

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

TESIS DOCTORAL

**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN:
UNA REFORMA NECESARIA EN LA CONSTITUCIÓN
ECUATORIANA**

AUTOR

AB. IVÁN CASTRO PATIÑO

DIRECTOR DE TESIS

DR. NICOLAS PARDUCCI SCIACALUGA

Guayaquil, Diciembre del 2003

La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas expuestos en esta tesis, son originales y corresponden exclusivamente al autor.

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: UNA REFORMA NECESARIA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

I) IMPORTANCIA PRÁCTICA DEL TEMA

- I.1.)** Ejemplos de inconstitucionalidad por omisión de actos normativos.
- I.2.)** Ejemplos de inconstitucionalidad por omisión de actos administrativos.

II) IMPORTANCIA TEÓRICA: LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL

- II.1.)** La supremacía de la Constitución
- II.2.)** La fuerza normativa de la Constitución
- II.3.)** Función transformadora del constitucionalismo social
- II.4.)** La inconstitucional por omisión
- II.5.)** Necesidad de regular la omisión inconstitucional

III) CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

- III.1.)** Su relación con la inconstitucionalidad por omisión
- III.2.)** Valor relativo de las clasificaciones
- III.3.)** Cuadro clasificatorio de las normas constitucionales
- III.4.)** Normas declarativas o de principios
- III.5.)** Normas instituyente u organizadoras: concepto.
Subclasificación:
 - III.5.1.)** Normas de estructura
 - III.5.2.)** Normas de atribución de competencia
 - III.5.3.)** Normas de procedimiento
- III.6.)** Normas programáticas: concepto. Subclasificación:
 - III.6.1.)** Por su imperatividad:
 - III.6.1.1.)** Normas programáticas optativas
 - III.6.1.2.)** Normas programáticas de cumplimiento obligatorio
 - III.6.2.)** Por sus destinatarios:
 - III.6.2.1.)** Normas programáticas dirigidas al legislador

CAPITULO SEGUNDO

VII) POSICIONES DOCTRINARIAS EN RELACION A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

- VII.1.)** Introducción
- VII.2.)** Concepción amplia de la inconstitucionalidad por omisión
- VII.3.)** Concepción restringida de la inconstitucionalidad por omisión

VIII) TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

- VIII.1.)** Omisión de las Funciones y funcionarios públicos y omisión de la Función Legislativa.
- VIII.2.)** Omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa.
- VIII.3.)** Omisión Legislativa formalmente considerada y omisión legislativa materialmente considerada o exclusión arbitraria de beneficios.
- VIII.4.)** Omisión por mora y por negación
- VIII.5.)** Omisión que afecta o no a los derechos fundamentales.
- VIII.6.)** Omisión evitable e inevitable

IX) DEFINICIÓN Y ELEMENTOS QUE INTREGRAN EL CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

- IX.1.)** Definición
- IX.2.)** Inobservancia total o parcial
- IX.3.)** Mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio
- IX.4.)** Producto de la inacción de los Poderes Públicos o de los Funcionarios Públicos
 - IX.4.1.)** La inacción
 - IX.4.2.)** De los poderes constituidos o de los funcionarios públicos.
- IX.5.)** Dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable.
- IX.6.)** Que ocasiona la perdida de la eficacia normativa de la Constitución

X) LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

- X.1.)** Introducción
- X.2.)** El caso de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia
- X.3.)** El caso de la República de Portugal.
- X.4.)** El caso de la República Federativa de Brasil

- X.4.1.)** La normativa constitucional Brasileira
- X.4.2.)** Diferencias entre la normativa Portuguesa y Brasileira sobre la inconstitucionalidad por omisión.
- X.4.3.)** Diferencias entre la inconstitucionalidad por omisión y el injunção
- X.5.)** El caso de la provincia de Río Negro en Argentina
- X.6.)** El caso de la República Bolivariana de Venezuela
- X.7.)** Los casos de Costa Rica, Hungría, México y Angola
 - X.7.1.)** Costa Rica
 - X.7.2.)** Hungría
 - X.7.3.)** Angola
 - X.7.4.)** México
- X.8.)** Cuadro comparativo de la inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado

XI.) POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

- XI.1.)** Aportes Jurisprudenciales
 - XI.1.1.)** Alemania
 - XI.1.2.)** Austria
 - XI.1.3.)** España
 - XI.1.4.)** Italia
 - XI.1.5.)** Colombia
- XI.2.)** Objeciones a la posibilidad práctica de articular soluciones jurídicas a la inconstitucionalidad por omisión.
 - XI.2.1.)** Riesgo de sustituir al poder legislativo por otro órgano del Estado
 - XI.2.2.)** La regulación de la inconstitucionalidad por omisión atenta contra la libertad de conformación del legislador
 - XI.2.3.)** El carácter de legislador negativo que generalmente se le atribuye a los Tribunales Constitucionales.
 - XI.2.4.)** La regulación de la inconstitucionalidad por omisión propicia la dictadura de los jueces.
 - XI.2.5.)** La ilegitimidad del Tribunal Constitucional para controlar la labor del Parlamento.
 - XI.2.6.)** La relatividad motivada por el factor tiempo al juzgar la inconstitucionalidad por omisión
- XI.3.)** Diferentes técnicas para remediar la inconstitucionalidad por omisión
- XI.4.)** Propuesta para el caso ecuatoriano

XI.4.1.) Omisiones inconstitucionales que tienen remedio en el Ecuador

XI.4.2.) Consideraciones previas al planteamiento de reforma constitucional:

XI.4.2.1.) ¿Reforma Constitucional o reforma legal?

XI.4.2.2.) El elemento temporal y la omisión de consensos

XI.4.2.3.) Sistema mixto de control constitucional vigente en el Ecuador

XI.4.2.4.) Motivación ética de la reforma

XI.4.2.5.) Experiencia ya ensayada en el Ecuador

XI.4.3.) Propuesta de Reforma Constitucional

XII.) CONCLUSIONES

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: UNA REFORMA NECESARIA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

CAPITULO PRIMERO

I) IMPORTANCIA PRÁCTICA DEL TEMA

I.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, con la excepción de algunas normas del nuevo Código de Procedimiento Penal y las últimas reformas al Código de Trabajo (RO. #146 del 13-VIII-2003), 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 dependen 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: salvo en el caso aislado del nuevo Código de la Niñez, el Congreso Nacional no 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.

8. **El Art. 146 de la Constitución otorga la iniciativa para la presentación de proyectos de ley a las personas en goce de los derechos políticos**, que representen al menos la cuarta parte del uno por ciento de los inscritos en el padrón electoral **y a los movimientos sociales de carácter nacional. Dispone también que la ley regule el ejercicio de este derecho.** Hasta el momento, el Congreso Nacional no ha expedido la ley y los ecuatorianos no han podido ejercer este derecho político, reconocido también en el Art. 26 de la Constitución. pues falta definición, entre otros temas, sobre qué debe entenderse como movimiento social de carácter nacional.
9. **La disposición transitoria cuadragésima tercera de la Constitución establece que, en el plazo de un año, el Congreso Nacional debía expedir la ley que establezca la autonomía del Registro Oficial.** Han transcurrido cinco años y la ley aún no se dicta, por lo que el Registro Oficial continúa dependiendo del Tribunal Constitucional.
10. **El Art. 41 de la Constitución establece la obligación del Estado de formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado cuyo funcionamiento debe establecerse en la ley.** No se ha dictado ninguna ley al respecto por lo que, a pesar del esfuerzo de las organizaciones sociales de mujeres, el Estado y sus instituciones no incorporan el enfoque de género en planes y programas.
11. Para completar el cuadro de los más relevantes incumplimientos a los mandatos legislativos establecidos en la Constitución, mencionaremos la **disposición transitoria vigésimo cuarta de la Carta Suprema** que señala que **si el Congreso Nacional no expidiere las leyes que prevé la Constitución en el plazo en ella fijados, el Presidente de la República enviará al Congreso los correspondientes proyectos de ley, los mismos que seguirán el trámite de aquellos calificados como de urgencia económica.** Esta orden constitucional no ha sido cumplida por ninguno de los tres Presidentes que hasta ahora, han debido acatarla, como son, en su orden, los Presidentes Mahuad, Noboa y Gutiérrez.

I.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, 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.¹

II) IMPORTANCIA TEORICA: LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL.-

II.1.) LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

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. En la actualidad, hablar de Estado de Derecho es hablar de Estado Constitucional.

Si no existiera la Constitución como conjunto de normas supremas, tendríamos una infinidad de leyes y normas aisladas, pero careceríamos de sistema jurídico, pues "...una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden, si su validez puede ser referida a una norma única, como fundamento último de esta validez. Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden."²

Una de las premisas fundamentales en la que se sustenta el sistema jurídico constitucional es la **supremacía de la Constitución**, cuya graficación fue realizada por el afamado jurista vienés Hans Kelsen, a través de la figura de una pirámide invertida.

¹ No desconocemos que, como afirma Kelsen, "como toda norma, también la constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla". Por ello, en rigor también un particular puede incurrir en omisión inconstitucional. Así por ejemplo, la Constitución Ecuatoriana en su Art. 97 impone a todo ciudadano la obligación de "defender la integridad territorial del Ecuador" (#4) y "pagar los tributos establecidos por la Ley" (#10); en consecuencia, no cumplir con el servicio militar obligatorio o no efectuar su declaración y pago del impuesto a la renta entrañarían omisiones inconstitucionales. Sin embargo, la gran diferencia estriba en que los particulares, en cuanto simples ciudadanos, carecen de facultades legisferantes, razón por la cual no incurrir en inconstitucionalidad por omisión en el dictado de normas de carácter general.

² La transcripción corresponde a la respuesta que Hans Kelsen dio a su propia pregunta acerca de ¿cuándo las normas jurídicas forman un sistema jurídico? Hans Kelsen, "El método y los conceptos fundamentales de la Teoría para el Derecho" Pág. 47 citado en OMEBA T-III Pág. 1042.

La Constitución está conformada 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. Así lo dispone el Art. 272 de la Constitución ecuatoriana, que consagra el principio de la supremacía constitucional³ en los términos siguientes:

Art. 272: “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 si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distintas jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.”

II.2.) LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

Toda vez que la Constitución tiene el carácter de norma suprema, cabe preguntarnos 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 cumpla sus encargos formulando las leyes reglamentarias. De ser cierta la segunda posibilidad, 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.⁴

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

³En 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, ordenes, 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. 111); 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. Las constituciones posteriores a 1897, esto es, de 1906 (Art. 6) – 1929 (Art. 161) – 1945 (Art. 163) – 1946 (Art. 189) – 1967 (Art. 257) – 1978, V Codificación (Art. 272), consagran el principio.

⁴ Juan Fernando Badia “Teoría de la Constitución”, Editorial Tirant La Blanch, Valencia-España 1992, Pág. 180.

amenazaba con poderes exorbitantes no era la legislativa, sino la ejecutiva, encabezada por el Rey.⁵

La Constitución no fue conceptuada en Europa, al menos 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.⁶

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 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.”⁷

La concepción divinizadora del Parlamento trajo como consecuencia en la mayoría de los países, especialmente europeos, la parálisis de la Función Judicial, discapacitándola para aplicar en forma directa la norma constitucional, cuando faltaba una ley que desarrolle sus mandatos, o para inaplicar una norma legal que contradiga el texto constitucional. El Juez era una especie de funcionario robótico, simple oráculo de la ley, carente de iniciativa propia para buscar a través de su acción la vigencia de los principios de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

⁵Al 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. La centralidad del Parlamento convirtió a la ley en la fuente primera y directa del ordenamiento jurídico.

⁶ A decir del Dr. Fernando Flores, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia: “Esta importancia de la Constitución aparece en la Europa de entreguerras y se consolida tras la segunda conflagración mundial...en los Estados Unidos el sistema es diferente y la Constitución es un elemento central del sistema jurídico y político desde el principio”. Ensayo titulado “La Constitución y los instrumentos internacionales como normas de eficacia directa”, publicado en las “Memorias de Eventos de Derecho Constitucional”, publicación de Ciudadanía, Ley y Desarrollo C.L.D. Quito 2001, Pág. 130.

Por su parte, el Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco, Javier Tajadura Tejada, señala: “Finalizada la Segunda Guerra Mundial el tema quedó definitivamente zanjado desde una perspectiva teórica. Las sucesivas Constituciones que vieron la luz en la segunda post guerra fueron concebidas y aprobadas bajo la idea de que el Estado Constitucional sólo podía funcionar adecuadamente si dichas constituciones eran comprendidas e interpretadas como auténticas normas jurídicas.” Cita tomada del ensayo “La Inconstitucionalidad por Omisión y los Derechos Sociales”, publicado dentro de la obra colectiva “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión.” bajo la coordinación de Miguel Carbonell, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, Pág. 294.

⁷ Camilo Velásquez Turbay “Derecho Constitucional”, Universidad Externado de Colombia. 1998, Pág. 22

En Ecuador vale la pena recordar el caso del Coronel Federico Irigoyen, juzgado en 1887 por sedición, como un típico ejemplo de la actuación de jueces robóticos, sin iniciativa para hacer prevalecer la supremacía de la Constitución. El caso es el siguiente:

Al momento de cometer la infracción por la cual era juzgado Irigoyen, regía la Constitución de 1884, cuyo artículo 14 señalaba: “*No se impondrá pena de muerte por crímenes políticos ni por crímenes comunes, exceptuados el asesinato y el parricidio, en los casos que, según la ley, se castigan con esa pena*”. El Consejo de Guerra verbal encontró culpable a F. Irigoyen y otros sindicados de la infracción tipificada en el Art. 117 de la Ley Reformatoria del Código Militar, que sancionaba la sedición con pena de muerte y, en primera instancia, condenó a Irigoyen a reclusión mayor extraordinaria, por la imposibilidad de aplicar una pena prohibida por la Constitución. El Auditor de Guerra apeló la sentencia solicitando se aplique la pena de muerte. La Corte Suprema Marcial se pronunció exclusivamente sobre la pena que correspondía a Irigoyen y, a diferencia de la famosa Jurisprudencia estadounidense, asentada por el Juez John Marshall en el conocido caso *Marbury Vs. Madison* resuelto en 1803, estimó que el Poder Judicial no puede dejar sin efecto una ley, aún cuando esta sea evidentemente inconstitucional, pues el texto de la Constitución no contemplaba expresamente mecanismos de control de la constitucionalidad. Resultado: el Coronel Irigoyen fue sentenciado a muerte y el principio de la supremacía de la Constitución inaplicado en la práctica judicial.

La doctrina prevaleciente 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...”⁸ En afirmar esta concepción han sido particularmente reiterativos los tribunales constitucionales europeos,⁹ a través de **la doctrina de la fuerza o eficacia normativa de la Constitución, que complementó el principio de la supremacía de la Constitución, que inicialmente sólo se aplicaba cuando una norma de inferior jerarquía violaba**

⁸ Francisco Fernández Segado: “La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza socio económico?”. Ensayo publicado en la obra conjunta “Inconstitucionalidad por Omisión” bajo la coordinación de Víctor Bazán, Editorial TEMIS 1997 Pág. 13.

⁹ Así el Tribunal Constitucional español en la STC 16/1998, del 28 de Abril, afirma: “Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos...están sujetos a ella”. Cita tomada del ensayo de Javier Tajadura Tejada, obra citada, Pág. 295.

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.¹⁰

El instituto de la fuerza normativa de la Constitución superó la antigua concepción de que la Carta Fundamental era un mero conjunto de principios y de formulación de estructuras políticas, que dio lugar a que se la calificase como Constitución “Política”.

La vigente conceptualización doctrinal, recogida en los textos constitucionales, subraya su categoría de norma jurídica con fuerza vinculante y no de recetario de principios programáticos.

Las disposiciones constitucionales, no sólo que son normas supremas, sino que además son normas jurídicas con eficacia normativa directa. El carácter normativo de la Ley Fundamental opera como complemento y contrapunto del principio de la supremacía constitucional. Si la Constitución es ley suprema, “fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico”, debe ser exigible normativamente.

Por las razones expuestas, **todo país que se precie de vivir un estado de derecho debe comenzar por asegurar que en su territorio se cumpla realmente la Constitución, no sólo por parte de los ciudadanos sino también por parte de los poderes constituidos.** “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”; señala el artículo 9.1 de la Constitución española.”

Recalcando la obligación del Estado de cumplir con el precepto jurídico, 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.”¹¹

¹⁰ Resoluciones Nos. 17-96-TC y 18-96-TC, publicadas en el R.O. 973 del 24 de Junio de 1996, en cuyos 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, Pág. 57.

¹¹ 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 sí mismo. De este criterio se deduce, según el propio Jellinek, que aquello que aparece como derecho para 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

Cuando las normas de la Constitución no tienen aplicación práctica, cuando carecen de eficacia normativa, estamos frente al tipo de Constitución que reprochaba Ferdinand Lasalle, calificándolas como una simple “hoja de papel”, subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno. Es el caso de las constituciones “nominales” distanciadas de la realidad, desvalorizadas por la inobservancia de buen número 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.

II.3 FUNCIÓN TRANSFORMADORA DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.

A más de la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, otro aspecto que reviste importancia al momento de fundamentar y establecer la necesidad de regular el instituto de la inconstitucional por omisión, es el nuevo perfil transformador de la sociedad que nos ofrecen las constituciones contemporáneas, imbuidas de las ideas del constitucionalismo social.

Las constituciones contemporáneas han dejado de ser exclusivamente estatutos organizadores del poder político y proclamadores de derechos de primera generación, que demandan un papel tutelar del Estado, sino que, recogiendo los anhelos de las mayorías ciudadanas, han ampliado sus horizontes para establecer normas encaminadas a garantizar una más equitativa redistribución del bienestar social y económico, asumiendo un papel transformador en la sociedad.

Conquistados los derechos civiles y políticos, cuyo logro como consagración constitucional fue desnaturalizado por el mercantilismo económico unido a un liberalismo a ultranza, mal aplicado a las relaciones laborales, pronto se vio la necesidad de reformular dichos preceptos a fin de que la libertad implique capacidad; la igualdad, posibilidad de que todos satisfagan sus necesidades básicas; y, la fraternidad establezca obligaciones positivas entre los individuos.

El movimiento constitucional asumió nuevos retos y retomó su impulso revolucionario inicial. Las constituciones dejaron de ser

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, Pág. 300 a 302.

un mero retrato de las relaciones existentes en la sociedad, para convertirse en instrumentos guía de la transformación social, estableciendo los nuevos parámetros de acción de los poderes públicos. Había nacido el constitucionalismo social.

Como lo veremos mas adelante (capitulo VI), **los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, propios del denominado constitucionalismo social, reclamarán una actuación directa del Estado para hacer efectivas las normas constitucionales, siendo, en consecuencia, obligación de los órganos del poder público, actuar en el ejercicio de las facultades y competencias que les asigna la Constitución, para cumplir los mandatos en ella establecidos.**

Cronológicamente, no muy lejos de la primera Constitución que en el mundo incorporó en su texto derechos de carácter social, que es la mexicana, expedida en Querétaro en 1917, el constitucionalismo ecuatoriano, desde 1929, con su decimotercera Constitución, estableció en la Carta Suprema disposiciones de carácter social, hasta llegar a la décima séptima Constitución, cuya quinta codificación es la vigente¹², con una avanzada formulación de derechos económicos, sociales y culturales.

