TC(%) Período 03/10/1996-02/10/2005</b> | <b>Procesos de cumplimiento derivados de la aplicación del precedente vinculante 0168-2005-PC/TC(%) Período 03/10/2005-2012</b> | <b>Universo general de procesos constitucionales (%) Período 1996-2012</b> |
| Fundada   | 18,84 %   | 5,26 %  | 13,24 %  |
| Fundada en parte  | 2,92 %  | 0,73 %  | 3,22 %   |
| Devuélvase  | 1,74 %  | 1,06 %  | 1,37 %   |
| Infundada   | 23,44 %   | 2,84 %  | 21,33 %  |
| Improcedente  | 45,32 %   | 87,83 %   | 57,01 %  |
| Inadmisible   | 0,11 %  | 0,02 %  | 0,19 %   |
| Infundada en parte  | 0,11 %  | 0,04 %  | 1,73 %   |
| Sin objeto  | 6,34 %  | 0,00 %  | 1,08 %   |
| Improcedente el RAC   | 0,00 %  | 0,73 %  | 0,17 %   |
| Otros   | 0,00 %  | 0,48 %  | 0,00 %   |
| Desistimiento   | 1,18 %  | 1,03 %  | 0,64 %   |
| Total   | 100,00 %  | 100,00 %  | 100,00 %   |

**Fuente:** Oficina de Presupuesto y Planificación del Tribunal Constitucional

A nuestro juicio, las cifras antes expuestas impiden afirmar que, en el caso del proceso de cumplimiento, el acceso de los ciudadanos a dicha garantía ha quedado adecuadamente garantizado a través de la «aplicación

judicial» del precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC. Todo lo contrario, se corrobora que, en relación con la situación inmediata anterior (de cuyo estudio se verifica que el 21,76% de sentencias se pronunciaron sobre el fondo, y un 45,32% declaró la improcedencia de la demanda), la «aplicación» del aludido precedente ha tenido como efecto recortar sensiblemente el acceso a una garantía constitucional prevista por el Constituyente para controlar la omisión de la administración en cumplir una norma legal o en ejecutar un acto administrativo firme.

En dicho contexto, por «indebida aplicación judicial», hay que entender, en esencia, aquella derivada de una lectura demasiado «literal» y «restrictiva» de las reglas procedimentales b) y c) antes aludidas, a cuya configuración no cabe descartar que haya contribuido una omisión en el precedente vinculante, en relación con los fines que justifican dichos requisitos de procedencia, y que esta sentencia tiene por objeto explicitar.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional debería, con la nueva composición de sus integrantes, tener a bien precisar que, si bien los mencionados requisitos exigen que el mandato sea «cierto y claro» y «no sujeto a controversia compleja», nada de ello niega ni puede negar que «[l]a interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho, es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas»<sup>21</sup>, y en consecuencia resulta irrazonable que el juez constitucional del cumplimiento invoque el requisito de la «claridad» e «incuestionabilidad» del mandato legal o administrativo como medio para evitar entrar al fondo del asunto, sin siquiera efectuar el más mínimo esfuerzo interpretativo para «disipar una duda superable». Lo contrario sería tanto como bloquear el acceso a una garantía constitucional sobre la base de la negación de una competencia consustancial a todo juez, la cual es interpretar la norma legal o el acto administrativo firme antes de su «aplicación» para resolver una *litis* (en un proceso judicial) o de ordenar su «ejecución» ante la renuencia de la administración (en un proceso de cumplimiento), tareas estas en las que el operador jurídico está vinculado

---

21 STC 0030-2005-PI/TC, fundamento 39.

al principio de «no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley» (artículo 139, inciso 8º, de la Constitución). Por lo demás, parece claro que si el juez constitucional está obligado a interpretar una norma jurídica para acomodarla al texto constitucional (esto último, como límite al ejercicio del control difuso<sup>22</sup>), con mayor razón lo estará para extraer de aquella el concreto mandato omitido y así ordenar su efectivo cumplimiento.

Tampoco deja de ser un dato relevante el que, si bien en el Estado constitucional algunas leyes pueden ser «pactadas» en mérito a la naturaleza de las sociedades actuales<sup>23</sup>; la mayoría de ellas conserva aún la nota de «generalidad» y «abstracción» que le es inherente como fuente normativa; lo cual es coherente con el principio de generalidad de las normas, elemento fundamental del Estado de derecho reconocido en el artículo 103, *ab initio*, de la Constitución, conforme al cual las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al derecho a la igualdad<sup>24</sup>. Por ello, en un contexto en el cual la «generalidad» y la «abstracción» de las normas siguen siendo la regla común en nuestro ordenamiento jurídico, interpretar (o seguir interpretando) el requisito del mandato «cierto y claro» y «no sujeto a controversia» como uno de configuración automática, eximente de todo esfuerzo interpretativo al juez del cumplimiento, supone para este Tribunal una «indebida aplicación judicial» de su precedente vinculante, que no se condice con los rasgos que caracterizan al universo de leyes potencialmente incumplibles vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

En suma, estamos profundamente convencidos de que la «aplicación judicial» del precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC ha convertido al proceso de cumplimiento en una suerte de «garantía sobre el papel», y al juez constitucional, en un operador jurídico

---

22 Cf. STC 01124-2001-AA/TC, fundamento 13; STC 01680-2005-AA/TC, fundamento 4.

23 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dictil: ley, derechos, justicia*, 8ª edición. Madrid: Trotta, 2008.

24 STC 0007-2006-PI/TC, fundamento 25.

que se autopercebe como dispensado de ejercer sus poderes interpretativos, el Tribunal actual tiene un reto que no lo asumieron dos magistrados del anterior Colegiado<sup>25</sup>: la conveniencia de examinar la posibilidad de «complementar» su línea jurisprudencial a este respecto, con miras a revertir este estado de cosas claramente contrario a lo deseado por la Constitución.

### **3. Sobre la posibilidad de emitir un nuevo precedente vinculante en relación con los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento**

Por todo lo expuesto, el actual Tribunal debe preguntarse si, en atención a los presupuestos básicos establecidos en las SSTC 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC, corresponde emitir un precedente vinculante en su modalidad de *overruling*, con el objeto de otorgar eficacia al proceso de cumplimiento, sin que ello signifique desde luego desnaturalizar los fines que este proceso tiene constitucionalmente asignados.

En ese sentido, viene al caso recordar que, en las sentencias precitadas, el Tribunal Constitucional fijó los seis presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante, a saber:

- a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos, es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales

---

25 URVIOLA HANI, Óscar y CALLE HAYEN, Fernando fueron los que no suscribieron el presente proyecto de modular, matizar más que un *overruling*, frente a los cuatro magistrados Vergara, Mesía, Álvarez y el que suscribe esto.

o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.

- c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.
- d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar el precedente vinculante.
- f. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

432

En el presente caso, de los argumentos vertidos en los fundamentos 2.1 a 2.18 *supra*, se comprueba que en el caso del proceso de cumplimiento concurre el presupuesto «b)» para emitir una sentencia que «complemente» o «corrija la indebida aplicación judicial» que, de los requisitos de procedencia fijados en la STC 0168-2005-PC/TC, ha venido realizando la judicatura; entendiéndose a tal efecto por «interpretación errónea» no aquella que recae sobre un «derecho, principio o norma constitucional o de una norma del bloque de constitucionalidad», sino sobre un precedente vinculante que no obstante tener «efectos similares a una ley»<sup>26</sup> desarrolla en vía jurisprudencial una garantía directamente prevista en la

---

26 STC 0024-2003-AI/TC.

Constitución, como es el caso de la STC 0168-2005-PC/TC en relación con el proceso de cumplimiento.

Ciertamente, si es que se impulsara un *overruling*, sería esta la primera vez que el Tribunal Constitucional obra de este modo, pues los cambios jurisprudenciales emitidos hasta el momento han tenido siempre por finalidad apartarse del criterio que figuraba como su antecedente<sup>27</sup>. A pesar de ello, tanto el «precedente de complementación» así como el *overruling* comparten un mismo fundamento: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, en virtud de ello, que el Derecho no se petrifique.

En ese sentido, estando fuera de toda duda que la emisión del precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC obedece a una serie de razones completamente atendibles a partir de la Constitución, no por ello se puede pretender que lo allí establecido contenga una verdad absoluta y definitiva, intolerante al cambio o a la innovación. Por el contrario, y siguiendo aquí a Aulis Aarnio, estamos convencidos de que, en la regulación de la vida social, los jueces constitucionales deben lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas, a saber, «[p]or una parte, tienen que respetar la «estabilidad» y, por otra, tienen que procurar la «flexibilidad» requerida por las circunstancias»<sup>28</sup>.

Precisamente esta exigencia de equilibrio aconseja que el apartamiento del Tribunal Constitucional de sus propios precedentes aparezca siempre como la «última» *ratio*, y bajo la condición de que se ofrezcan razones de peso para ello, tal como lo exige el segundo párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional [«Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente»]. A lo que debe agregarse la necesaria previsión de los efectos en el tiempo que desplegará

---

27 Cf. SSTC 0090-2004-AA/TC, 03361-2004-AA/TC, 01412-2007-PA/TC, 03908-2007-AA/TC, 0001-2009-PI/TC.

28 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: CEC, 1991, p. 32.

el cambio propuesto, ámbito en el que se admiten dos alternativas: a) aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión; o b) aplicación diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales, por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite<sup>29</sup>.

Asumido ello, estimamos que el Tribunal sí está en condiciones de afirmar que, además de los argumentos teóricos y descriptivos antes vertidos, la necesidad de «complementar» o «perfeccionar la aplicación» del precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC, en vez de «dejarlo sin efecto», halla respaldo en la propia jurisprudencia emanada bajo su vigencia, en la que sin desconocer la autoridad del aludido precedente, este Colegiado ha flexibilizado los requisitos de procedencia allí establecidos para dar una respuesta satisfactoria al caso concreto; lo que no hace sino confirmar la necesidad de impulsar nuevas reglas que brinden apertura y predictibilidad a los operadores jurídicos respecto a la eficacia del proceso de cumplimiento para controlar la omisión de la autoridad. Son representativas de lo dicho, entre otras, las siguientes causas resueltas por el Tribunal Constitucional:

434

- *RTC 01234-2008-PC/TC*, sobre demanda de cumplimiento incoada por un ciudadano contra una municipalidad, para que esta cumpla el artículo 331 de la ley 27050, Ley General de la Persona Discapacitada, que obliga a las municipalidades a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 3% del total de su personal. En este caso, el Tribunal, si bien hubo de declarar improcedente la demanda (pues el mandato no cumplía con el requisito de «ser de ineludible y obligatorio cumplimiento»), se vio obligado a «exhortar» a la empleada a realizar «las gestiones correspondientes a fin de que se

---

29 STC 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.

establezcan las plazas para discapacitados en la entidad y se abra el concurso correspondiente a la brevedad posible».

- *SSTC 10138-2005-PC/TC y 0725-2010-PC/TC*, sobre demandas de cumplimiento incoadas por comunidades campesinas en relación con la inafectación de impuesto predial de que son beneficiarias, en aplicación de los artículos 28 y 29 de la ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. En estos casos, si bien el mandato era aparentemente «complejo» (en el extremo del plazo supletorio para la vigencia de exoneraciones), el Tribunal Constitucional no tuvo reparos en realizar una «interpretación de la legislación aplicable» (decreto legislativo 977), para establecer cuál era ese plazo al cual estaban sujetas las exoneraciones solicitadas, y así declarar «fundadas» las respectivas demandas.
- *STC 0983-2011-PC/TC*, sobre demanda de cumplimiento interpuesta por un ciudadano contra una municipalidad, con el objeto de que se implemente un Albergue Municipal de Canes, en cumplimiento de una ordenanza municipal. Si bien parecía existir una «contradicción» con el artículo 10.2 de la ley 27596, el Tribunal Constitucional «interpretó» que la ordenanza había sido emitida en atención a esta ley, declarando «fundada» la demanda.
- *STC 05510-2009-PC/TC*, sobre demanda de cumplimiento interpuesta por los deudos de la delegación del club Alianza Lima fallecida en el accidente aéreo acaecido el 8 de diciembre de 1987. En este caso, para declarar «fundada» la demanda, el Tribunal Constitucional «se vio obligado a interpretar» que había operado una derogación implícita del monto de la pensión establecida en las resoluciones legislativas, en virtud del decreto ley 25569, disipando así el carácter «complejo» de la controversia.
- *STC 02544-2009-PC/TC*, en la que el Tribunal Constitucional declaró «fundada» la demanda, luego de «evaluar cierta documentación» aportada por el demandante, con la que acreditaba

labores en zona de emergencia, a efectos de obtener el puntaje especial para el ascenso a que hacía referencia el decreto supremo 07-2005-IN/PNP, materia del proceso de cumplimiento.

- *STC 0102-2007-PC/TC*, en la que el Tribunal Constitucional, sin desconocer el requisito de que el «mandato sea incuestionable», estimó que dicha incuestionabilidad a veces obliga a entrar al fondo del asunto, y no simplemente a declarar la improcedencia de la demanda, en aplicación del precedente vinculante. Así, en esta sentencia, declaró «infundada» la demanda, luego de comprobar que el recurrente no reunía las condiciones para ser incluido en el ámbito de aplicación del decreto de urgencia 037-94.

436 A nuestro juicio, estas razonables «modulaciones» al precedente vinculante recaído en la *STC 0168-2005-PC/TC*, ilustran (y justifican) con meridiana claridad la imperiosa necesidad de avanzar hacia la modificación jurisprudencial desde aquí auspiciada. Y de algún modo, la anticipan. De allí que ni el aludido precedente pueda hoy ser calificado como «incorrecto» o «inconstitucional», ni el presente cambio, como «drástico» o «imprevisto». Todo lo contrario, la jurisprudencia antes reseñada demuestra con claridad que los nuevos criterios que aquí se plantean (y que se explicitan en el siguiente apartado) suponen una modulación «gradual», «medurada» y «previsible» respecto al estado de cosas previo, que ahora se modifica.

Por ello, no le falta razón a la doctrina cuando afirma que «la dinámica del sistema de precedentes articula un cuerpo de reglas en donde el pasado y el presente siempre quedan de algún modo entrelazados»<sup>30</sup>. Así también lo debe entender el Tribunal, y es con arreglo a dicho postulado que consideramos aquí, en el presente ensayo, divulgar lo que debía ser un real *overruling* de complementar y perfeccionar el archicitado precedente recaído en la *STC 0168-2005-PC/TC*. Lo que a continuación

---

30 MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw Hill, 2001, p. 173.

apreciará el lector y estudioso, son las propuestas que no prosperaron solo por la falta de un voto, como ya se ha señalado. Veamos.

#### **4. Nota aclaratoria**

El proyecto que circuló en el seno del TC, si bien comprendía desde la segunda parte de este trabajo, en rigor, esta tercera parte, a fin de que se evalúe en la comunidad estudiosa, se mantiene el fraseo del proyecto original, como debía en parte salir.

#### **5. Nuevas reglas de interpretación de los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento**

En lo que sigue, [este] Tribunal establecerá un nuevo precedente vinculante en torno al proceso de cumplimiento, recordando, a tal fin, su consolidada y uniforme jurisprudencia en torno a los principales aspectos procesales de esta garantía constitucional, para luego determinar los alcances de la modulación de los requisitos de procedencia antes aludidos.

437

##### **a) Legitimación para obrar activa**

El artículo 67 del Código Procesal Constitucional dispone: «[c]ualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido». Este mismo artículo agrega que «[t]ratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento».

En consonancia con esta disposición, este Tribunal ha interpretado que, mientras en el caso del acto administrativo «el *mandamus* suele encontrarse asociado a una persona o grupo de personas que son las que gozan de legitimidad para reclamar frente al supuesto de su inobservancia», en el caso de las leyes «queda claro que el *mandamus* tiene efectos generales, por derivar de una ley» [STC 04549-2004-PC/ TC, FJ. 3]. De ahí que, en una anterior sentencia, hayamos dejado establecido que,

tratándose de un mandato directamente nacido de la ley «existe una legitimación abierta o extensiva en la interposición del proceso constitucional, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 67 del Código Procesal Constitucional» [STC 02695-2006-PC/TC, fundamento 3].

En atención a lo expuesto, y en vista de la doctrina jurisprudencial precitada, el Tribunal Constitucional ratifica su criterio según el cual: «Tratándose del incumplimiento de una ley, cualquier persona puede instar el proceso de cumplimiento, dada la generalidad del mandato que toda ley contiene» (excepción hecha de las denominadas leyes particulares, cuya expedición «por naturaleza de las cosas» la Constitución autoriza en su artículo 103); mientras que «en el supuesto de la inejecución de un administrativo, solo estará legitimado quien sea su beneficiario o grupo de beneficiarios».

#### **b) Tipo de norma exigible**

438

Según el artículo 200, inciso 6º, de la Constitución (concordante con el artículo 66 del Código Procesal Constitucional), el objeto del proceso de cumplimiento es que el funcionario o autoridad pública renuente «[d]é cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme».

En su interpretación sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido entendiendo de un modo implícito que, por «norma legal», no solo cabe entender a la ley formal emitida por el Congreso, sino que corresponde incluir a toda norma con «rango» de ley o «valor» de la misma. Desde esa óptica, para este Tribunal ha sido pacífico admitir que el proceso de cumplimiento involucra la exigibilidad de las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales (artículo 200, inciso 4º, de la Constitución), así como los decretos leyes (incorporados en nuestro ordenamiento jurídico por vía de la teoría de la recepción; *cfr.* STC 0010-2002-AI/TC).

Sin embargo, dos aspectos han merecido alguna atención especial en la jurisprudencia constitucional, a saber: a) si por vía del proceso de

cumplimiento, puede ser exigible una norma de rango constitucional; y b) si bajo el mismo razonamiento, una norma inserta en un tratado internacional puede correr igual suerte.

El Tribunal Constitucional ha respondido afirmativamente a estas dos preguntas. Así, la STC 05427-2009-PA/TC reconoció la existencia de un principio general de la «efectividad de las disposiciones constitucionales»; considerando que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación con las normas legales y actos administrativos, «con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional» [FJ. 15]. Por ello, en dicha ocasión, el Tribunal determinó que el proceso de cumplimiento constituía el mecanismo procesal adecuado para examinar la comisión de una «omisión normativa inconstitucional» (FJ. 23-27) [*cf.* en esa misma línea, las RRTC 05027-2008-PC/TC y 05301-2007-PC/TC].

