

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Ab. Iván Castro Pa tiño

**Profesor Titular Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica y de
Derecho Constitucional en la Universidad Espíritu Santo**

I. INTRODUCCIÓN

Desde el triunfo de las revoluciones norteamericana y francesa en el siglo XVIII, el sistema jurídico que se ha impuesto, hasta llegar a ser universalmente aceptado, es el sistema jurídico constitucional.

Si no existiera la Constitución como un conjunto de normas supremas, tendríamos una infinidad de leyes y normas aisladas, pero careceríamos de sistema jurídico. No viviríamos un verdadero estado de derecho.

La Constitución está compuesta por un conjunto de normas que no sólo deben servir para ser declamadas o invocadas líricamente, sino, fundamentalmente, para prevalecer sobre cualquier otra norma legal. Por ello, todo país que se precie de vivir en un estado de derecho debe asegurar que en su territorio se cumpla con lo que dispone su Constitución, no sólo por parte de los gobernados sino también por parte de los poderes constituidos.

Recalcando la obligación del Estado de cumplir con los preceptos jurídicos vigentes, El maestro George Jellinek, profesor de la Universidad de Heildeberg afirmaba lo siguiente: "Acompaña, pues, a todo principio de derecho, la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho."

¹ Previamente el maestro George Jellinek afirmaba y se preguntaba: "El orden jurídico del Estado es derecho para los que están sometidos a él. Ahora bien, ¿es derecho para el Estado mismo?" Para responder esta interrogante, Jellinek señala que hay quienes sostienen que ya que el Estado puede modificar toda norma jurídica, no puede ser obligado mediante su propio derecho, pues no puede ordenarse a si mismo. De este criterio se deduce, según el propio Jellinek, que aquello que aparece como derecho para

Para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución, se ha consagrado en los textos constitucionales y en la doctrina, el principio de la supremacía de la Constitución, cuya graficación fue realizada por el afamado jurista vienés Hans Kelsen, a través de la figura de la pirámide invertida.



el artículo 73 de la Constitución de 1830, pero sin la claridad ni la precisión requeridas. En igual forma se repitió en algunas constituciones sucesivas, hasta que en la Constitución de '1897, por primera vez se estableció en forma categórica, en el Art. 132, al que se le dio categoría de Título XI, El Principio de la Supremacía Constitucional.²

El actual artículo 272 de la Constitución del Ecuador, consagra el principio de la supremacía constitucional, en los términos siguientes: "La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor sin, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones."

el individuo, no es derecho para el Estado "y si se mira desde lo alto del Estado a las profundidades del Derecho, sucederá, pues, que no se verá nada; porque todo el derecho se convierte para el Estado en no derecho, es decir en nada jurídicamente..." Esta concepción sólo es posible en los estados teocráticos, pues sólo un monarca venerado como Dios puede imponer normas de acción a todos, menos a sí mismo. Cosa muy distinta sucede cuando "el Estado procede según reglas jurídicas establecidas... reglas que a su vez sólo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del Estado; con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquel en sí mismo, ya que la de los órganos del Estado lo es de este mismo que no puede ejercer una actividad que no esté realizada mediante un órgano" George Jellinek "Teoría General del Estado" Editorial Continental, México año 1958, pag. 300 a 302.

- ² En el Ecuador, fue la constitución de 1897 la que en forma categórica por primera vez consagró en su texto el principio de supremacía constitucional, al establecer en su artículo 132, al que se le da categoría de Título, el XI, lo siguiente: "La Constitución es Suprema Ley de la República y cualesquier leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción o se aparten de su texto, no surtirán efecto alguno". Las Constituciones de 1830 (Art. 73); 1835 (Art. 112); 1843 (Art. 1); 1845 (Art. 139) y 1851 (Art. 135) si bien consagraron el principio de la supremacía constitucional, carecieron de la claridad y precisión requeridas. Las Constituciones de 1852, 1861, 1869, 1878 y 1884 carecieron de normas sobre la supremacía constitucional.

II. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

Toda vez que la Constitución tiene el carácter de auténtica norma jurídica, cabe preguntarse si dispone de fuerza normativa o eficacia directa o si, por el contrario, su fuerza normativa es indirecta y sólo tiene eficacia en la medida en que el legislador complementa sus encargos o mandatos al legislador. En el segundo caso, "el objeto de la Constitución sería, tan sólo, regular la producción de normas, fundamentalmente la de las leyes. Luego la Constitución no sería *verdadero derecho* sino *meta derecho*", según afirma el Profesor Emérito de Derecho Político de la Universidad de Valencia, Juan Fernando Badia.³

La antigua práctica europea de la divinización del Parlamento impidió, durante el siglo XIX y en la mayoría de países hasta antes de la segunda Guerra Mundial, considerar a la Constitución, además de norma suprema, como norma con efectos directos. Esta situación se explica históricamente porque a la evolución del constitucionalismo europeo le interesó fortalecer al Parlamento, ya que si alguna función del Estado amenazaba con poderes exorbitantes no era la legislativa, sino la ejecutiva, encabezada por el Rey.'

A la Constitución no se la concibió inicialmente como un límite jurídico al poder legislativo, sino como un documento esencialmente político. La efectividad de la Constitución como sistema normativo superior viene después de que su efectividad política ha sido ratificada por los hechos. Podría afirmarse que fue preciso que la Constitución funcionase primeramente como instrumento político de regulación efectiva del ejercicio de la soberanía, para que se revelasen sus virtualidades jurídicas.

El Profesor Camilo Velásquez Turbay manifiesta: "Durante el siglo XIX se consideró que la Constitución Política, más que una ley, era un estatuto orientador; era un estatuto que dirigía a la sociedad; era

3 Juan Fernando Badia "Teoría de la Constitución", Editorial Tirant Le Blanch, Valencia-España 1992, Pág. 180.

4 Al constitucionalismo europeo le interesaba un Parlamento fuerte que controle y de alguna manera penetre en el Ejecutivo. Esta circunstancia histórica explica el sistema de gobierno Parlamentario europeo, así como el hecho de que durante todo el siglo XIX no hubiera control de la constitucionalidad en Europa.

un conjunto de principios tan generales, que su aplicación directa se consideraba imposible. Por eso, para que una norma constitucional pudiese ser aplicada, se requería su reglamentación legal."⁵

La doctrina prevalenciente en la actualidad, parte de la base de que, sin desconocer su carga política, la Constitución es fundamentalmente norma jurídica, que reclama plena vigencia y determina la vida en sociedad. Al respecto, Francisco Fernández Segado opina: "El dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución..." En afirmar esta concepción han sido particularmente reiterativos los tribunales constitucionales europeos, a través de **la doctrina de la fuerza o eficacia normativa de la Constitución**, que complementó la concepción de la supremacía de la Constitución, que inicialmente sólo se aplicaba cuando una norma de inferior jerarquía violaba su contenido, ampliándola a los casos en que, de cualquier otro modo, se impedía o enervaba su eficacia. El Tribunal de Garantías Constitucionales del Ecuador, ahora Tribunal Constitucional, en acertadas resoluciones de los últimos años ha consagrado la referida doctrina.'

El instituto de la fuerza normativa de la Constitución superó la antigua concepción de que la carta fundamental era un mero

5 Camilo Velásquez Turbay "Derecho Constitucional", Universidad Externado de Colombia. 1998, pág. 226.

6 Francisco Fernández Segado: "La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza socio económico?". Ensayo público en la obra conjunta "Inconstitucionalidad por Omisión" bajo la coordinación de Víctor Bazan, Editorial TEMIS 1997 pág. 13.

7 Resoluciones Nos. 17-96-TC y 18-96-TC, publicadas en el R.O. 973 del 24 de Junio de 1996, en cu³os considerandos se expresa: "Que siendo la Constitución la norma suprema de un estado de derecho, no puede obstar su aplicación el hecho de que el Congreso Nacional omita promulgar una ley, necesariamente secundaria frente a aquella, lo cual impedirá que uno de sus principios fundamentales, sino el más importante, aquel que el Estado tiene la obligación de proteger a las personas humanas que viven dentro de su territorio, no tenga vigencia efectiva..."