La Constitución ecuatoriana establece en su artículo 1 que *“Ecuador es un estado social de derecho...”* y en el artículo 3 números 2, 4 y 5, que *son deberes primordiales del estado ... 2) Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social; ... 4) Preservar el crecimiento sustentable de la Economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo; 5) Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.* Por su parte el Art. 16 *ibidem* establece que *“El más*

¹² Debemos anotar que no hay acuerdo unánime sobre si la Constitución vigente debe ser considerada como nueva o como reforma y codificación de la de 1998. El Prof. Hernán Salgado Pesantes sostiene que no se trata de una nueva Constitución, porque su estructura y la mayoría de sus disposiciones son las mismas que tenía la Constitución de 1978-1979 y los constituyentes se distribuyeron los temas siguiendo el orden establecido en dicha Carta Política, agregando que el mandato político que fundamentó jurídicamente a la Asamblea Constituyente que culminó sus labores en Riobamba el 5 de junio de 1998, fue el de reformar la Constitución. (Ver prólogo de la obra *“Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana”* editado por la Fundación Conrad Adenauer en Quito, 1999, Pág. 15). En el informe al H. Congreso Nacional del Presidente del Tribunal Constitucional, año 2001, Dr. Marcos Morales Tobar, se sostiene que la actual es una nueva codificación de la Constitución de 1978-1979. (Informe Pág. 88-90). Los Prof. Hernán Rivadeneira Játiva, Carlos Jaramillo, entre otros, sostienen que se trata de una nueva Constitución y se fundamentan en el preámbulo de la misma en donde consta que *“La Asamblea Nacional Constituyente expide: La presente: Constitución Política del Ecuador”*, así como en su disposición final que textualmente manifiesta: *“La presente Constitución codificada, aprobada hoy 5 de junio de 1998, en Riobamba,-ciudad sede de la fundación del Estado Ecuatoriano en 1830-, que contiene reformas y textos no reformados del actual, entrará en vigencia el día en que se poseione el nuevo Presidente de la República en el presente año 1998, fecha en la cual quedará derogada la Constitución vigente.”* (Ver obra *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, bajo la coordinación de Luis López Guerra, editada por la Corporación Editorial Nacional, Quito 2002, Pág. 232-233)

El Tribunal Constitucional ha establecido que la Constitución vigente es la de 1978-1979, en su quinta codificación, lo que puede apreciarse en la Resolución no. 094-99-A-TP, que amplía y aclara el fallo adoptado en el caso no. 867-98-TC. De esta forma, la historia cronológica es: la Constitución aprobada en el Referéndum de 1978 se publicó en el R.O. 800 del 27 de marzo de 1979. Primera Codificación, R.O. 763 del 12 de junio de 1984. Segunda Codificación, R.O. 183 del 5 de mayo de 1993. Tercera Codificación, R.O. 969 del 18 de junio de 1996; Quinta Codificación, R.O. 1 del 11 de agosto de 1998.

alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

La clara tendencia finalista del constitucionalismo social “Acentúa la fuerza vincular del programa constitucional y en ello se ha de ver el germen de las construcciones teóricas de la omisión legislativa inconstitucional y del derecho subjetivo a la normación... para convertir en realmente operativa esa categoría.”¹³

II.4.) LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Justamente en razón del carácter de norma jurídica suprema, con eficacia normativa, que tiene la Constitución y del nuevo perfil del constitucionalismo social, es preciso considerar que, tanto por razones de orden técnico, relativas a la función y metodología de la Ley Suprema, como por razones de orden fáctico o de conveniencia política, el texto de las constituciones no agota las materias que regula. La obra del constituyente queda, en algunos aspectos, incompleta.

Como consecuencia del hecho referido, la propia Constitución establece encargos u obligaciones concretas, dirigidas generalmente a la legislatura, pero también a otras funciones del Estado, para que completen la voluntad del constituyente.

En ocasiones, estos 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. Es el caso de los ejemplos introductorios de la presente tesis, que demuestran como nuestra Constitución, en variados temas, formula encargos a la Función Legislativa y a otros poderes o funcionarios públicos, que no son meras declaraciones, sino normas imperativas, órdenes del constituyente que, lamentablemente, no se obedecen.

Cuando la quiescencia, inacción, inercia u omisión de las Funciones del Estado frente a claros y concretos mandatos del constituyente producen efectos contrarios a lo que dispone la Constitución, estamos frente al caso de una inconstitucionalidad por omisión, pues la Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ella ordena que se haga.

¹³ Francisco Fernández Segado- Obra: “La dogmática de los derechos humanos,” Ediciones Jurídicas- junio 1.994 Pág. 330

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.”* De esta forma el ordenamiento constitucional ecuatoriano establece una declaración a priori de la inmediata operatividad de los derechos y garantías determinados en la Constitución y los instrumentos internacionales vigentes, con el claro propósito de tornar teóricamente efectiva las disposiciones consagradas en los artículos 3 # 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 respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la seguridad social.

Nótese que la Constitución ecuatoriana, en su artículo 18, se refiere a todos los derechos consagrados en la Carta Suprema, sin excluir a ninguno de ellos.

En los apartados **IV.4** y **VI.3** de esta tesis ahondaremos en la importancia y alcance del Art. 18 de la Constitución ecuatoriana y su relación con la inconstitucionalidad por omisión. Por ahora, pasaremos revista a disposiciones relativamente similares en sus propósitos, en el derecho constitucional comparado:

En el artículo 53.1 de la Constitución de España de 1978 encontramos una disposición que persigue, aunque en forma más restringida, idéntico objetivo que el artículo 18 de la Constitución ecuatoriana, esto es, establecer la inmediata operatividad de los derechos consagrados en la Carta Suprema, ya que dispone lo siguiente: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a)”*. Por su parte, el artículo 9.1 de la Constitución de España dispone que *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*.

La Ley de la República Federal de Alemania, conocida como Ley Fundamental de Bonn, en el apartado 3 del artículo 1º establece: *“Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”*. Los artículos a los que se refiere esta norma están

contenidos en las disposiciones de los artículos 2 al 17 de la referida Constitución y son primordialmente derechos civiles y políticos.

La Constitución de Colombia en su artículo 85, con una posición más realista, enumera taxativamente cuáles son los derechos de aplicación inmediata, al disponer: *“Artículo 85.- Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”*

Por su parte, la Constitución de Uruguay en su artículo 332 dispone: *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.”*

El artículo 45 de la Constitución de Paraguay en su frase final determina que: *“...La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.*

II.5.) LA NECESIDAD DE REGULAR LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL.

No obstante las normas constitucionales transcritas en el apartado **II.4** y la doctrina del Tribunal Constitucional señalada en el pie de página 10, frente a la omisión en el cumplimiento de un mandato constitucional, cabe la pregunta: ¿Es inocua la inacción del legislador o de la autoridad pública; o, por el contrario, la inacción frente a un mandato constitucional trae aparejados resultados políticos, sociales y jurídicos contrarios a lo que manda la Constitución?

La respuesta a la interrogante anterior es que **el silencio, la inacción, la quiescencia del legislador o de la autoridad frente a un mandato constitucional, como bien señala Ignacio Villaverde, es una manera de hacer política que, indudablemente, trae aparejadas consecuencias sociales y jurídicas, ya que permite la supervivencia del *statu quo*, impidiendo el cambio que, muy probablemente, la norma constitucional persigue.**

El Profesor Miguel Carbonell reflexiona en el sentido de que “Ante unos muy elevados índices de pobreza y frente a una clase política acostumbrada a mantener relaciones de mutua

conveniencia con los poderes fácticos (económicos, comunicativos, corporativos, etcétera), hace falta crear mecanismos para que esas “leyes del más débil” que son los derechos fundamentales, según Ferrajoli, no puedan ser vulneradas por la complicidad y el silencio de quienes tienen la responsabilidad de crear el marco jurídico necesario para su protección.”¹⁴

De la misma manera que es indudable que la fuerza normativa de la Constitución como Ley Suprema repudia la posibilidad que el legislador o el funcionario público puedan alterar sus disposiciones por medio de acciones que la contradigan, es igualmente categórico que la Constitución no puede ser violentada por la omisión legislativa, administrativa e incluso de los particulares, en el cumplimiento de un mandato que ella prescribe. **Es inconcebible, en suma, que un poder constituido pueda, por desidia o por inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente.**

Repugna al sano criterio jurídico considerar que puede quedar librado a la voluntad del legislador la posibilidad de frustrar la aplicación de una norma constitucional, por el sólo hecho de no dictar la ley reglamentaria. Aceptar esta posibilidad sería destruir la supremacía de la Constitución, el poder constituyente se situaría a igual nivel que el poder constituido y la Constitución quedarían a libre disposición del legislador. Por igual razón y con mayor fuerza aún, repugna que pueda quedar sujeta a la inacción del funcionario público la vigencia de la prescripción constitucional.

Los institutos de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución, quedarían destruidos si nos adherimos a la tesis de que el funcionamiento de la Constitución requiere, necesariamente, de la intervención de la ley para tener vigencia.

Tal creencia sería igual que aceptar que la Constitución es un texto lisiado que necesita de las muletas de la ley para ponerse en movimiento y nos haría regresar a la ya superada etapa de la divinización del Parlamento, a cuyo arbitrio quedarían libradas la vigencia y la eficacia del texto constitucional.

De los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución nace la necesidad de buscar remedio para este mal, legislando y sancionando la inconstitucionalidad por omisión,

¹⁴ Miguel Carbonell: “La Inconstitucionalidad por Omisión y los retos del Estado constitucional.” Presentación del libro titulado “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”, bajo la coordinación de Miguel Carbonell, editado por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México 2003, Pág. 12

estableciendo las vías que permitan asegurar una efectividad total de los preceptos, ya de por sí vinculantes, contenidos en la Constitución.

Declarar la inconstitucionalidad de normas de inferior rango que contradigan el texto constitucional, así como buscar la plena operatividad de las normas constitucionales, aun cuando la inacción legislativa haya frustrado la expedición de la ley reglamentaria, forman parte consustancial de la problemática de la *defensa jurídica de la Constitución*. Pero la defensa jurídica de la Constitución no puede quedarse en la mera denuncia de la existencia de la omisión inconstitucional, sino que debe formularse jurídicamente el instituto, estableciendo remedios para este mal, que se ha convertido en crónico en el constitucionalismo social contemporáneo

Cuando se expide una ley que transgrede la norma constitucional, estamos frente a un caso de violación de la Constitución de carácter positivo; cuando se incumple con la expedición de una ley o la ejecución de un acto ordenado por la Constitución, estamos en el ámbito de una violación constitucional de carácter negativo, porque es justamente la inacción, la omisión de la obligación constitucional la que produce el vicio. Para el primer caso, existe la acción de inconstitucionalidad consagrada en nuestra Carta Suprema; para el segundo, no existen en nuestro texto constitucional disposiciones que prevengan, corrijan o sancionen la inconstitucionalidad por omisión en el dictado de normas u omisiones administrativas con efectos generales. La acción de amparo, que si se refiere a la omisión, solo tutela los casos de omisiones administrativas que impliquen violación del ejercicio de un derecho subjetivo y que causen o puedan causar un daño inminente y grave.

Esta indudable y grave falencia del constitucionalismo ecuatoriano debe ser superada, regulando 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.

A contribuir a ese propósito, señalando algunos aspectos doctrinarios y de derecho comparado de esta institución, novedosa en cuanto a su tratamiento jurídico y sobre el cual

prácticamente no existen referencias en la bibliografía constitucional ecuatoriana,¹⁵ se encamina la presente tesis.

III) CLASIFICACION DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.

III.1.) SU RELACION CON LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

El estudio de la inconstitucionalidad por omisión obliga a pasar revista a dos temas jurídicos previos: **A) La clasificación de las normas constitucionales** para determinar su función y valor dentro de la Carta Suprema y proyectar sobre ellas las omisiones legislativas o administrativas que podrían ocasionar inconstitucionalidad por omisión; y, **B) Las distintas generaciones de derechos** que se han ido incorporando a los textos constitucionales y cuya vigencia fáctica exige diferente comportamiento de los poderes constituidos, situación que convierte a la Carta Suprema en un cuerpo normativo más o menos proclive a ser violado por omisión inconstitucional.

Es preciso reconocer, como lo afirman Gaspar Caballero Sierra y Marcela Anzola Gil, que las constituciones modernas tienen un mayor grado de complejidad que las constituciones de los inicios del constitucionalismo decimonónico. Ya no se limitan, como tradicionalmente lo hacían, a establecer sólo las normas básicas de la organización del estado y a garantizar derechos civiles y políticos, pues en la actualidad los textos constitucionales han dejado de ser meros estatutos organizativos del poder para consagrar en sus textos nuevos y fundamentales derechos, denominados por la doctrina como derechos de segunda y tercera generación, destinados a promover el bienestar económico, social, cultural, consagrar la paz, la preservación del medio ambiente, entre otros. Pero además las constituciones modernas crean nuevas instituciones; imponen nuevos mandatos al legislador; establecen el régimen económico, de hacienda pública; y, entre otros aspectos, precisan normas para la distribución de recursos, elaboración de presupuestos y planes de desarrollo.

Este nuevo perfil de las constituciones modernas les ha otorgado una función transformadora de la sociedad, constituyéndolas, ahora más que antes, en esa “carta de navegación” destinada a guiar el proceso histórico de un país, de la que nos hablara Alberdi.

¹⁵ La única referencia que he encontrado en la bibliografía ecuatoriana está en la obra del Dr. Nicolás Castro Patiño, actual Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, titulada “Poder Constituyente, Constitución y Control de la Constitucionalidad”. Guayaquil 1997, Págs. 133-134.

En el caso ecuatoriano, puede afirmarse sin duda, que tanto la parte orgánica como la dogmática de su Constitución, están inmersas en la tendencia del constitucionalismo moderno, consistente en incorporar en su texto la normación de aspectos económicos y sociales controvertidos, así como dar cauce de legitimidad a nuevas aspiraciones sociales. Y bien que así lo haga, pues de esta forma el poder constituyente cumple con su misión de orientar el futuro desarrollo del país, en los parámetros del constitucionalismo social.

Obviamente que otro punto es el de la correspondencia entre los derechos consagrados en la Constitución y la realidad social y económica que viven los estados que esas constituciones organizan.

Aún cuando sostenemos la fuerza normativa de la Constitución en su conjunto, no podemos desconocer que los derechos en ella estatuidos son diversos y que las normas jurídicas que la integran son heterogéneas, pues no todas tienen la misma estructura, requiriendo algunas de ellas una intervención reguladora posterior lo cual se deriva, en buena parte, del nuevo perfil que caracteriza a las constituciones actuales.

A las diferentes generaciones de derechos consagrados en la Constitución, nos referiremos en el apartado V. Por ahora realicemos un somero análisis de los tipos de normas que integran una Constitución.

III.2.) VALOR RELATIVO DE LAS CLASIFICACIONES

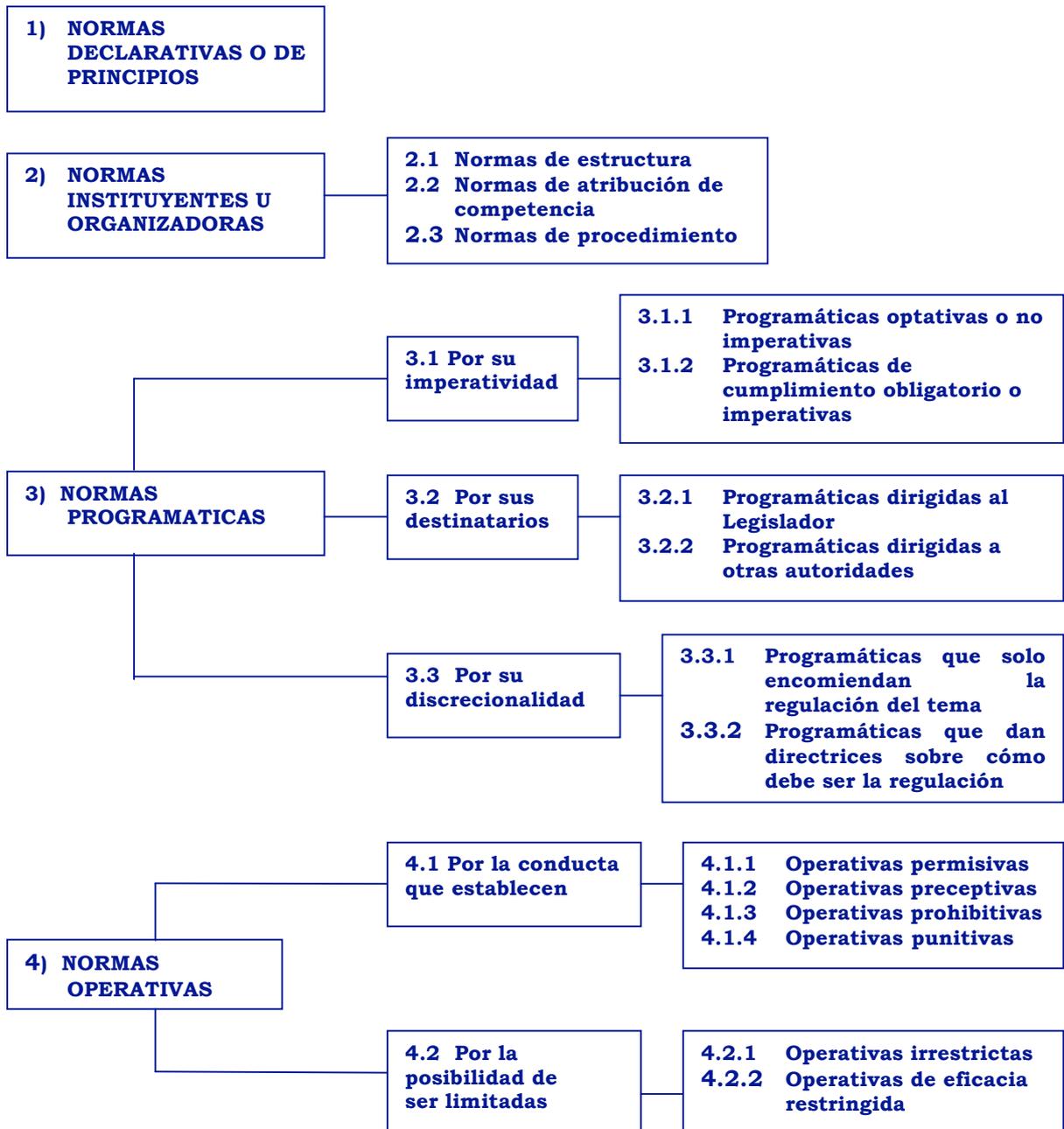
Coincidimos con el Profesor Jorge Reynaldo Vanossi en considerar que **toda clasificación tiene un valor relativo y es imposible intentar una que supere toda discrepancia** en cuanto al criterio o pauta clasificatoria que se adopta.

Razón tiene Genaro Carrió al establecer que las clasificaciones en el ámbito jurídico no son verdaderas ni falsas, sino **serviciales o inútiles**. “Decidirse por una clasificación es más bien optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses...”. En efecto, las clasificaciones son simples instrumentos para una mejor comprensión de los fenómenos jurídicos; las clasificaciones deben acomodarse a los fenómenos y no a la inversa.

Por otro lado, la realidad cambiante del constitucionalismo trae como consecuencia que las clasificaciones de las normas que lo integran estén en permanente revisión. Sin embargo de ello, dejando a un lado la clásica y académica distinción entre

normas de organización y procedimiento (parte orgánica) y normas de contenido (parte dogmática), para fines prácticos y en atención al objeto de esta tesis relativo a la inconstitucionalidad por omisión, ensayamos la siguiente clasificación de los distintos tipos de normas que aparecen en la Constitución:

III.3) CUADRO CLASIFICATORIO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES



III.4.) **NORMAS DECLARATIVAS O DE PRINCIPIOS**

Constituyen una proclamación de propósitos y afirmación de principios. Para algunos constitucionalistas estas normas carecen de contenido jurídico. Sin embargo sirven de pauta de interpretación e invalidan las normas ordinarias que se les opongan. Ejemplos:

Art. 1, Constitución de Chile: “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad...”

Art. 4 Constitución de Chile: “Chile es una república democrática”.

Preámbulo de la Constitución Ecuatoriana: “El pueblo del Ecuador inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres...fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz...”

Caballero Sierra y Anzola Gil hacen notar que “Entre los principios constitucionales y las normas programáticas no existe una línea divisoria clara. Muchas veces las normas programáticas se toman como principios generales, y los principios generales, cuando en cierta forma despliegan una cierta eficacia directa, adquieren el valor programático respecto a la disciplina legislativa.”¹⁶

La diferencia estaría en que mientras los principios generales se refieren a los valores que dan coherencia interna a todo el ordenamiento jurídico y actúan al inicio de la acción normativa; las normas programáticas, al decir de los profesores ya mencionados, “no se limitan a definir los fines que deben presidir la gestión de los poderes públicos, ya que también determinan, aunque sea en términos genéricos los medios que deben utilizarse para tales efectos, reduciéndose así la capacidad discrecional del normativismo legislativo.”¹⁷

Las normas declarativas generalmente señalan fines intangibles y permanentes contenidos en el Preámbulo de la Constitución. Son valores y principios que por gozar del aprecio y aceptación de la comunidad, la Constitución se encarga de recogerlos.