Al respecto, este Colegiado juzga necesario efectuar un ligero matiz en su jurisprudencia, como necesario correlato de lo hasta aquí expresado en torno a la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento. En efecto, si bien en aquella oportunidad el Tribunal Constitucional afirmó que dicha garantía constitucional era la adecuada para invocar un supuesto de «*inconstitucionalidad por omisión*», advierte también que dicha invocación es posible de ser alegada bajo la figura del «amparo por omisión» (artículo 200, inciso 2º, de la Constitución). En efecto, si como hemos dicho, el acto lesivo puede ser producido a través de una omisión por parte del agresor «de un acto de cumplimiento obligatorio, que tiene ese carácter porque así lo impone el ordenamiento jurídico» [STC 03420-2004-AA/TC, fundamento 3], nada impide razonar que sea una norma

constitucional la cual imponga esa obligatoriedad al funcionario o autoridad responsable.

En ese contexto, viene al caso recordar que, en la jurisprudencia de este Tribunal, hemos dejado claramente establecido que para apreciar un supuesto de *inconstitucionalidad por omisión* deben evaluarse conjuntamente los siguientes tres elementos: a) la existencia de un mandato constitucional de regulación normativa; b) el transcurso de un período de tiempo razonable; y c) el efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional [STC 05427-2009-PC/TC, fundamentos 33 al 48]. Asimismo, hemos admitido que la configuración de la omisión inconstitucional, así como puede derivar directamente de la Constitución, puede serlo por vía jurisprudencial, dada la condición de supremo intérprete del texto constitucional que le asiste a este Colegiado [STC 0006-2008-PI/TC, fundamento 44].

440

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional considera pertinente enunciar el siguiente criterio jurisprudencial: «El proceso de amparo por omisión es el mecanismo procesal adecuado para examinar la configuración de una omisión normativa inconstitucional, tanto aquella que se deriva directamente de la Constitución, como la de configuración jurisprudencial; mientras que el proceso de cumplimiento es la vía adecuada para controlar la ilegalidad por omisión, esto es, cuando una norma legal ordena el dictado de un reglamento (artículo 66, inciso 2º, del Código Procesal Constitucional)».

### **c) Tipos de omisión invocable**

Desde una perspectiva clásica, cabe identificar dos tipos de omisión pasibles de interdicción a través del proceso de cumplimiento: una «formal» y otra «material». Sin embargo, respecto de esta clasificación, es posible aún ensayar una doble lectura, tomando en cuenta: a) el punto de vista del «tipo de conducta» que cabe examinar del funcionario o autoridad pública renuente; y b) el punto de vista del «tipo de inactividad» que cabe exigir a la administración en esta vía constitucional.

En torno al primer aspecto, la jurisprudencia constitucional no ha presentado mayores sobresaltos. En efecto, ya en la STC 09754-2005-PC/

TC se dejó claramente establecido que, a través del cumplimiento, se pueden exigir omisiones tanto formales como materiales, en el entendido de que «[n]o basta [...] que la administración reconozca la existencia del mandato para que quede subsanada la omisión. El mandato de la norma debe tener un correlato con la realidad, en la cual, al margen de los actos formales, la voluntad concreta de la norma debe ser materializada» (FJ. 24). Por ello, razonó el Tribunal, «es lógico que se deba analizar si los actos realizados por la administración realmente cumplieron con llevar a efecto los mandatos establecidos en la norma» (FJ. 26).

Con aún mayor claridad, este Tribunal declaró también, en la STC 02002-2006-PC/TC, que el proceso de cumplimiento no puede tener como finalidad el examen sobre el cumplimiento «formal» del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo, «sino, más bien, el examen sobre el cumplimiento eficaz de tal mandato, por lo que, si en un caso concreto se verifica la existencia de actos de cumplimiento aparente, parcial, incompleto o imperfecto, el proceso de cumplimiento servirá para exigir a la autoridad administrativa precisamente el cumplimiento eficaz de lo dispuesto en el mandato» (FJ. 37).

441

Sin embargo, un debate mayor a nivel de la jurisprudencia ha suscitado la pregunta de si, estando fuera de duda que el proceso de cumplimiento se orienta al control de la actividad «material» de la administración (vale decir, aquella que se verifica fuera de un procedimiento administrativo), aquel podría cubrir también a los supuestos de inactividad «formal» del funcionario o autoridad (vinculados al ejercicio del derecho de petición del administrado).

Inicialmente, en la STC 0191-2003-AC/TC, el Tribunal Constitucional hubo de comprender que «[m]ediante la acción de cumplimiento no se controla la denominada ‘inactividad formal de la administración’, es decir, la que se origina tras el ejercicio del derecho de petición por un particular, pues esta tiene su instrumento natural de control en la técnica del silencio administrativo negativo, cuyos efectos procesales –derivados de su acogimiento– tienen el propósito de no dejar en estado de indefensión al administrado que hubiese petitionado algo o hubiese interpuesto un medio impugnatorio en el seno de un procedimiento administrativo

y que, pese a ello, no hubiese recibido algún pronunciamiento expreso» (FJ. 5); concluyendo así que «mediante la acción de cumplimiento no se controla cualquier clase de inactividad, sino exclusivamente la que se ha denominado «material», es decir, la que deriva del incumplimiento de mandatos nacidos de normas legales o de actos administrativos firmes, donde no media la petición de un particular, sino donde se encuentra vinculado, *prima facie*, un deber o el ejercicio de una atribución relacionada con sus competencias naturales» (FJ. 5).

Sin embargo, es un dato innegable que, a partir de la STC 01208-2008-PC/ TC, el Tribunal Constitucional ha variado esta postura inicial, y ha venido a entender que sí resulta procedente exigir a la administración, vía el proceso de cumplimiento, la resolución por escrito y debidamente motivada de los recursos administrativos que prevé la ley, interpuestos por el administrado (*cf.* por todas, la STC 05856-2009-PC/TC).

442

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ratifica su línea jurisprudencial en el sentido de que, «a través del proceso de cumplimiento, es posible invocar tanto las omisiones de tipo material (verificada fuera de un procedimiento administrativo) como de índole formal (constatadas a partir del ejercicio del derecho de petición del administrado) por parte de la administración», en cuyo último caso será deber de la autoridad resolver por escrito y motivadamente el recurso interpuesto por el administrado. Y, por otra parte, que «el tipo de cumplimiento que cabe exigir al funcionario o autoridad pública renuente, no es solo de tipo formal, sino que supone el cumplimiento eficaz, completo y perfecto del mandato concernido» en la norma legal o en el acto administrativo firme, tarea para la cual, de acuerdo con el artículo 59 del Código Procesal Constitucional (de aplicación supletoria al cumplimiento en virtud de su artículo 74), el juez constitucional «establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho».

#### **d) Requisitos de procedencia**

Según se refirió en el fundamento 23 *supra*, los requisitos de procedencia establecidos en el precedente vinculante recaído en la STC

0168-2005-PC/TC, lo fueron con la finalidad de preservar la naturaleza esencialmente «ejecutiva» y «sumarísima» del proceso de cumplimiento, que además carece de etapa probatoria [artículo 9 del Código Procesal Constitucional, de aplicación supletoria al cumplimiento en virtud de su artículo 74]. Tales requisitos, comunes a la norma legal, así como al acto administrativo firme, son los siguientes: 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; y e) ser incondicional (o condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria). Asimismo, tratándose del acto administrativo, dos requisitos se agregan: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante; y g) permitir individualizar al beneficiario.

Este Tribunal no pone en cuestión la conveniencia de mantener la configuración de algunos de estos requisitos (singularmente, los requisitos «a», «e» y «g»). Sin embargo, y con el mismo énfasis, entiende que la mejor muestra del excesivo grado de rigidez de algunos de ellos (en su aplicación a los casos concretos), es el llamativo retraimiento que ha experimentado la jurisprudencia constitucional en torno el proceso de cumplimiento, tal como ha quedado demostrado en el fundamento 31 *supra*. Más aún, juzga que varios de tales requisitos han sido objeto de una «indebida aplicación judicial», como son los casos de «b» («ser un mandato cierto y claro») y «c» («no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares»), por las razones antedichas; y en otros casos, tautológicos, como ocurre con «d» («ser de ineludible y obligatorio cumplimiento») y «f» («reconocer un derecho incuestionable del reclamante»).

En razón a ello, y consciente de la necesidad de otorgar eficacia a dicha garantía constitucional, este Tribunal considera necesario fijar las siguientes nuevas reglas jurisprudenciales, en vía de complementación de los requisitos antes aludidos, quedando en uso la siguiente redacción:

- a. Cuando el mandato sea «genérico» o «poco claro» (en oposición a «cierto» y «claro»), el juez constitucional, previa interpretación

de la norma legal o del acto administrativo firme, entrará a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:

- a.1. Para la interpretación de la norma legal, el juez constitucional habrá de utilizar los métodos clásicos de interpretación jurídica (literal, histórico y finalista); su resultado debe respetar lo que establecen las leyes de la materia (así como su interpretación autorizada por el Poder Judicial) y la propia Constitución (y los criterios de su supremo intérprete, el Tribunal Constitucional).
- a.2. La interpretación del acto administrativo firme deberá respetar los principios generales del Derecho Administrativo, la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la de este Tribunal Constitucional.
- b. Cuando el mandato esté «sujeto a controversia compleja» o «a interpretaciones dispares», el juez constitucional, previo esclarecimiento de la controversia, entrará a resolver el fondo del asunto. Para ello deberá observar las siguientes reglas:
  - b.1. El juez constitucional aplicará una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los criterios establecidos en la regla a.1), y aplicando los criterios de «especialidad» (norma especial deroga a la general), «cronológico» (norma posterior abroga a la anterior) y «jerárquico» (norma superior invalida a la inferior)
  - b.2. Asimismo, y de ser necesario, el juez constitucional aplicará una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.
- c. Cuando, para determinar la «obligatoriedad» o «incuestionabilidad» del mandato (contenido en una norma legal o acto administrativo firme) resulte necesario entrar al fondo del asunto, el

juez constitucional admitirá a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia.

Empero, cuando el mandato, no obstante ser «imperativo», sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez constitucional deberá así declararlo, y, en consecuencia, desestimaré la demanda.

#### **e) Efectos inter partes de la sentencia estimatoria**

El artículo 72 del Código Procesal Constitucional establece que los elementos que, de un modo preferente, ha de contener una sentencia estimatoria de cumplimiento son: a) la determinación de la obligación incumplida; b) la orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir; c) el plazo perentorio para hacerlo (no pudiendo exceder de diez días); y d) la orden de iniciar investigación penal, cuando ello corresponda.

Pero un elemento adicional a tener en cuenta, no menos relevante a causa de su imprevisión en la legislación de la materia, es el referido al efecto que despliegan las sentencias constitucionales estimatorias recaídas en los procesos de tutela de derechos, en general, y en los procesos de cumplimiento, en particular. En efecto, si bien este Tribunal tiene dicho que lo resuelto en un proceso constitucional vincula únicamente a las partes que participan en él [STC 02579-2003-HD/TC, fundamento 18], la praxis jurisprudencial ha puesto en evidencia que algunas sentencias de la jurisdicción constitucional de la libertad producen efectos *ultra partes* como consecuencia, bien del tipo de derecho protegido (como es el caso de los derechos difusos y colectivos, *ex* artículo 67 del Código Procesal Constitucional), bien del fallo que declara un estado de cosas inconstitucional en el marco de una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas [*cf.* SSTC 02579-2003-HD/TC, 03149-2004-AC/TC, 03426-2008-PHC/TC, 05561-2007-PA/TC y 00017-2008-AI/TC].

Por ello, y en aras de preservar una correcta delimitación de los efectos de las sentencias constitucionales, el Tribunal Constitucional considera pertinente establecer el siguiente criterio jurisprudencial: «la sentencia estimatoria recaída en un proceso de cumplimiento (sea la que

exige el cumplimiento de una norma legal o de un acto administrativo firme) tiene efectos solo entre las partes que intervinieron en dicho proceso, salvo que se trate de una demanda interpuesta en aplicación del artículo 67 del Código Procesal Constitucional, o que la sentencia declare un estado de cosas inconstitucional».

#### f) Ejecución de la sentencia

Finalmente, este Tribunal no puede ignorar que uno de los supuestos mayormente invocados para cuestionar el requisito de «incondicionalidad» del mandato incumplido [requisito «e») del precedente vinculante recaído en la STC 0168-2005-PC/TC], es el referido a la «disponibilidad presupuestaria» de la autoridad emplazada para cumplir la norma legal o el acto administrativo firme inobservado, esto es, cuando se trata de mandatos que exigen el pago de sumas dinerarias al Estado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional está en condiciones de afirmar la regularidad de su criterio jurisprudencial, según el cual la disponibilidad presupuestaria y financiera de la entidad emplazada, como único argumento para impedir el cumplimiento del *mandamus*, constituye una condición «irrazonable» [Cf., por todas, la STC 03767-2007-PC/TC]. En efecto, en todos estos casos, la jurisprudencia constitucional ha preferido evaluar el tiempo transcurrido desde la fecha del nacimiento de la obligación, así como el tipo de derecho concernido, para derivar de allí la razonabilidad de la oposición de orden presupuestal formulada por la entidad emplazada.

Ciertamente, no escapa a nuestra consideración que la generación de un gasto público derivado de una sentencia constitucional debe ser consecuencia de una meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos, y nunca de algún criterio voluntarista. Sin embargo, con el mismo énfasis, hemos antes señalado que la aplicación del costo económico que sea necesario para la debida protección de un derecho fundamental ordenada por una sentencia constitucional «no es un asunto que quede librado a la discrecionalidad de los poderes públicos, sino que se convierte en un auténtico deber constitucional» [STC 00014-2007-PI/TC, FJ. 40].

En este punto, no deja de ser oportuno recurrir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en torno al argumento de la disponibilidad presupuestaria, emitida precisamente en causas seguidas contra el Estado peruano:

- Así, en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* [sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 28 de febrero del 2003], la Corte IDH analizó el incumplimiento de varias sentencias de amparo y de cumplimiento emitidas por el Poder Judicial y por este Alto Tribunal, que ordenaban al Estado el pago de una suma de dinero por concepto de pensiones devengadas. En este caso, la Corte no solo determinó que el Estado había violado el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención (párrafo 121), sino también su artículo 25 (derecho a la protección judicial), al no ejecutar las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República, sino después de casi ocho años de dictadas estas (párrafo 141). Finalmente, tras comprobar que tanto la entidad demandada como el Ministerio de Economía y Finanzas «en forma simultánea y recíproca se atribuían mutuamente la responsabilidad de cumplir el fallo sin aportar solución alguna al cumplimiento del mismo» (párrafo 134), ordenó al Estado «realizar las investigaciones correspondientes y aplicar las sanciones pertinentes a los responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales peruanos» en el desarrollo de las acciones de garantía interpuestas por las víctimas» (punto resolutive 6).
- Lo propio cabe decir del caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* [sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 7 de febrero del 2006], en que se alegaba el incumplimiento de 24 sentencias de amparo laboral firmes por parte del Estado peruano. En esta oportunidad, la Corte IDH, luego de reconocer que el recurso de amparo regulado en la normativa peruana era un recurso rápido y sencillo para la tutela de los derechos fundamentales, estableció que la responsabilidad estatal no terminaba cuando las autoridades competentes

emiten la decisión o sentencia, sino que se requiere, además, «que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas» (párrafo 217). Así consideró que, tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, «por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello» y, más aún, que «[l]as normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias» (párrafo 225); concluyendo que el Estado peruano no había cumplido efectivamente una serie de sentencias de amparo emitidas por el Poder Judicial y por este Tribunal Constitucional, configurándose una demora injustificada de más de seis años (párrafos 231, 244, 252, 264, 269).

- Finalmente, en el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* [sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 1 de julio del 2009], la Corte consideró que los recursos de amparo interpuestos por los pensionistas no habían sido del todo eficaces, pues la protección del derecho que se les había reconocido por esa vía aún no se habían materializado por completo. Ante el argumento del Estado sobre las insuficiencias presupuestarias como justificación del incumplimiento de su obligación, la Corte estimó que «las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de sentencias» (párrafo 75), como ocurría en dicho caso, en que habían transcurrido más de 11 y 8 años desde la emisión de la primera y última sentencia del Tribunal Constitucional, respectivamente, sin que estas hayan sido efectivamente cumplidas. En tal sentido, la Corte consideró que el Estado peruano había violado el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 de la Convención (párrafo 79).

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional no ha permanecido ajeno a esta preocupación, tal como lo demuestra, por ejemplo, lo afirmado en la STC 02002-2006-PC/TC, en el sentido de que constituye

un imperativo constitucional el que «funcionarios y autoridades cumplan los respectivos mandatos dentro de los plazos asignados, bajo responsabilidad de ley, y que, de no encontrarse fijados tales plazos, los mandatos se acaten dentro de un plazo razonable y proporcional, debiendo tenerse siempre en consideración el nivel de urgente atención que requieren determinados derechos, principalmente los fundamentales, que pueden resultar afectados por el incumplimiento de los mandatos» (FJ. 26).

En tales circunstancias, a este Tribunal no le queda otra opción que ratificar su anterior jurisprudencia en torno a la irrazonabilidad del argumento de la «disponibilidad presupuestaria» como condición para incumplir un mandato derivado de una norma legal o de un acto administrativo firme. Sin embargo, en aras de ponderar dicha regla jurisprudencial, es necesario efectuar los siguientes dos matices: a) si la autoridad emplazada no acredita la falta de previsión presupuestal para cumplir el *mandamus*, el juez constitucional deberá ordenar el cumplimiento inmediato a la parte demandada; pero, b) si se lograra probar que dicha previsión no existe, el juez podrá ordenarla en su sentencia, y luego de ello, asegurar su cumplimiento efectivo.

449

Asimismo, en cuanto al plazo para cumplir con el mandato omitido, este Tribunal aprecia que si bien existen dos disposiciones del Código Procesal Constitucional que conceden términos distintos [diez días (artículo 72, inciso 3º) y cuatro meses (artículo 59, de aplicación supletoria en virtud de su artículo 74)], «resulta del todo razonable (y legítimo) que el juez de ejecución acuda al procedimiento establecido en el 47 del TUO de la Ley 27584» (aprobado mediante decreto supremo 013-2008-JUS), que consta de cuatro etapas de aplicación sucesiva «cuando se trata de exigir el cumplimiento de un mandato de contenido monetario contra el Estado» [así también fue admitido en la STC 04119-2005-PA/TC, fundamento 46]. Dichos pasos son los siguientes:

- La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá *proceder conforme al mandato judicial* y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.

- En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, *podrá realizar las modificaciones presupuestarias* dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.
- De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, harán de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a *destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal* que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios.
- El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Normalización Previsional, según sea el caso, calcularán el tres por ciento (3%) referido en el párrafo precedente deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales.
- *Transcurridos seis meses* de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 47.1, 47.2 y 47.3 precedentes, se podrá *dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales* previsto en el artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al artículo 73 de la Constitución Política del Perú [énfasis añadido].