"Que todos los preceptos constitucionales son de aplicación inmediata y obligatoria por el mismo poder que nace de su jerarquía, de tal manera que cuando la Constitución exige la expedición de una ley, única y exclusivamente pretende encontrar en ella la norma reglamentaria que ayude en el ejercicio de los deberes y derechos que se deriven de sus normas, pero, no intenta darle a la ley un valor que implique que el principio de legalidad está en igual nivel que el de la constitucionalidad..." Igual criterio consta en las resoluciones de los casos # 001-RA-96; 213-2000 R.A. publicados en la Gaceta Constitucional # 2 del Tribunal Constitucional, pag. 57.

conjunto de principios y de formulación de estructuras políticas, que dio lugar a que se la califique como Constitución "Política". La vigente concepción doctrinal, recogida en los textos constitucionales, subraya su categoría de norma jurídica, con fuerza vinculante y no de mero recetario de principios programáticos.

Cuando las normas de la Constitución no tienen aplicación práctica, cuando carecen de fuerza normativa, estamos frente al tipo de Constitución que reprochaba Ferdinand Lasalle, calificándolas como "simple hoja de papel". Es el caso de las constituciones "nominales", distanciadas de la realidad, desvalorizadas por la inobservancia de sus preceptos, que conforme manifiesta Karl Loewenstein, para el hombre de la calle significan muy poco, razón por la cual sólo una fracción microscópica de la población está interesada en leerlas.

III LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Tanto por razones de orden técnico, como por razones de orden fáctico, el texto de las constituciones no agota las materias que regula. La obra del constituyente queda, en algunos aspectos, incompleta. Como consecuencia de este hecho, la propia Constitución establece encargos u obligaciones concretas, dirigidas generalmente al legislador ordinario, para que complete la voluntad del constituyente.

En ocasiones, esos mandatos imperativos de la Constitución, bien sean de carácter legislativo o de otra especie, no se cumplen, perjudicando así la fuerza normativa de la Constitución y produciéndose un verdadero fraude constitucional. Estamos, entonces, frente al caso de inconstitucionalidad por omisión, en donde por la desidia, inercia, quiescencia o inacción de los poderes constituidos, se deja sin aplicación práctica lo preceptuado por la norma constitucional.

Si nos preguntamos si la inconstitucionalidad por omisión es inocua, la respuesta es definitivamente negativa, porque el silencio del legislador o de la autoridad frente al cumplimiento de un mandato constitucional, es una manera de hacer política que, indudablemente, trae aparejadas consecuencias sociales y jurídicas, pues permite la supervivencia del estatus quo e impide el cambio que la norma constitucional persigue.

Como queriendo curarse en salud, el artículo 18 de la Constitución del Ecuador establece que los derechos y garantías determinados en ella y en los instrumentos internacionales vigentes, "serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad", agregando en su tercer inciso que "No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos".

Con la disposición reseñada anteriormente, el ordenamiento constitucional ecuatoriano ha pretendido tornar teóricamente efectivas las disposiciones consagradas en los artículos 3 número 2 y 16 de la Carta Suprema, que estatuyen como deber primordial del Estado -"el más alto deber" según el artículo 16- asegurar la vigencia y el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la seguridad social.

No obstante las normas constitucionales y las doctrinas del Tribunal Constitucional transcritas, en el Ecuador permanentemente presentamos clarísimos ejemplos de inconstitucionalidad por omisión, que *le* quitan eficacia práctica a las tan respetadas y aceptadas doctrinas de la supremacía constitucional y de la fuerza normativa de la Constitución.

IV EJEMPLOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL ECUADOR

IV.1.) EJEMPLOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE ACTOS NORMATIVOS.

Para ejemplificar la importancia práctica de la institución jurídica denominada inconstitucionalidad por omisión u omisión inconstitucional, revisemos algunos *casos* extraídos de la realidad ecuatoriana:

- 1 . La disposición transitoria **vigésima séptima** de la Constitución vigente **establece** que "La implantación del **sistema oral** se llevará a efecto **en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las**

leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema." Pues bien, el referido plazo de cuatro años feneció el 10 de Agosto del 2002 y, como todos conocemos, la legislatura no ha aprobado las leyes que hagan viable el sistema oral, ni la Función Judicial ha adecuado sus dependencias para adaptarlas al nuevo procedimiento;