Estos valores y principios cumplen una cuádruple función:

¹⁶ Gaspar Caballero Sierra y Marcelo Anzola Gil. “Teoría Constitucional”; Editorial TEMIS S.A., Bogotá-Colombia, 1975, Pág. 44

¹⁷ Ibidem, Pág. 44

- a) Sirven de guía para el Constituyente y más tarde, una vez que están incorporados en la Constitución, de guía para que el legislador o quien tenga la facultad normativa dicte normas respetando estos principios;
- b) Sirven de guía para la interpretación de las normas;
- c) Invalidan las normas ordinarias que se les opongan;
- d) Sirven para llenar las lagunas del derecho. No olvidemos que la Constitución es la fuente de la que se nutren las diversas ramas del derecho y en nuestro país la Constitución está recuperando esa función de ser el “derecho común”, función que hasta hace poco le atribuíamos sólo al Derecho Civil, en razón de que la Constitución ha sido rota un sin número de veces por dictaduras. De esta forma **la Constitución cumple con la función de asegurar que el sistema jurídico sea completo; que si existiera una laguna, ésta se la pueda llenar de acuerdo con los valores y principios consagrados en ella.**

En la Constitución del Ecuador las normas declarativas o de principios están especialmente enfocadas en algunos temas. Ejemplos:

- Art. 4 en materia de relaciones internacionales.
- Art. 35 # 1 en materia de relaciones laborales.
- Art. 48 en relación a los niños y adolescentes.

III.5.) NORMAS INSTITUYENTES U ORGANIZADORAS.

Son normas instituyentes las que disponen sobre la organización o el funcionamiento de los poderes o funciones del Estado. “La operatividad de estas normas dependerá del contenido de cada una de ellas, siendo en principio de aplicación inmediata, salvo que la propia disposición condicione o subordine su efectiva aplicación, el dictado de normas de jerarquía inferior.”¹⁸

Art. 1 Constitución de Argentina: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal, según lo establece la Constitución.”

Art. 1 Constitución del Ecuador: “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es

¹⁸ Martín J. Risso Feraud, ensayo titulado “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución”, incluido en el libro “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano-2001”, Editado por Konrad Adenauer Stiftung. 2001, Buenos Aires, Argentina.

republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada...”

Art. 304 Constitución de Uruguay: “La ley, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, reglamentarán el referéndum como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales...”

Estas normas instituyentes u organizadoras se subdividen en:

III.5.1.) NORMAS DE ESTRUCTURA.- Son aquellas que organizan los elementos del Estado y muy particularmente el poder. Se refieren al territorio y cómo se distribuye el poder dentro de él. Se refieren a la población y cómo se distinguen los habitantes del Ecuador unos de otro.

Con respecto a cómo se organiza el poder es muy conocida la división en las clásicas funciones Legislativas, Ejecutiva y Judicial. La Constitución nos dice quién, cómo y para qué se ejercen estas funciones.

Ej. Art. 198 Constitución del Ecuador: “Serán órganos de la Función Judicial: 1. La Corte Suprema de Justicia; 2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley; y, 3. El Consejo Nacional de la Judicatura.”

III.5.2.) NORMAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA.- Son aquellas, que a cada función u órgano del Estado le atribuyen competencias, materias sobre las que debe actuar. Pero además señalan facultades o atribuciones para que las ejerzan sobre las materias que les han sido asignadas.

La violación de las normas de atribución de competencia, según algunos autores, trae como consecuencia la inexistencia de la norma, como sería el caso que la Función Judicial expida una Ley.

Ej. Art. 164 Constitución del Ecuador: “El Presidente de la República ejercerá la Función Ejecutiva, será jefe del Estado y del gobierno, y responsable de la administración pública. Su período de gobierno, que durará cuatro años, se iniciará el 15 de enero del año siguiente al de su elección.”

III.5.3.) NORMAS DE PROCEDIMIENTO.- Son aquellas normas constitucionales que señalan cómo han de

actuar los distintos órganos del Estado en el ámbito de sus competencias para ejercer las facultades que la Constitución les ha concedido.

Ej. Art. 151 Constitución del Ecuador: “Con el informe de la comisión, el Congreso realizará el primer debate sobre el proyecto, en el curso del cual podrán presentarse las observaciones pertinentes. Luego volverá a la comisión para que ésta presente un nuevo informe para el segundo debate, dentro del plazo establecido por la ley.”

III.6.) NORMAS PROGRAMATICAS.

Son reglas constitucionales no autoaplicativas o no autooperativas. Requieren ser reglamentados por ley para entrar en funcionamiento. La no operatividad no afecta su validez, pero sí condiciona su eficacia.

Constituyen mandatos dirigidos al legislador u otras autoridades o bien autorizaciones con un contenido variable en cuanto a su concreción.

Según el Profesor José Korzeniak, las normas programáticas “mencionan un determinado tema pero no lo regulan, sino que encomiendan u ordenan su regulación al legislador o a otra autoridad de la República, por lo que no son susceptibles de aplicación hasta tanto dicha regulación no se haya producido”.¹⁹

Para el Profesor Humberto Quiroga Lavie son aquellas “que sí es necesario que sean reglamentadas por ley para que los jueces las puedan aplicar”.²⁰

El Profesor Víctor Bazán señala que las normas programáticas “no contienen auto operatividad, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exequibilidad.”²¹

Sub clasificación de las Normas Programáticas:

III.6.1.) POR SU IMPERATIVIDAD. Según otorguen una facultad o impongan una obligación a los poderes constituidos, pueden ser:

III.6.1.1.) NORMAS PROGRAMATICAS OPTATIVAS.
Llamadas también meramente permisivas.

¹⁹ José Korzeniak, “Curso de Derecho Constitucional” F.C.V., Montevideo 1987, Pág. 1034

²⁰ Humberto Quiroga Lavie, “Lección de Derecho constitucional”. Editorial de Palma, Buenos Aires, 1995, Pág.

²¹ Víctor Bazán “Hacia la Plena Exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el Control de las Omisiones Inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”. Ensayo publicado en la obra colectiva “Inconstitucionalidad por Omisión”, bajo la coordinación de Víctor Bazán. Editorial TEMIS, Bogotá, 1997, Pág. 45..

Son optativas para los poderes públicos y sólo confieren una facultad al legislador o autoridad, que la ejercerá o no según entienda conveniente.

Si bien son optativas, no por ello podrá obstaculizarse el ejercicio de la facultad en ella consignada, la que no se ejercerá con absoluta libertad, sino dentro de los parámetros constitucionales. Ejemplos:

Art. 43 de la Constitución de Italia: “La ley **podrá**, reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización, al Estado, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que explotan servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de interés general”.

Art. 3 Constitución de Holanda: “La ley **podrá** unir provincias y municipios, así como dividirlos y crear otros nuevos”.

Art. 13 de la Constitución de Uruguay: “La ley ordinaria **podrá** establecer el juicio por jurados en las causas criminales”.

Art. 271 inciso Segundo de la Constitución del Ecuador: “La ley **podrá** conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional”.

III.6.1.2.) NORMAS PROGRAMATICAS DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO.

Llamadas también normas programáticas imperativas, porque imponen una obligación de hacer con la que se debe cumplir.

La formulación de una norma programática imperativa es muy distinta a la de la norma programática facultativa. La primera establece una obligación, la segunda confiere una

facultad. Por tal razón, relacionándolas con el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, sus efectos son distintos: la omisión en el cumplimiento del deber impuesto por la norma programática obligatoria implicará una violación de la Constitución, inconstitucionalidad por omisión o inconstitucionalidad de tipo negativo; en tanto que, como lo analizaremos más adelante, sólo por excepción puede producirse inconstitucionalidad por omisión en una norma programática optativa.

Art. 14 bis, inciso Tercero de la Constitución de Argentina: “El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, **la ley establecerá: el Seguro Social obligatorio**, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica...”

Art. 49 de la Constitución de Uruguay: “El “bien de familia”, su constitución, conservación, goce y transmisión, **serán objeto de una legislación** protectora especial”.

Art. 97 de la Constitución de Chile: “Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional”.

Art. 54 Constitución del Ecuador: “El Estado garantizará a las personas de la tercera edad y a los jubilados, el derecho a asistencia especial que les asegure un nivel de vida digno, atención integral de salud gratuita y tratamiento preferente tributario y en servicios...”

III.6.2.) POR SUS DESTINATARIOS.- Esta subclasificación se establece en relación a si el encargo del constituyente de desarrollar la norma programática está dirigida a la

legislatura o a otros poderes constituidos. Según este criterio, pueden ser:

III.6.2.1.) NORMAS PROGRAMATICAS DIRIGIDAS AL LEGISLADOR.-

Indiscutiblemente son las más frecuentes, ya que los encargos constitucionales generalmente van dirigidos a la Legislatura para que desarrolle el precepto programático constitucional a través de leyes.

Art. 92 Constitución del Ecuador: “La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos...”

Art. 43 C. de Uruguay: “La Ley procurará que la delincuencia infantil este sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer”.

Art. 112 Constitución de Chile: “La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos.”

III.6.2.2.) NORMAS PROGRAMATICAS DIRIGIDAS A OTRAS AUTORIDADES.-

Son menos frecuentes y pueden dirigirse a cualquiera de los poderes constituidos.

Art. 270 Constitución del Ecuador.: “El Estado dará prioridad a la investigación en materia agropecuaria, cuya actividad reconoce como base fundamental para la nutrición y seguridad alimentaria de la población y para el desarrollo de la competitividad internacional del país.”

Art. 6 Constitución de Uruguay: “En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”

Art. 44,2 Constitución de España: “Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”

III.6.3.) POR SU DISCRECIONALIDAD.- Según sea más o menos reglamentado el encargo de desarrollo de la disposición constitucional efectuado a la legislatura o a otros poderes constituidos, pueden ser:

III.6.3.1.) NORMAS PROGRAMATICAS QUE SOLO ENCOMIENDAN LA REGULACIÓN DEL TEMA.- La norma otorga amplia discrecionalidad para el desarrollo del propósito constitucional.

Art. 46 Constitución de Uruguay: “El Estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales”.

Art. 44 # 2 Constitución de España: “Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.”

Constitución de Ecuador Art. 23 números 16 y 18: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:... 16. La libertad de empresa, con sujeción a la ley;... 18. La libertad de contratación, con sujeción a la ley...”

III.6.3.2.) NORMAS PROGRAMATICAS QUE DAN DIRECTRICES EN CUANTO A COMO DEBE SER LA REGULACIÓN.- La discrecionalidad es mucho menor, puesto que la propia norma establece claras directrices.

Art. 73 Constitución de Ecuador: “La ley regulará la carrera docente y la política salarial, garantizará la estabilidad, capacidad, promoción y justa remuneración de los educadores en todos los niveles y modalidades, a base de la evaluación de su desempeño.”

Art. 55 Constitución de Uruguay: “La Ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”.

Art. 51 # 1 Constitución de España: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”

III.7.) **NORMAS OPERATIVAS.**

Se aplican directamente. Es decir, se aplican por sí mismas; son autoaplicativas. Esta condición de operatividad directa no significa que la norma no pueda ser reglamentada o que necesariamente sea completa o precisa. Es operativa porque no requiere de normas reglamentarias para entrar en funcionamiento y cuando requiere de complemento normativo y éste está ausente, igual se aplica directamente.

Según Humberto Quiroga siempre que “el texto no diga que es necesaria una ley para poder aplicar la norma debemos presumir que ella es operativa”.²² Con este criterio coincide Víctor Bazán al manifestar: “Desde nuestro punto de vista, si la norma en forma expresa no se autocalifica como programática (requiriendo el soporte de una ley reglamentaria), debe reputársela operativa”.²³

Citando al Profesor Fernando Fernández Sagado, Víctor Bazán afirma que “todas las normas constitucionales vinculan, sin excepción; además de que –por esencia– todos los derechos son operativos, aun cuando desde la forma de su formulación, algunos estén abordados constitucionalmente y otros solo enunciados, hipótesis en la que será más necesaria la *interpositis legislatoris*.”²⁴

Subclasificación de las normas operativas:

²² Humberto Quiroga, Ibidem pág. 23

²³ Víctor Bazán, Ibidem pág. 49

²⁴ Víctor Bazán, Ibidem Pág. 49

III.7.1.) POR LA CONDUCTA QUE ESTABLECEN.-

III.7.1.1.) PERMISIVAS.- Cuando autorizan una conducta al Estado o a los particulares. Ejemplos:

Art. 3 Constitución de Honduras: “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos por la fuerza de las armas o usando medios o procedimientos que quebranten o desconozcan lo que esta Constitución y las leyes establecen.

Los actos verificados por tales autoridades son nulos, el pueblo tiene derecho a recurrir a la insurrección en defensa del orden constitucional...”

Art. 5 Constitución de Ecuador: “El Ecuador podrá formar asociaciones con uno o más estados, para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios.”

III.7.1.2.) PRECEPTIVAS.- Son las que imponen deberes de acción u omisión.

De acción, Ejemplos:

Art. 30 Constitución de Italia: “Los padres tienen el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a sus hijos aunque hayan nacido fuera del matrimonio...”

Art. 14 Constitución de Ecuador: “Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.”

Art. 141 Constitución de Ecuador: “Se requerirá de la expedición de una ley para

las materias siguientes: 1) Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución...”

De omisión, Ejemplos:

Enmienda I de la Constitución de Estados Unidos de América: “El Congreso no hará ley ninguna que adopte el establecimiento de religión del Estado o se prohíba practicarla libremente o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al Gobierno la reparación de agravios.”

Art. 30 Constitución de Chile: “El Presidente cesará en su cargo el mismo día en que se complete su período y le sucederá el recientemente elegido.”

Art. 30 Constitución de Irán: “Nadie puede, aplicando un derecho propio, dañar a otro o violar los intereses colectivos”

III.7.1.3.) PROHIBITIVAS.- Son las que impiden ciertos comportamientos.

Art. 16 Constitución Argentina: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas...”;

Art. 92 Constitución de Chile: “Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta...”

Art. 26 Constitución de Uruguay: “A nadie se le aplicará la pena de muerte...”

Art. 15 Constitución de Ecuador: “Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional.”

Art. 7 # 1 Constitución Federal de la Confederación Suiza: “Se prohíbe a toda alianza particular y todo tratado de naturaleza política entre los cantones.”

Art. 15 Constitución de Ecuador: “Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional.”

Art. 97 # 20 Constitución de Ecuador: “Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley:... 20. *Ama quilla, ama llulla, ama shua.* No ser ocioso, no mentir, no robar...”

III.7.1.4.) PUNITIVAS.- Son las que establecen una sanción.

Art. 11 # 2 Constitución de Chile: “La nacionalidad chilena se pierde: 2) Por decreto supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados...”

Art. 28 Constitución del Ecuador: “El goce de los derechos políticos se suspenderá por las razones siguientes: 1) Interdicción judicial, mientras ésta subsista, salvo el caso de insolvencia o quiebra que no haya sido declarada fraudulenta...”

III.7.2.) POR LA POSIBILIDAD DE SER LIMITADAS.

III.7.2.1.) IRRESTRICIAS.- Son normas que no pueden limitarse ni regularse por normas complementarias.

Ej. Art. 15 Constitución Argentina: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas...”

Art. 23 # 1 Constitución del Ecuador: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 1: La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte;...”

III.7.2.2.) DE EFICACIA RESTRINGIDA.- Se trata de cláusulas reglamentables dentro de las pautas del bien común y razonabilidad.

Art. 7 Constitución de Uruguay: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.”

Art. 13 Constitución del Ecuador: “Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.”

IV) NORMAS CONSTITUCIONALES SUSCEPTIBLES DE SER VIOLADAS POR OMISIÓN INCONSTITUCIONAL

IV.1.) INTRODUCCIÓN: TODA LA CONSTITUCIÓN VINCULA Y OBLIGA

Comenzaré por realizar una necesaria precisión: independientemente de que una norma constitucional pueda ser catalogada como programática, operativa, instituyente, declarativa, etc., lo cierto es que íntegramente toda la Constitución posee fuerza normativa. “La Constitución,

toda, obliga y vincula”, expresa de manera concluyente el profesor Víctor Bazán.

En tratándose de la parte dogmática de la Constitución, que sin duda es la más importante, puesto que la parte orgánica está a su servicio, la Constitución Ecuatoriana es absolutamente clara y reiterativa en manifestar su fuerza normativa. Así, el artículo 3 número 2 de la Constitución establece como deber fundamental del Estado, *“asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.”* Por su parte, el artículo 16 prescribe que *“el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”*. El artículo 18 señala que *“los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad...”*, para luego prescribir, 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.”*

A todo lo expuesto hay que agregar que los artículos 272 y 274 de la Carta Magna establecen el principio de la Supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma legal y obligan a los jueces, tribunales y autoridades a resolver siempre, en caso de conflicto, según la norma constitucional, pudiendo inclusive declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a la Constitución o a los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Por su parte, el Art. 273 de nuestra Ley Fundamental, señala que quienes ejercen el poder público están en la obligación de aplicar las normas constitucionales pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.

Las disposiciones constitucionales citadas en los párrafos anteriores son las directrices fundamentales que deben guiar una correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico constitucional del Estado Ecuatoriano, y sin duda recalcan con claridad meridiana y mandato diáfano la fuerza normativa de su texto.

IV.2.) TIPOS DE NORMAS SUSCEPTIBLES DE OMISIÓN INCONSTITUCIONAL.

Sin perjuicio de lo expuesto, es evidente que la figura de la inconstitucionalidad por omisión puede llevar a situaciones no queridas por el constituyente, enervando la eficacia de ciertas

normas constitucionales que, por su formulación, no son auto aplicativas, razón por la cual el silencio, la inacción o quiescencia de los poderes constituidos, particularmente del poder legislativo, cobra relevancia por la posibilidad de que se produzca una inconstitucionalidad por omisión.

Como hemos visto en la clasificación anteriormente ensayada, las normas constitucionales que no son auto aplicativas o auto operativas, son aquellas denominadas programáticas y, dentro de este tipo de normas, queremos hacer hincapié en la primera subclasificación: “por su imperatividad”, que las subdivide a su vez en “programáticas optativas” y “programáticas de cumplimiento obligatorio”, para concluir lo siguiente:

- a) **En el caso de las normas programáticas de cumplimiento obligatorio, la omisión en el cumplimiento del deber o de la obligación determinada en dichos preceptos, implicaría necesariamente una violación de la Constitución**, la misma que tendría los visos de inconstitucionalidad de carácter negativo, puesto que no sería producida por acción, sino por una omisión;
- b) **En el caso de las normas programáticas optativas o facultativas, la omisión del legislador o de la autoridad a la cual la Constitución le encarga su desarrollo, no trae consecuencias de inconstitucionalidad**, ya que dichas normas sólo conceden una facultad o permiso al legislador o a la autoridad, para actuar de una u otra manera, según lo estime conveniente, siempre dentro de los parámetros constitucionales;
- c) **Existe, sin embargo, un caso en que una norma programática optativa o facultativa, puede ser objeto de una omisión inconstitucional.** En efecto, en este tipo de normas, la Constitución faculta o permite al legislador o a la autoridad, decidir entre dar o no existencia a una determinada situación jurídica, pero le prohíbe disponer a su arbitrio del permiso constitucional mismo. De esta manera, si el silencio legislativo o administrativo supone una prohibición de la existencia de una determinada situación jurídica, para un determinado grupo y no para otro, como ocurre en el caso del silencio de la ley o exclusión arbitraria de beneficios, se estaría negando el permiso mismo, lo que transformaría el silencio en una omisión inconstitucional.

Como ejemplo del caso señalado en el párrafo anterior tenemos que el inciso tercero del artículo 58 de la Constitución del Ecuador, norma programática optativa,

señala que el IESS “podrá crear y promover la formación de instituciones administradoras de recursos para fortalecer el sistema previsional y mejorar la atención de la salud de los afiliados y de sus familias”, pero podría ocurrir, que haciendo mal uso de este permiso, la legislatura o el IESS dicten una ley o una regulación, según el caso, normando la formación de administradoras de recursos previsionales, exclusivamente para las maestras, excluyendo arbitrariamente con su silencio a los maestros, violando así el precepto constitucional que consagra la igualdad y la no discriminación por sexo.