Como se puede apreciar, este artículo del TUO de la ley 27584 (algunas de cuyas disposiciones han sido objeto de interpretación en la STC 0015-2001-AI/TC), a diferencia de lo que prevé el Código Procesal

Constitucional, establece un conjunto de obligaciones específicas a los funcionarios responsables de cumplir una sentencia de contenido monetario contra el Estado. Y en tal sentido, para este Tribunal, dicha vía puede resultar más adecuada y realista para la ejecución de esta clase de mandatos. Sin embargo, considera que es igualmente necesario que el juez constitucional tenga la posibilidad de fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de dichas obligaciones, con el objeto de impedir trabas fraudulentas en la ejecución de la sentencia constitucional.

En consecuencia, el Tribunal estima conveniente precisar que, en aras de lograr una correcta y oportuna ejecución del mandato omitido, «el juez constitucional tiene la potestad de solicitar información al Titular del Pliego Presupuestario, a fin de confirmar la veracidad de la imposibilidad alegada o de medir e impulsar el nivel de progreso de los compromisos asumidos por la entidad en vía de ejecución. En cualquier caso, el juez mantendrá su competencia hasta que el fallo sea cumplido en su totalidad».

### **g) Eficacia temporal del precedente vinculante**

Habiéndose establecido en los fundamentos 45 al 77 *supra* de la presente sentencia, las nuevas reglas que «complementan» los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento, este Supremo Intérprete de la Constitución, reconociendo la indudable importancia que esta regulación supone para dicho proceso constitucional, considera pertinente su reconocimiento a título de precedente vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

De otro lado, y tal como se recordó en el fundamento 41 *supra*, uno de los contenidos necesarios de todo *overruling* consiste en la especificación de los efectos en el tiempo que habrá de desplegar el cambio producido, lo que admite dos opciones: a) aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión; o b) aplicación diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales, por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del

cambio o a los procesos en trámite [STC 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas].

Con relación a este punto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la técnica de la «eficacia prospectiva» del cambio de precedente tiene como finalidad «por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante», lo cual halla justificación en situaciones tales como «el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.» [STC 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas].

452

Así pues, y en vista de la apertura en materia de requisitos de procedencia para el proceso de cumplimiento que genera este «precedente de complementación», el Tribunal Constitucional considera que corresponde aplicar las nuevas reglas también al caso *sub litis*, así como para las causas que se encuentran en giro (eficacia *cuasipropectiva*). En tal sentido, declara que, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que se encuentre en trámite deberá ajustarse al precedente vinculante establecido en la presente sentencia, bien sea para estimar o para desestimar la demanda.

## 6. Epílogo

El Código Procesal Constitucional cumplirá este año 2021, 17 años de vigor y, en el marco de una pandemia, el Congreso elegido para cumplir el periodo post disolución del régimen siniestro de Martín Vizcarra, viene auspiciando una reforma al Código Procesal Constitucional por el otrora presidente del Tribunal Constitucional Carlos Mesía Ramírez. Consideramos que el precedente vinculante que aquí hemos venido cuestionando ha generado una grosera violación a la *tutela judicial efectiva* porque los requisitos, aparte de ser enunciados tautológicos

y contradictorios, amen de anfibológicos, no permite que el justiciable pueda ser atendido sobre un tema de fondo, no solo por esta restricción jurisprudencial, sino que a ello se suma otros precedentes del actual Colegiado Constitucional que igualmente no permite que el Pleno en audiencia pública llegue a conocer este tipo de control de la jurisdicción constitucional de la libertad. El cuadro que a continuación viene, arroja desde 1995 hasta el periodo 2021, un total de 11180 causas ingresadas; de ellas, 10968 han sido resueltas y aunque oficialmente el Tribunal, en el marco de la transparencia, no ha publicado el número de resoluciones estimativas y desestimativas; lo más probable es que más del 95% sean desestimativas en las variantes de improcedentes o infundadas. Esto lleva a que la reforma que se viene auspiciando en el seno del Congreso establezca un cambio no solo a la regulación procesal, sino también a la reestructuración del precedente de marras. Creemos que un balance en perspectiva arroja un saldo más negativo, salvo contadas excepciones que no faltan en el archipiélago de las canteras de producción del Colegiado Constitucional peruano.

| MES          | ACCION DE CUMPLIMIENTO |              |
|--------------|------------------------|--------------|
|              | INGRESO                | PUBLICACION  |
| 1995         | 1                      | 0            |
| 1996         | 24                     | 0            |
| 1997         | 76                     | 15           |
| 1998         | 117                    | 68           |
| 1999         | 107                    | 110          |
| 2000         | 115                    | 147          |
| 2001         | 311                    | 53           |
| 2002         | 207                    | 151          |
| 2003         | 344                    | 394          |
| 2004         | 643                    | 444          |
| 2005         | 1805                   | 1226         |
| 2006         | 1978                   | 2227         |
| 2007         | 590                    | 1130         |
| 2008         | 422                    | 443          |
| 2009         | 324                    | 384          |
| 2010         | 242                    | 393          |
| 2011         | 310                    | 250          |
| 2012         | 219                    | 205          |
| 2013         | 213                    | 135          |
| 2014         | 337                    | 85           |
| 2015         | 735                    | 628          |
| 2016         | 314                    | 389          |
| 2017         | 408                    | 298          |
| 2018         | 555                    | 580          |
| 2019         | 522                    | 569          |
| 2020         | 214                    | 535          |
| 2021         | 47                     | 109          |
| <b>TOTAL</b> | <b>11180</b>           | <b>10968</b> |





## Post Scriptum

Las reglas actuales del proceso de cumplimiento  
en el “Nuevo Código Procesal Constitucional”

✍ GERARDO ETO CRUZ\*

### 1. Nota Preliminar

El Código Procesal Constitucional se publicó bajo la Ley 28237 y como se recordará su aprobación fue con las exigencias de una ley orgánica que requiere “el voto de más de la mitad del número legal de los miembros del Congreso” (art. 106 de la Constitución). Ello en concordancia con el mandato del art. 200 que exige que las garantías constitucionales se regulan a través de una ley orgánica.

455

Este Código fue en realidad el primer Código Procesal Constitucional del mundo; si bien precedido por la existencia del Código Procesal Constitucional de Tucumán que fue promulgado el 2 de marzo de 1999 y publicado el 8 de marzo de 1999; también hay que reconocer que ya existía la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica que entró en vigor el 19 de octubre de 1989 y que materialmente es igualmente un Código. Sin embargo, Tucumán es un Estado Miembro del Estado Federal Argentino; por lo que dicho código es aplicable solo para dicha provincia federal, pero no existe un código para toda la República de Argentina<sup>1</sup>. Lo propio Costa Rica no lo reguló con ese *nomen iuris*. Ergo, el Perú se convertiría en el primer país no solo de América Latina, sino del

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos y Teoría de la Interpretación Constitucional; ex magistrado del Tribunal Constitucional; y ex director del Centro de Estudios Constitucionales del TC.

mundo occidental, que contaba con esta codificación sistemática y que fue fruto de un grupo de distinguidos académicos liderado por Domingo García Belaunde. A la fecha, el segundo Código Procesal Constitucional es el de Bolivia, promulgado bajo la Ley 254 de 5 de julio de 2012. Igualmente existe un proyecto que se viene discutiendo en Brasil<sup>2</sup> a raíz de la propuesta que legara el distinguido constitucionalista Paolo Bonavides en septiembre del 2015 al Consejo Federal de Orden de los defensores de Brasil; por otro lado, también existe un Anteproyecto de Código Procesal Constitucional de la República de Panamá que se ha presentado en 2017 al Poder Legislativo panameño por el Ejecutivo a través de la Comisión de Codificación para la elaboración del Código Procesal Constitucional; y no han faltado voces que plantean que debería existir un Código Procesal Constitucional *tipo* para América Latina como lo propone Osvaldo Gozaíni<sup>3</sup>. El Código nuestro está llegando en 2021 a 17 años de vigencia; en rigor es poco tiempo, pero el escenario de la jurisdicción constitucional ha tenido en estos últimos lustros una cartografía de ruta para que los jueces y con mayor razón para que el Tribunal Constitucional pueda dimensionar su interpretación, ciñéndose en lo posible, a la estructura sistemática de un Código de esta naturaleza.

456

Debemos aclarar que actualmente bajo la Ley 31307 se publicó con fecha 23 de julio de 2021 el autollamado “*Nuevo Código Procesal Constitucional*”; desde ya advertimos que no se trata en estricto rigor de un “*nuevo*” texto, sino de un conjunto de reformas y que más bien consideramos que una futura legislación *rectifique* el término “nuevo” por simplemente Código Procesal Constitucional y que se derogue la única

- 
- 1 DÍAZ RICCI, Sergio: “Un Código Procesal Constitucional y algunos problemas de la jurisdicción constitucional en Argentina”; en Anuario Iberoamericano de Jurisdicción Constitucional; No. 9, Madrid (2005), pp. 65-88
  - 2 RAMOS TAVARES, André e LACERDA GAMA, Marina Faraco (Organizadores): *Um Código de Processo Constitucional para o Brasil*, Belo Horizonte, Arraes Edit, 2021, vid es especial el trabajo de Thiago Lopez Matsuhita: “Un Código de Processo Constitucional Brasileiro o Legado de Paulo Bonavides E A Salvaguarda Do constitucionalismo Brasileiro”, pp. 131-143
  - 3 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (Director): *Estudios de Derecho Procesal Constitucional. Por un Código Procesal Constitucional para Latinoamérica*. Buenos Aires, Edit. Jusbairens, 2017

disposición complementaria derogatoria<sup>4</sup> que convierte a la Ley 31307 en un nuevo Código cuando más bien sigue siendo el mismo, pero con un conjunto de reformas que han reestructurado su sistemática original.

La razón por la que debe mantenerse el regusto histórico de dicho código primigenio es porque el Perú aportó para la comunidad internacional un Código de tal valía y que se preserva desde sus orígenes que datan del año 2004.

Aclarado esto, corresponde ahora aludir a las *innovaciones* que trae la reforma al Código Procesal Constitucional.

El Código trae una estructura sistemática en la que se encuentra *ab initio* con un título preliminar, luego el título I “procesos de hábeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento” y en él un capítulo I en el que se regula un conjunto de disposiciones generales relacionadas a la jurisdicción constitucional de la libertad. En el título V se encuentra la regulación específica del proceso de cumplimiento entre los artículos 65 al 73. Lo que vamos a comentar básicamente es el art. 65 y 66.

457

En el art. 65 se establece el objeto que, como ya se ha señalado, no tiene este proceso constitucional un derecho constitucional “*liquidado*” qué proteger. Y lo que contiene su actual regulación sigue siendo textualmente la misma que el otrora Código primigenio de la Ley 28237, equivalente al art. 66.

Ahora bien, veamos más en detalle algunos aspectos relevantes.

## 2. El objeto del proceso de cumplimiento

En el art. 65 se precisa que este proceso tiene como objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; ello obviamente ante el supuesto que la autoridad o funcionario ostente una *conducta omisiva*.

4 DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA. Derogación de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional Derógase la Ley 28237, Código Procesal Constitucional.

Es decir, si aplicamos la teoría del acto lesivo, nos vamos a encontrar ante una conducta por omisión proveniente de cualquier autoridad o funcionario (no de particulares) que viola a una norma o un acto administrativo que, debiéndose cumplir, ello no ocurre por la conducta omisiva o renuente de dicha entidad estatal.

El no cumplimiento supone que tanto la norma jurídica como el acto administrativo no se vean ejecutados o cumplidos y ello genera una afectación en la plenitud de la vigencia que debe ostentar todo sistema jurídico. La novedad que trae el artículo *in comento* es un texto que han adicionado en donde se precisa lo que no debe ser un objeto de proceso de cumplimiento. Así, la reforma precisa: “No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional”. Resulta por tanto interesante ver cómo es que ha venido evolucionando el objeto de cumplimiento y la concepción misma que le ha deparado su intérprete supremo a este singular proceso de cumplimiento.

458

### **3. Una mirada al desarrollo paulatino del proceso de cumplimiento**

En efecto, se observa, al hilo de su desarrollo una serie de *variantes* o *modalidades* de cómo ha venido siendo concebido por el Tribunal Constitucional desde que entrara en vigor a inicios de diciembre de 2004 a la fecha. Veamos en términos panorámicos:

#### **3.1. El proceso de cumplimiento como un “proceso constitucionalizado”**

Si bien en doctrina se consideró desde su inclusión en el texto constitucional de 1993 al proceso de cumplimiento no como un proceso constitucional *strictu sensu*, dado que no protegía ningún derecho constitucional líquido, sino como un “proceso constitucionalizado”, posición que también compartió en su momento el Tribunal Constitucional, hoy el Colegiado ha inflexionado dicha postura y ha afirmado que el proceso de cumplimiento sí protege un derecho fundamental concreto, que ha

denominado “derecho a la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos”. Con todo, originalmente estableció una conceptualización que hoy está superada. Así, en este primer momento, el TC sostuvo que:

*“2. La acción de cumplimiento es un ‘proceso constitucionalizado’ que, prima facie, no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa.*

*Se trata, por tanto, de un ‘proceso constitucionalizado’, como, a su vez, lo es el contencioso administrativo, y no en estricto de un ‘proceso constitucional’ toda vez que en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando este haya sido creado directamente por la Constitución (art. 200°, inciso 6).*

*Como todo proceso jurisdiccional—y los ‘constitucionalizados’ como los ‘constitucionales’ no escapan de tal condición—, la posibilidad de que las pretensiones que se planteen en su seno sean objeto de un pronunciamiento sobre el fondo está condicionada a que el demandante satisfaga los presupuestos procesales y, en su caso, las condiciones de la acción que la ley prevea”<sup>5</sup>.*

459

Esta postura, en parte fue delineada, dado que empezó a desarrollarse en sus primeros tramos de vigencia del Código. No está de más recordar que en algunos debates incluso se sostenía que este proceso de cumplimiento era una versión del *amparo por omisión* de actos de cumplimientos obligatorios, tal como se establecía en el art. 4 de la antigua Ley 23506:

*“Si se ejerce la acción a causa de la violación de un derecho constitucional por omisión de un acto debido, el fallo ordenará el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto”.*

5 STC N.º 0191-2003-AC, FJ. 2.

### 3.2. El proceso de cumplimiento como proceso para generar la eficacia de un sistema jurídico

Luego tenemos un segundo tramo, donde se encuentra una postura más articulada en torno a la razón de ser de este proceso constitucional. Y ella surge sobre la base de que en todo sistema jurídico, debe regir el principio no sólo de *validez* de las normas jurídicas, sino de su *eficacia*, preocupación que siempre le fue latente en Kelsen, pues el jurista vienés mientras distinguía entre *validez* y *eficacia*, señalaba que la eficacia de un orden jurídico, es una condición, pero no la razón de validez de las normas que lo constituyen. Pero, igualmente enfatizaba que en todo orden o sistema jurídico, “Son válidas, sólo a condición de que el orden jurídico total sea *eficaz*; dejan de serlo no solamente cuando son derogadas de acuerdo con el procedimiento constitucional, sino también cuando el orden jurídico total pierde su *efectividad*”<sup>6</sup>. En igual planteamiento, pero en otra magistral obra, decanta Kelsen que la esencia y naturaleza de las normas jurídicas en sentido estricto, es que ella es una *norma jurídica obligatoria para los súbditos*<sup>7</sup>; pero igualmente “la norma jurídica en sentido amplio” es *norma jurídica obligatoria para el Estado*”; en consecuencia no puede el Estado concebirse contra el derecho porque esto significaría que obre contra su propia voluntad; concluye por tanto Kelsen afirmando que la construcción jurídica de las normas se dividen ateniéndose a su específica “función jurídico formal de la obligatoriedad en normas que obligan a la persona-Estado y normas que obligan también a los demás sujetos”<sup>8</sup>. En consecuencia, la construcción jurídica de las normas, han de suponer que ellas son obligatorias, no sólo para las personas particulares; sino que es el propio Estado el que se obliga a cumplir las normas que ella produce. He allí la razón de ser de la

---

6 KELSEN, Hans: Teoría General del Derecho y del Estado, UNAM, México, 1996, Traducción de Eduardo García Máynez, p. 140, bastardillas nuestras

7 KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Porrúa, Traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, Notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, 1987, p. 163-211

8 Op Cit, p. 213, 219, 233.

plenitud de un sistema jurídico: que cada norma, cada precepto, cada mandato no es una mera entelequia para que se exhiba en un escaparate; están allí para que se cumplan. Veamos el excurso argumentativo de esta posición que asume el TC:

*“El control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no solo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.*

*Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.*

*En efecto, el inciso 6° del artículo 200° de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación*

*en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.*

*Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (arts. 3° y 43°), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (art. 38°) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (art. 51°) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia”.*

462

En dicha línea, el TC peruano ha sintetizado la finalidad del proceso de cumplimiento, declarando:

*“El proceso de cumplimiento previsto en el inciso 6), artículo 200°, de la Constitución de 1993, y en el artículo 66°, del Código Procesal Constitucional, tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad público renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. Así, lo que se busca obtener con este proceso es asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y los actos administrativos”<sup>9,10</sup>.*

---

9 STC N.º 0168-2005-PC, FJ. 5-11.

10 STC N.º 03410-2006-PC, FJ. 2.

### 3.3. El proceso de cumplimiento como proceso para generar la efectividad de las disposiciones constitucionales

Ahondando en el objeto y finalidad del proceso de cumplimiento, el Tribunal ha mantenido la posición de que el derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos encuentra su cauce procesal a través de este proceso, aun cuando lo ha reconducido a casos de indubitable claridad y certeza del *mandamus*. Por otro lado, el TC ha concebido igualmente que no se trata de que este proceso constitucional, cumplan servicios en disponer la ejecución de normas de rango legal, o de otras de naturaleza infralegal; sino que también puede servir para que se disponga el cumplimiento de disposiciones constitucionales. Y es que este tipo de normas, no siempre tienen una eficacia autoaplicativa como son las *normas operativas* de una constitución; sino que existen cláusulas de *naturaleza programática* que requieren del cumplimiento de otra norma, por lo general de una norma de desarrollo constitucional, para que pueda tener eficacia dicha norma constitucional; de lo contrario, como veremos líneas más abajo, se genera el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión. Es, por tanto esta variante, una tipología más en torno al objeto de la norma materia de cumplimiento que puede ser utilizada a través de este mecanismo procesal.

463

En una variante, derivada de la especial problemática de los pueblos indígenas, ha dispuesto el TC que si el principio de regularidad del ordenamiento jurídico exige su efectividad, con mayor razón, de las disposiciones constitucionales es más imperativa su cumplimiento. Veamos esta postura del TC:

- *Principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales*

“Precisamente, con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer la existencia de *un principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales*. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula

en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional.