2. El artículo 191 de la Constitución **ordena la unidad jurisdiccional** y, concordante con ello, **la disposición transitoria vigésima sexta determina que todos los magistrados y jueces** que dependan de la Función Ejecutiva **pasarán a la Función Judicial. Para cumplir este objetivo**, la Constitución señala que el **Consejo Nacional de la Judicatura debe** remitir al Congreso Nacional para su análisis y expedición, **los proyectos de ley que modifiquen las leyes pertinentes**. Resultado: ni el Consejo de la Judicatura ha cumplido con su obligación constitucional, ni el Congreso Nacional, por iniciativa propia, ha dictado las leyes que hagan realidad las señaladas disposiciones constitucionales;
3. El artículo 117 de la Constitución **obliga al Congreso Nacional a dictar una Ley que regule el capítulo IV del título IV denominado "Del Estatuto de la Oposición"**, para que los Partidos y Movimientos Políticos que no participen del gobierno ejerzan una oposición crítica y propongan alternativas sobre políticas gubernamentales. Esta Ley, que sin duda ayudaría a la gobernabilidad, pese al imperativo mandato constitucional, no ha sido expedida por el Congreso Nacional.
4. El artículo 191 de la Constitución, anteriormente nombrado, establece que las autoridades **de los pueblos indígenas ejercerán funciones de** justicia y que la Ley hará compatible aquellas **funciones** con las del sistema judicial nacional. Esta disposición constitucional ha sido igualmente incumplida, pues hasta la fecha no hay Ley que regule la administración de justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas en sus correspondientes comunidades;

5. **El artículo 228 de la Constitución establece que**, a más de los Consejos Provinciales, los Concejos Municipales y las Juntas Parroquiales, **los Gobiernos Seccionales Autónomos serán ejercidos también por los organismos que determine la Ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas**. Por su parte, el artículo 241 determina que **la organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales y afroecuatorianas serán reguladas por la Ley**. Lamentablemente, no existe la Ley que desarrolle las disposiciones constitucionales anteriormente referidas, incumpliendo el mandato constitucional que dispone su expedición;
6. **El artículo 188 de la Constitución establece** la posibilidad de que un ciudadano llamado al servicio militar obligatorio sea asignado a un servicio civil a la comunidad, siempre que invocare una objeción de conciencia fundada en razones morales, religiosas o filosóficas, añadiendo que **el derecho a la objeción de conciencia será ejercido en la forma que determine la Ley**. Por supuesto las normas legales, cuya expedición es obligatoria de conformidad con la Constitución, no existen;
7. Regresando a los Gobiernos Seccionales Autónomos, el artículo 237 de la Constitución **señala que la Ley establecerá las formas de control social y de rendición de cuentas de las entidades que conforman el referido régimen**. Pues bien, como dicha Ley no ha sido dictada, los Organismos Seccionales no rinden cuentas apropiadamente, pues no son sujetos de fiscalización por parte del Congreso Nacional ni del Gobierno Central y sólo pueden ser auditados por la Contraloría, lo que es insuficiente.

IV.2.) EJEMPLOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Existen más ejemplos de omisiones legislativas que podrían configurar casos de inconstitucionalidad por omisión, pero

prefiero utilizar unas líneas para referir que, dentro de una concepción amplia del instituto, sobre cuya aceptación no existe **una doctrina uniforme**, el campo de la inconstitucionalidad por omisión no sólo comprende a las omisiones legislativas, sino también a otras omisiones, que surgen de la inercia de los órganos, poderes o funcionarios públicos frente al cumplimiento de un mandato constitucional que los obliga a adoptar una acción concreta. Así por ejemplo:

- 1) **El artículo 129 de la Constitución obliga al Congreso Nacional a elegir** a su **Presidente** para los primeros dos años, **de entre los diputados pertenecientes al partido o movimiento con mayor representación** legislativa. La Ley Orgánica de la Función Legislativa, al desarrollar esta disposición, establece que el partido con mayor representación propone al candidato. Pero ocurre, que el partido con mayor representación institucionalmente resuelve no presentar candidato y sus diputados, individualmente, deciden no aceptar ninguna postulación a la Presidencia del Congreso Nacional;