IV.3.) EFECTOS DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS IMPERATIVAS

Ha quedado establecido que las normas constitucionales programáticas del subtipo imperativo o de cumplimiento obligatorio pueden ser violadas por omisión inconstitucional; sin embargo, debemos resaltar que aun cuando este supuesto se produzca, dicha norma produce importantes efectos jurídicos, entre los que sobresalen los siguientes:

- 1.)** Sirve de guía tanto para la interpretación contextual de la Constitución, como para la interpretación de las normas jurídicas de inferior jerarquía. En otras palabras, sirve de guía para la interpretación *de* y *desde* la Constitución;
- 2.)** Tiene efectos derogatorios con referencia a normas jurídicas anteriores que se opongan a lo dispuesto en la norma programática del subtipo imperativo;
- 3.)** Sirve de fundamento para la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma jurídica de inferior jerarquía que se dicte con posterioridad y que contradiga lo dispuesto en la norma programática imperativa. Esto resulta evidente ya que en tal supuesto se estaría violando el principio de supremacía constitucional; y,
- 4.)** **En cuanto a la misma omisión inconstitucional que afecte a la plena eficacia (no a la vigencia) de la norma programática de cumplimiento obligatorio, esta omisión inconstitucional, aún cuando no esté específicamente sancionada y regulada en nuestra Constitución, acarrearía responsabilidad en el poder público o autoridad remisos, en aplicación del principio de que ninguna autoridad pública está exenta de responsabilidad, consagrado en el artículo 120 de la Constitución vigente.**

IV.4.) EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Independientemente de la clasificación de normas constitucionales y de los efectos que éstas producen en el mundo jurídico, **es necesario recalcar la particular importancia que en el caso ecuatoriano reviste el artículo 18 de la Constitución** Política vigente, que establece lo siguiente:

“Art. 18. Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento e los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”

Este artículo fue incorporado a nuestro texto constitucional en las últimas reformas que dieron lugar a la quinta codificación de la Constitución Política, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 5 de junio de 1998, en la ciudad de Riobamba y publicada en el R.O. # 1 del 11 de Agosto de 1998.

El antecedente inmediato del Art. 18 de la quinta y vigente codificación lo encontramos en el artículo 21 de la cuarta codificación de la Constitución, publicada en el Registro Oficial no. 2 del 13 de febrero de 1997, el mismo que se limitaba al texto siguiente:

“Art. 21. Los derechos y garantías consagrados en esta Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier Juez, Tribunal o Autoridad Pública.”

A su vez el Art. 21 transcrito fue por primera vez introducido con ese texto por el Art. 3 del Segundo Bloque de Reformas a la Segunda Codificación de la Constitución Política vigente, publicadas en el R.O. # 863 del 16 de enero de 1996.

El artículo 18 de la Constitución ecuatoriana, no distingue entre normas operativas y normas programáticas. Se refiere a

todos los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador. A todos ellos les da el carácter de norma operativa de forma inmediata y directa; y, expresamente establece en su inciso tercero que no es necesaria mediación legal para hacer efectivos los derechos y garantías en ella consagrados.

Tampoco distingue el artículo 18 de nuestra Constitución entre derechos individuales y políticos (primera generación), derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación), y derechos colectivos y difusos (tercera generación), sino que los engloba a todos ellos bajo la expresión “DERECHOS Y GARANTÍAS”, que justamente es la denominación del título III de la Constitución, que consagra las tres generaciones de derechos, esto es, los civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y difusos o colectivos.

Distinto es el caso, por ejemplo, de la Constitución uruguaya, cuyo artículo 332 dispone lo siguiente:

*“Art. 332. Los **preceptos** de la presente Constitución **que reconocen derechos a los individuos**, así como los que atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho, y a las doctrinas generalmente admitidas.”*

Este artículo utiliza dos vocablos que podrían permitir, en una interpretación literal, establecer lo siguiente: **a)** que cuando utiliza el término *preceptos* se refiere exclusivamente a las normas preceptivas u operativas y no a las normas programáticas; y, **b)** que cuando hace referencia a los *preceptos “que reconocen derechos a los individuos”*, tal redacción podría interpretarse como que se refiere exclusivamente a los derechos de primera generación o individuales y no a los derechos de segunda generación, ni a los derechos colectivos o de tercera generación.

Distinto también es el caso de la Constitución de Colombia, cuyo artículo 85 señala lo siguiente:

*“Art. 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”, **que se refieren básicamente a derechos civiles y políticos** agrupados en el Título II, Capítulo 1, denominado “Derechos Fundamentales”, **restándole la condición de aplicabilidad inmediata, entre otros,** al artículo 25 que establece que “El trabajo es un derecho...”; al 38 “Se*

garantiza el derecho de libre asociación...”; al 39 “Los trabajadores y empleadores tiene derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado...”; así como **a todos - los “derechos sociales, económicos y culturales” y a los “derechos colectivos y del ambiente”** establecidos en el Título II, Capítulos II y III, respectivamente, de la referida Carta Suprema.

Como se aprecia, según la Constitución colombiana, no todos los derechos consagrados en ella son de aplicación inmediata, sino únicamente aquellos a los que taxativamente se refiere el artículo transcrito.

Finalmente, distinto es también el caso de España, cuyo artículo constitucional 53 números 1 y 2 dispone lo siguiente:

“Art. 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título, vinculan a todos los poderes públicos...2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios...”

En la Constitución de España, los derechos y libertades reconocidos en la sección primera del Capítulo segundo del Título primero, son básicamente los derechos de primera generación (Arts. 14 al 29), en tanto que, el capítulo tercero del referido título (Arts. 39 al 52), es el que se refiere a los principios rectores de la política social y económica.

En cuanto a estos “principios rectores el propio artículo 53, en su apartado 3, dispone que ‘Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.’”

El Profesor German Bidart Campos, refiriéndose a esta formulación legal de la constitución española se pregunta: “¿Qué sugiere esta importante distinción entre los artículos 14 a 29, y los otros que van del 39 al 52?”, para concluir manifestando que los principios consagrados en el Capítulo III, no obstante que consagran derechos, no pueden ser alegados judicialmente salvo conforme con lo que disponga el desarrollo legal de esos principios.²⁵ La Constitución española, como se aprecia, no da lugar a equívocos en este tema.

En cuanto a la acción de tutela de España, llamada entre nosotros acción de amparo, la limitación de los derechos por ella protegidos, es mayor aún.

²⁵ Germán Bidart Campos, “La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional”. Buenos Aires. Editorial Ediar 1987, Pág. 245 y 246.

Ahora bien, la vigencia del artículo 18 de nuestra Constitución, ¿significa acaso que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión ha quedado superada en nuestro país? La respuesta, en mi concepto, es negativa y me fundamento en dos razones:

- 1.)** El Art. 18 se refiere a “derechos y garantías” pero no da solución a las inconstitucionalidades por omisión de otro tipo de disposiciones constitucionales que no establecen derechos subjetivos para los particulares pero que pueden ser vulnerados por la inacción de los poderes públicos.
- 2.)** La segunda razón es que hay dos aspectos diferenciados que distinguir: el uno, el de la vigencia inmediata y aplicación directa de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución, indiscutible por así disponerlo el texto constitucional; y, el otro, el de la eficacia normativa de dichos derechos y garantías, puesto que, como es sabido, los conceptos de vigencia y eficacia no necesariamente coinciden en una norma jurídica. (Ver apartado IX.6 de esta tesis).

Sobre la aplicación directa e inmediata de todos los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en las normas internacionales vigentes en el Ecuador, ahondaremos un poco más, al tratar el tema de las distintas generaciones de derecho y su relación con la omisión inconstitucional.

Más adelante, al analizar las características de la omisión inconstitucional, volveremos a insistir en la importancia de distinguir el tipo de norma constitucional (Apartado IX.3). Por ahora, revisemos otra clasificación, relativa a las distintas generaciones de derechos, que también tiene relevancia en el instituto en estudio.

V) GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN.

V.1.) INTRODUCCION

Sin lugar a dudas, en uno de los aspectos que en el transcurso del último siglo, ha podido apreciarse una más rápida evolución en el campo jurídico, es en el tema de los Derechos Humanos, a tal punto que importantes tratadistas de la materia no han vacilado en denominar al recientemente fenecido siglo XX, como “El Siglo de los Derechos Humanos.”

La proclama revolucionaria francesa de “libertad, igualdad y fraternidad” dio lugar a la aparición de las conocidas tres generaciones de derechos humanos. Así, de la necesidad de afianzar la *libertad* se derivan los derechos civiles y políticos, denominados de primera generación; la proclama de *igualdad* inspiró el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, conocidos como derechos de segunda generación; finalmente la *fraternidad*, entendida como solidaridad, es el fundamento de los modernos derechos a la paz, el desarrollo, el medio ambiente, entre otros, denominados derechos de tercera generación.

Variadas han sido las denominaciones que se les ha otorgado a los Derechos Humanos. Se los ha identificado como “Derechos Fundamentales”, término que guarda armonía con la idea de que, siendo los Derechos Humanos derechos principales y esenciales de la persona, debían estar reconocidos y consagrados en la Constitución, que es la Ley Fundamental, nombre con el que Alemania bautizó a su Carta Suprema de 1949 que perdura hasta hoy.

La Asamblea Nacional de la Revolución Francesa, inspirada en la filosofía política de la época y en los precedentes norteamericanos²⁶ aprobó, el 26 de agosto de 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que posteriormente fueron incluidos en la Constitución francesa de 1791. Este mismo año se incorporaron a la Constitución de los Estados Unidos de América, por intermedio de sus diez primeras enmiendas, los principales derechos individuales.

Al decir del Profesor Hernán Salgado Pesantes, “Pronto esa expresión ‘derechos del hombre’ cedería paso a ‘derechos humanos’, que va a convertirse en el término de referencia internacional para suscribir convenios, pactos o tratados”. La diferencia entre esas dos expresiones, según el mismo Salgado, es que “Se considera que los Derechos Humanos es un concepto mucho más amplio que no se limita a los derechos reconocidos y consagrados en el texto constitucional (Derechos Fundamentales), es decir, hace referencia incluso a derechos que pueden no estar positivados (sic) en un momento dado.”²⁷ A estos últimos la doctrina los denomina “derechos implícitos” y ejemplos claros de su resguardo, aunque no están expresamente establecidos lo encontramos en los artículos 19 de la Constitución del Ecuador, 33 de la Constitución de Argentina,

²⁶ Entre otros la Constitución de Virginia del 12 de Julio de 1776 y el Acta de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América aprobada por el Congreso de Filadelfia el 4 de Julio del mismo año.

²⁷ Hernán Salgado Pesantes, ensayo titulado “Los Derechos Humanos en el mundo de hoy”, publicado en el tomo II de la Guía de Litigio Constitucional, editado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito 2001, Pág. 4.

94 de la Constitución de Colombia, la IX Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América y el Art. 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.²⁸

En el Ecuador nuestra Constitución consagra seis tipos de derechos: civiles y políticos (1era. Generación); económicos, sociales y culturales (2da. Generación); y, los denominados derechos colectivos (3era. Generación). A diferencia de otros países, como Colombia, España, Alemania, Cuba, El Salvador, Bolivia, no utilizamos la expresión “Derechos Fundamentales”,²⁹ ni limitamos o singularizamos los derechos que pueden ser objeto de amparo constitucional, llamado en Colombia y España acción de tutela, exclusivamente a los derechos civiles y políticos, como si lo hacen las constituciones de España (Art. 53.2), Alemania (Art. 1.3) y Colombia (Art. 85).

La denominación utilizada por nuestra Constitución es la de “Derechos Humanos” y “Libertades Fundamentales”, tal como se aprecia, entre otros, en los artículos 3 número 2 y 16 de nuestra Carta Magna.³⁰ Todos los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes tienen la característica de ser “*directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*”, según lo dispone el artículo 18.

Bajo la misma denominación de “Derechos del Hombre”, el 10 de diciembre de 1948, la ONU aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

²⁸ Art. 19 Constitución de Ecuador: “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

Art. 33 Constitución de Argentina: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

Art. 94 Constitución de Colombia: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

IX Enmienda de la Constitución de EE. UU. de América (año 1991): “La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado al pueblo.

Art. 22 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”

²⁹ La denominación de “Derechos Fundamentales” está recogida en algunas constituciones vigentes, tales como: España, en donde el Título I se denomina “De los Derechos y Deberes Fundamentales”. En Alemania, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, conocida como Ley Fundamental de Bonn, su Título I se denomina “Derechos Fundamentales” (Art. 1 al 19); Colombia, cuyo Capítulo 1 del Título II se denomina “De los Derechos Fundamentales”; Cuba, cuya Carta Política denomina a su Capítulo VII “Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales”; El Salvador, denomina al Título II de su Constitución “Los Derechos y Garantías fundamentales de la Persona”; Bolivia, cuyo Título Primero se denomina “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”

³⁰ Art. 3 # 2 C. E.: “Son deberes primordiales del Estado: ... 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social...” Art. 16 C. E.: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.” Sin embargo, es de anotar que en la parte orgánica de la Constitución, el Art. 142 # 3, utiliza, sin definirla, la denominación “derechos fundamentales”, exigiendo la expedición de una ley orgánica para regularlos y establecer los procedimientos de protección.

Lo cierto es que han proliferado en el último siglo diferentes instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, evidenciando su categórico proceso de internacionalización, siendo los más importantes los siguientes:

- “Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobado por la IX Conferencia Internacional de Bogotá el 2 de mayo de 1948, de tipo regional;
- “Declaración Universal de Derechos Humanos” proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, de carácter mundial;
- “Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales”, conocida como “Convención de Roma”, suscrita por los gobiernos integrantes del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y complementada en el campo de los derechos sociales por la “Carta Social Europea” el 18 de octubre de 1961;
- “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966; con el agregado de que el último de los nombrados fue complementado con un “Protocolo Facultativo”;
- “Convención Americana de Derechos Humanos”, denominado generalmente “Pacto de San José de Costa Rica”, aprobada en 1969;
- “Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos”, conocida como “Carta de Fanjul” aprobada el 27 de julio de 1981 en la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana O.U.A. La “Declaración sobre el Derecho de Desarrollo” expedida mediante resolución 41/128 el 4 de Diciembre de 1986 por la asamblea general de las Naciones Unidas.

Según el Art. 163 de nuestra Constitución: *“Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”*

V.2.) DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN.

- 1.) Propios del Constitucionalismo Liberal, responden a la ideología de fines del siglo XVIII y comienzo del XIX. Se consagran inicialmente en la “Declaración Universal de los

Derechos del Hombre y del ciudadano” de la Revolución Francesa, el 26 de agosto de 1789. Luego en Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU en 1948, artículos 1 al 21.

- 2.)** Se trata de derechos civiles y políticos y en la Constitución del Ecuador están recogidos en los Art. 23 a 25 (Derechos Civiles) y 26 a 29 (Derechos Políticos);
- 3.)** Tienen como titulares por lo general a las personas: Todo ser humano, es el titular de los derechos civiles; todo ciudadano, es el titular de los derechos políticos. Basta que la persona exista o se espera que exista para que los tenga. Corresponden a su naturaleza humana. Sólo dejarán de existir con la desaparición de la especie humana;
- 4.)** El orden jurídico sólo los reconoce y les brinda protección jurídica para garantizar su cumplimiento.
- 5.)** Más allá de estar plasmados en un texto legal, están ínsitos en la naturaleza del ser humano;
- 6.)** Son de aplicación inmediata, de realización directa, no requieren de ley o reglamento para hacerlos eficaces. Art. 18,3 Constitución del Ecuador. (Innovación de nuestro actual ordenamiento constitucional.)
- 7.)** Son aquellos derechos o garantías constitucionales que Ramiro Borja y Borja llama garantías absolutas;
- 8.)** Afianzan los valores de Libertad, Seguridad, Democracia, Propiedad.
- 9.)** Imponen un deber de abstención a los estados.
- 10.)** Son deberes y obligaciones del Estado de respetar y no impedir el goce de estos derechos.
- 11.)** No son simple promesa de eventual cumplimiento, ni están librados a políticas coyunturales condicionados a la existencia de recursos para atenderlos.
- 12.)** Implican un cambio de actitud del Estado. Poniendo en el centro del Derecho Constitucional a la persona y al Estado en función de servicio a los requerimientos vitales de aquellas.

V.4.) DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

- 1.)** Propios del Constitucionalismo Social. Salvo raras excepciones recién se generan en el siglo XX. Afloran en el constitucionalismo de entreguerras, impulsados por la tendencia a la penetración del Derecho en todos los fenómenos de la vida social.

La formulación oficial más antigua de derechos sociales se encuentra en los artículos 17, 21, 22 del proyecto de Constitución Republicana Francesa del 24/VI/1793, con referencia al derecho a la instrucción, asistencia social y trabajo. Encuentran en las constituciones de México 1917 y de Weimar 1919 su manifestación primigenia en el constitucionalismo moderno.

- 2.)** Se trata de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Ecuador se encuentran en los artículos 30 al 82 de la Constitución.
- 3.)** Apuntan a resolver la llamada cuestión social. Están presididos por la idea de que formamos un Estado Social que se obliga a asegurar las bases de la convivencia, la solidaridad y el respeto a las instituciones básicas y a sus miembros.
- 4.)** Son concedidos principalmente a trabajadores y gremios. A diferencia de los de primera generación, no son Derechos individuales e intrínsecos al ser, sino que son reconocidos al hombre en su condición de miembro de una sociedad.
- 5.)** Afianzan los valores de igualdad y solidaridad.
- 6.)** Se plantean no sólo contra el Estado sino además frente a otros sujetos como los empleadores.
- 7.)** Se consagran en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en los artículos 22 al 127 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 8.)** El Tribunal del Pacto de San José de Costa Rica creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha declarado que “son auténticos derechos humanos fundamentales, susceptibles de los mismos mecanismos de garantía de los Derechos Civiles y Políticos”.
- 9.)** Los Derechos de Primera Generación son protegidos contra la intervención del Estado. En cambio, para la vigencia de

los Derechos de segunda generación, que buscan el logro de la justicia social, el Estado debe actuar o intervenir. El Estado deja de ser un mero garante de los Derechos y se convierte en un promotor de los mismos.

- 10.) El Art. 1 de la Constitución Ecuatoriana establece que el Ecuador es un estado social de derecho, y que su economía es social de mercado, declaraciones que tienen consecuencias al momento de establecer la actuación de los órganos del poder público y, en particular, de los jueces ordinarios y constitucionales al momento de ejercer sus atribuciones, así como del legislador al desarrollar estos conceptos en la legislación positiva.

V.3.) DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

1. Son los más recientes en cuanto a su formulación en textos constitucionales. Irrumpen con fuerza en la mayoría de las constituciones en la segunda mitad del siglo XX. Su formulación más antigua se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre, artículos 28 al 30, pero fue la Declaración de Estocolmo de 1971 el instrumento internacional que más promovió su constitucionalización en las Cartas Políticas contemporáneas.
2. Se trata de derechos denominados colectivos de la humanidad, derechos de las nuevas generaciones, derechos difusos o derechos solidarios.
3. En la Constitución Ecuatoriana, constan desde el artículo 83 al 92 bajo la denominación de “Derechos Subjetivos” y se subdividen en: Derechos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos; derechos del ambiente; y, derechos de los consumidores.
4. Se caracterizan por su generalidad, superando cualquier interés individualista y por su realismo, mostrando preocupación por afianzar valores que alejen los más serios peligros para la supervivencia del ser humano y de la sociedad.
5. Afianzan los valores de la paz, el desarrollo, el medio ambiente, la defensa de los consumidores. Sobre los dos primeros valores, Paulo VI fue quien mejor expresó sintéticamente estos conceptos, definiendo que **“el desarrollo es el nuevo nombre de la paz.”**

6. Para su cumplimiento requieren tanto del Estado como de la comunidad internacional, el desarrollo de prestaciones positivas, tanto de hacer como de dar y negativas, de no hacer.
7. El titular de estos derechos es el Estado pero también pueden ser reclamados al propio Estado por parte de grupos o sectores específicos de la sociedad. También pueden ser reclamados de nación a nación, en el caso de la comunidad internacional.

VI) LAS DISTINTAS GENERACIONES DE DERECHO HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL

VI.1.) CONSIDERACIONES GENERALES

Al resaltar las notas distintivas de las tres generaciones de derechos humanos que se han ido incorporando a los textos constitucionales, ha quedado claro que la vigencia fáctica de los derechos de primera, segunda y tercera generación exige diferentes comportamientos por parte de los poderes constituidos. Así, mientras los derechos de primera generación imponen un deber de abstención a los estados, cuya principal obligación con respecto a ellos es simplemente el de respetarlos no impedir su goce, los derechos de la segunda generación exigen para su vigencia, que el Estado actúe e intervenga, que deje de ser un mero garante de los derechos y se convierta en un promotor de los mismos. Por su parte, los derechos de la tercera generación requieren del Estado y de la comunidad internacional, el desarrollo de diferentes tipos de prestaciones, unas positivas, como hacer y dar y otras negativas que se traducen en un no hacer.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, es innegable que, dependiendo a qué generación de derechos pertenecen las normas consagradas en la Constitución, éstas tendrán mayores o menores posibilidades de ser violadas por omisión inconstitucional.³¹

³¹ Es necesario señalar que la división de los Derechos Humanos en las tres conocidas generaciones obedece a un intento pedagógico de agrupar los derechos según su orden cronológico de reconocimiento en el derecho positivo y según la tendencia ideológica que luchó por su consagración, pero tal división no debe llevar a excesivas simplificaciones. Así por ejemplo, hay derechos económicos que fueron consagrados en la época de la formulación positiva de los derechos de primera generación, de tendencia liberal, como los derechos de propiedad y de libertad de industria y de comercio. Hay derechos de la segunda generación que exigen una abstención del Estado para su vigencia, como la libertad sindical. Y, por fin, tanto los derechos de la primera como de la segunda generación tienen una dimensión colectiva y una dimensión individual, aunque es evidente que en los últimos hay una preponderancia de la dimensión colectiva.