Por otro lado, como se ha sostenido en la doctrina sobre la obligación de desarrollo normativo de la Constitución (que es una dimensión del principio más general de efectividad de las disposiciones constitucionales), en el contexto de un Estado Social de Derecho, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de derechos sociales, requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales, lo cual supone, en primer lugar, la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se diseñará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos. Así lo ha señalado explícitamente el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, quien ha sostenido que:

‘[El] dogma en la literatura y en la jurisprudencia de que el ciudadano no tiene derecho a exigir la emanación de normas jurídicas [...] es objeto de erosión por los esquemas regulativos del Estado Social y por las varias dimensiones de la vinculación de los poderes públicos por los derechos fundamentales [como son] la actualidad, la positividad y la normatividad’ [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José

Julio: La inconstitucionalidad por omisión, Civitas, Madrid, 1998, p. 220]”<sup>11</sup>.

Aparte de esta posición jurisprudencial, también en la misma línea se ha pronunciado en otro aspecto en los siguientes términos:

- *Obligación constitucional de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en la Constitución*

“Ahora bien, la fundamentación de una obligación constitucional de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el Texto Constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la Norma Fundamental, como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar, y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de las nuevas formas del Estado Social y de nuevos derechos fundamentales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de ‘fraude a la Constitución’ o ‘Constituciones nominales’, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que solo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas.

La obligación impuesta al legislador o a otra autoridad estatal de desarrollar la Constitución no debe, sin embargo, ser entendida como una obligación rígida o invasiva de las competencias constitucionales asignadas a los órganos de producción normativa. Por el contrario, este Tribunal entiende que el rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo

11 STC N.º 5427-2009-PC/TC, FEJJ. 15.

de la Constitución no es una mera labor de órgano ejecutor de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de configuración de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta discrecionalidad en el momento en el cual realizar la labor de desarrollo normativo, sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por este o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.

466

La revalorización de los derechos fundamentales como ‘conquistas frente a la mayoría’ o como ‘límites al poder político’ exige pues asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto), como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a este el deber constitucional de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales”<sup>12</sup>.

### **3.4. El proceso de cumplimiento frente a las omisiones legislativas inconstitucionales.**

Nos encontramos aquí frente a una variante similar a la anterior, pero con la diferencia de que aquí, el TC reconoce que si una cláusula constitucional exige que debe ella ser materia de una ley que la desarrolle, se genera específicamente el fenómeno de la inconstitucionalidad por

---

12 STC N.º 5427-2009-PC/TC, FEJ. 16-17.

omisión. Y frente a esta compleja patología de violación de la constitución por omisión del desarrollo de una ley, el proceso de cumplimiento se presenta como un instrumento idóneo para disponer el cumplimiento de esta cláusula aunque no se encuentre desarrollada la ley exigida por la constitución. Apreciemos cómo el TC concibe explícitamente este fenómeno:

“En esta dirección la doctrina ha reafirmado la necesidad de la inclusión del control de las omisiones, entre otras razones, en virtud a: a) La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza ‘social’ del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las ‘obligaciones constitucionales’, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales”<sup>13</sup>.

467

### **3.5. El proceso de cumplimiento frente a la inconvencionalidad por omisión**

La construcción teórica del Derecho Público en el pensamiento occidental atraviesa por una eclosión de ideas que la realidad impone no solamente a los teóricos sino, fundamentalmente, a la justicia constitucional, que enfrenta nuevos retos y paradigmas y que tienen jurisdiccionalmente que asumir. En el marco de esta retroalimentación ontológica y cognitiva, es que se ha presentado en los albores del siglo XXI ya no solo nuevos conceptos como es el que en sus orígenes acuñara el Consejo Constitucional francés en la séptima década del siglo XX, y que luego el

---

13 STC N.º 0006-2008-PI, FJ. 41.

ilustre magistrado Sergio García Ramírez, a nivel solitario, y luego por el Colegiado en pleno de la Corte Interamericana, desarrollaran lo que hoy ya es moneda corriente en el pensamiento del Derecho Público latinoamericano: El control de convencionalidad.

Este control, como se sabe, tiene referencia a un conjunto de normas que vienen a ser de naturaleza externa o heterónoma, pero que ingresan al ordenamiento interno de cada país, bajo la clásica tesis dualista del Derecho Internacional Público. Así las cosas, ocurre que existe un conjunto de normas expresadas en tratados, convenios o declaraciones internacionales, con sus correspondientes protocolos, y que hoy se les identifica como “*bloque de convencionalidad*”; muchas de estas normas reguladoras de tratados internacionales, vinculados a los derechos económicos, sociales y culturales, son de carácter prestacional; por lo que exigen a cada Estado, expresas y contundentes políticas legislativas, que complementen y desarrollen las líneas maestras de esos derechos prestacionales. Sin embargo, a lo largo de los años, se ha venido observando no solo por la Comisión sino por la Corte Interamericana, que los Estados no cumplen no solo con sus sentencias –de ahí las sentencias de seguimiento y reparación– sino de sus propios tratados, que son precisamente las normas que constituyen el parámetro de interpretación y de control del ordenamiento interno de los países emplazados por sus súbditos.

468

En este contexto, es que surge una nueva doctrina a la que se le viene calificando como “*inconventionalidad por omisión*”, y que se trataría de aquel fenómeno en la cual el Estado o sus gobernantes no desarrollan ni impulsan leyes internas que exige el llamado “bloque de convencionalidad”. A nuestro concepto, el TC peruano ha realizado un aporte singular a partir de un emblemático caso que fue vía un proceso de cumplimiento, donde un conjunto de comunidades nativas agrupadas en una corporación denominada AIDSESEP plantearon un proceso de cumplimiento para que el gobierno reglamente una ley de consulta previa. Sin embargo, el TC observó que no solo no existía dicho reglamento, sino tampoco la llamada “Ley de consulta previa”. Analizando internamente el TC si la consulta previa explícitamente era exigible desde una perspectiva constitucional, se apreciaba literalmente que no había ninguna cláusula en

dicho sentido. Con todo, bien cabía una interpretación “desde la Constitución” a partir de los derechos de las comunidades nativas a su identidad étnica y cultural. Sin embargo, el TC prefirió hacer una interpretación desde el propio “bloque de convencionalidad” a través de un instrumento que proviene de la OIT, organismo adscrito, como se sabe, a las Naciones Unidas, y es el llamado Convenio N.º 169, en la cual allí sí explícitamente se exige y se intima a cada Estado a que desarrolle por ley su régimen de consulta previa. Al no haber existido esta ley, que suponía un desarrollo de alguna cláusula convencional, se generaba así el fenómeno de la *inconvenicionalidad por omisión*, fenómeno que va en paralelo a lo que ya hace muchos años la doctrina identifica a la *inconstitucionalidad por omisión*. En este sentido, el TC en forma implícita, ha creado esta figura y que hoy aquí denominamos la “inconvenicionalidad por omisión”<sup>14</sup>.

“Y ello es así, porque precisamente en el problema constitucional aquí planteado no solo está imbuida la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional que tiene rango constitucional, sino tras dicha obligación, se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas y que se presenta además como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha estado nuestro país por la falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada. Dicho conflicto justamente vino marcado por la ausencia del mecanismo de la consulta, ordenado por el Convenio N.º 169 de la OIT, y que hoy pretende hacerse

14 Ver nuestro trabajo: ETO CRUZ, Gerardo. “La inconvenicionalidad por omisión: una aproximación conceptual”. En: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: *El control de constitucionalidad en la democracia* (coordinador), 2015 Buenos Aires, Ediar, pp. 275-299. Igualmente puede observarse otro trabajo más puntual en ETO CRUZ, Gerardo: “Inconstitucionalidad por omisión e inconvenicionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos”. En Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México Cuarta Época, Volumen 1, número 16, segundo semestre, 2015, julio a diciembre, pp. 305-343.

cumplir a través del presente proceso de cumplimiento. En este sentido, como este Tribunal ya lo ha reconocido, el proceso de cumplimiento en muchas ocasiones se proyecta no solo como un procedimiento destinado a dar cumplimiento a aquello que se encuentra claramente ordenado en la ley o un acto administrativo, sino que puede ser un instituto idóneo para brindar indirectamente tutela eficaz a un derecho fundamental que se encuentra afectado por la omisión de las autoridades competentes (STC N.º 2002-2006-PA/TC, Caso Pablo Miguel Fabián Martínez, FFJJ. 16-33).

24. Finalmente, es preciso tener en cuenta que la vinculación de los tratados sobre derechos humanos y con ella la sujeción plena de los Estados al orden jurídico internacional supone no solo el reconocimiento estatal de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales o el sometimiento a una jurisdicción supranacional, sino, en un plano más inmediato, la real y verdadera eficacia interna de los derechos reconocidos en el tratado internacional. En dicho contexto, este Tribunal entiende que la finalidad de un pacto sobre derechos humanos es la ampliación del ámbito vital de los derechos reconocidos a la persona o a ciertos grupos humanos, parece claro aceptar que la vocación intrínseca de estos derechos es su plena eficacia y justiciabilidad en el ámbito interno. Así lo ha reconocido, para lo que aquí interesa, el Convenio N.º 169 de la OIT, que en su artículo 12 ha dispuesto: ‘Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos’. Ello debe ser concordado a su vez con lo establecido en el artículo 37 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que dispone: ‘Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los

Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos’.

La necesidad de poseer recursos judiciales en el derecho nacional para reparar violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales se condice además con la necesidad de brindar la oportunidad al propio Estado de remediar dichas violaciones y evitar de este modo su responsabilidad internacional. En este contexto, al habilitar el presente proceso de cumplimiento para dar respuesta a una supuesta violación de los derechos reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT, este Tribunal no solo pretende cumplir la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio, sino que intenta llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado peruano en esta materia. En efecto, como este Colegiado ya lo ha reconocido, la jurisprudencia constitucional no solo cumple la función de concretizar los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que cumple una verdadera función preventiva de las sentencias condenatorias de la Corte IDH (STC N.º 2730-2006-PA/TC, F.J. 13).

25. En mérito a estas consideraciones, este Tribunal concluye que el presente proceso de cumplimiento debe ser adecuado o redimensionado para dar respuesta a la pretensión planteada por la parte demandante. Ahora bien, en estricto la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una omisión normativa inconstitucional directa, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; sino que se encuentra dentro de la categoría de omisión normativa inconstitucional indirecta, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un

reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional.

26. Ahora, si bien no existe una ley que haya desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería que no existe, por tanto, el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio N.º 169 vincula a todos los poderes públicos y no solo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburoférica) y que, por lo mismo, según el Convenio N.º 169, deben ser consultadas<sup>15</sup>.

472

Por otro lado, y en el marco de esta novedosa situación que forma parte del derecho procesal supranacional o convencional, se aprecia hoy que los Estados no pueden invocar el incumplimiento de un tratado internacional en materia de derechos humanos porque no ha sido desarrollado por la legislación nacional. Veamos:

“11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.º 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación doméstica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en

---

15 STC N.º 05427-2009-PC, FJ. 23-26.

vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo del 2010 el Congreso ha aprobado la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta.

12. En segundo lugar, no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad. Más aún, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: ‘Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe’. Mientras que el segundo indica que; ‘una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’. Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada.

13. En tal sentido, la omisión en la regulación de algún mandato ius fundamental contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas”<sup>16</sup>.

### **3.6. El proceso de cumplimiento como protección indirecta de derechos fundamentales**

El TC ha incorporado también, a través de dos casos emblemáticos (La Oroya y AIDSESP II), la protección cualificada, aunque indirecta, que puede brindar el proceso de cumplimiento respecto de derechos fundamentales sustantivos; sobre todo cuando tras el incumplimiento de la autoridad o funcionario renuente se encuentra un estado grave de desprotección de derechos, en especial de grupos especialmente protegidos por la Constitución. Veamos:

474

“En el presente caso, teniendo en cuenta que la pretensión de los demandantes en cuanto a la exigencia del cumplimiento de los mandatos contenidos en las referidas disposiciones legales y reglamentarias, no solo se relaciona con el control de la inacción administrativa sino, precisamente, conque tal inacción vulnera los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado, es preciso analizar, previamente, tales derechos, toda vez que detrás de la cuestionada inacción administrativa se encuentra la denuncia sobre la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

---

16 STC N.º 0022-2009-PI, F.J. 11-13.

Como se apreciará más adelante, lo antes expuesto supone que si bien los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado no podrían ser protegidos «directamente» mediante el proceso de cumplimiento, sí pueden ser tutelados de modo «indirecto», siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente, dispuesto en una ley o un acto administrativo, que se encuentre indisolublemente ligado a la protección de tales derechos fundamentales<sup>17</sup>.

“Y ello es así, porque precisamente en el problema constitucional aquí planteado no solo está imbuida la obligación estatal de desarrollar normativamente un tratado internacional que tiene rango constitucional, sino tras dicha obligación, se encuentra la garantía de los derechos fundamentales de un grupo que goza de especial protección constitucional como los pueblos indígenas y que se presenta además como de gran relevancia constitucional, dado el delicado conflicto social que en los últimos años ha estado nuestro país por la falta de capacidad institucional para armonizar los derechos y legítimos intereses de estas comunidades y el interés estatal también legítimo de promoción de la inversión privada. Dicho conflicto justamente vino marcado por la ausencia del mecanismo de la consulta, ordenado por el Convenio N.º 169 de la OIT, y que hoy pretende hacerse cumplir a través del presente proceso de cumplimiento. En este sentido, como este Tribunal ya lo ha reconocido, el proceso de cumplimiento en muchas ocasiones se proyecta no solo como un procedimiento destinado a dar cumplimiento a aquello que se encuentra claramente ordenado en la ley o un acto administrativo, sino que puede ser un instituto idóneo para brindar indirectamente tutela eficaz a un derecho fundamental que se encuentra afectado por la omisión de las autoridades competentes

---

17 STC N.º 2002-2006-PA/TC, FEJJ. 2-3 (Caso La Oroya).

(STC N.º 2002-2006-PA/TC, Caso Pablo Miguel Fabián Martínez, FF.JJ. 16-33)<sup>18</sup>.

#### 4. Las reglas aplicables para resolver los procesos de cumplimiento en la actual legislación

A raíz de la STC 0168-2005-PC/TC que impuso una valla alta para los justiciables que planteaban este singular proceso de cumplimiento, el actual Código reformado, en el art. 66 ha establecido un conjunto de reglas que pasaremos sumariamente a revisar.

##### 4.1. Cuando el mandato es genérico o poco claro

De primera intención, no siempre la técnica legislativa de las diversas entidades legiferantes o administrativas del Estado, expresan una pulcritud en la redacción y en el fraseo que establezca un mandato preciso y claro. En efecto, muchas veces el texto sobre el que descansa el *operador deóntico* de la norma, resulta genérico. El término entraña una orden abierta y por lo tanto imprecisa. Al ser tal, es poco clara y se presentan enunciados ambiguos, equívocos, y ello genera ya una equivocidad. Aun así, el juez no debe ni rechazar liminarmente la demanda –como ocurría como consecuencia del precedente de marras– ni tampoco definir en desestimativa la demanda, puesto que este problema *no es del justiciable*, sino de la pésima técnica legislativa o administrativa en la que se ha desarrollado la norma o el acto administrativo que igual debe establecer una orden clara a ejecutarse. Frente a este supuesto, el juez tiene la siguiente ruta que cumplir:

476

##### a) Interpretar la norma o el acto administrativo

Esto significa que el juez, con buen criterio *debe darle un sentido* a la norma. Se interrogará para qué se ha emitido, qué pretende tanto la norma como el acto administrativo más allá de su mandato multívoco o de su ambigüedad del precepto o del acto de la administración pública.

---

18 STC N.º 5427-2009-PC/TC, F.J. 23 (Caso AIDSESEP II).

**b) Luego debe entrar a resolver el fondo de la cuestión**

Aquí el juez al tener ya certeza de lo que dispone la norma o el acto administrativo, debe entrar a ver el fondo de lo que se controvierte. Es de suponer que existen dos partes: el demandante que está exigiendo que se dé cumplimiento a lo que ordena la norma o el acto administrativo y la administración pública que se mantiene impertérrita en no cumplir o ejecutar lo que presuntamente allí se establece. Es obvio que, pese a su aparente sentido genérico, el texto en sí tiene un sentido, un significado, un fin. Nunca una disposición normativa o un acto administrativo entraña un mensaje *encriptado*, oscuro, cerrado que merezca develarse. No, el juez al haber *prima facie* realizado una interpretación dándole un determinado sentido a la norma; luego al tener a las dos partes que disputan: *i)* el demandante que afirma una *tesis* relacionada al cumplimiento de algo que la entidad estatal no quiere cumplir, o es esquivia o no le interesa; y *ii)* la *antítesis* que es lo que ha contestado el Estado a través de la autoridad o funcionario. Al existir en términos carneltuttianos esta justa composición del litigio, el juez tiene un escenario cabal, concreto de una causa en la que debe entrar a ver ya el fondo del asunto. Entrar a resolver el fondo supone necesariamente emitir un fallo estimatorio bien que puede ser en todo o en parte; o eventualmente, en el otro extremo, declarar infundada la pretensión por alguna razón que será motivo de argumentos que habrán de corresponderle al juez. De hecho, el requerimiento de sus reglas que aquí comentamos en este primer supuesto, no debe llevar al juez a emitir una resolución de improcedencia, debe penetrar a que la causa se resuelva como fundada o infundada, no hay otra opción. Se nos podrá replicar que, eventualmente el juez puede encontrar, después de haber analizado el tema de fondo, algún tema de procedibilidad establecido en el art. 7 del Código y optar finalmente por declarar improcedente por alguna causal establecida en el art. 7, no se descarta, pero la regla está dirigida a que el juez no debe irse por meras resoluciones procedimentales y afirmar la plenitud del ordenamiento jurídico cuyo último es precisamente la vigencia de las normas y de lo que dispone la administración pública.

Este supuesto que aquí comentamos relativo a que el mandato es genérico o poco claro, trae una cartografía que, aunque está implícito en la formación de los jueces, se ha regulado; veamos:

### **i) Cuando se trata de la interpretación de una norma**

Aquí no solo se trata de una norma equivalente a ley; en realidad el legislador alude simplemente a cualquier norma la que puede ser una norma legal, infralegal, constitucional, Tratado, etc.; pues como ya hemos visto, el TC ha venido desarrollando diversas variantes en torno a lo que puede ser objeto de cumplimiento y ella no se reduce a la norma meramente legal. El juez debe utilizar “los métodos clásicos de la interpretación jurídica”. Este párrafo nos parece necio y redundante. Está implícito ya en el juez y que verá si simplemente apela a la clásica metodología que en su momento esgrimiera Savigny: el método gramatical, histórico, sistemático y lógico.