- 2) **El artículo 262 de la Constitución señala que el Directorio del Banco Central se integrará por cinco miembros propuestos por el Presidente de la República** y designados por el Congreso, dentro de diez días contados a partir de la fecha en que reciba la nómina de los candidatos. Pues bien, todos recordamos que en plena crisis bancaria, durante el año 1999, el Banco Central del Ecuador permaneció sin directorio por algunos meses, simplemente porque el Presidente de la República, omitió su obligación constitucional de proponer los candidatos. Parecido caso ocurrió con el fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales, que por espacio de dos años estuvo integrado por vocales con funciones prorrogadas, porque el Presidente de la República y otros entes que debían nominar candidatos para integrarlo, omitieron su obligación constitucional de enviar las ternas correspondientes, señalada en el entonces Art. 174 de la Constitución.

- 3) **El artículo 231 de la Constitución establece que los Gobiernos Seccionales Autónomos deben generar sus propios recursos financieros.** Sin embargo, la mayoría de los organismos seccionales han omitido el cumplimiento de la obligación constitucional de tomar las medidas que le permitan generar sus propios recursos y siguen dependiendo casi exclusivamente del Presupuesto General del Estado.

Todos los ejemplos anteriormente referidos tienen como elemento común la omisión por parte de un órgano del poder público en realizar la acción que la Constitución le impone.

V. NECESIDAD DE REGULAR Y SANCIONAR LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Los casos anteriormente transcritos constituyen, como lo he afirmado, verdaderos fraudes contra la Constitución. Situaciones en que, un poder constituido deja sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente.

No podemos permitir que se convierta la Constitución en un texto lisiado, imposibilitado de caminar, porque le falta una ley que en algunos aspectos desarrolle sus mandatos.

Declarar la inconstitucionalidad de normas de inferior rango que contradigan el texto constitucional, así como buscar la plena operatividad de las normas constitucionales, aún cuando la inacción legislativa haya frustrado la expedición de la ley reglamentaria, forman parte consustancial de la defensa jurídica de la Constitución.

En el primer caso, cuando se expide una ley que transgrede la Constitución, estamos frente a una violación constitucional de carácter positivo. En el segundo, cuando se incumple con la expedición de una ley o la ejecución de un acto condenado por la Constitución, estamos en el ámbito de la violación constitucional de carácter negativo, porque es justamente la quiescencia, la inacción u omisión de la obligación constitucional, la que produce el vicio.

Para el primero de los casos anteriormente señalados, esto es, para la violación constitucional de carácter positivo, existe la acción de inconstitucionalidad consagrada en nuestra carta suprema. Para el segundo caso, esto es, la omisión inconstitucional o violación de carácter negativo, salvo los casos de omisiones administrativas que impliquen violación de un derecho subjetivo, que causen o puedan causar un daño inminente o grave, tutelado por la acción de amparo, no existe en nuestro texto constitucional disposiciones que prevengan, corrijan o sancionen la omisión inconstitucional en el dictado de normas u omisiones administrativas con efectos generales.

Es indudable que esta grave falencia del constitucionalismo ecuatoriano debe ser superado, regulando en nuestro texto constitucional, como lo han hecho las constituciones de la antigua Yugoslavia y Portugal en Europa, Brasil, Venezuela, la provincia de Río Negro en Argentina y la Ley de Control Constitucional en Costa Rica, la inconstitucionalidad por omisión, a fin de conseguir que la voluntad del constituyente se realice plenamente y se viva en la práctica las doctrinas de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

Como integrante en representación de la Universidad Católica del "Grupo de Trabajo Constitucional" creado de común acuerdo entre las Funciones Legislativa y Ejecutiva para preparar un proyecto de reformas a la Constitución vigente, he planteado esta necesidad, la misma que ha sido acogida favorablemente.

Espero en próximos artículos referirme a otros aspectos de este tema, tales como: la clasificación de las normas constitucionales y cuáles normas son susceptibles de inconstitucionalidad por omisión; las 3 generaciones de derechos humanos y su relación con la inconstitucionalidad por omisión; los tipos de inconstitucionalidad por omisión; la inconstitucionalidad por omisión en el derecho constitucional comparado; y, los remedios judiciales al problema de la inconstitucionalidad por omisión.

Guayaquil, 3 de julio de 2003