Es preciso señalar que los derechos humanos no se sustituyen unos a otros, tal como equívocamente podría entenderse el hablar de “generaciones” de derechos. Según la acertada expresión de Antonio Cangado Trindade “los seres humanos se suceden, los derechos humanos se acumulan y se sedimentan”.

Igualmente es necesario advertir que la división con fines didácticos de las “generaciones” de derechos no es excusa para justificar los graves incumplimientos estatales de los denominados derechos de segunda generación, pretextando la “progresividad” de los mismos. **El más rotundo mentís a esta tesis de la “progresividad” de unos derechos y la**

VI.2.) LA CONSTITUCIÓN CONTRATO Y LA CONSTITUCIÓN PROMESA

Íntimamente vinculado con el tema de la consagración de derechos en la Constitución, está la tendencia de caer en el vicio que doctrinarios como Víctor Bazán y Antonio Colomer denominan indistintamente “exceso morfológico”, “maximalismo programático” o “inflación de normas”; vicio que a su vez trae como consecuencia el llamado “defecto sociológico”, que se evidencia en la carencia de correspondencia entre la letra de la Constitución y la realidad que se vive en un país, particularmente evidente en el constitucionalismo latinoamericano.

El exceso morfológico está relacionado al tipo de Constitución vigente en un país y particularmente a la clasificación, en función de su eficacia, que distingue a la “Constitución Contrato” de la “Constitución Promesa.”

La primera, es aquella que consagra en su texto un orden jurídico político realizable, factible de ser cumplido, bien sea en el presente o en un corto plazo. Se trata de una Constitución con vocación de eficacia, parca en la formulación de normas programáticas. La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 es un ejemplo de *Constitución Contrato*.

La *Constitución Promesa*, por el contrario, es aquella que se caracteriza por incluir en su texto un listado de derechos sociales, económicos, culturales, colectivos, prácticamente inexigibles en el presente y en el corto plazo. Es una Constitución generosa en la proclamación de beneficios y habitualmente plagada de los típicos vicios del constitucionalismo, como son el utopismo, el gatopardismo y la demagogia.

Podríamos sostener que **el riesgo de incurrir en la inconstitucionalidad por omisión es mucho mayor en aquellas Constituciones que consagran derechos que pudieran calificarse como “impracticables” o de “imposible realización”.** Ciertamente en estos casos la omisión inconstitucional podría ser explicada por la imposibilidad fáctica de llevarlos a la práctica.

El término de “*nomomagia*” ha sido acuñado para expresar la tendencia a querer solucionar los problemas de una colectividad

aplicación inmediata y directa de otros, lo dio nada menos que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 41/128 del año 1986 sobre el “Derecho de Desarrollo” el señalar en el Art. 6 número 2: “*Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e independientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*”

exclusivamente a través de la consagración de derechos o la formulación de normas. Vivimos en “el tiempo de los derechos” señala sentenciosamente Norberto Bobbio, en tanto de Ralf Dahrendorf critica que “en vez de luchar contra la pobreza, la gente califica a la pobreza como violación de los derechos humanos. En lugar de intentar abolir el desempleo, se estipula el derecho a trabajar.”³²

El profesor argentino Néstor Pedro Sagüés en su ensayo “Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica” señala que del análisis que él ha efectuado en países con Constitución Contrato y con Constitución Promesa, relacionándolas con el grado de desarrollo y el ingreso per capita, resulta evidente que las naciones del primer mundo, que tienen posibilidades de otorgar en la práctica el pleno ejercicio de los derechos de segunda y tercera generación, casi todas se rigen por constituciones contratos; en tanto que, los países en vías de desarrollo, con menos posibilidades de otorgar a sus habitantes el pleno ejercicio de los derechos de segunda y tercera generación, se adhieren generalmente al tipo de constituciones promesa.

En mi opinión, cuando esta amplia consagración de derechos humanos en el texto constitucional se lo hace con el encubierto propósito de engaño y de aparentar respeto a los Derechos Humanos, tal situación se constituye en una de las más significativas causas del descrédito que las constituciones tienen en amplios sectores de la población, pues pasan a convertirse en una simple “hoja de papel” o en una “constitución nominal”, distanciada de la realidad, según en su momento las calificaron Ferdinand Lasalle y Karl Loewenstein, respectivamente.

Independientemente de la opinión del Profesor Sagüés, hay que reconocer que la “constante y creciente presión de la conciencia universal provocó, en los últimos cincuenta años, una aceleración del proceso positivador (sic) por vía constitucional, como medio de alcanzar la plena eficacia de los derechos fundamentales, pues sólo cuando éstos están recogidos en normas positivas –como lo son las Constituciones– quedan investidos del *imperium* del Derecho...; desde el momento en que un derecho humano se halle positivado (sic), y sólo desde ese momento, el titular del mismo está capacitado para invocarlo ante los Tribunales, cosa que no sucede mientras tales derechos

³² Cita tomada de la obra “¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?” de Tulio Chinchilla Herrera, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia 1999, Pág. 13.

están simplemente recogidos en Declaraciones, pues éstas no son estrictamente Derecho.”³³

Justamente por la realidad anteriormente señalada, es indiscutible que **la inconstitucionalidad por omisión constituye un grave problema para la vigencia de los derechos humanos. No tanto en aquellos casos de mora u omisión ilegítima de una autoridad pública, que viole o pueda violar un derecho subjetivo consagrado en la Constitución, lo que puede ser remediado por la vía de la acción de amparo, cuanto en la mora legisferante en la producción de normas de carácter general.**

VI.3.) EL CASO ECUATORIANO: APLICACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE TODOS LOS DERECHOS

El Ecuador tiene una Constitución que podríamos calificar de actualizada en la formulación de los derechos humanos y sobre todo de sus garantías. “Una de las glorias más puras de nuestra historia consiste en el progresivo afianzamiento de los Derechos Humanos en los textos constitucionales. Casi sin retrocesos, paulatina pero constantemente, hemos ido logrando una mejor formulación de las garantías de la libertad e igualdad de los habitantes de la República, en nuestras Leyes Supremas.”³⁴, manifiesta con acierto el Profesor Juan Larrea Holguín.

Como producto del avance en la formulación de derechos humanos y de sus garantías, a diario esperamos que temas de derechos constitucional, de derechos humanos en particular, relevantes para el ciudadano común, pero que antes no ocupaban la atención pública, aparecen ahora frecuentemente en los medios de comunicación social. Y está bien que así sea, porque significa que estamos creando cultura constitucional y que la Carta Suprema está comenzando a ser más estudiada y difundida, vitalizando así nuestra democracia.

Conscientes de que existe una distancia entre la consagración nominal de unos derechos en la Constitución y su goce efectivo, parece claro que la intención de los constituyentes fue la de propender a cerrar esta brecha, fundamentalmente mediante la disposición consagrada en el Art. 18 de la Constitución, cuyo inciso primero prescribe:
“Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en

³³ Prólogo del Dr. Antonio Fernández Galiano, de la Universidad de San Pablo, Madrid, a la obra del Profesor Jorge Iván Hubner Gallo, “Los Derechos Humanos”, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Pág. 18

³⁴ Dr. Juan Larrea Holguín, “Introducción” a la Constitución Política de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Séptima edición. Enero 2003, Pág. 7.

*los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables **por y ante** cualquier juez, tribunal o autoridad.”*

La primera consecuencia que se infiere de la disposición constitucional mencionada en el párrafo anterior, es que en el Ecuador, los derechos humanos deben ser aplicados y reconocidos por los tribunales o por las autoridades sin necesidad de que exista expresa petición de parte.

La segunda consecuencia es que, si un ciudadano reclama la aplicación de un derecho reconocido en la Constitución acerca del cual no existe ley que lo desarrolle y reglamente, el juez, tribunal o autoridad no podría, sin violar la Constitución, negar el derecho basado en la falta de ley reglamentaria y tendría que al menos reconocerle al accionante lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se conoce como *contenido mínimo* del referido derecho. **Esta acción reparadora de la omisión, que es válida para las denominadas omisiones inconstitucionales absolutas (falta de ley), es mucho más eficaz tratándose de omisiones inconstitucionales relativas (omisión de la ley o exclusión arbitraria de beneficios) pues frente a tal caso, cabría la expedición de una sentencia o resolución aditiva, para superar la violación del principio de igualdad, restablecer la fuerza normativa de la Constitución y obtener la tutela efectiva de los derechos según lo ordena el Art. 24 numeral 17 de la Constitución.**

En Ecuador, ya lo he mencionado en el apartado **II.2.**, el Tribunal Constitucional ha consagrado la jurisprudencia que la omisión inconstitucional no obsta la aplicación de los derechos consagrados en la Carta Suprema. Sin embargo, le ha faltado la contundencia y el activismo suficiente para hacer prevalecer en la práctica la referida tesis.

Es preciso que el Tribunal Constitucional, la Función Judicial, las autoridades y los ciudadanos, reconozcamos que a partir de la vigencia del actual artículo 18 de la Constitución, estamos frente a un nuevo paradigma en la aplicación de los derechos humanos, tanto en el plano sustantivo como en el plano procesal. De lo contrario, si tribunales, jueces, autoridades y ciudadanos seguimos anquilosados en el pasado, pensando que las normas constitucionales carecen de fuerza normativa, estaremos desoyendo el mandato del constituyente y rezagándonos en la aplicación de los derechos humanos a nivel internacional.

Algunos estudiosos del Derecho Constitucional Ecuatoriano, sostienen que en nuestro texto constitucional existe unos

derechos que son de vigencia y aplicación inmediata y directa (los derechos civiles y políticos), en tanto que otros son sólo de vigencia inmediata pero no de aplicación directa (los derechos económicos, sociales y culturales), porque dependen de un desarrollo legal posterior y progresivo.

Quienes sostienen la tesis referida en el párrafo anterior se fundamentan en lo dispuesto en los artículos 17 y 6 de la Constitución, el primero de los cuales determina, *in fine*, que el Estado “*Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos*”, en tanto que el segundo señala, en su último inciso, que “*Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determine la ley.*”

Otro argumento en que algunos juristas basan su opinión de que hay derechos humanos que no son de aplicación directa, sino que apenas sirven para impulsar planes y programas de contenido económico, social y cultural, es el principio de progresividad, contenido en varios documentos internacionales, como el Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art. 1 del Protocolo de San Salvador y el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, en la misma línea de desconocimiento de la aplicación directa de los derechos de segunda generación, está el argumento de la imposibilidad fáctica de hacerlos efectivos: ¿Puede, por ejemplo, un desempleado ejercer acción de amparo para que el Estado le de trabajo?

Nosotros sostenemos que es un error afirmar que en nuestra Constitución, los derechos en ella consagrados no son todos directa e inmediatamente aplicables, por las siguientes razones:

- 1.) Porque el tenor literal de la Constitución, es absolutamente claro: en su artículo 18 establece que “**Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.**” Para enfatizar más este precepto, el inciso tercero del mismo artículo 18 señala que “*No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o el desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos o para negar el reconocimiento de tales derechos.*”

- 2.)** Por que si concordamos el Art. 18 de la Constitución, ya de por sí categórico, con las disposiciones siguientes: Art. 3 número 2: *“Son deberes primordiales del Estado:...2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social”*; Art. 16: *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”*; y con el Art. 273 que señala que *“Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”*, se fortalece la tesis de que la interpretación correcta *“de”* y *“desde”* la Constitución es la que todos los derechos en ella consagrados son directa e inmediatamente aplicables. Pero, si persistiera alguna duda, habría que aplicar el segundo inciso del artículo 18 de la Constitución que establece que *“En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia...”*
- 3.)** Porque si recurrimos al Derecho Constitucional Comparado, encontramos que cuando las constituciones han querido limitar la fuerza normativa inmediata y directa de alguno de sus preceptos, lo han consagrado en forma expresa. Así, por ejemplo: la Constitución de España, en su artículo 53 número 1, señala que *“los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título, vinculan a todos los poderes públicos...”* siendo que el Capítulo II del Título I de la Constitución española, se refiere sólo a los denominados derechos de primera generación, en tanto que, los principios rectores de la política social y económica, constan en el Capítulo III. En cuanto a la acción de tutela – acción de amparo en nuestra Constitución- el mismo artículo 53 de la Constitución de España, en su número 2, limita su protección a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección I del Capítulo II, dejando afuera los derechos económicos y sociales. La Constitución de Colombia es más taxativa aún, pues en su artículo 85 enumera cuáles son los derechos de aplicación inmediata, restándoles esa condición a todos los derechos sociales, económicos y culturales y a los derechos colectivos y del ambiente.
- 4.)** Porque según el Art. 163 de la Constitución Política del Ecuador los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, forman parte del ordenamiento jurídico, pero no tienen la jerarquía de norma constitucional ni menos aún tienen preeminencia sobre las

normas constitucionales. Distinto es el caso de otras constituciones, como por ejemplo la de Guatemala, que establece el principio de que en materia de derechos humanos los tratados y convenios internacionales aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno, dentro del cual está obviamente la Constitución,³⁵ así como las Cartas Supremas de Argentina y Venezuela que les otorgan a los tratados, pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos, debidamente ratificados en dichos países, la jerarquía de norma constitucional.³⁶ En nuestro país, las normas de protección de los derechos humanos que constan en los tratados suscritos y ratificados por el Congreso Nacional, tienen una naturaleza legal coadyuvante o complementaria a nuestras normas de derecho interno, sin prevalecer sobre la Constitución.

- 5.) Porque el argumento de la imposibilidad real de exigir su cumplimiento no es imputable al sistema legal vigente, sino a condiciones propias del subdesarrollo. Pero de tal circunstancia no puede deducirse en forma válida que tales derechos no existan. Como bien lo afirma el Profesor Hubner Gallo, estaríamos en presencia del “drama del derecho incumplido”, lo que ocurre a diario, no sólo en materia de derechos humanos, sino también en otros campos del derecho. El propio profesor Hubner cita el ejemplo del acreedor que no puede legalmente obtener el pago de un crédito porque el deudor carece de medios económicos para pagarle “Nadie podría sostener, en estos casos, que el derecho del acreedor no existe. Otra cosa es que su cumplimiento se haya frustrado, en forma temporal o definitiva”³⁷

Sentada y fundamentada nuestra posición en el sentido que todos los derechos consagrados en la Constitución Ecuatoriana son de aplicación directa e inmediata, tal circunstancia no quita relevancia al hecho de que dichos derechos pueden exigir distinta intensidad de desarrollo.

³⁵ Art. 46 C. de Guatemala: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

³⁶ Art. 23 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Art. 75 de la Constitución Argentina: “Corresponde al Congreso: ...#22, inciso segundo: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

³⁷ Jorge Iván Hubner Gallo, ibidem Pág. 156

Por tal razón la omisión del legislador o de los diferentes órganos del poder público en dictar las normas complementarias para hacer efectivo el goce de los derechos en ella consagrados, puede producir situaciones que contradigan la efectiva vigencia de la norma constitucional, especialmente en los denominados derechos de segunda y tercera generación y eventualmente ocasionar la inconstitucionalidad por omisión.

CAPITULO SEGUNDO

VII) POSICIONES DOCTRINARIAS EN RELACION A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

VII.1.) INTRODUCCION

Los estudiosos del tema de la inconstitucionalidad por omisión conceptúan a este instituto de dos maneras distintas:

- 1.)** Quienes conciben la inconstitucionalidad por omisión de una forma amplia; y,
- 2.)** Quienes conceptúan la inconstitucionalidad por omisión de una forma restringida.

En el primer grupo, se ubican los que consideran que la inconstitucionalidad por omisión no sólo puede producirse por la inercia o inacción de los deberes legislativos, sino también por la inactividad de los poderes y funcionarios públicos en general.

Es decir, se vincula a la inconstitucionalidad por omisión con el genérico incumplimiento de una obligación impuesta por la norma constitucional, sea cual fuere el poder constituido trasgresor.

En este sentido, serían también actos de inconstitucionalidad por omisión, decisiones de carácter político o administrativo que impliquen la no realización por parte de un órgano del poder político de un deber que la Constitución le impone. Los ejemplos consignados en el apartado I.2 de esta tesis constituirían, dentro de la concepción amplia, casos concretos de inconstitucionalidad por omisión.

En el segundo grupo, se ubican aquellos que consideran que la inconstitucionalidad por omisión sólo se refiere a la inacción de la función legislativa en el dictado de la norma que la Constitución le impone. Es decir, vinculan el instituto en forma exclusiva con la inercia legisferante, con la actitud omisiva del legislador que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales que, en forma concreta, la propia Constitución le ha encargado hacerlo.

VII.2.) CONCEPCIÓN AMPLIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Connotados profesores de derecho constitucional se ubican en el primer grupo, defendiendo la necesidad de estudiar la inconstitucionalidad por omisión en su concepción más amplia. Así, por ejemplo, el catedrático español de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, Profesor Francisco Fernández Segado, señala: “Cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o un gravamen para una persona, dicha persona, a nuestro entender, debería estar legitimado para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones.”³⁸. Sin embargo, es preciso señalar que el profesor Fernández Segado considera que de modo general la inconstitucionalidad por omisión se vincula a normas constitucionales que requieren para su plena eficacia de una regulación ulterior, normalmente encargado el legislador, aunque de modo excepcional, la Constitución puede referir dicha intervención a un órgano administrativo.

El Profesor argentino Néstor Pedro Sagües se alinea también en la concepción amplia y considera que “La inconstitucionalidad por omisión se plantea tanto en cuanto *actos individuales*

³⁸ Francisco Fernández Segado: Ob. Cit. Pág. 10

impuestos por la Constitución (*omisión de actos de pronunciamiento y de acto de ejecución*; por ejemplo, si el Presidente no designa a un ministro, o si no pone en libertad a la persona que obtuvo en su favor un habeas corpus), como respecto al *no dictado de normas generales*. En este caso, el órgano moroso puede ser tanto el Poder Legislativo (si no dicta una ley que instrumente una cláusula programática); el Poder Ejecutivo (si no reglamenta una ley del Congreso), así como el Poder Judicial, cuando no asume los roles legislativos que la Constitución le encomienda...”³⁹

El también Profesor argentino Germán Bidart Campos, es categórico en señalar: “Comprendemos muy bien que la doctrina de la supremacía, suministra argumentos para comprender que la Constitución se vulnera, no sólo cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también, cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el Ejecutivo, el Congreso, o la Administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan.”⁴⁰ El mismo profesor Bidart, en otro de sus ensayos referidos al tema, señala que la inconstitucionalidad por omisión “sobreviene cuando el órgano que conforme la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo.”⁴¹

El Profesor lusitano Jorge Miranda, también se adhiere al concepto amplio de la inconstitucionalidad por omisión, señalando que ésta “resulta de la inercia o del silencio de cualquier órgano de poder, el cual deja de practicar en cierto tiempo el acto exigido por la constitución,”⁴² frustrando así su eficacia.

De entre las pocas constituciones que en el mundo han regulado la inconstitucionalidad por omisión, se encuentra la Constitución de la República Federativa de Brasil, expedida el 5 de octubre de 1988, la que, en su artículo 103, ordinal segundo, se alinea con la concepción amplia del instituto en estudio, al disponer lo siguiente: “*Art. 103: Pueden interponer la acción de inconstitucionalidad:... 2º Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en 30 días.*”

³⁹ Néstor Pedro Sagüés: “Elemento de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea. Buenos Aires 1999, Tomo I, Pág. 111.

⁴⁰ Germán Bidart Campos: Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Op. cit. “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales.” Ensayo publicado en la obra conjunta “Inconstitucionalidad por Omisión” bajo la coordinación de Víctor Bazán, Editorial TEMIS, 1997, Pág. 3

⁴¹ Germán Vidarra Campos: Op. cit. La Justicia Constitucional y la Inconstitucional por Omisión, Ensayo publicado en el Anuario Jurídico de la Universidad Autónoma de México, UNAM, México DF, No. VI, 1979, Pág. 9)

⁴² (41) Jorge Miranda, Manuel de Derecho Constitucional Volumen 2, Editorial Coimbra, Coimbra 1993, Pág. 338.