478

De lo que se trata es que después de todo el desarrollo hermenéutico puede haber el peligro que la interpretación que haga el juez esquiva una sentencia que debiendo ser fundada desarrolle una *interpretación “oficialista o gubernamental”*, esto es, en favor del régimen político o del Estado; o yendo al otro extremo, a lo mejor corresponde una sentencia infundada, y el juez puede aplicar la “*teoría del uso alternativo del derecho*” y emita un fallo estimatorio o fundado por su posición ideológica; por cierto estamos poniéndonos en hipótesis que no deberían ocurrir, pero estos casos pueden presentarse cuando el intérprete se enfrenta a lo que Sagüés denomina las contradicciones normativas y las contradicciones ideológicas<sup>19</sup>; con todo, en este tipo de situaciones, la naturaleza de la interpretación dependerá de qué tipo de norma se trata; y lo que debe esperarse es que se mantenga una interpretación coherente, esto es, continuada lo que significa una cuota de *seguridad jurídica*; pero como alerta el mismo Sagüés, la seguridad jurídica no es el único valor jurídico; pues pueden manifestarse fallos sobre una misma norma bajo una

---

19 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución*. 2da ed. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 105 y ss.

“interpretación pragmática”. Y es que no siempre los jueces interpretan una norma del mismo modo, y esta interpretación es un antídoto –prosigue Sagüés– contra el facilismo judicial de seguir aplicando automáticamente una doctrina anterior, o un precedente como fue el que estableció lamentablemente el TC frente a este proceso de cumplimiento.

Pero el sentido de esta regla es que la interpretación al asignarle un sentido a la norma, ella debe responder a la motivación de una interpretación propia de la dogmática jurídica que se vea involucrada. No olvidemos que muchas normas responden por la materia a disciplinas jurídicas diversas y cada una de ellas se encuentran gobernadas por determinados principios.

Es más, el juez puede apelar no solo a una *sentencia interpretativa*; sino eventualmente a *sentencias interpretativas manipulativas*; esto, a nuestro criterio, es otro peligro que puede presentarse si es para evadir al cumplimiento de lo reclamado en este particular proceso.

En suma, una lectura pacífica de la norma lleva a concluir que esta primera regla debe el juez ser leal con el principio de respeto a la legalidad y constitucionalidad de la norma materia de un proceso de cumplimiento.

479

## **ii) Cuando se trata de una interpretación de un acto administrativo firme**

En este supuesto, expresa la norma que el juez debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo. Esto significa que, más allá de lo que disponga el acto administrativo, se va a interpretar bajo principios que disciplinan la voluntad de la administración pública. Recordemos que un acto administrativo es la “declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de un deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”<sup>20</sup>.

20 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Lima, Palestra-Temis, 2006, p. 585

Al describir esta definición, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández señalan las siguientes características del acto administrativo que aquí tomamos en versión libre:

- a) Se trata de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente administrativas. Esta declaración se va a manifestar, por lo general, a través de comportamientos o conductas a realizar y sobre el sustento o imperio del principio de legalidad;
- b) La declaración, por regla general, es sobre la voluntad de una decisión o resolución final de un procedimiento administrativo;
- c) La declaración en torno al acto administrativo debe su origen a una Administración. El acto administrativo, por tanto, es un acto unilateral;
- d) La declaración administrativa en que el acto consistente se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa.

480

A estas características, el juez intérprete del acto administrativo debe tener en cuenta el análisis de los diversos elementos constitutivos de los actos administrativos. Así, examinará los *elementos subjetivos* que corresponden al ente del cual emana dicho acto y que, desde luego se produce por la Administración pública. Se debe tener presente que la Administración como persona jurídica se expresa en diversos órganos del que conforman el poder político de un Estado. En este contexto igualmente el juez en este elemento analizará la competencia del órgano en que emana el acto administrativo. La doctrina señala pacíficamente tres tipos de competencia:

- a) *ratione materiae*: en virtud del cual determinado órgano se encuentra investido legítimamente de conocer determinados asuntos por razón de la materia;
- b) *ratione loci*: por razón del lugar, los órganos del Estado tienen una competencia territorial determinado, según fuera a nivel nacional, regional o municipal;
- c) *ratione temporis*: en función a la competencia por razón del tiempo que dependerá de la situación concreta.

En lo que atañe a los *elementos objetivos*, siguiendo aquí a los profesores García de Enterría y Tomás-Ramón, precisan que dichos elementos están conformados por el presupuesto de hecho, de fin, de causa y de motivo. Respecto al presupuesto de hecho anotan:

“Si la administración “ejecuta” la Ley [...], resulta que la Ley como imperativo abstracto conecta una cierta consecuencia jurídica a un tipo de hecho específico, precisamente, y no a cualquiera, indeterminadamente; tal es la estructura necesaria de toda proposición normativa, como es bien conocido, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y por tanto esta estructura se proroga necesariamente en las potestades de que resulta investida la Administración para la aplicación de dicha norma”<sup>21</sup>

En esto es precisamente en lo que el juez habrá de determinar la esencia y naturaleza de lo que dispone el acto administrativo y en torno a lo que debe ventilarse cuando un acto requiere una ejecución o un cumplimiento. En este elemento objetivo existe un presupuesto de hecho, “en cuanto proviene directamente de la norma atributiva de la potestad, es siempre un elemento reglado del acto y, por tanto, perfectamente controlable por el juez; si el presupuesto de hecho legalmente tipificado (aunque esta tipificación pueda ser implícita y no expresa) no se cumpla en la realidad, la potestad legalmente configurada, en función de dicho presupuesto no ha podido ser utilizada correctamente”<sup>22</sup>.

Aparte del supuesto de hecho, igualmente el juez deberá tener presente el *fin* que la norma sea de manera expresa o tácita le asigna. Y es que, efectivamente todo acto administrativo es un instrumento que sirve al fin al cual la norma le ha configurado la potestad que realiza.

Todo acto administrativo entraña otros elementos objetivos como es la declaración y su contenido y objeto. Lo que se declara en un acto administrativo es por regla general una *voluntad o decisión*. Y es obvio que el contenido de la declaración descansa en el principio de legalidad.

21 Op cit, p. 595

22 Ibidem

Respecto al objeto de la declaración de la administración pública, ella gira en torno a “un comportamiento del administrado, de otra Administración, de otro órgano, del titular del órgano (dar, hacer, no hacer, etc.)”

#### **4.2. Cuando el mandato este sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares**

Esta cláusula en parte ha sido recogida de la STC 0168-2005-AC relativo al precedente vinculante en materia del proceso de cumplimiento. Entre otros aspectos, recordemos que dicho precedente estableció un conjunto de requisitos comunes tanto de la norma legal como del acto administrativo para que sea exigible a través del proceso de cumplimiento y ahí se estableció en el FJ 14 que el mandato deberá contener entre los requisitos comunes “no estar sujetos a controversias complejas ni a interpretaciones dispares”.

Lo primero que uno se debe preguntar es si acaso la norma no siempre está bajo el signo característico de que se trata de una controversia compleja. El TC no ha precisado explícitamente cuando estamos ante dicho supuesto; pero lo que sí queda claro es que si se presentaba este supuesto, el proceso de cumplimiento no era procedente.

482

Nosotros entendemos que una controversia, esto es, la disputa en sede judicial vía este singular proceso, es “*compleja*” cuando se requiere un debate para aclarar muchas cosas. No solo sobre el sentido de la norma, sino que ella puede involucrar más que un tema probatorio, supuestos de enunciados contradictorios y que, por lo mismo requiere precisiones. Y ello también puede ser debatido en un proceso de cumplimiento.

La controversia no sólo será entre la tesis (demanda) y la antítesis (contestación), sino que ello se podrá apreciar en la Audiencia única que hoy prevé el art. 12 del actual Código, pero no pueden los jueces, bajo el supuesto de esgrimir una controversia compleja, rechazar la demanda de cumplimiento como ha sido la ingente cantidad de procesos relacionados a temas previsionales de reajustes, bonificaciones, entre otros rubros bajo del marco del precedente vinculante que de hecho, hoy queda sin efecto con la actual regulación que desarrolla el Código.

Hoy cabe hacer, por tanto, un reexamen del problema, pero no bajo los *criterios restrictivos* que ha tenido el TC para rechazar casi todos los procesos de cumplimiento bajo el formato de que la norma o el acto administrativo era una controversia compleja; sino que hoy la singladura que prevé la norma, habilita al juez a que se pronuncie en el tema de fondo. En el caso de los supuestos de *interpretaciones dispares* ello ocurrirá si los enunciados normativos o de lo emitido por la Administración Pública permiten interpretaciones disímiles o contradictorias.

Sagües nos presenta aquí una ruta sobre la lógica argumentativa de las contradicciones normativas. Veamos *in extensu*:

“La “contradicción” normativa, como la denominan English, Somló, Larenz, o “inconsistencia” (Ross) o “incoherencia” (Alchourrón, Bulygin), ocurre cuando la norma dispone dos consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente; o “cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas”. Ross diferencia tres tipos de contradicción normativa: a) el total-total (las dos normas se oponen de tal forma que ninguna puede aplicarse sin entrar en conflicto con la otra); b) el total-parcial (la norma 1, por ejemplo, se opone totalmente a la norma 2; pero ésta tiene una disposición no mencionada en la primera, de tal modo que ese tramo de la norma 2 puede aplicarse con independencia de la 1; y e) la contradicción parcial-parcial (dos normas se oponen entre sí; pero hay un sector de la norma 1 no comprendido por la 2, y viceversa)”.<sup>23</sup>

483

La posición del TC ha sido en este caso, tal como estaba diseñado en el archicitado precedente STC 0168-2005-AC que por tener tales contradicciones, el proceso de cumplimiento debería rechazarse; y en el mejor de los casos que se resolviera en el proceso contencioso administrativo. Esta postura restrictiva del TC se ha mantenido a lo largo de más de década y media y sostenemos que sí se podía debatir dicha controversia o

23 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 105

sus interpretaciones contradictorias (dispares) en este proceso de cumplimiento, y no necesariamente debatirse en un contencioso administrativo. Y es que el juez constitucional sí se encuentra habilitado para decantar esta controversia compleja bastando con el material probatorio recaudados por las partes. Al fin y al cabo el grueso de los procesos de cumplimiento gira ante el Estado que siempre se sustrae a cumplir las normas y sus propios actos administrativos. Al respecto, nuevamente Sagüés anota la pertinente reflexión:

“Si hay un supuesto de contradicción normativa, el intérprete debe saber cómo resolverlo: no es legítimo para él cruzarse de brazos, negar falsamente la contradicción diciendo que una ley o la Constitución no pueden contradecirse, o concluir que si hay contradicción, ella no tiene remedio. “Desde siempre se ha considerado –escribe Larenz–que la misión de la interpretación no es sólo eliminar puntos oscuros, sino también las contradicciones de la ley; hacer comprensible una disposición legal no sólo en sí misma, sino también en conexión con las restantes disposiciones”.<sup>24</sup>

484

Con todo, frente a este escenario cuando el mandato ostenta dicha controversia compleja o trasunta interpretaciones dispares una vez que ha decantado los entresijos de ambos extremos, debe entrar a resolver el fondo de dicha disputa; y para ello, el actual Código ha previsto dos reglas:

**i) El juez debe aplicar una mínima actividad interpretativa para superar la controversia.**

Esta regla en parte homologable a la anterior obliga al juez a que ejerza una actividad hermenéutica apelado a los clásicos criterios de la teoría de la interpretación, la misma que, a la postre significará darle un sentido a la norma que presuntamente ostenta una controversia compleja o su interpretación es contradictoria; lo propio aquí, atenderá a la materia de la dogmática jurídica involucrada, pues a eso se dirige el texto cuando

prescribe que “[Debe] aplicar los criterios de especialidad”. Igual determinando el criterio de la ley en el tiempo y, su propia jerarquía.

Frente a esta situación que enfrenta el juez, ya el propio TC ha establecido un conjunto de reglas para el aseguramiento de la *plenitud jurídica* que aquí resultan oportunos consignarlas. Veamos estas reglas:

### **Reglas para el aseguramiento de la *plenitud jurídica***

La plenitud del orden jurídico se asegura mediante la utilización sucesiva y por descarte de los cuatro procedimientos siguientes: aplicación de las reglas de enlace, aplicación de las reglas de exclusión, aplicación de las reglas de competencia circunscrita y aplicación de los modos de integración.

#### a) Aplicación de las reglas de enlace

El orden jurídico se asienta en una pluralidad de normas acopladas y empalmadas entre sí, que permiten regular creativamente, por inducción o deducción, cualquier situación, hecho o acontecimiento de relevancia jurídica.

485

#### b) Aplicación de las reglas de exclusión

Cuando una norma ordena un comportamiento determinado, los demás no fijados en dicha regulación se adscriben a la determinación de una consecuencia jurídica por la vía de la exclusión.

Vale decir, los casos no comprendidos por la norma se rigen por la asignación de deberes o derechos basados en la exención que esta prevé.

La regla de exención se formula bajo el principio de que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, la cual se encuentra contemplada en el apartado a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución. Esta regla se aplica única y exclusivamente para los ciudadanos, mas no opera para los funcionarios públicos.

#### c) Aplicación de la regla de competencia circunscrita.

Los funcionarios públicos con poder de decisión solo pueden hacer aquello que específica y concretamente les ha sido asignado como

responsabilidad funcional en el marco de una norma jurídica. Por ende, aquello regulado fuera de este marco escapa de su ámbito de acción.

d) Aplicación de los modos de integración.

Estos modos señalan las reglas que sirven de última fuente de solución para cubrir o llenar las lagunas normativas. Así, en defecto de la aplicación de las reglas de enlace y exclusión aparecen los principios generales del derecho, la analogía y la equidad, como fuente técnica de terminación del problema derivado de un defecto o deficiencia normativa.

Cabe admitir que los problemas de coherencia de un ordenamiento jurídico son consecuencia del exceso de normas; en tanto que los problemas de cuestionamiento de su plenitud son resultantes del defecto o la deficiencia de normas<sup>25</sup>.

**ii) El juez aplica una mínima actividad probatoria que permita confirmar la veracidad del mandato**

486

Esta regla se ubica en el art. 66 (ítem 2.2) del Código; siempre bajo el supuesto de que el *mandamus* ostenta una controversia compleja o de interpretación dispar; siguiendo siempre la exigencia de que el juez debe previamente esclarecer la controversia para entrar a resolver el fondo del tema debe aplicar “una mínima actividad probatoria”. Bien se sabe que en los procesos constitucionales; y con mayor razón, tratándose de procesos cumplimiento, donde por lo general todo gira bajo el marco del cumplimiento de una norma o un acto administrativo, la regla matriz hoy ubicada en el art. 13 establece que los medios probatorios “no requieren actuación”, lo que no impide la realización de la actuación de las pruebas que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso”.

En este sentido, en materia de procesos cumplimiento la regulación actual dispone que el juez debe aplicar esta actividad probatoria mínima a fin de verificar la veracidad del mandato. Por tanto, puede complementariamente ordenar, sea de parte o de oficio, la exhibición de los documentos

---

25 STC N.º 00047-2004-AI, FJ 67.

que se encuentran en el poder de las dependencias estatales, tal como lo prescribe la innovación que trae el art. 13 de la reforma al Código. Con estos medios probatorios mínimos que se incorporan al proceso se podrá llegar a confirmar si la solicitud en materia de cumplimiento es cierta.

#### **4.3. La obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato**

En este supuesto, se ha dispuesto una tercera regla para resolver la demanda; en este caso el juez debe determinar si existe tanto en la norma como en el acto administrativo un mandato obligatorio o incuestionable, adviértase que el enunciado aquí es que se debe llegar a la situación de que hay efectivamente una situación a cumplir o ejecutar y que ella es incuestionable, esto es, no se puede oponer objeción alguna a su ejecución. En este supuesto, siguiendo las dos reglas anteriores, entra el juez al fondo del asunto y dispone la admisión de la demanda.

#### **4.4. Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución**

En este supuesto, no hay mayor complejidad en la regulación de esta hipótesis, pues el juez constitucional, así evidencie que hay un *mandamus* claro que no tiene controversia compleja, tampoco interpretaciones contradictorias, y pese a que la orden a ejecutar es clara, concreta, pero es contraria a la ley o a la Constitución, le corresponde declarar desestimativa la demanda, puesto que al realizar el examen de constitucionalidad o de legalidad se aprecia que el sustento normativo expresa una abierta y manifiesta inconstitucionalidad por la forma o por el fondo, tanto como el correspondiente acto administrativo, el fallo debe ser desestimativo como infundado. En rigor, nos encontramos ante estos supuestos, muchos que responden a la nulidad absoluta o de pleno derecho de los actos administrativos. En la doctrina española existen una serie de manifestaciones de nulidad de pleno derecho, como son por ejemplo, los actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes por razón de la materia o del territorio, actos de contenido imposible, actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta, actos dictados con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, actos dictados con infracción

de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, actos, expresos o presuntos, contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos que se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición y los supuestos de nulidad de pleno derecho tipificados por Leyes especiales. En nuestro sistema jurídico, el TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General regula en el art. 10 los siguientes supuestos de nulidad de los actos administrativos:

*Artículo 10.- Causales de nulidad Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.*

## 5. Colofón: La eficacia de las normas jurídicas como cumplimiento

Es evidente que la civilización ha tenido necesidad de que existan normas que se han establecido para regular la vida y la conducta de la especie humana. Incluso en el mundo animal se observan patrones de conductas de estos seres que les permita vivir y sobrevivir sin romper sus propias reglas. Y conforme ha avanzado la evolución de los estados, en todo el planeta Tierra se impuso la creación de las normas jurídicas, a fin de permitir

imponer el poder de los antiguos regímenes; las normas jurídicas siempre traen su coercitividad, pero permiten una convivencia humana; de allí que se predique que las normas jurídicas deben tener una *eficacia* como *cumplimiento*; de no ocurrir ello, no habrían los valores jurídicos fundamentales como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común; por cierto que hay otros valores jurídicos consecutivos y otros instrumentales del que reflexiona la filosofía jurídica<sup>26</sup>. No cabe duda que el humano está condenado a vivir bajo las reglas jurídicas que impone un ente abstracto llamado Estado. Y ello ha ocurrido desde que el Homo sapiens sobrevive a los neandertales; y aunque el debate sigue abierto, el Homo sapiens conquistó el mundo gracias al lenguaje<sup>27</sup>. Y desde las antiguas comunidades preestatales hasta la existencia de la actual civilización contemporánea, con todo lo que ella entraña bajo la *cuarta revolución industrial*, nuevas normas se vienen imponiendo, aunque hay muchas resistencias contra ellas. Pero las normas jurídicas precisamente predicán un núcleo pétreo: están allí para que se cumplan. El fenómeno es que muchas veces, son las propias autoridades estatales las que no quieren ejecutar y cumplir dichas normas que les genera determinados derechos subjetivos a las personas beneficiadas, pues como recordaba Kelsen, el presupuesto de un derecho subjetivo es que exista la *norma jurídica* y el *deber jurídico*<sup>28</sup>. Es precisamente el deber jurídico que le corresponde cumplir al ente estatal, a través de sus autoridades o funcionarios los que desencadenan agravios constitucionales pues se ven afectados en este tipo de procesos y cuya persona agraviada es el actor de estos procesos de cumplimiento.