VII.3.) CONCEPCIÓN RESTRINGIDA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Entre quienes conceptúan de una forma restringida el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, limitándolo a la quiescencia legislativa, se alinean, entre otros, los tratadistas siguientes:

El español José Julio Fernández Rodríguez, autor de un magnífico libro que contiene un exhaustivo análisis de la institución en estudio, a la cual conceptúa como “la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.”⁴³

El Profesor Ignacio Villaverde Menéndez asocia la inconstitucionalidad por omisión con los silencios legislativos y señala que “la función que tiene el control de los silencios del legislador es la de restablecer la supremacía de la Constitución si esta ha sido menoscabada por la pasividad del legislador, no la de obligar al legislador a legislar. Ese resultado, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución, se obtiene expulsando del ordenamiento aquellas consecuencias jurídicas que son contrarias a lo ordenado por la Constitución, esto es, negando toda validez a los efectos jurídicos contrarios a la Constitución cuyo origen está en el silencio legislativo.”⁴⁴

El también español, Profesor Luis Aguiar de Luque, conceptúa al instituto en estudio como “la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto.”⁴⁵

El profesor uruguayo Martín J. Risso Ferrand señala categóricamente lo siguiente: “Para que exista una omisión inconstitucional se requiere: A.) En primer término, la existencia expresa de una obligación constitucional de hacer; y, B.) En segundo lugar, que se trate de casos de incumplimiento de mandatos inconstitucionales concretos que vinculen al legislador...”⁴⁶

El profesor peruano Gerardo Eto Cruz reconoce que existe división en la conceptualización del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, pues unos se adhieren a una

⁴³ (42) José Julio Fernández Rodríguez, obra “La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El Caso Español.” Editorial Civitas, Madrid 1998. Pág.81.

⁴⁴ Dr. Ignacio Villaverde Menéndez: “La Inconstitucionalidad por omisión. De los silencios legislativos”.- Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, número 8. Madrid-España. 1996, Pág. 7

⁴⁵ Luis Aguiar de Luque, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, Revista de Derecho Político, Madrid, 1987, número 24, Pág. 25.

⁴⁶ Martín J. Risso Ferrand. Op. Citada. Pág. 2)

concepción amplia que él denomina *lato sensu* y otros, a una concepción restringida o *estricto sensu*. El se adhiere a la segunda, pues afirma “No obstante que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión se presenta en varios aspectos, en forma estricta, cabe aludir a la actitud renuente y omisiva del legislador que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas.”⁴⁷

El profesor portugués José Joaquín Gómez Canotilho, ha definido a la omisión inconstitucional como la omisión legislativa en el cumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos. Significa que “el legislador no hace algo que positivamente le era impuesto por la Constitución. No se trata, pues, apenas de una simple negativa de no hacer. Se trata de no hacer aquello que, de forma concreta y explícita, estaba constitucionalmente obligado.”⁴⁸

En el plano de las disposiciones constitucionales, que regulan la inconstitucionalidad por omisión, las constituciones de la extinta Yugoslavia, Portugal, Venezuela, la Provincia de Río Negro en Argentina, y la del Estado de Veracruz en México, legislan sobre la inconstitucionalidad por omisión, limitándola, exclusivamente, a la omisión legislativa. Así:

La Constitución Yugoslava del 21 de febrero de 1974 en su artículo 377 prescribía: “*Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes o de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.*”

La Constitución de Portugal, promulgada el 2 de abril de 1976 en su artículo 279, reformado posteriormente en 1982, pasando a ser el artículo 283, en sus números 1 y 2, dispone lo siguiente:

“1) *A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución por Omisión de las medidas legislativas necesarias para volver aplicables las normas constitucionales.* 2) *Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.*”

⁴⁷ Gerardo Eto Cruz. Ensayo titulado Una Defensa Constitucional: La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión, Pág. 6

⁴⁸ José Joaquín Gómez Canotilho. *Direito Constitucional*. Editorial Coimbra. 1993. Pág. 1089.)

La novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expedida en Caracas el 16 de noviembre de 1999, año 189 de la Independencia y 140 de la Federación, en su artículo 336 número 7, dispone lo siguiente: “Art. 336. *Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:... 7) Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o de la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.*”

La Constitución de la Provincia de Río Negro, perteneciente a la República Federativa de Argentina, en su artículo 207, inciso segundo, apartado d) dispone: “Art. 207: *El Superior Tribunal ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos...d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los Municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado, conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.*”

VIII) TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

VIII.1.) OMISIÓN DE LAS FUNCIONES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y OMISIÓN DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

Concordante con lo expuesto anteriormente (Capítulo Segundo apartado VII), debemos señalar que las distintas conceptualizaciones de la inconstitucionalidad por omisión a nivel mundial se pueden dividir en dos grandes grupos, si se mira a los sujetos activos de la infracción.

Un primer tipo de inconstitucionalidad por omisión puede producirse por la inactividad de los poderes públicos o de los funcionarios públicos, en un sentido general, que implique incumplimiento de un concreto mandato constitucional. En este primer grupo se incluyen la no emisión de determinados actos políticos, administrativos, e incluso la no emisión de decisiones judiciales.

El segundo tipo restringe la inconstitucionalidad por omisión a la inercia del poder legislativo.

VIII.2.) OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA Y OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA.

La más difundida y clásica clasificación de la inconstitucionalidad por omisión es aquella que distingue entre **omisiones inconstitucionales absolutas y omisiones inconstitucionales relativas**. Originalmente planteada por el magistrado del Tribunal Constitucional alemán W. Wessel,⁴⁹ ha sido recogida por casi todos los tratadistas que han estudiado la institución.

Para Wessel las omisiones inconstitucionales absolutas son los silencios u omisiones del legislador, mientras que las relativas son los silencios u omisiones de la ley, con el agregado de que según Wessel, frente a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional-omisión absoluta-no hay posibilidad de demanda constitucional; en tanto que, las omisiones relativas, si son fiscalizables, ya que violan un derecho fundamental, el de igualdad ante la ley.

Constantino Mortati⁵⁰ ha criticado esta clasificación, estimando que no hay razón suficiente para impedir una acción reparadora de una omisión absoluta, en tanto que Ignacio Villaverde coincide, con sus propios argumentos (en las omisiones absolutas no hay “norma implícita” contraria a la Constitución), con la posición de Wessel. Sobre las omisiones relativas, Mortati sostiene que estas son perseguibles no solo cuando vulneran el principio de igualdad, sino cuando atacan cualquier derecho fundamental.

Nicoló Trocker, en su obra “Le omissione del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà” **distingue dentro de las omisiones absolutas, las omisiones puras**, que son aquellas en que no existe regulación anterior sobre la materia; **y, las impuras**, en los casos en que si existe tal normativa.

VIII.3.) OMISIÓN LEGISLATIVA FORMALMENTE CONSIDERADA Y OMISIÓN LEGISLATIVA MATERIALMENTE CONSIDERADA O EXCLUSIÓN ARBITRARIA DE BENEFICIOS.

Íntimamente vinculada con la clasificación anterior, diferentes estudiosos del tema, como los Profesores **Francisco Fernández Segado y José Julio Fernández Rodríguez distinguen la omisión legislativa formalmente considerada de la omisión legislativa materialmente considerada**: en el primer

⁴⁹ W. Wessel “Die Rechttoprechung des Bundesverfassungsgerichts zuz Verfassungsbeschwerde”, Dentsches zuz verfassungsbeschwerde”, Dentsches Verwaltungnggsblatt, cuaderno6, año 1952 pags. 161y 164.

⁵⁰ Constantino Mortati “apunti per uno studio smi remedi giurisdizionali contro comportamenti omissini del legislatore”-Milán 1972 Pág. 928

caso hay omisión total o parcial en el desarrollo del mandato constitucional, esto es el legislador incumple, en forma total o parcial, con dictar la ley que ordena la Constitución; en el segundo caso se dicta la norma legal pero con violación de principios materiales de la Constitución, casi siempre el principio de igualdad ante la ley, **estableciendo lo que la doctrina alemana denominó “exclusión arbitraria de beneficios”,** llamada también **“exclusión discriminatoria de derecho”,** como sería por ejemplo el caso de que la Constitución establezca el seguro social gratuito para los mayores de 70 años en tanto que la ley que desarrolla dicho precepto, se lo conceda sólo a las mujeres mayores de 70 años, excluyendo arbitrariamente a los varones.

Si relacionamos las dos clasificaciones referidas en los apartados VIII.1 y VIII.2, tenemos que **las omisiones absolutas son siempre de índole formal. En cambio, las omisiones relativas pueden ser de carácter material** si establecen una exclusión arbitraria de beneficios, **o de carácter formal** cuando, sin atentar contra los principios constitucionales, desarrollan en forma incompleta un precepto constitucional.

VIII.4.) OMISIÓN POR MORA Y POR NEGACIÓN.

El Profesor argentino **Néstor Pedro Sagüés**, en su interesante ensayo “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, **postula una clasificación más completa:** **a) inconstitucionalidad por mora**, que a su vez deviene de **tres vertientes:** **a.1) inercia en adoptar una decisión concreta.** Ejemplo dilatar la puesta en libertad de alguien cuya detención ha terminado legalmente, **a.2) mora en la ejecución**, que se produce cuando habiendo una decisión tomada, ella no se cumple. Ejemplo: El Congreso designa Superintendente de Bancos pero no lo posesiona, o, **a.3) tardanza en la producción de normas generales**, conocida también como inconstitucionalidad legislativa; y, **b) inconstitucionalidad por negación**, llamada también inconstitucionalidad por omisión relativa, que viene a ser el caso de la exclusión arbitraria de beneficios a la que nos referimos anteriormente.

VIII.5.) OMISIÓN QUE AFECTA O NO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

José Julio Fernández Rodríguez, en su ya citada obra, **agrega dos tipos más de inconstitucionalidad por omisión:** **1) Omisión que afecta derechos fundamentales y Omisión que no les afecta;** y, **2) Omisión evitable y omisión inevitable.**

La primera distinción opera cuando no se llevan a cabo las medidas legislativas o administrativas necesarias para la eficacia de los derechos humanos, particularmente de los derechos de segunda y tercera generación que casi siempre requieren, para su plena eficacia, la interposición de la acción legislativa o administrativa. En este caso, estamos frente a una omisión que afecta los derechos fundamentales. Cuando el ocio o la inacción de los poderes públicos frente al mandato constitucional, no afecta a derechos fundamentales, estamos en la segunda variante del primer tipo.

VIII.6.) OMISIÓN EVITABLE E INEVITABLE

La distinción entre **omisión evitable e inevitable** alude al hecho de que en el primer subtipo, el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales, a pesar de que las condiciones se lo permiten. En la segunda división, factores de corte extra jurídico, tales como la conveniencia política, la posición ideológica, el costo económico o la opinión pública sumen al legislador en la imposibilidad o en la necesidad de no poder desarrollar los preceptos constitucionales.

IX) DEFINICIÓN Y ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

IX.1.) DEFINICION

Nuestra posición con respecto a las dos concepciones doctrinarias relativas a la inconstitucionalidad por omisión, es favorable a la postura amplia o extensa, ya que considero que a través de ella se abarcan todos los supuestos en los que una omisión de los poderes constituidos o funcionarios públicos puede vulnerar la fuerza normativa de la Constitución.

Bajo el concepto anteriormente referido, propongo la siguiente definición de inconstitucionalidad por omisión:

Inconstitucionalidad por omisión es la inobservancia total o parcial de los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.

Analicemos los elementos que integran la definición de inconstitucionalidad por omisión:

IX.2.) INOBSERVANCIA TOTAL O PARCIAL

Con estas palabras significamos que la inconstitucionalidad por omisión implica un incumplimiento o desacato, que no sólo puede producirse por la falta total de desarrollo del mandato constitucional, sino también por el desarrollo parcial de lo que la Carta Suprema dispone. Así, por ejemplo, en el plano legislativo, el Art. 191 de la Constitución Política del Ecuador ordena la unidad jurisdiccional y, concordante con ello, la disposición transitoria vigésima sexta determina que todos los magistrados y jueces que dependen de la función ejecutiva, pasarán a la función judicial, para lo cual, el Consejo Nacional de la Judicatura debe remitir al Congreso Nacional los proyectos de ley que modifiquen las leyes pertinentes. El proyecto existe pero la ley no ha sido expedida y el resultado es una inobservancia total del mandato constitucional.

Supongamos ahora, que el Congreso Nacional si hubiera expedido la ley para cumplir con lo dispuesto en el Art. 191 de la Constitución pero en dicha ley omite reformar las normas policiales y militares, de tal manera que los jueces de las cortes

policiales y militares seguirían dependiendo de la función ejecutiva: estaríamos en el caso de una inobservancia parcial. Los términos inobservancia total y parcial nos vinculan con la tipología de omisión legislativa inconstitucional formal y materialmente considerada. Así la inobservancia total en el dictado de una ley cuya expedición ordena la Constitución, constituye una omisión legislativa inconstitucional formalmente considerada. En cambio la inobservancia parcial produce una omisión inconstitucional materialmente considerada, ya que ésta se produce cuando al expedir una norma legal, se violan principios materiales de la Constitución. Es el caso que los juristas y tribunales alemanes han denominado como **exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficios**, (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*) en donde se atenta contra el principio de Igualdad consagrado en la Constitución. Así, por ejemplo, si la Constitución ordenara que se le otorgue una pensión vitalicia a los integrantes de las Fuerzas Armadas que tuvieron comportamiento heroico en la guerra del 41, pero el Congreso expide una ley que sólo confiere dicha pensión a los combatientes del 41 con comportamiento heroico que formaron parte del Ejército y no de la Marina Ecuatoriana.

Como lo analizamos oportunamente, puede darse el caso de que una inobservancia parcial de un mandato concreto de la Constitución produzca una inconstitucionalidad de carácter formal, cuando sin atentar contra los principios constitucionales, desarrolle en forma incompleta la orden constitucional.

La distinción entre inobservancia total o parcial de los mandatos constitucionales, referidos a la labor legisferante, se enlaza también con la tipología de inconstitucionalidad por omisión que distingue entre omisiones absolutas y omisiones relativas, siendo las primeras producto del silencio del legislador y las segundas, del silencio de la ley. (Ver apartado VIII.2 de esta tesis)

IX.3.) MANDATOS CONCRETOS CONTENIDOS EN NORMAS CONSTITUCIONALES DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO

Al efectuar la clasificación de normas constitucionales en el número III del capítulo I de la presente tesis, distinguimos con claridad que jurídicamente consideradas, no todas las normas constitucionales tienen la misma estructura ni poseen igual carácter. Y, en el apartado IV.2, establecimos cuál es el tipo de normas constitucionales susceptibles de provocar una omisión inconstitucional.

Para que se produzca la inconstitucionalidad por omisión, debe tratarse de la inobservancia de normas constitucionales no auto aplicativas, ni auto operativas, es decir, normas programáticas y, dentro de ellas, las que tengan un carácter de imperativas o de cumplimiento obligatorio.

Debe tratarse también, de mandatos concretos porque los mandatos abstractos no establecen con precisión aquello que los poderes constituidos deben hacer, requisito indispensable para que, en caso de no hacerlo, pueda hablarse de omisión inconstitucional.

En el caso de mandatos abstractos contenidos, por ejemplo, en normas programáticas referidas a deberes del Estado, puede no señalarse específicamente cuál es la acción que debe desarrollar el legislador o los poderes constituidos, tornándose en este caso, muy difícil tipificar una inconstitucionalidad por omisión. Tal es el caso de las disposiciones consagradas en los numerales 3, 4, 5, y 6 del artículo 3 de la Constitución Política del Ecuador que disponen:

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:... 3) Defender el patrimonio cultural y natural del país y proteger el medio ambiente; 4) Preservar el crecimiento sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo; 5) Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes; y, 6) Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción.”

En los ejemplos expuestos, que configuran casos de mandatos constitucionales no concretos en cuanto a la especificidad de las medidas o acciones que deben desarrollar los poderes constituidos, sería muy discutible la aplicación de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, porque sin duda entrarían en juego elementos subjetivos y de apreciación política.

Según la opinión del Profesor Fernández Segado “ en un primer momento, la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto nos sitúa simplemente ante un incumplimiento de las exigencias constitucionales, ante lo que se ha llamado una *“situación constitucional imperfecta”*, que, aunque criticable, no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional.”⁵¹

Sin embargo de lo expuesto, no cabe duda de que estos mandatos abstractos configuran el deber de cumplir con los fines constitucionales por lo que, eventualmente y tomando muy en cuenta el elemento temporal, podría admitirse también la inconstitucionalidad por omisión, cuando transcurrido un plazo

⁵¹ Francisco Fernández Segado. Obra citada. Pág. 16

suficientemente razonable, se torne evidente que se ha dejado de actuar en consonancia con dichos fines.

IX.4.) PRODUCTO DE LA INACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS O DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

En esta parte de la definición, hay dos elementos importantes que considerar:

IX.4.1.) Que la infracción constitucional sea producto de la inacción;

IX.4.2.) Que esta inacción sea atribuible a cualquiera de los poderes constituidos o a cualquier funcionario público.

IX.4.1.) PRODUCTO DE LA INACCIÓN

Al referirnos a la inacción hacemos alusión a la omisión en el actuar. Es decir, la inconstitucionalidad por omisión es producida por la inactividad, quiescencia, ocio, abstención, inercia, apatía, paro, indolencia, desidia, desinterés, molicie, dejadez, incuria, inmovilidad, displicencia, dejación de los poderes constituidos o funcionarios públicos, que produce la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.

Como lo afirma el maestro Norberto Bobbio, “nuestra vida se desenvuelve en un mundo de normas. Creemos ser libres pero, en realidad, estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte, dirigen nuestras acciones en ésta o en aquella dirección. La mayor parte de estas normas se han vuelto tan comunes y ordinarias, que ya no nos damos cuenta de su presencia.”⁵²

Conocido es que la conducta humana puede manifestarse en una forma positiva, mediante una acción, realizando algo. Lo que el antiguo derecho romano llamaba “*facere*”. Pero puede manifestarse también en un aspecto negativo, como una inacción, como un dejar de hacer o no hacer. Según el derecho romano, un “*non facere*”.

Esta doble manifestación de la conducta humana tiene consecuencias sobre las normas que dirigen nuestras vidas en diferentes órdenes, tales como el social, el jurídico, el moral, el ético, el religioso. La religión católica nos enseña que existen pecados de acción y de

⁵² Norberto Bobbio: “teoría General del Derecho” Editorial Temis. Bogotá, Colombia, Pág. 3

omisión, esto es, desobediencias a la norma divina que provienen tanto de un hacer lo que está prohibido, pecados de acción, así como de un no hacer lo que es debido, pecados de omisión.

Desde el punto de vista jurídico, el primer problema que se presentó para regular sobre la omisión, tenía carácter ontológico, pues muchas fueron las voces que negaban que la omisión exista en sí misma como una entidad, considerándola una simple creación jurídica. Parecía absolutamente lógico afirmar que físicamente no se puede hacer algo, no haciéndolo.

Sin embargo de estas primeras reacciones que negaban que pueda producirse una causalidad material por intermedio de una ausencia de materialidad, triunfó la doctrina de la *acción esperada*, según la cual se convierte conceptualmente la omisión o inacción en un hacer diferente a lo debido.

La reglamentación jurídica de la omisión o inacción se funda, precisamente, en que un sujeto no actuó conforme se esperaba que lo haga, por lo que acción y omisión devienen en “términos que corresponden al Derecho en el sentido de manifestarse, no como entidad (actividad –inercia), sino como formas de la conducta que tuercen la recta voluntad del Derecho. La omisión no es entonces, el *nihil facere* sino el *non facere quod debetur*, y desde este punto de vista... los delitos de omisión pueden configurarse por medio de acciones, porque la norma que ordena cierta clase de actos, puede contradecirse haciendo precisamente, algo distinto de lo ordenado.”⁵³

El mayor desarrollo doctrinal de los conceptos de inacción o de omisión vinculados con el derecho, provienen del campo jurídico - penal y en la actualidad, una de las más conocidas clasificaciones del delito es aquella que distingue entre *delitos de acción* o *de comisión* como propiamente se llaman, y *delitos de omisión*, subdividiéndose éstos últimos en dos categorías, los de *omisión simple o propia* y los delitos de *comisión por omisión*.

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el derecho constitucional utiliza el término omisión, al igual que el derecho penal al tratar de los delitos de omisión, para referirse a algo reprochable, contrario a

⁵³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Triskill S.A. Buenos Aires 1979. Tomo VI. Pág. 276.

la vigencia del derecho. Sin embargo, hay que anotar una diferencia fundamental: en el derecho penal la omisión está siempre referida a una persona física natural, único ente al que se lo puede imputar como sujeto activo de un delito, capaz de cometer un delito, y sometido a la consecuente responsabilidad criminal. En cambio, en el derecho constitucional, la inconstitucionalidad por omisión, generalmente se refiere a faltas cometidas por los poderes constituidos, como la función legislativa, la función ejecutiva o la función judicial.

IX.4.2.) INACCIÓN ATRIBUIBLE A LOS PODERES CONSTITUIDOS O A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

Un segundo aspecto incorporado a esta parte de la definición de inconstitucionalidad por omisión que estamos analizando, se refiere a que **la inacción es imputable a los poderes constituidos o a los funcionarios públicos, con lo que claramente me alinee en la posición de aquellos que defienden un concepto amplio del instituto de la inconstitucionalidad por omisión.**

No desconozco el hecho de que generalmente la omisión inconstitucional proviene del ocio legisferante de la función legislativa. Pero, considero un error reducir exclusivamente a ella el análisis y los remedios al instituto en estudio.

Siempre que se atente por omisión o inacción contra la fuerza normativa de la Constitución, dejando de hacer lo que ella dispone, se está cometiendo una inconstitucionalidad por omisión, sin importar que el atentado provenga de la función legislativa, ejecutiva, judicial, de los poderes constituidos, en suma, o de parte de algún funcionario público.

Coincido parcialmente con la opinión del Profesor Miguel Carbonell, quien refiriéndose a la inconstitucionalidad por omisión en el caso mexicano, argumenta a favor de una concepción amplia del instituto, basado en las importantes facultades constitucionales que el Ejecutivo tiene en el sistema presidencial de gobierno⁵⁴, pues creo que, más allá de

⁵⁴ El Profesor Miguel Carbonell refiriéndose a la opinión de José Julio Fernández Rodríguez, quien limita la inconstitucionalidad por omisión exclusivamente al ámbito legislativo, afirma que en principio está de acuerdo con esa limitación, pero agrega: “Creo que en sistemas presidenciales como el mexicano, en que el Poder Ejecutivo tiene unas muy

esa realidad, la desobediencia por omisión al mandato constitucional puede provenir, en cualquier sistema de gobierno, de diferentes órganos del poder público e inclusive, con efectos ciertamente distintos, de los particulares.

En el apartado **I.1.** De la presente tesis, existen ejemplos claros de inconstitucionalidad por omisión legislativa. En el apartado **I.2.**, hemos ejemplificado otros casos de inconstitucionalidad por omisión de otros poderes constituidos, como la función ejecutiva, que según el artículo 164 de la Constitución del Ecuador, es ejercida por el Presidente de la República y ejemplos también de inconstitucionalidad por omisión de los gobiernos seccionales autónomos en generar sus propios recursos y de la función legislativa, no en el dictado de una ley, sino en el acto administrativo de designar Presidente del Congreso.

Quisiera ahora proponer otro ejemplo. El artículo 179 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

“Art. 169: A los Ministros de Estado les corresponderá: ...3) Informar al Congreso Nacional, anualmente y cuando sean requeridos, sobre los asuntos a su cargo...”

¿Qué ocurre cuando el Presidente de la República o uno de sus Ministros incumplen con su obligación de informar anualmente al Congreso Nacional sobre los asuntos a su cargo o cuando el Congreso Nacional omite cumplir con su deber de conformar la terna para elegir Contralor? Ocurre que el Jefe de Estado y de Gobierno, uno de sus ministros o la Función Legislativa, están desobedeciendo un mandato concreto de la Constitución, atentando contra su fuerza normativa y, lo hacen, no por medio de una acción sino por una omisión o inacción; es decir, se viola la Constitución por omisión.

En Ecuador el Art. 120 de la Constitución establece que *“No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o **por sus omisiones.**”* Sin embargo, no hay ninguna

amplias facultades constitucionales, puede extenderse el concepto de la inconstitucionalidad por omisión al ámbito de responsabilidades del Presidente de la República o, de forma más general, de la administración pública”. “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión”, editado por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. México, 2003, Pág. 9

consecuencia jurídica prevista en la Constitución que permita sancionar al Presidente de la República o al Congreso Nacional que por omisión incumplan la Constitución. En el caso de los Ministros de Estado, eventualmente podría llegarse a su censura, sin que ello implique su destitución. La infracción de la Carta Suprema de la República, que otorga validez y unidad a todo el ordenamiento jurídico y legitima el poder que ejercen las distintas funciones y autoridades públicas, debería ser, sin duda, severamente sancionada con la revocatoria del mandato, descalificación o destitución del infractor; y, en caso que ello no fuere posible, el Tribunal Constitucional debería poder intervenir par remediar la omisión.

IX.5.) DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN O CONSIDERADO RAZONABLE.

Las Constituciones de los diferentes países adoptan dos técnicas en referencia al elemento tiempo en que deben cumplirse sus disposiciones programáticas de carácter imperativo:

- 1.) En algunos casos señalan en forma explícita el plazo dentro del cual deben cumplirse sus mandatos; y,
- 2.) En otros, establecen la norma programática imperativa sin señalar plazo fijo para su concreción, en cuyo caso, toma relevancia la figura del plazo razonable.

Cuando el constituyente señala un plazo dentro del cual tiene que desarrollarse una acción que dé cumplimiento a su mandato y los poderes constituidos o funcionarios públicos omiten desarrollarla dentro de ese plazo, no hay discusión: estamos claramente frente a una inconstitucionalidad por omisión. Tal es el caso de las varias veces mencionada disposición transitoria vigésima séptima de la Constitución vigente, que estableció el plazo de cuatro años para que el Congreso Nacional reforme las leyes necesarias a fin de que se implante el sistema procesal oral en la administración de justicia, debiendo a su vez la función judicial adecuar sus dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema. El referido plazo feneció el 10 de agosto del 2002, sin que se haya cumplido dentro del tiempo fijado con el explícito mandato constitucional, configurando un claro caso de inconstitucionalidad por omisión.

Ciertamente son mucho más frecuentes los casos en que los preceptos constitucionales programáticos de cumplimiento imperativo, no señalan plazos dentro de los cuales debe de cumplirse con sus prescripciones.

Debemos reconocer que la existencia de estas normas programáticas imperativas, sin plazo de ejecución taxativamente establecido en la Constitución, conllevan a proporcionar un matiz de relatividad a la institución de la inconstitucionalidad por omisión, pues cabría preguntarse: ¿Quién fija, entonces, el plazo? ¿El mismo Congreso al que generalmente se le encarga el desarrollo legislativo de la norma programática imperativa? ¿El Tribunal Constitucional? ¿La Corte Suprema de Justicia? ¿El Presidente de la República? ¿Bajo qué parámetros se establece el tiempo dentro del cual debe desarrollarse el precepto constitucional programático imperativo?

No obstante lo expuesto, es preciso establecer algunas precisiones:

- a) **El hecho de que no exista un plazo determinado para el desarrollo de una norma constitucional programática imperativa, no debe servir de excusa para retrasar al infinito la realización del mandato constitucional.** Aceptar esta tesis sería, según lo afirma correctamente el Maestro Sagües, “llevar al congelamiento de una serie de derechos constitucionales.”
- b) **El principio que debe primar es el de la obligación de desarrollo del mandato constitucional** y sólo por excepción, que obviamente deberá ser debidamente justificada, podrá aceptarse la excusa de la imposibilidad de hacerlo.
- c) **Lo que fundamentalmente debe cuidarse, es no dañar la fuerza normativa de la Constitución, permitiendo que subsistan o prevalezcan situaciones jurídicas no queridas por la Carta Magna.** Al respecto, el Profesor Ignacio Villaverde señala: “la existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional, hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución. Este es el preciso instante en que se infringe la Constitución...”⁵⁵

El problema se acrecienta cuando las normas programáticas de cumplimiento obligatorio establecen derechos de imposible o muy difícil realización práctica en el corto tiempo, es decir, normas utópicas, de aquellas que regalan felicidad por simple

⁵⁵ Ignacio Villaverde, obra citada, Pág. 18

decreto, sin que existan las condiciones necesarias para que esa situación ideal se produzca.

El profesor Germán Vidarra Campos nos habla de los “*derechos imposibles*”, al referirse al problema señalado. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana ha encontrado en el ya comentado Art. 18, una solución, aparentemente demagógica, que no obstante debe ser rescatada en su aspecto positivo, pues establece una norma de conducta muy clara para jueces, magistrados y autoridades públicas para que a través de su actuación busquen hacer realidad la disposición del artículo 18 de la Constitución y aplicar directa e inmediatamente la norma constitucional consagratoria de derechos y garantías, sin que la falta de ley reglamentaria se constituya en obstáculo insalvable para hacer prevalecer los derechos humanos.

En el plano de la jurisprudencia internacional, el Tribunal Constitucional Español ha contemplado en sus fallos la doctrina del “*plazo razonable*”, como se aprecia en las sentencias 216-91 y 31-94 en las que considera que las justificadas demoras del legislador en la legislación de una determinada situación jurídica para adaptarla a las prescripciones constitucionales es la causa de la inconstitucionalidad de sus silencios.⁵⁶

Néstor Pedro Sajes refiere que: “En el derecho comparado, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha admitido la declaración judicial de inconstitucionalidad por omisión siempre que se den estos elementos:

- a) transcurso de un tiempo prudente par que el órgano del caso dicte la norma reglamentaria;
- b) mensaje constitucional claro acerca de qué debe decidirse, y,
- c) posibilidad del poder judicial de cubrir la laguna.

No obstante los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios por consagrar la doctrina del plazo razonable dentro del cual debe de cumplirse con la orden establecida en la norma programática imperativa, no puede establecerse una regla de carácter general que sirva para todos los casos y para todos los países. Se resalta la necesidad de congeniar la decisión sobre la oportunidad o el momento, que pertenece a la competencia discrecional del poder constituido y la vigencia de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

IX.6.) QUE OCASIONA LA PÉRDIDA DE EFICACIA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

⁵⁶ Ignacio Villaverde, obra citada, Pág. 17

Esta parte final de la definición propuesta, de inconstitucionalidad por omisión, se refiere a la consecuencia de que todos los elementos anteriormente analizados, que integran su definición, ocasionen la pérdida de eficacia normativa de la disposición constitucional.

No toda inacción, omisión o silencio del legislador en particular o de los poderes constituidos en general, producen ni traen aparejada una situación de inconstitucionalidad. La inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos se transforma en omisión inconstitucional, si altera la fuerza normativa de la Constitución, esto es, si causa la pérdida de su eficacia normativa.

Hay doctrinarios que sostienen que la omisión inconstitucional se refiere exclusivamente a la inacción legisferante que enerva el cumplimiento de los derechos constitucionales prestacionales, consagrados en el denominado Estado Social de Derecho. Para fundamentar esta tesis argumentan que en el Estado Social de Derecho se incorporan en la Carta Suprema derechos de segunda y de tercera generación, que obligan al legislador a no permanecer inactivo frente al *status quo*, con el fin de procurar la plena vigencia de esos derechos que la Constitución establece.

Sin embargo, **sin desconocer que los derechos de segunda y de tercera generación son más susceptibles de ser violados por omisión inconstitucional y que la tendencia finalista del constitucionalismo social está, junto con los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, en el germen de las construcciones teóricas de la omisión inconstitucional, considero que la problemática hay que mirarla globalmente, buscando siempre consagrar la supremacía y eficacia jurídica de la Constitución.**

La regulación de la inconstitucionalidad por omisión, debe buscar remedio a todos los casos en que los poderes constituidos, por su inacción, vulneren las normas constitucionales, ocasionándoles la pérdida de su eficacia normativa, sean éstas relativas o no al estado social de derecho.

Cuando el legislador y mucho más el legislador constituyente expide una norma jurídica, la hace con la firme decisión de que tenga aplicación práctica en la vida de la comunidad. La razón de la existencia del derecho es justamente normar la convivencia social. El derecho vigente en un Estado debe regir para todos quienes lo integran, incluyendo el propio Estado.

El maestro George Jellinek en su importante obra “Teoría General del Estado”, afirma que acompaña a **“todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo” lo que, apunto yo, se traduce en la garantía de la seguridad jurídica.** (Ver pie de Pág. 11) El profesor Kelsen también sostenía que “la validez de una norma coincide con su obligatoriedad y por tanto con su eficacia. Para este autor, la noción de eficacia no reviste interés para el jurista”⁵⁷

Lo que Jellinek y Kelsen nos propone es, en suma, que la validez de una norma jurídica debería coincidir con su eficacia. Y, es justamente la correspondencia entre la validez y la eficacia de una norma jurídica constitucional, la que se rompe con la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

Sabido es que, la teoría de la norma jurídica plantea un triple orden de valoración con respecto a ella: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Estos tres criterios valorativos son absolutamente independientes entre sí, ya que la norma jurídica puede conjugar todas las combinaciones posibles, pues ni la justicia depende de la validez o de la eficacia, ni la validez depende de la eficacia o de la justicia, ni la eficacia depende de la justicia o de la validez.

El problema de la justicia es un tema tratado por la Deontología Jurídica, parte de la Filosofía del Derecho que se ocupa de la Teoría de la Justicia. El tema de la validez es tratado por la Ontología Jurídica y forma parte de los estudios de la Teoría General del Derecho. Y, finalmente, el problema de la eficacia, es un tema fenomenológico del derecho y de él se ocupa la Sociología Jurídica.

La validez de una norma jurídica dice relación a haber sido expedida por el órgano competente, ciñéndose el procedimiento correspondiente a su materia y naturaleza. La eficacia, en cambio, está en función del cumplimiento real de dicha norma jurídica en la sociedad.

Al analizar el tema de la existencia de normas válidas pero ineficaces, refiriéndolas al derecho constitucional, el Profesor Bobbio afirma sentenciosamente: “Sin ir muy lejos, muchos artículos de la Constitución italiana no han sido aplicados hasta hoy. ¿Qué significa la tan a menudo deplorada desaplicación de la Constitución? Significa que nos encontramos ante normas jurídicas que, aún siendo válidas, esto es, existentes como normas, no son eficaces.”⁵⁸ Pues bien, cuando normas

⁵⁷ Paloma Biglino Campos, citada por María del Carmen Blasco Soto en “La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”. José María Bosch, Editor, Barcelona-España 1995, Pág. 88

⁵⁸ Norberto Bobbio. Obra Citada. Pág. 93

constitucionales absolutamente válidas se tornan ineficaces porque los poderes constituidos o funcionarios públicos incumplen con sus preceptos imperativos por inacción, estamos frente al caso de una inconstitucionalidad por omisión.

Una interesante variante en cuanto a la consecuencia de la inacción u omisión legislativa en relación a los mandatos concretos de una norma constitucional, es la que propone el profesor Ignacio Villaverde quien identifica en los silencios del legislador, una faceta normativa, que consiste en las situaciones jurídicas que dicho silencio puede conservar o generar, para concluir en que, “el silencio legislativo se transforma en omisión inconstitucional si de él se deduce una *norma* denominada aquí *norma implícita* que crea o conserva una situación jurídica contraria a la Constitución”⁵⁹, siendo importante destacar que, para este autor “Esa infracción se produce siempre que el silencio suponga la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucional expresa y concluyente de legislar.”⁶⁰

Como consecuencia de la tesis anteriormente referida, según Villaverde, la función del control de los silencios legislativos es la de restablecer la supremacía de la Constitución, expulsando del ordenamiento aquellas consecuencias jurídicas que son contrarias a lo ordenado por la Carta Suprema, esto es, la faceta normativa del silencio, denominada *norma implícita*.

La respetable opinión de Villaverde limita, en mi concepto, buena parte de la casuística de la inconstitucionalidad por omisión, desvinculándola, además, del necesario acatamiento de las normas programáticas imperativas de la Constitución, por parte de los poderes constituidos, ya que la violación constitucional –vía inconstitucionalidad por omisión– sólo existiría en el supuesto de que, de no cumplirla, se generara una norma implícita, que sea contraria a la Constitución. Así, por ejemplo, ¿qué norma implícita genera el hecho de que el Congreso Nacional no haya dictado las normas que configuren el denominado “Estatuto de la oposición”, que según el Art. 117 de la Constitución debe ser establecido por ley? O, ¿Cuál es la norma implícita generada por el hecho de que los Ministros de Estado no presenten anualmente su informe al Congreso e incumplan por omisión el mandato Constitucional?⁶¹

⁵⁹ Ignacio Villaverde. Obra Citada. Pág. 11

⁶⁰ Ignacio Villaverde. Obra Citada. Pág. 11

⁶¹ El libro de Villaverde “La Inconstitucionalidad por omisión”, en la que exponía su tesis de la norma implícita, fue publicado en 1997. Posteriormente varios autores, entre ellos José Julio Fernández Rodríguez en su ya citada obra, publicada en 1998, han disentido con este criterio, considerándolo restringido. Villaverde ha calificado como “tesis obligacionistas” aquellas que derivan la inconstitucionalidad por omisión del incumplimiento de un mandato expreso establecido en la Constitución y replicando dicha postura y las críticas a su concepción de inconstitucionalidad por omisión, manifiesta: “Aunque en rigor la diferencia entre las tesis obligacionistas y la defendida por mí, estriba en el motivo de

Por fin, quiero resaltar que este elemento final de la definición de inconstitucionalidad por omisión, que es **la pérdida de eficacia normativa de la Constitución, es el que me ha llevado a afirmar**, en pasajes anteriores de esta tesis, **la necesidad de regular esta institución, ya que su existencia produce verdaderos fraudes constitucionales, al impedir que se realice la voluntad del constituyente, por la inacción, quiescencia o desidia de los poderes constituidos.**

inconstitucionalidad por omisión. Para los obligacionistas el silencio legislativo respecto de deberes constitucionales de legislar es de suyo contrario a la Constitución pasado o no un tiempo razonable en el que el legislador pudo cumplir con ese deber. Sin embargo, para mí, la inconstitucionalidad por omisión sólo se produce cuando el silencio es la causa de la existencia de una norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.” Ignacio Villaverde “La Inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, ensayo publicado en “En busca de las normas ausentes”, obra coordinada por Miguel Carbonell, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, Pág. 74

X) LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

X.1.) INTRODUCCIÓN

No obstante la importante incidencia que el instituto de la inconstitucionalidad por omisión tiene en el campo del derecho constitucional, son pocos los ordenamientos jurídicos que la han regulado: La ex Yugoslavia, Portugal, Hungría, Brasil (Constitución Federal y además en las constituciones de los estados de Río Grande do Sul; Sao Paulo; Santa Catarina y Río de Janeiro), Argentina (Provincia de Río Negro), Venezuela, Costa Rica (a nivel de Ley de la Jurisdicción Constitucional), México (Estado de Veracruz) y Angola. Sin perjuicio de lo dicho, debo destacar que, en algunos países, aunque el tema no esté específicamente legislado, la jurisprudencia constitucional y la doctrina de los juristas lo han introducido aportando luces a su tratamiento. Tal es el caso de Alemania, Italia, España, Austria y Colombia.

Hay quienes se oponen a la regulación jurídica de la inconstitucionalidad por omisión porque vislumbran en ella una innecesaria y perjudicial interferencia entre las distintas funciones del Estado, sobre todo, si se considera que uno de los remedios podría ser una activa participación de las Cortes, Tribunales y Jueces de la Función Judicial en general y de la jurisdicción constitucional en particular, para superar la mora de la función legislativa o de la función ejecutiva, en su caso.

Otros sostienen que el tema de la inconstitucionalidad por omisión está preñado absolutamente de relatividad, sobretudo en lo que dice relación al tiempo u oportunidad que tienen los poderes constituidos y particularmente el legislativo, para cumplir con el mandato imperativo de la Constitución, cuando ésta no ha fijado un plazo determinado.

Los más, ven un peligro en la intromisión de la política en el tratamiento de los temas constitucionales, olvidando quizás que, como bien lo entendió el maestro Jellinek, existe una separación metodológica pero una unión científica entre derecho y política, pues el derecho público en general y el derecho constitucional, en particular, tienen una innegable relación con la política.