Si bien el término “*eficacia*” puede ser *polisémico* por su propia ambigüedad, cabe distinguir dos acepciones: a) la *eficacia* de las normas jurídicas y para esto entendemos también de los actos administrativos y jurídicos como aquella manifestación o capacidad para *producir efectos*

26 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Filosofía del derecho*. México, Porrúa, 17ª edición, 2013, p. 439

27 NOAH HARARI, Yuval: *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, Bogotá, Debate, traducción de Joandomenec Ros, p. 32

28 CRUZ PARCERO, JUAN Antonio: *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004, p. 37-39

*jurídicos*; y b) “eficacia” de las normas jurídicas para motivar, de hecho, la conducta de sus destinatarios, y para generar en ellos, los efectos que la misma norma prevé para el caso de incumplimiento y que pueden ser efectos relacionados en la nulidad, la reparación y la sanción. En esta segunda acepción, la eficacia se bifurca o bien al “cumplimiento” de la norma por sus destinatarios o bien a la “aplicación” de la norma incumplida sobre sus destinatarios. Liborio Hierro sostiene en este contexto: “Es fácil de comprender que la norma, por sí misma, no causa efecto alguno salvo en el exclusivo sentido de que motiva, en el supuesto de cumplimiento, la conducta de sus destinatarios y, en el supuesto de incumplimiento, la decisión de ciertos órganos autorizados para tomar decisiones sobre el destinatario incumplidor; con frecuencia la decisión de un órgano de aplicación motiva la conducta de otro órgano o funcionario que ejecuta acciones realmente efectivas en el terreno de los hechos, como detener a alguien, ocupar un inmueble, derribar una construcción, o similares. Sólo estos últimos actos convierten una decisión jurídica en una conducta real”<sup>29</sup>. Una sentencia de cumplimiento, precisamente es la que va a determinar muchas veces esa falta de eficacia de la norma, no porque ella entrañe o adolezca de algún presupuesto jurídico; sino porque el tema de la eficacia, radica en el mundo del ser, no del deber ser. Es por tanto acertado que en el art. 72 del actual Código se establezca los contenidos de la sentencia fundada; pues allí el juez dispondrá: a) la determinación de la obligación incumplida; b) la orden y la descripción precisa de la conducta que debe cumplir la autoridad o funcionario responsable; c) el plazo perentorio que le debe disponer para el cumplimiento de lo que se resuelve, plazo que no debe exceder de 10 días; y d) la orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar investigación del caso para determinar eventuales responsabilidades penales o disciplinarias, cuando dicha conducta del demandado así lo amerite.

490

Lima, 10 de septiembre de 2021

---

29 HIERRO, Liborio L.: *La eficacia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 2010, p. 74

# Investigación sobre la tutela de derechos a través del proceso de cumplimiento \*

✎ DIRECCIÓN DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN  
DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

La Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional ha efectuado un estudio sobre el proceso de cumplimiento, concerniente a determinar su eficacia directa y/o indirecta en materia de protección de derechos fundamentales.

Con tal fin, el presente trabajo se divide en cuatro: i) una primera parte referida a los antecedentes del proceso de cumplimiento y su regulación en el Perú; ii) una segunda parte que describe su regulación actual; iii) una tercera parte en la que se aprecian datos de este proceso, relacionados con la materia de investigación antes descrita; y iv) las conclusiones respectivas.

491

## 1. El proceso de cumplimiento

El proceso de cumplimiento está regulado como una “garantía constitucional” en el artículo 200, numeral 6, de la Constitución Política del Perú de 1993, que expresamente señala:

*“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 presente trabajo ha sido elaborado por el Doctor Alfredo Orlando Curaca Kong, titular de la Dirección de Estudios e Investigación del CEC y contó con el apoyo del abogado Luis Mendoza Zamora y la señorita Nicollth Vidal Figueroa.

Fue la primera vez que se reguló este proceso en nuestro país. Y, repetimos, como una “garantía constitucional”.

Su nomenclatura fue actualizada por el Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley 28237, cuya Primera Disposición Final dispuso:

*“Para los efectos de este Código, se adoptarán las siguientes denominaciones: (...)*

*6) Proceso de cumplimiento, a la acción de cumplimiento; (...)”*

El nuevo Código Procesal Constitucional, sin tener una norma similar, utiliza también esta nomenclatura actualizada.

Este proceso nació sin debate. Ingresó, junto con las otras “garantías constitucionales”, como una propuesta de la agrupación oficialista “Nueva Mayoría-Cambio 90”. El profesor Samuel Abad Yupanqui señaló al respecto:

*“El debate sobre la regulación de las garantías se efectuó sobre la base de la propuesta formulada por la agrupación oficialista ‘Nueva Mayoría - Cambio 90’ (Proyecto N° 70/93-CCD), que contemplaba las mismas garantías contenidas en la Carta de 1979 y agregaba las denominadas acciones de hábeas data y de cumplimiento. Asimismo, eliminaba al Tribunal Constitucional otorgándole sus atribuciones a la Sala Constitucional de la Corte Suprema.”<sup>1</sup>*

En sentido similar, Domingo García Belaunde sostuvo:

*“Se desconoce el sentido de esta propuesta. Fue incorporada por iniciativa del congresista Carlos Ferrero Costa, pero en las actas no consta nada sobre su fundamentación; tampoco hubo debate alguno al respecto, ni se sabe de sus antecedentes. La idea que se tuvo fue únicamente crear un medio procesal rápido para obligar al cumplimiento de una norma o de un acto administrativo, ante la autoridad o funcionario que se negase a ello.”<sup>2</sup>*

---

1 ABAD YUPANQUI, Samuel. “La Jurisdicción constitucional en el Perú”. p. 17. En: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/103>

2 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Derecho Procesal Constitucional. Temis. Bogotá. 2001, pp. 119-120 (version online).

A pesar de esto, es posible rastrear su origen y evolución.

Ciertamente, el antecedente remoto de este proceso es el *Writ of Mandamus* proveniente del sistema anglosajón, que era una prerrogativa real mediante la cual el monarca inglés emitía mandatos o *mandamus* a sus súbditos, ordenándoles que cumplan con el deber público que se les pedía, muchas veces durante el transcurso del día.<sup>3</sup>

Con el paso del tiempo las órdenes las comenzaron a dictar los propios tribunales de justicia a nombre del rey. Más tarde, algunos países que fueron colonia inglesa y aquellos que pertenecen a la mancomunidad de naciones (*Commonwealth*) contemplaron el *Writ of Mandamus* en su regulación, como la India, los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y Australia. En estos países, alcanzó un desarrollo importante hasta nuestros días.

En Sudamérica, el primer país que reguló este proceso fue Argentina en 1933, específicamente la Provincia de Entre Ríos de ese país federal, cuya Constitución Provincial lo contempla en el artículo 58°:

493

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

Estos “mandamientos de ejecución” fueron paulatinamente contemplados en otras constituciones provinciales. Por ejemplo, en 1957 la Provincia del Chaco lo reguló en su artículo 25:

*“Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufre perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza*

---

3 GOEL, Shiva. “The Writ of Mandamus”. p. 1. En: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/WOM.pdf

*por incumplimiento de ese deber, puede demandar, ante juez competente la ejecución inmediata del o de los actos que el funcionario o entidad pública se rehusare o fuere moroso en cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados y del derecho invocado, librará mandamiento para exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido. Si el funcionario o entidad pública de carácter administrativo ejecutara actos prohibidos por leyes u ordenanzas, la persona afectada podrá obtener, por la vía y procedimientos establecidos en el presente artículo, mandamiento judicial prohibitivo librado al funcionario o entidad de que se trate. El juez de la jurisdicción, que según la reglamentación resulte competente, deberá expedirse, en ambos casos, dentro de los tres días hábiles de promovida la acción. Juntamente con el mandamiento de ejecución o prohibición, arbitrará los recaudos legales tendientes a efectivizar la responsabilidad del funcionario que omitió el cumplimiento del acto debido, o hubiere ejecutado actos prohibidos por leyes u ordenanzas.”*

494

Ese mismo año fue consagrado en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Formosa:

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

Varias décadas después fue reconocido en las constituciones de La Rioja de 1986 (artículo 28)<sup>4</sup>, de la Provincia de San Juan del mismo año

---

<sup>4</sup> “(...) Cuando una disposición legal imponga a un funcionario un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o cumplirse la abstención y sufre perjuicio material, moral o político por falta injustificada del cumplimiento

(artículo 41)<sup>5</sup>, de la Provincia de Río Negro de 1988 (artículo 44)<sup>6</sup>, de la Provincia de Tierra del Fuego (artículo 48)<sup>7</sup>, de Chubut de 1994 (artículo 58)<sup>8</sup>, y de Santa Cruz de 1998 (artículo 18)<sup>9</sup>

---

del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata, quien previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario un mandamiento de ejecución o de prohibición según el caso.” En este caso en particular, el mandamiento de ejecución está contemplado dentro del artículo constitucional que consagra el amparo, como si fuera un amparo especializado. En esta Constitución está regulado bajo el rótulo de “Acción de Amparo”.

- 5 “Toda persona que sufiere un perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza, por incumplimiento del deber que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública en forma expresa y determinada, puede demandar ante el juez competente la ejecución inmediata del o los actos que el funcionario o entidad pública rehúsa cumplir. El juez previa comprobación sumarisima de los hechos denunciados y el derecho invocado, librára el mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido.” En esta Constitución está regulado bajo el rótulo de “Amparo por mora”.
- 6 “Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.” En esta Constitución está regulado bajo el rótulo de “Mandato de Ejecución”.
- 7 “En los casos en que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo, un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumarisima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, debe librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.”. En esta Constitución está regulado bajo el rótulo “Mora de la Administración – Amparo”.
- 8 “Cuando una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, todo aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político, por falta del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación ilegal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución.” En esta Constitución está regulado bajo el rótulo de “Mandato de Ejecución”.
- 9 “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto, o sufiere perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata y el Tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.”

En 1988, Brasil aprobó una nueva Constitución. En su artículo 5º, numeral LXXI, reguló el denominado “*Mandado de injunção*” en los términos siguientes:

*“Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:*

(...)

*LXXI 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; (...).<sup>10</sup>*

496

Para Edgar Carpio, este proceso dista mucho de ser análogo al que parecería ser su antecedente más próximo en el Derecho anglosajón, el *Writ of Injuntion*, pues el *Mandado de Injunção* brasileño procede cuando la ausencia de desarrollo legislativo de ciertas normas constitucionales impide que determinados derechos subjetivos de naturaleza constitucional puedan ser ejercitados.<sup>11</sup> Es, entonces, más parecido a un subtipo de *Writ of Mandamus*. Actualmente, el *Mandado de Injunção* está legislado por la Ley N° 13.300, del 23 de junio de 2016, que regula diversos de sus aspectos.

Posteriormente, en 1991, Colombia lo contempló. El artículo 87 de la Constitución de aquel año quedó con la siguiente redacción:

*“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En*

---

10 Constitución Política de la República Federativa del Brasil, 1988. En: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507>.

11 CARPIO MARCOS, Edgar. “La acción de cumplimiento en el Derecho Comparado”. S/n. En <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/03/la-accion-de-cumplimiento-en-el-derecho.html>

*caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”*

En Colombia hubo debate. Sobre el particular, se aprecia de las intervenciones de los asambleístas de la Constitución del 91 una preocupación provocada por el incumplimiento de la ley y los actos administrativos en su país. El constituyente Gómez Hurtado, por ejemplo, mencionó lo siguiente:

*“...resulta inadmisibles que las autoridades públicas, enfrente de los deberes que les impongan la Constitución y la ley con el afán de atender el interés general, puedan asumir actitudes pasivas e inertes, e incurran en conductas omisivas que, a la postre, constituyen inobservancia de sus deberes. Con tal comportamiento se defraudan –con muy graves consecuencias– las expectativas de los asociados que esperanzadamente guardan el obrar de sus autoridades.”<sup>12</sup>*

En nuestro país, la falta de debate a nivel interno fue quizá la razón del porqué el proceso de cumplimiento padeció críticas desde el inicio. Danós Ordoñez, uno de los primeros doctrinarios que se interesó por este proceso, señaló por ejemplo: “La dificultad en precisar los derechos protegidos por esta acción se deriva de que se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la administración, que en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado como una modalidad especial de la acción contencioso-administrativa”.<sup>13</sup>

Abad Yupanqui por su parte, sostuvo: “Consideramos que no resultaba necesario incorporar a la acción de cumplimiento como una institución autónoma, es decir, como un nuevo proceso constitucional.

---

12 REY CANTOR, Ernesto. “La acción de cumplimiento en la Constitución Colombiana de 1991”. *Derecho y Sociedad*. Núm. 11. 1996, p. 66.

13 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El Amparo por omisión y la Acción de Cumplimiento en la Constitución peruana de 1993”. En: *Lecturas constitucionales andinas*. Núm. 3. Lima. 1994, p. 206.

En este caso, el amparo –cuando se afecta por omisión derechos fundamentales– o el proceso contencioso administrativo –cuando no se trata de derechos fundamentales– pudieron encargarse de tales cometidos.”<sup>14</sup> Y agregó: “De ahí que compartamos la opinión de quienes consideran que la acción de cumplimiento ‘bien pudo ser considerada una modalidad especial de la acción contenciosa administrativa’ y no una garantía constitucional”.<sup>15</sup>

García Belaunde ha mencionado en la misma línea: “Finalmente, la Acción de Cumplimiento ha sido muy cuestionada, ya que en realidad no sirve específicamente para la protección de derechos humanos, sino tan sólo para exigir el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, que, en principio, podrían estar vinculados con los derechos humanos, pero más probablemente, con cualquier otra rama del Derecho. Por tanto, es cuestionable que esta Acción de Cumplimiento, tomada literalmente de la Constitución colombiana de 1991, pero con alcances distintos, sea realmente un instrumento protector de derechos humanos, por lo que habrá que observar su desarrollo jurisprudencial, a fin de tener una visión más exacta de su utilidad.”<sup>16</sup>

498

Para otros autores, como César Landa Arroyo, el proceso de cumplimiento si protege derechos constitucionales. Ha dicho este ex Magistrado del Tribunal Constitucional que: “La acción de cumplimiento es una garantía constitucional que actúa sobre la base de dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos y, segundo, la legalidad de los actos administrativos”.<sup>17</sup>

Jorge León, por su parte, refiere: “...en tanto las leyes y los actos administrativos, de una u otra manera, constituyen la expresión de la soberanía popular o de la democracia como principio constitucional, ese incumplimiento, cuando afecta concretamente a una persona, se manifiesta

---

14 ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. Cit., p. 21.

15 Op. Cit., p. 22.

16 García Belaunde, Domingo. Op. Cit., p. 38.

17 LANDA ARROYO, César. “Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993”. p. 29. En <https://revistas.pucp.edu.pe>

también como el derecho fundamental al cumplimiento de las normas legales y de los actos administrativos.”<sup>18</sup>

En 2005 el Tribunal Constitucional emitió el precedente Maximiliano Villanueva Valverde, contenido en la STC 168-2005-PC/TC, en el que, tratando de zanjar la cuestión, reconoció que el derecho fundamental implícito protegido por el proceso de cumplimiento es el de “...asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.”, lo que no dejó de atraer las críticas.<sup>19</sup> Con esta sentencia el Tribunal Constitucional varió su posición anterior, expresada en algunos pronunciamientos, en la que entendía al cumplimiento meramente como un “proceso constitucionalizado”, que no protegía derecho constitucional alguno.<sup>20</sup>

El precedente Villanueva también aprobó las reglas aplicables para la procedencia del proceso de cumplimiento. Concretamente, señaló que el mandato contenido en la norma legal o el acto administrativo materia de cumplimiento debe ser un mandato vigente, cierto, claro, no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, ser de ineludible

18 LEÓN, Jorge. “El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de Derecho.” PUCP. Foro Jurídico. (09). 2009, p. 193. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18530>

19 “No cabe duda de que el Tribunal Constitucional se aleja de su propia doctrina sobre al reconocer como derecho constitucional implícito el derecho a la eficacia de las normas o actos administrativos. Y ello no sólo porque no se está ante ninguna novísima situación, sino también porque no parece ser razonable que estemos en presencia de un derecho constitucional.” Cita de: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del tribunal constitucional”. Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces, tomo 145, 129-136 (p. 9 on line). En: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso\\_cumplimiento\\_aproposito\\_desafortunado\\_criterio\\_jurisprudencia\\_Tribunal\\_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2068/Proceso_cumplimiento_aproposito_desafortunado_criterio_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

20 “En la sentencia 0191-2003-AC/TC (FJ 2) señaló, por un lado, que ‘[L]a acción de cumplimiento es un ‘proceso constitucionalizado’ (...) no tiene por objeto la protección de un derecho o principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo; más aún (...) si en su seno no se resuelven controversias que versen sobre materia constitucional, aun cuando éste haya sido creado directamente por la Constitución’”. Cita de: LEÓN, Jorge. “El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de Derecho.” PUCP. Foro Jurídico. (09). 2009, p. 191. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18530>

cumplimiento, ser incondicional y, tratándose del cumplimiento de actos administrativos, reconocer un derecho incuestionable del reclamante y permitir individualizar al beneficiario.

Las posiciones descritas motivan a revisar la vinculación del proceso de cumplimiento con los derechos fundamentales, no sin antes describir la regulación actual de este proceso.

## **2. El nuevo Código Procesal Constitucional**

Con fecha 23 de julio de 2021, ha sido publicada en el diario oficial “El Peruano” la Ley 31307, que ha aprobado el nuevo Código Procesal Constitucional. En este nuevo cuerpo legal las disposiciones específicas del proceso de cumplimiento están reguladas en el Título V, concretamente en los artículos que van del 65 al 73. Algunas de estas, en la práctica, han dejado en parte sin efecto las reglas del precitado precedente Villanueva Valverde.

500

Para mayor detalle, a continuación se muestra un cuadro comparativo entre la normativa anterior y la normativa actual relacionada al proceso de cumplimiento:

**CUADRO N° 1**

| <b>CUADRO COMPARATIVO DE LAS NORMAS QUE REGULABAN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN EL ANTIGUO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LOS ARTÍCULOS QUE REGULAN TAL PROCESO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL</b> |  |   |
|--|--|---|
| <b>Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley 28237</b>  | <b>Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley 31307</b>  | <b>Comentarios</b>  |
| “Artículo 66.- Objeto<br>Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:  | “Artículo 65. Objeto<br>Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: | Ha sido agregado un último párrafo referido al cumplimiento de mandatos que deban determinarse en órgano jurisdiccional especializado |

|  |   |  |
|--|---|--|
| <p>1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o</p> <p>2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.”</p> | <p>1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o</p> <p>2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.</p> <p>No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional.”</p> |  |
|  | <p>“Artículo 66. Reglas aplicables para resolver la demanda</p> <p>1) Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:</p> <p>1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.</p>           | <p>Este artículo es una innovación del nuevo Código Procesal Constitucional, pues no tiene precedente.</p> |

|  |   |  |
|--|---|--|
|  | <p>1.2) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.</p>  |  |
|  | <p>2) Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:</p> <p>2.1) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.</p> <p>2.2) Asimismo, y de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.</p> <p>3) Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia.</p> |  |

|   |  |                                  |
|---|--|----------------------------------|
|   | <p>4) Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda.”</p>   |                                  |
| <p>“Artículo 67.- Legitimación y representación</p> <p>Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.</p> <p>Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento.”</p> | <p>“Artículo 67. Legitimación y representación</p> <p>Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.</p> <p>Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento.”</p> | <p>No han habido variaciones</p> |
| <p>“Artículo 68.- Legitimación pasiva</p> <p>La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente</p>  | <p>“Artículo 68. Legitimación pasiva</p> <p>La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración</p>   | <p>No han habido variaciones</p> |

|  |  |                                  |
|--|--|----------------------------------|
| <p>de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.</p> <p>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.”</p> | <p>pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.</p> <p>Si el demandado no es la autoridad obligada, aquel 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.”</p> |                                  |
| <p>“Artículo 69.- Requisito especial de la demanda</p> <p>Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá 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 siguientes a la presentación de la solicitud.</p>   | <p>“Artículo 69. Requisito especial de la demanda</p> <p>Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá 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 siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.”</p>        | <p>No han habido variaciones</p> |

|  |   |                                  |
|--|---|----------------------------------|
| <p>Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir”</p>  |   |                                  |
| <p>“Artículo 70.- Causales de Improcedencia</p> <p>No procede el proceso de cumplimiento:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones;</li> <li>2) Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;</li> <li>3) Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus;</li> <li>4) Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;</li> <li>5) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;</li> </ol> | <p>“Artículo 70. Causales de improcedencia</p> <p>No procede el proceso de cumplimiento:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones;</li> <li>2) Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;</li> <li>3) Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus;</li> <li>4) Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;</li> <li>5) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;</li> <li>6) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;</li> </ol> | <p>No han habido variaciones</p> |

|  |  |                                  |
|--|--|----------------------------------|
| <p>6) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;</p> <p>7) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; y,</p> <p>8) Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.”</p> | <p>7) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 73 del presente código; y,</p> <p>8) Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.”</p>       |                                  |
| <p>“Artículo 71.- Desistimiento de la pretensión</p> <p>El desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular.”</p>   | <p>“Artículo 71. Desistimiento de la pretensión</p> <p>El desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando esta se refiera a actos administrativos de carácter particular”</p>   | <p>No han habido variaciones</p> |
| <p>“Artículo 72.- Contenido de la Sentencia fundada</p> <p>La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:</p> <p>1) La determinación de la obligación incumplida;</p> <p>2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;</p>  | <p>“Artículo 72. Contenido de la sentencia fundada</p> <p>La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:</p> <p>1) La determinación de la obligación incumplida;</p> <p>2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;</p> | <p>No han habido variaciones</p> |

|   |   |   |
|---|---|---|
| <p>3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;</p> <p>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.”</p> | <p>3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;</p> <p>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.”</p> |   |
| <p>“Artículo 73.- Ejecución de la Sentencia</p> <p>La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22 del presente Código”</p>  | <p>“Artículo 73. Ejecución de la sentencia</p> <p>La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 27 del presente código.”</p>   | <p>No han habido variaciones</p>  |
| <p>“Artículo 74.- Normas aplicables</p> <p>El procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable.</p> <p>El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.”</p>  |   | <p>El nuevo Código Procesal Constitucional no tiene una norma de remisión</p> |

Se advierte que el artículo 66 del nuevo Código Procesal Constitucional constituye una novedad. Este regula las reglas aplicables para resolver la demanda. De acuerdo al dictamen respectivo del Congreso de la República: "...lo que se establecen son pautas que deberá llevar a cabo el juez, dependiendo del supuesto que se aplique, para evaluar la demanda,..."<sup>21</sup>. Estas pautas lo obligan ahora a admitir a trámite la demanda y declararla improcedente una vez que sean cumplidas.

En efecto, anteriormente, en función a las reglas establecidas en el precedente Maximiliano Villanueva Valverde, debían declararse improcedente las demandas de cumplimiento si es que el mandato era genérico o poco claro o si estaba sujeto a controversia o a interpretaciones dispares. A partir de la dación del nuevo código, cuyas normas son inmediatamente aplicables, cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez debe resolver el fondo del asunto conforme a los criterios establecidos. Reiteramos, no cabe ahora que declare improcedente la demanda. Lo mismo ocurre cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares.

508

Asimismo, cuando para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez debe admitir a trámite la demanda y esclarecerá la controversia; y cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda.

Le corresponderá ahora a la jurisprudencia constitucional la aplicación y adecuación de estas reglas en adelante.

### **3. El proceso de cumplimiento y la cautela de derechos fundamentales**

A efecto de determinar la vinculación del cumplimiento con los derechos fundamentales, la Dirección de Estudios e Investigaciones del

---

21 Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Dictamen recaído en los proyectos de ley 3478/2018-CR, 3754/2018-CR y 7271/2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional, p. 43.

Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, ha efectuado un barrido de las sentencias que ampararon las demandas de cumplimiento desde 1996, fecha en que entró en funciones el Tribunal Constitucional, hasta el año 2020, inclusive. Vale decir, por un período de 25 años.

La finalidad es de determinar si, además de la protección del derecho constitucional a "...asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos."<sup>22</sup>, reconocido en el precedente Maximiliano Villanueva Valverde, el cumplimiento ha servido, directa o indirectamente, como instrumento protector de otros derechos fundamentales.

Al respecto, se acota que esta investigación no se refiere a otros valores constitucionales cuya defensa algunos autores también atribuyen al proceso de cumplimiento, como la "constitucionalidad de los actos legislativos"<sup>23</sup>, la "legalidad de los actos administrativos"<sup>24</sup>, el "preservar los principios de legalidad de la función ejecutiva y de seguridad jurídica"<sup>25</sup> o el cumplimiento de "...los principios de supremacía jurídica de la Constitución junto con el de su fuerza normativa."<sup>26</sup> Se trata de determinar en esta si, a través de los años y al margen de los cuestionamientos sobre su naturaleza, el proceso de cumplimiento ha sido una herramienta de cautela de derechos fundamentales o solo de meros derechos legales; empeño respecto del cual se brindan algunos datos.

---

22 Para Gerardo Eto, al igual que otros autores, el cumplimiento también protege otros valores constitucionales: "...garantizar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, y no en menor medida, preservar los principios de legalidad de la función ejecutiva y de seguridad jurídica (afianzando, a la par, una 'cultura de legalidad' en nuestro Estado de derecho)." ETO CRUZ, Gerardo. Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia. Pensamiento Constitucional. Vol. 19. Núm. 19. 2014. p. 311. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/issue/view/1118>

23 LANDA ARROYO, César. Op. cit., p. 29

24 Loc. Cit.

25 ETO CRUZ, Gerardo. "Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia". Pensamiento Constitucional. Op. cit. p. 311. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/issue/view/1118>

26 LEÓN, Jorge. Op. cit. p. 193.

Debe señalarse, en primer lugar, que la utilización del cumplimiento se incrementó en los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional. Esto probablemente tiene que ver con lo que sostuvo Danós en su momento: "...la incorporación de la acción de cumplimiento tiene la virtud de otorgar protección, a través de un mecanismo expeditivo y que puede llegar en última instancia al Tribunal Constitucional, a una serie de derechos de origen legal que de ordinario no encuentran tutela a través de una garantía constitucional."<sup>27</sup> En resumidas cuentas, que el justiciable encontró en el cumplimiento un proceso rápido y que ofrece tres instancias para satisfacer su pretensión.

No obstante, a partir de la dación del precedente Villanueva Valverde, los casos fundados fueron disminuyendo paulatinamente. Esto se debió, probablemente, a las nuevas reglas establecidas, que utilizaban los jueces para declarar improcedentes las demandas. El aumento de las improcedencias fue percatado en su momento por el ex Magistrado del Tribunal Constitucional, Gerardo Eto Cruz, quien sostuvo al respecto:

510

“[E]l Tribunal debería constatar, asumiendo un criterio ‘descriptivo’ para medir el grado de eficacia que ha venido manifestando el proceso de cumplimiento a partir de los requisitos de procedencia fijados en la STC 0168-2005-PC/TC, que en los siete años que lleva de vigente el aludido precedente vinculante, dicha garantía constitucional ha sufrido una considerable merma en el porcentaje de causas en las que el Tribunal Constitucional ha entrado a evaluar el fondo del asunto (5,99%), en cuya comparación el universo de causas que han sido declaradas improcedentes resulta notoriamente elevado (87,83%). No menos elocuente es el dato de que esta última cifra sea también bastante superior al universo de procesos constitucionales de la libertad cuyo destino ha sido la improcedencia (57,01%).”<sup>28</sup>

No obstante, a pesar de esta situación, algunas demandas obtuvieron un pronunciamiento favorable por parte del Tribunal Constitucional. Es decir, en última instancia. Seguidamente, un cuadro en el que

---

27 Danós Ordoñez. Op. Cit. p. 206.

28 Op. Cit. p. 311.

se aprecian los casos en que se ampararon tales demandas, detallado de acuerdo al número de expediente.

**CUADRO N° 2**

| <b>DEMANDAS DE CUMPLIMIENTO QUE FUERON DECLARADAS FUNDADAS DE ACUERDO AL AÑO DEL EXPEDIENTE. PERÍODO 1996-202029</b> |  |
|--|--|
| <b>Año</b>   | <b>Demandas de cumplimiento que fueron declaradas fundadas</b> |
| 1996   | 01   |
| 1997   | 22   |
| 1998   | 33   |
| 1999   | 17   |
| 2000   | 29   |
| 2001   | 48   |
| 2002   | 31   |
| 2003   | 57   |
| 2004   | 115  |
| 2005   | 76   |
| 2006   | 43   |
| 2007   | 27   |
| 2008   | 47   |
| 2009   | 38   |
| 2010   | 28   |
| 2011   | 45   |
| 2012   | 23   |
| 2013   | 24   |
| 2014   | 26   |
| 2015   | 12   |
| 2016   | 16   |
| 2017   | 23   |

29 Los datos han sido obtenidos de la base de datos del Tribunal Constitucional. En algunos cuantos casos, muy puntuales, fue imposible ubicar la sentencia. Empero, esta información es la más cercana a la realidad.

|       |     |
|-------|-----|
| 2018  | 30  |
| 2019  | 19  |
| 2020  | 04  |
| Total | 834 |

Como se observa, en este período, de 25 años, el Tribunal Constitucional amparo 834 casos de cumplimiento. El año 2004 fue el año pico de demandas fundadas. Después, la curva decreció.

A continuación, una gráfica que demuestra la progresión y el posterior retroceso, aunque debe advertirse que ese año fue uno en los que Tribunal Constitucional tuvo más carga de expedientes:

**GRAFICA N° 01**  
**SENTENCIAS QUE AMPARARON DEMANDAS DE CUMPLIMIENTO**



512

En cuanto a la cantidad de demandas interpuestas para el cumplimiento de mandatos contenidos en una norma o en actos administrativos, debemos señalar que la mayoría de procesos de cumplimiento se promovieron para el cumplimiento de mandatos contenidos en actos administrativos.

A continuación, un cuadro de procesos promovidos para el cumplimiento de normas, que nos servirá para determinar porcentajes:

**CUADRO N° 03**

| <b>SENTENCIAS QUE DECLARARON FUNDADA LA DEMANDA RESPECTO DE MANDATOS CONTENIDOS EN NORMAS</b> |  |   |
|---|--|---|
| <b>Año</b>  | <b>Cumplimiento de mandatos contenidos en normas legales</b> | <b>Norma materia de cumplimiento</b>  |
| 1996  | 0  | -.-   |
| 1997  | 3  | Artículos 230 y 231 del Decreto Legislativo 109, Ley General de Minería, y Décima Disposición Transitoria del Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Exp. 00548-97-AC).<br><br>Ley N° 26264 (Exp. 692-97-AC).<br><br>Decreto Ley N° 19990 (Exp. 1042-97-AC).   |
| 1998  | 9  | Artículo 29 del Decreto Legislativo 776 (Ley de Tributación Municipal), (Exps. 00332-1998-AC, 00342-1998-AC, 00349-1998-AC, 00855-1998-AC, 00895-1998-AC, 00896-1998-AC, 00912-1998-AC).<br><br>Quinta Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley 26835; artículo 1° de la Ley 23632, y el artículo único de la Ley 25488 (Exp. 00719-1998-AC).<br><br>Segunda Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley 26878 (Exp. 01152-1998-AC). |

|      |    |   |
|------|----|---|
| 1999 | 5  | <p>Quinta Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley 26835, por el artículo 1 ° de la Ley 23632, y</p> <p>artículo único de la Ley 25048 (Exps. 00254-1999-AC, 00424-1999-AC).</p> <p>Artículo 29° del Decreto Legislativo 776 (Exps. 00424-1999-AC, 00475-1999-AC).</p> <p>Artículo 14°, inciso 6), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Exp. 01277-1999-AC).</p> <p>Ley 25273 (Exp. 01280-1999-AC).</p>  |
| 2000 | 10 | <p>Ley 26569 y Decreto Supremo 00496-PRES. (Exp. 00012-2000-AC).</p> <p>Numeral 5.4 de la Resolución Suprema 508-93-PCM (Exp. 00210-2000-AC).</p> <p>Ley 23495 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 015-83-PCM (Exp. 00878-2000-AC).</p> <p>Artículo 2 del Decreto Supremo 007-99-EF (Exp. 01020-2000-AC).</p> <p>Artículo 53 y la Décima Disposición Transitoria del Decreto Supremo 009-93-EM, reglamento de la Ley de concesiones eléctricas (Exp. 01095-2000-AC).</p> <p>Decreto Ley 20530, Ley 23495 y Decreto Supremo 015-83-PCM. (Exps. 01323-2000-AC. 01334-2000-AC, 01339-2000-AC, 01369-2000-AC).</p> <p>Ley 25231 (Exp. 01365-2000-AC).</p> |
| 2001 | 5  | <p>Decreto Ley 20530, Ley 23495 y Decreto Supremo 0015- 83-PCM (Exp. 00019-2001-AC).</p>  |

|      |    |  |
|------|----|--|
|      |    | <p>Artículo 6 del Decreto Ley 20530 y artículo 5 de la ley 23495 (Exp. 00024-2001-AC).</p> <p>Artículo 16.3, última parte, de la Ley 27056, y artículo 230 del Decreto Legislativo 559 (Exp. 00194-2001-AC).</p> <p>Ley 25009 y su reglamento (Exp. 00199-2001-AC).</p> <p>Ley 23495 y Decreto Supremo 015-83-PCM (Exp. 00739-2001-AC)</p>   |
| 2002 | 4  | <p>Ley 23908 (Exp. 00703-2002-AC).</p> <p>Artículo 53 de la Ley 23733 (Exp. 00784-2002-AC).</p> <p>Decreto Ley 20530, Ley 23495 y Decreto Supremo 0015-93-PCM (Exp. 01285-2002-AC).</p> <p>Artículo 18 del Decreto Supremo 004-96-PRES (Exp. 02460-2002-AC).</p>   |
| 2003 | 25 | <p>Ley 25009, Decreto Supremo 029-89-TR y Decreto Supremo 179-91-PCM (Exp. 00753-2003-AC).</p> <p>Decimocuarta Disposición Transitoria del Decreto Ley 19990 (Exps. 00779-2003-AC, 00982-2003-AC, 00985-2003-AC, 00999-2003-AC, 01424-2003-AC, 01425-2003-AC, 01872-2003-AC, 01941-2003-AC, 02353-2003-AC, 02466-2003-AC, 02469-2003-AC, 03122-2003-AC, 03155-2003-AC).</p> <p>Ley 23908 (Exp. 00984-2003-AC).</p> <p>Decreto de Urgencia 37-94 (Exps. 01235-2003-AC, 03132-2003-AC).</p> <p>Artículo 53 del Decreto Legislativo 276 (Exp. 01246-2003-AC).</p> |

|      |    |  |
|------|----|--|
|      |    | <p>Artículo 124 del Decreto Supremo 005-90-PCM (Exp. 01699-2003-AC).</p> <p>Artículo 53 de la Ley 23733 (Exp. 01951-2003-AC).</p> <p>Decreto Ley 25951 (Exp. 02387-2003-AC).</p> <p>Ley 27550 (Exp. 02763-2003-AC).</p> <p>Artículo 6 del Decreto Supremo 006-75-PM-INAP, modificado por Decreto Supremo 097-82-PCM (Exp. 02865-2003-AC)</p> <p>Acuerdo de Concejo 112-12-2000-MPT (Exp. 03133-2003-AC).</p> <p>Decreto Ley 20530, Ley 23495 y Decreto Supremo 015-83-PCM (Exp. 03530-2003-AC).</p>  |
| 2004 | 67 | <p>Artículo 53, inciso b), del Decreto Legislativo 276 y el artículo 184 de la Ley 25303 (Exp. 00073-2004-AC).</p> <p>Artículo 34, inciso c, del Decreto Ley 20530 (Exp. 00885-2004-AC).</p> <p>Ley 23908 (Exps. 01073-2004-AC, 01147-2004-AC, 01185-2004-AC).</p> <p>Decreto de Urgencia 37-94 (Exps. 01253-2004-AC, 01258-2004-AC, 03988-2004-AC, 04455-2004-AC, 04523-2004-AC).</p> <p>Artículo 22 de la Ley 23733 (Exp. 01326-2004-AC, 01376-2004-AC).</p> <p>Artículos 1 y 4 de la Ley 23908 (01535-2004-AC, 01959-2004-AC, 02110-2004-AC, 02133-2004-AC, 02360-2004-AC, 02378-2004-AC, 02389-2004-AC, 02466-2004-AC, 02543-2004-AC, 02554-2004-AC,</p> |

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  | <p>02639-2004-AC, 02654-2004-AC,<br/>                 02962-2004-AC 02988-2004-AC,<br/>                 03010-2004-AC, 03076-2004-AC,<br/>                 03243-2004-AC, 03268-2004-AC,<br/>                 03269-2004-AC, 03430-2004-AC,<br/>                 03437-2004-AC, 03543-2004-AC,<br/>                 03646-2004-AC, 03682-2004-AC,<br/>                 03689-2004-AC, 03843-2004-AC,<br/>                 03903-2004-AC, 04128-2004-AC,<br/>                 04152-2004-AC, 04278-2004-AC,<br/>                 04376-2004-AC, 04393-2004-AC,<br/>                 04431-2004-AC, 04462-2004-AC,<br/>                 04477-2004-AC, 04537-2004-AC).</p> <p>Decretos de Urgencia 090-96, 073-97 y 011-99 (Exps. 02126-2004-AC, 02165-2004-AC, 03319-2004-AC, 03500-2004-AC, 03511-2004-AC).</p> <p>Decreto Ley 20530, Ley 23495 y Decreto Supremo 015-83-PCM (Exp. 02672-2004-AC).</p> <p>Decretos de Urgencia 090-96, 073-97 y 011-99 (Exp. 02680-2004-AC).</p> <p>Decreto Ley 18846 y su Reglamento (Exp. 02705-2004-AC).</p> <p>Artículo 44 del Decreto Ley 19990 (Exp. 02841-2004-AC).</p> <p>Artículos 2 y 6 de la Ley 25009 y artículo 20 del Decreto Supremo 029-89-TR (Exp. 03053-2004-AC).</p> <p>Artículo 22 de la Ley 23733 (Exp. 03396-2004-AC).</p> <p>Artículo 336, inciso 2) del Decreto Supremo 033-2001-MTC (Exp. 03402-2004-AC).</p> <p>Artículos 46 de la Ley 26859, 34 de la Ley 26486, y Decreto de Urgencia 114-2001 (Exp. 03585-2004-AC).</p> |
|--|--|--|

|      |    |   |
|------|----|---|
|      |    | <p>Ley 27648 y artículos 2, 4° y 6 del Decreto Supremo 157-2002-EF (Exp. 04080-2004-AC).</p> <p>Artículos 98 y 124 del Decreto Supremo 005-90- PCM (Exp. 04094-2004-AC).</p> <p>Artículo 51 de la Ley 24029 y artículos 219, 220, 221 y 222 del Decreto Supremo 019-90-ED (Exp. 04235-2004-AC).</p> <p>Decreto Ley 25009 (Exp. 04386-2004-AC).</p> <p>Ley 26846 (Exp. 04549-2004-AC).</p> <p>Decreto de Urgencia 118-94 (Exp. 04561-2004-AC).</p>   |
| 2005 | 28 | <p>Decreto de Urgencia 037-94 (Exps. 00020-2005-AC, 00202-2005-AC, 00727-2005-AC, 00832-2005-AC, 00833-2005-AC, 00967-2005-AC, 00994-2005-AC, 05311-2005-AC, 05321-2005-AC, 05322-2005-AC, 05527-2005-AC, 05566-2005-AC, 05816-2005-AC).</p> <p>Ley 23908 (Exp. 00094-2005-AC, 00326-2005-AC, 00784-2005-AC, 01535-2005-AC, 01537-2005-AC, 01539-2005-AC, 01923-2005-AC, 02020-2005-AC)</p> <p>Artículos 47 y 52 del Decreto Legislativo 809 (Exp. 00249-2005-AC).</p> <p>Ley 23733 (Exp. 03632-2005-AC).</p> <p>Artículos 144° y 145° del Decreto Supremo 005-90-PCM (Exp. 04517-2005-AC).</p> <p>Artículos 1 y 2 de la Ley 25009 y del artículo 9 del Decreto Supremo 029-89-TR (Exp. 08433-2005-AC).</p> |

|      |    |   |
|------|----|---|
|      |    | <p>Decreto Supremo 021-2005-EF (Exp. 08903-2005-AC).</p> <p>Ley 28472 (Exp. 09754-2005-AC).</p> <p>Artículo 28 y 29 de la Ley 24656 (Exp. 10138-2005-AC).</p>   |
| 2006 | 15 | <p>Artículo 52 de la Ley 24019 y artículo 213 del Decreto Supremo 019-90-ED (Exps. 00917-2006-AC, 01296-2006-AC).</p> <p>Artículos 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106 y 123 de la Ley 26842 (Exp. 02002-2006-AC).</p> <p>Segunda Disposición Final de la Ley 28044 (Exp. 02695-2006-AC).</p> <p>Artículos 1, 2 y 6 de la Ley 25009 (Exp. 04658-2006-AC).</p> <p>Numeral 31.6 de la Ley 26979 (Exp. 05290-2006-AC).</p> <p>Inciso b) del artículo 80 del Decreto Supremo 019-90-ED (Exp. 05735-2006-AC).</p> <p>Decreto Ley 20530, Ley 23495 y Decreto Supremo 015-83-PCM (Exp. 06470-2006-AC).</p> <p>Ley 27803 y Quinta Disposición Final del Decreto Supremo 014-2002-TR (Exp. 06584-2006-AC).</p> <p>Ley 27803 (Exp. 07153-2006-AC).</p> <p>Artículo 11 de la Ley 27803, artículo 9 del Decreto Supremo 014-2002-TR, artículos 1, 2 y 5 de la Ley 28299, y décima tercera disposición final de la Ley 28426 (Exps. 07984-2006-AC, 08253-2006-AC, 09048-2006-AC),</p> <p>Artículos 133, inciso 5, y 119 de la Ley 27972 (Exp. 09632-2006-AC).</p> |

|      |    |  |
|------|----|--|
|      |    | Artículo 8° de la Ley 28341 (Exp. 10145-2006-AC).  |
| 2007 | 5  | Ley 27803 y la Resolución Suprema 036-2005-TR (Exp. 01618-2007-AC, 01662-2007-AC).<br><br>Artículo 11 de la Ley 27803 y artículo 9 del Decreto Supremo 014-2002-TR (Exp. 04324-2007-AC).<br><br>Ley 23908 (Exps. 04941-2007-AC, 06135-2007-AC).  |
| 2008 | 10 | Ley 27803 y artículo 20 del Decreto Supremo 014-2002-TR (Exps. 01382-2008-AC, 04902-2008-AC, 05428-2008-AC).<br><br>Decreto de Urgencia 037-94 (Exp. 02368-2008-AC).<br><br>Artículo 30 del Decreto Supremo 014-74-TR (Exp. 02535-2008-AC).<br><br>Ordenanza 028-2003-GPH (Exp. 02576-2008-AC).<br><br>Ley 23908 (Exp. 04069-2008-AC, 04343-2008-AC, 04546-2008-AC).<br><br>Decreto Supremo 294-86 y Directiva 022- DGPNP-DIRLOG (Exp. 06669-2008-AC). |
| 2009 | 7  | Artículos 1 y 4 de la Ley 23908 (Exp. 00491-2009-AC, 00610-2009-AC, 05480-2009-AC).<br><br>Artículo 15 del Decreto Supremo 07-2005-IN/PNP (Exp. 02544-2009-AC).<br><br>Decreto de Urgencia 037-94 (Exp. 05217-2009-AC).<br><br>Convenio 169 de la OIT (Exp. 05427-2009-AC).  |

|      |    |  |
|------|----|--|
| 2010 | 6  | <p>Artículos 75 inciso 6, y 188 inciso 4, de la Ley 27444 (Exp. 00430-2010-PC)</p> <p>Artículos 28 y 29 de la Ley 24656 (Exp. 00725-2010-PC).</p> <p>Artículos 13 y 20 de la Ley 27803 (Exp. 01566-2010-PC).</p> <p>Artículo 207, inciso 2, de la Ley 27444 (Exp. 01657-2010-PC).</p> <p>Artículo 119° de la Ley 27972 (Exp. 02844-2010-PC).</p> <p>Artículo 186, inciso 5, literal b, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Exp. 03919-2010-PC).</p>   |
| 2011 | 12 | <p>Decreto de Urgencia 037-94 (Exp. 00623-2011-PC, 01002-2011-PC.</p> <p>Resolución Suprema 028-2009-TR, Leyes 27803 y 29059, y Decreto Supremo 014-002-TR (Exp. 00841-2011-PC).</p> <p>Artículo 5 de la Ordenanza municipal 14-2005-MPT (Exp. 00983-2011-PC).</p> <p>Artículo 8 de la Ley 28175 (Exp. 01283-2011-PC).</p> <p>Artículo 13 de la Ley 27803 (Exp. 02820-2011-PC).</p> <p>Leyes 27803 y 29059 (Exps. 04185-2011-PC, 04211-2011-PC, 04440-2011-PC, 04906-2011-PC, 05351-2011-PC, 05489-2011-PC).</p> |
| 2012 | 9  | <p>Decreto de Urgencia 037-94 (Exp. 00623-2011-PC, 01002-2011-PC, 00421-2012-PC, 02226-2012-PC, 02295-2012-PC).</p> <p>Leyes 27803 y 29059 y Decreto Supremo 014-2002-TR (Exp. 00980-2012-PC, 01124-2012-PC, 04588-2012-PC).</p>   |

|      |   |   |
|------|---|---|
|      |   | <p>Artículo 53, inciso b), del Decreto Legislativo 276 y artículo 184 de la Ley 25303 (Exp. 01572-2012-PC, 01579-2012-PC).</p> <p>Artículo 23 de la Ley 27972 (Exp. 04540-2012-PC)</p>  |
| 2013 | 6 | <p>Leyes 27803 y 29059, y Decreto Supremo 014-2002-TR (Exp. 1346-2013-PC).</p> <p>Ley 26644 (Exp. 01366-2013-PC).</p> <p>Artículo 184 de la Ley 25303 (Exp. 01370-2013-PC).</p> <p>Artículo 13 de la Ley 27803, ampliado por la ley 28299; artículo 4, tercer párrafo, de la Resolución Ministerial 024-2005-TR; y artículo 10 del Decreto Supremo 013-2007-TR (Exp. 01752-2013-PC).</p> <p>Decreto de Urgencia 037-94 (Exp. 02944-2013-PC).</p> <p>Artículo 10 de la Ley 27050 y el artículo 2 de la Ley 28164 (Exp. 04104-2013-PC).</p> |
| 2014 | 2 | <p>Artículo 13 de la Ley 27803, artículo 4 de la Resolución Ministerial 024-2005-TR y artículo 10 del Decreto Supremo 013-2007-TR (Exp. 01174-2014-PC).</p> <p>Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 019-2009-MINAM (Exp. 03595-2014-PC).</p>  |
| 2015 | 1 | <p>Artículo 114, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal (Exps. 06349-2015-PC, 06349-2015-PC).</p>   |
| 2016 | 3 | <p>Artículo 12 de la Ley 27803, modificado por el artículo 2 de la Ley 28299 (Exp. 01861-2016-PC).</p>  |

|      |     |   |
|------|-----|---|
|      |     | <p>Artículo 13 de la Ley 27803, artículo 1 de la Ley 28299; artículo 4, tercer párrafo, de la Resolución Ministerial 024-2005-TR; y artículo 10 del Decreto Supremo 013-2007-TR (Exp. 03735-2016-PC).</p> <p>Artículos 13 y 20 del Decreto Supremo 003-97-TR (Exp. 05421-2016-PC).</p>    |
| 2017 | 2   | <p>Decretos de Urgencia 090-96 y 073-97 (Exp. 00019-2017-PC).</p> <p>Artículo 207.2, de la Ley 27444; y artículo 218.2 del Texto Único Ordenado (Exp. 02527-2017-PC).</p>   |
| 2018 | 10  | <p>Artículos 2 y 3 de la Ley 28804, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 0024-2008-PCM (Exp. 03799-2018-PC).</p> <p>Ley 29625 (Exps. 03835-2018-PC, 04029-2018-PC, 04038-2018-PC, 04239-2018-PC, 04392-2018-PC, 04394-2018-PC, 04758-2018-PC, 04765-2018-PC, 04789-2018-PC).</p> |
| 2019 | 3   | <p>Ley 29625 (Exp. 00182-2019-PC, 00222-2019-PC).</p> <p>Artículo 2 de la Ley 30484 (Exp. 3809-2019-PC).</p>  |
| 2020 | 0   |   |
|      | 247 |   |

Como se advierte, de las 834 demandas de cumplimiento fundadas 247 estaban referidas al cumplimiento de mandatos contenidos en normas (en algunos casos en instrumentos internacionales, verbigracia Exp. 1277-1999-AC, en otros en normas infralegales, como en el Exp. 210-2000-AC/TC). En tal sentido, 587 pretendían el cumplimiento de actos administrativos. La gráfica porcentual entre uno y otro tipo de pretensión, es la siguiente:

**GRÁFICA N° 02**

**CUMPLIMIENTO ACTOS ADMINISTRATIVOS VS. CUMPLIMIENTO DE NORMAS**



524

Ahora bien, es importante rescatar que, en la mayoría de ocasiones, el proceso de cumplimiento promovido tuvo relación con la protección de uno o más derechos fundamentales. Por ejemplo, el primer caso de cumplimiento, resuelto en el Expediente 00091-1996-AC/TC, está relacionado con el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y saludable, previsto en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú.

En este caso, doña Clemencia Chinchay de Vásquez y otros interpusieron la demanda contra el alcalde de la Municipalidad Distrital de San Miguel, con el objeto que cumpla con ejecutar la Resolución de Alcaldía N° 1358-93, la cual dispuso que en un plazo de noventa días la empresa industrial Plastitel del Perú S.R.Ltda., proceda a reubicarse en una zona que le permita el desarrollo de sus actividades conforme a la zonificación que le corresponde. Sostuvieron que la resolución en referencia se expidió atendiendo al pedido de clausura que formularon vecinos y centros educativos ubicados en las inmediaciones de la fábrica, debido a la contaminación que esta generaba en perjuicio de la salud de las personas, las que estaban expuestas permanentemente a los gases contaminantes que despedía.

Casos como el descrito, en los que a través del cumplimiento de un mandato normativo o administrativo, se protegían en el fondo uno o más derechos fundamentales han sido detectados en la mayoría de ocasiones. Por lo general, mediante el cumplimiento del mandato, han sido protegidos derechos sociales, como el derecho fundamental a la pensión o a la remuneración. En otros casos, a gozar de un medio ambiente equilibrado (Exp. 00091-1996-AC, 2002-2006-PC, entre otros); a la igualdad (Exp. 02173-2009-AC); e incluso a la motivación escrita de las resoluciones (Exp. 05856-2009-AC). Se adjunta como anexo, en 570 fojas, un cuadro detallando los derechos constitucionales involucrados o mencionados en cada caso en concreto.

Respecto de los expedientes del año 1997, por ejemplo, el Tribunal Constitucional amparo 22 demandas. En 20 de esos casos se alegaron (y ampararon), conjunta o individualmente, los derechos al trabajo, a la remuneración, a la pensión y al pago de beneficios sociales. Solo dos casos versaron sobre el cumplimiento de mandatos contenidos en normas, en los que la relevancia no tuvo una connotación constitucional directa (entrega de título de concesión minera – Exp. 548-97-AC y realización de saneamiento físico legal – Exp. 692-97-AC). Aunque, como reconoció el Tribunal Constitucional años después, en todos estos casos se habría protegido finalmente el derecho fundamental al cumplimiento de las normas legales y de los actos administrativos.

La tendencia es así en todos los años. Vale decir, que en la mayoría de ocasiones uno o más derechos fundamentales fueron controvertidos de algún modo, para ser finalmente protegidos cuando se estimó la demanda y se cumplió el mandato, de lo que se desprende que en el mayor porcentaje de causas el cumplimiento fue un instrumento protector de derechos fundamentales no implícitos. Esto último se aprecia más claramente en los casos en los que el acto administrativo materia de cumplimiento disponía la reposición, el pago de un tipo de pensión o el pago de remuneración y/o demás conceptos laborales. Así, el derecho al trabajo se colige en 71 ocasiones, la pensión 141 veces y la remuneración en 595 de los casos.

A continuación un cuadro final que resume lo mencionado.

**CUADRO N° 04**

| <b>DERECHOS FUNDAMENTALES CONTEMPLADOS POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 QUE SE COLIGEN DE LAS SENTENCIAS FUNDADAS EMITIDAS EN LOS PROCESOS DE CUMPLIMIENTO (1996-2020)</b> |   |  |              |
|--|---|--|--------------|
|  | <b>Derecho</b>                                      | <b>Artículos de la Constitución</b>          | <b>Veces</b> |
| 01   | Al bienestar  | Art. 2, inciso 1                             | 1            |
| 02   | A gozar de un ambiente equilibrado                  | Art. 2, inciso 22                            | 5            |
| 03   | A la salud  | Art. 7                                       | 3            |
| 04   | Al trabajo  | Art. 24                                      | 71           |
| 05   | A la remuneración                                   | Art. 24                                      | 595          |
| 06   | A la pensión  | Art. 11                                      | 141          |
| 07   | A los beneficios sociales                           | Art. 24                                      | 46           |
| 08   | A la eficacia de las normas legales                 | Arts. 3, 43 y 45, STC 0168-2005-PC, (F.J. 9) | 52           |
| 09   | A la eficacia de los actos administrativos          | Arts. 3, 43 y 45, STC 0168-2005-PC, (F.J.9)  | 95           |
| 10   | A la indemnización como producto del error judicial | Art. 139, inciso 7                           | 1            |
| 12   | A la igualdad ante la ley                           | Art. 2, inciso 2                             | 6            |
| 13   | A la motivación escrita de las resoluciones         | Art. 139, inciso 5                           | 1            |
| 14   | Al debido proceso                                   | Art. 139, inciso 3                           | 9            |
| 15   | A la cosa decidida                                  | Art. 139, inciso 2                           | 10           |
| 16   | Al descanso pre y post natal de la madre            | Arts. 4 y 23                                 | 1            |

526

**Nota:** En algunos casos se consignan hasta tres derechos fundamentales.

#### 4. Conclusiones:

- El proceso de cumplimiento fue regulado como una “garantía constitucional” en el artículo 200, numeral 6, de la Constitución Política del Perú de 1993. En la actualidad, la nomenclatura ha sido actualizada. En el Perú, su inclusión no tuvo debate.
- El antecedente remoto de este proceso es el *Writ of Mandamus* proveniente del sistema anglosajón, que era una prerrogativa real mediante la cual el monarca inglés emitía mandatos o *mandamus* a sus súbditos, ordenándoles que cumplan con el deber público que se les pedía.
- En Sudamérica, el primer país que reguló este proceso fue Argentina en 1933. Después fue regulado en Brasil y Colombia.
- El proceso de cumplimiento en el Perú, nació con cuestionamientos sobre su naturaleza. Un sector de la doctrina sostiene que no es un proceso constitucional y otro que si lo es. También se cuestiona que exista un derecho fundamental a “...asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos”.
- En el mayor porcentaje de causas, y al margen de los cuestionamientos sobre su naturaleza, el cumplimiento ha sido un instrumento de protección de derechos fundamentales no implícitos, sobre todo de los derechos a la remuneración y a la pensión.



ISBN: 978-612-4464-13-3



9 786124 464133