Pero, la razón que más ha contribuido a que un instituto tan importante como el de la inconstitucionalidad por omisión no haya sido mayoritariamente legislado en las constituciones contemporáneas, es la dificultad que sin duda entraña encontrar un remedio que no sea peor que la enfermedad y el escepticismo respecto a la eficacia de su formulación, particularmente con relación a los silencios del legislador u omisiones inconstitucionales absolutas. Este factor ha contribuido, no sólo a la ausencia de normativa constitucional, sino también al casi nulo o muy superficial tratamiento que el tema de la inconstitucionalidad por omisión ha tenido en los libros, tesis y monografías referentes a derecho constitucional.

El profesor Villaverde manifiesta que “George Jellinek o Hans Kelsen son buenos ejemplos del escepticismo que el tema suscita. El primero reconoce que el silencio del legislador es un acto jurídicamente *Unrecht*, aunque el ordenamiento no posea ningún instrumento con el cual obligar al legislador a cumplir con el deber de legislar...Kelsen, por su parte, advierte la imposibilidad práctica de encadenar consecuencias jurídicas a las omisiones legislativas.”⁶²

X.2.) EL CASO DE LA EX REPÚBLICA SOCIALISTA FEDERATIVA DE YUGOSLAVIA

El primer ordenamiento jurídico que constitucionalmente legisló sobre el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, es el de la extinta República Socialista Federativa de Yugoslavia que en su artículo 377 prescribía lo siguiente:

“Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes o de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.”

Esta Constitución, expedida el 21 de febrero de 1974, es producto de un trabajo de reformas a la Constitución ordenado por el Mariscal Tito. Establece un régimen de control de la constitucionalidad de signo kelseniano o concentrado,

⁶² Ignacio Villaverde, obra citada, Págs. 6 y 7. La posición de Kelsen sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa se expresa en los términos siguientes: “Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas.” Cita del libro de Hans Kelsen “Teoría General del Derecho y del Estado”, traducción Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988, Pág. 310.

constituyéndose en el único con este sistema en el ordenamiento constitucional de entre los países del bloque comunista del este europeo.

La novedad que implicaba la formulación del instituto de constitucionalidad por omisión, influyó notablemente para que, dos años después, en 1976, se legislara sobre el tema en la Carta Suprema de Portugal. En el ámbito interno de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, las constituciones de las repúblicas y provincias autónomas incorporaron igualmente en sus textos la inconstitucionalidad por omisión, cuyo tratamiento correspondía a los tribunales constitucionales de cada una de ellas.

Tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales Federal como los tribunales constitucionales de las diferentes repúblicas y provincias autónomas, podían iniciar de oficio, en el ámbito de su competencia, el conocimiento de un caso de inconstitucionalidad por omisión. Sus resoluciones tenían un efecto meramente declarativo e informativo.

De la lectura del texto del artículo 377 de la Constitución yugoslava, se desprende, aún cuando en una forma no muy clara, que la inconstitucionalidad por omisión estaba referida a la inercia legisferante, en cuanto al no-dictado de leyes necesarias para la ejecución de la Constitución, pero incluye, además la omisión en el dictado de otras disposiciones y actos generales federales, con lo cual, al incluir el término “actos”, permitiría la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en la no-ejecución de actos administrativos ordenados por la Constitución, siempre que tengan el carácter de generales.

Según refiere Víctor Bazán, la profesora Regina Quaresma “apunta que el Tribunal de Garantías Constitucionales receptaba también competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos, por lo que –por esa vía y como indica Fernández Rodríguez– podría entenderse complementada pragmática y jurídicamente la labor de mera “recomendación sin coacción jurídica” que pareciera haber otorgado el Tribunal al artículo constitucional 377”⁶³

X.3.) EL CASO DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL

Como ya le he anotado, bajo el influjo de la Constitución yugoslava de 1974, y dentro de un régimen auto calificado de

⁶³ Regina Quaresma “O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática” Citada por Víctor Bazán en Pág. 110 de ensayo titulado “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión del derecho comparado”, publicado en el libro...

revolucionario⁶⁴, se dictó la constitución del 2 de abril de 1976, cuyo artículo 279 dispuso lo siguiente:

“Art. 279: Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes, que las dicten en un plazo razonable.”

El referido artículo 279 era complementado por el artículo 146 literal b) de la misma Constitución, que establecía que el Consejo de la Revolución debía velar por la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, para lo cual el Consejo, podía formular recomendaciones.

Las diferencias de esta disposición con su antecedente yugoslavo radicaban, fundamentalmente, en que mientras en Yugoslavia el órgano competente para conocer la omisión era el Tribunal de Garantías Constitucionales, en Portugal, tal atribución la tenía el Consejo de la Revolución; mientras el Tribunal de Garantías Constitucionales yugoslavo se limitaba a informar a la Asamblea de la RSFY, el Consejo de la Revolución recomendaba a los órganos legislativos competentes que las dicten dentro de un plazo razonable; mientras en la Constitución yugoslava se daba paso a la constatación de la inconstitucionalidad por omisión de actos generales federales, la Constitución portuguesa limitaba categóricamente el alcance a omisiones legislativas, pero con la particularidad de que no se refería sólo al incumplimiento de los mandatos concretos de legislar, sino, además, a la ausencia de desarrollo de las normas constitucionales que acojan mandatos finalistas abstractos.

La inicial formulación constitucional del instituto en estudio en la Carta Suprema portuguesa varió significativamente con las reformas introducidas en la Constitución y promulgadas en el año de 1982. En virtud de dichas reformas, el anterior artículo 279 pasó a ser 283, el mismo que en sus números 1 y 2 dispone lo siguiente:

“Art. 283: 1) A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no-cumplimiento de la Constitución por Omisión de

⁶⁴ Víctor Basan afirma: “Refuerza esta idea la coincidencia del sesgo ideológico de ambos cuerpos normativos constitucionales (el ex yugoslavo y el portugués) De hecho, se ha afirmado que, en Portugal, la constitucionalización de una ideología socialista fue consecuencia de la “Revolución incruenta” de 1974, tanto que el texto de 1976 fue definido por Sánchez Agesta como “de transición hacia un régimen socialista”; así, por ejemplo en su artículo 2º se estableció como objetivo “asegurar la transición hacia el socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras”. Víctor Bazán, obra cita supra Pág. 112.

las medidas legislativas necesarias para volver aplicables las normas constitucionales. 2) Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.”

Las más notables diferencias introducidas a la Constitución de Portugal en 1982, respecto a la inconstitucionalidad por omisión, son las siguientes:

1. El órgano competente.- En la Constitución de 1976 era el Consejo de la Revolución; con la reforma pasa a ser el Tribunal Constitucional;
2. La legitimación activa.- Mientras según la Constitución de 1976, el órgano controlador actuaba de oficio, la reforma de 1982 sólo pueden accionar para iniciar un proceso de inconstitucionalidad por omisión, el Presidente de la República, el Proveedor de Justicia, y, en ciertos casos, los Presidentes de las Asambleas Regionales;
3. Efectos de la Resolución.- El artículo 279 de la Constitución de 1976 establece una resolución más precisa, pues preveía una recomendación a los órganos legislativos competentes para que dicten la norma en un “plazo razonable”, en tanto que el artículo 283, limita la resolución a poner en conocimiento de la falta al órgano legislativo competente. Pero en cambio, mientras el anterior Art. 279 establecía una facultad del Consejo de la Revolución para recomendar el dictado de la norma omitida, el artículo 282 señala una obligación del Tribunal Constitucional para poner en conocimiento del órgano legislativo competente, la omisión inconstitucional.

Según mi concepto, las dos principales fallas de la disposición vigente en la Constitución de Portugal, estriban en haber limitado el alcance del instituto exclusivamente a la omisión legislativa y en no haber introducido ninguna disposición que le dé carácter vinculante a la resolución adoptada por el tribunal constitucional, declarando la inconstitucionalidad por omisión. La utilización práctica del instituto de la inconstitucionalidad por omisión en Portugal ha sido escasa. Mientras estuvo vigente el Art. 279 (años 1976 a 1982), sólo en dos oportunidades el Consejo de la Revolución utilizó la competencia constitucional, mediante las resoluciones números 105 y 56, de Mayo de 1977 y abril de 1978, respectivamente.

Con la formulación constitucional vigente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre demandas por omisión inconstitucional principalmente sobre los siguientes temas:

enseñanza de religión y moral católica en las escuelas públicas (acuerdo # 423, 26/XI/1987); habeas data (acuerdo # 182, 2/III/1989); delitos de responsabilidad de titulares de cargos públicos (acuerdo # 276, 28/II/1989); reglamentación de consultas populares (acuerdo # 36 del 14/II/1990), en este último caso desestimó la acción porque ya existían en trámite diversos proyectos de ley sobre este tema.

En los años posteriores se ha incrementado relativamente el conocimiento de casos de inconstitucionalidad por omisión, así por ejemplo en 1997 se plantearon seis demandas de las cuales sólo una tuvo pronunciamiento favorable, según reporta Nunes de Almeida en su obra “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual”⁶⁵

Víctor Bazán refiere que algunos sectores de Portugal han propuesto la eliminación de esta institución en el texto de la Constitución, pretensión que ha sido refutada por el maestro Gómez Canotillo, al afirmar que debía mantenerse “no para deslegitimar gobiernos y asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida.”⁶⁶

X.4.) EL CASO DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

X.4.1.) LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL BRASILEÑA.

En la República Federativa de Brasil rige en la actualidad un sistema de control constitucional que podríamos calificar de ecléctico, pues presenta elementos propios del método difuso, incidental o norteamericano en tanto que el control de la constitucionalidad puede ser realizado por todos los órganos judiciales en el ámbito de sus correspondientes competencias; y del sistema concentrado, europeo o kelseniano, en tanto que el control directo y abstracto, con efecto erga homines, está otorgado al Supremo Tribunal Federal y al Superior Tribunal de Justicia, en el ámbito de la Federación y de los estados miembros de la Federación, respectivamente.

La Constitución de la República Federativa de Brasil, expedida el 5 de octubre de 1988, en su artículo 103, establece la legitimación activa para proponer la acción de inconstitucionalidad y en su ordinal segundo, regula la inconstitucionalidad por omisión en los términos siguientes:

⁶⁵ Luis Nunes de Almeida, obra citada, Editorial Aza, Barcelona, 1998, Pág. 222.

⁶⁶ Víctor Bazán, obra citada Pág. 115.

Art. 103.- Pueden interponer la acción de inconstitucionalidad:

- I. el Presidente de la República;*
- II. la Mesa del Senado Federal;*
- III. la Mesa de la Cámara de los Diputados*
- IV. la Mesa de la Asamblea Legislativa;*
- V. el Gobernador del Estado;*
- VI. el Procurador General de la República;*
- VII. el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil;*
- VIII. los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;*
- IX. las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.*

...

2da. Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma Constitucional, se comunicará al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días.

Según el Art. 102 de la Constitución, el órgano competente para conocer los casos de inconstitucionalidad por omisión, es el Supremo Tribunal Federal. La legitimación activa para incoar el proceso está dada por los órganos y personas determinados en la primera parte del artículo 103.

Un aspecto sumamente importante en la formulación brasilera es el hecho de que **no restringe las soluciones inconstitucionales exclusivamente a las omisiones legislativas.** Tal situación se desprende claramente de la redacción del artículo 103 en su ordinal segundo, al referirse a la inconstitucionalidad por omisión proveniente de un órgano administrativo. **En mi concepto, este es el alcance correcto del instituto en estudio ya que, debe referirse a todos los casos en que se produzca la pérdida de eficacia normativa de la Constitución, sin limitarlos sólo a la inactividad legisferante.**

La utilización de la frase “*omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional*” refuerza la posición del constituyente brasilero en el sentido de no vincular la inconstitucionalidad por omisión exclusivamente a la actividad legislativa.

Es importante destacar que al influjo de la norma sobre inconstitucionalidad por omisión, constante en la Constitución de la República Federal de Brasil, algunos de los estados miembros de la Federación han recogido el instituto en sus constituciones estatales, como se aprecia en las constituciones de los estados de Río Grande do Sul (Art. 95, inciso XII, letra d), Sao Paulo (Art. 74, inciso VI y 90.4), Santa Catarina (Art.85, 3) y Río de Janeiro (Art. 162, 2).

De las cuatro normativas constitucionales de estados brasileros, dos de ellas, las de Río Grande de Sul y Sao Paulo, legislan la inconstitucionalidad por omisión con un alcance restringido sólo a la omisión legislativa; las otras dos constituciones, de Santa Catarina y Río de Janeiro, norman al instituto en un sentido amplio, por lo que no sólo el legislativo puede incurrir en la violación de su texto por omisión.⁶⁷

Así como la formulación constitucional del instituto de la omisión inconstitucional de Portugal sufrió el influjo de la Constitución yugoslava, la formulación brasilera recibe el influjo del ordenamiento portugués, aunque es preciso reconocer la existencia de destacadas diferencias entre una y otra normativa.

X.4.2.) DIFERENCIAS ENTRE LA NORMATIVA PORTUGUESA Y BRASILEÑA SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Las diferencias entre la normativa portuguesa y la brasilera sobre la inconstitucionalidad por omisión las podemos establecer sobre la base de cuatro parámetros:

1. En cuanto al órgano competente.-

Mientras que en Portugal es un órgano ad hoc, creado específicamente para conocer las acciones de inconstitucionalidad, como es el Tribunal Constitucional, en Brasil, el competente es el máximo organismo de la Función Judicial, denominado Supremo Tribunal Federal, cuyas atribuciones están señaladas en el Art. 102 de la Constitución brasilera, siendo la principal de ellas,

⁶⁷ Para mayores referencias sobre estas constituciones, ver ensayo de Víctor Bazán titulado “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión del Derecho Comparado”, publicado en libro “En busca de las normas ausentes. Ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión”, editado por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2003, Pág. 135 a 140.

la garantía de la Constitución, según lo estipula el inciso primero del referido artículo.

2. En cuanto al alcance u objeto de la inconstitucionalidad por omisión.-

Con respecto a este tema, se establece la diferencia más significativa entre la normativa constitucional portuguesa y brasilera pues, la Constitución de Portugal se alinea en la tesis de quienes conciben la inconstitucionalidad por omisión en una forma restringida, limitándola sólo a la “omisión de las medidas legislativas necesarias para volver aplicables las normas constitucionales”, en tanto que la Carta Suprema de Brasil es clara exponente de quienes conciben la inconstitucionalidad por omisión en una forma amplia, sin restringir su alcance exclusivamente a las omisiones legislativas. Tal particularidad de la Constitución de Brasil se establece en el ordinal segundo del artículo 103, tanto al referirse a la omisión de una “medida” destinada a dar efectividad a una norma constitucional –término que supera el restringido concepto de omisión legislativa-, cuanto al referirse al caso de que el moroso en el mandato constitucional sea un “órgano administrativo”, a quien se requiere para que cumpla con adoptar la medida dentro de un plazo de 30 días.

3. En cuanto a la legitimación procesal activa.-

La diferencia estriba en que la Constitución portuguesa restringe la potestad de incoar la acción de inconstitucionalidad omisiva al Presidente de la República, al Proveedor de Justicia (Defensor del Pueblo en el derecho constitucional ecuatoriano) y, para ciertos casos específicos, a los Presidentes de las Asambleas Regionales. La Constitución brasilera, en cambio, amplía la legitimación activa a las autoridades y órganos establecidos en el artículo 102 que son: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de los Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, y las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

4. En cuanto a la naturaleza y efecto de la resolución.-

Tratándose de omisiones inconstitucionales en materia legislativa, única forma de omisión que legisla la Constitución de Portugal, prácticamente no existe diferencia entre las constituciones de Brasil y Portugal: las resoluciones son simplemente declarativas. La distinción surge cuando la omisión viene de un órgano administrativo, puesto que entonces el Supremo Tribunal Federal brasileiro le concede el plazo de 30 días para que adopte las providencias necesarias a fin de subsanar la omisión calificada como inconstitucional, razón por la cual, la resolución adopta el carácter de una verdadera orden judicial, con todos los efectos que ésta trae aparejados. Roque Antonio Carrasa califica dicha resolución como de “eficacia mandamental media”⁶⁸, infiriéndose la posibilidad de acudir a la normativa penal para sancionar los casos de desobediencia a la orden emanada de una autoridad legítima o de prevaricato por actuar contra norma expresa.

X.4.3.) DIFERENCIAS ENTRE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y EL MANDADO DE INJUNÇÃO

Una de las más importantes innovaciones del derecho constitucional brasileiro en defensa de los derechos fundamentales es la formulación en la Constitución vigente, del denominado “*mandado de injunção*”.

Procedente del *writ of injunction* del Common Law británico, el “*mandado de injunção*” se constituye como un auténtico recurso de carencia que permite acudir a la protección judicial cuando los derechos o libertades fundamentales constitucionalmente consagrados no pueden ser ejercitados debido a la carencia de normas ordinarias.

Hay autores, como José Julio Fernández⁶⁹, que sostienen que el antecedente del *mandado de injunção*, mas bien se encuentra en el *writ of mandamus* por lo que el constituyente brasileiro habría incurrido en un

⁶⁸ Carrasa “Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión y Mandado de injunção” citado por José Julio Fernández Rodríguez, obra citada. Pág. 287

⁶⁹ José Julio Fernández Rodríguez, obra citada, Pág. 291

error terminológico al denominar esta institución con antecedentes en el derecho inglés.

El mandato de injunção se encuentra regulado en sus aspectos sustantivo y procesal, en varios artículos de la Constitución brasilera. Así, por ejemplo, en su aspecto sustantivo, encuentra su formulación en el apartado LXXI del Art. 5 que manifiesta lo siguiente:

“Art. 5: Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna 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 propiedad, 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.”

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

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

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

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

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

I.- Procesar y juzgar originariamente: ...

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

Algunos doctrinarios brasileiros sostienen que el *mandado de injunção* viene a constituirse en una acción de inconstitucionalidad por omisión subsidiaria, por lo que he considerado procedente establecer algunas diferencias entre los dos institutos mencionados, valiéndome para el efecto, de los cuatro aspectos referentes que he utilizado para diferenciar la inconstitucionalidad por omisión entre diferentes países:

X.4.3.1.) En cuanto a la competencia:

Mientras la inconstitucionalidad por omisión, según la Carta Suprema Federal de Brasil es competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal, la competencia para tramitar el *mandado de injunção* está otorgada a diferentes tribunales tales como, el Supremo Tribunal Federal en los casos contemplados en el artículo 102 1.q.; al Superior Tribunal de Justicia, en los casos del artículo 105.1.h.; e, inclusive, para determinados casos de fuero especial, a los órganos de la Justicia Militar, Electoral, del Trabajo y Federal.

X.4.3.2.) En cuanto al alcance:

La acción de inconstitucionalidad por omisión busca garantizar la supremacía de la Constitución frente a la pérdida de eficacia por falta de norma reglamentaria, estableciendo una modalidad de fiscalización abstracta. Por su parte, el *mandado de injunção* implica una modalidad de fiscalización concreta, que procura la satisfacción de derechos particulares, principalmente del derecho de libertad, enervado por la existencia de una norma reglamentaria.

X.4.3.3.) En cuanto a la legitimación activa:

Sobre la legitimación activa, mientras la Constitución establece taxativamente en el artículo 103 las autoridades, órganos e instituciones que pueden incoar la inconstitucionalidad por omisión, en el

caso del *mandado de injunção* la legitimación activa es amplísima y corresponde a todo habitante de Brasil, nacional o extranjero, incluso a las personas jurídicas, imposibilitados de ejercitar un derecho o libertad constitucional por falta de norma reglamentaria.

X.4.3.4.) En cuanto a la naturaleza y efectos de la resolución o sentencia

La acción de inconstitucionalidad por omisión tiene efectos erga homines, pues se trata de una fiscalización abstracta. Adicionalmente, el Supremo Tribunal Federal no sustituye al órgano remiso en la formulación de la norma. En el *mandado de injunção*, la fiscalización es concreta, sus efectos son ínter partes, estando facultado el Tribunal para emitir las medidas correctivas necesarias en orden a facilitar el ejercicio del derecho.

X.5.) EL CASO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO EN ARGENTINA

La República Federal de Argentina tiene en la Constitución de su Provincia de Río Negro, expedida el 3 de junio de 1988, el caso de la legislación constitucional que, en una forma más determinante y resolutive, ha tratado el instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

El artículo 207, inciso segundo, literal d) de la Constitución de Río Negro, establece entre las competencias del Superior Tribunal de Justicia provincial, lo siguiente:

“Art. 207: El Superior Tribunal ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos...d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los Municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado, conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.”

El profesor Néstor Pedro Sagües establece el origen de esta norma constitucional en una serie de disertaciones y debates efectuados en 1988, con motivo de la reforma constitucional de la provincia de Río Negro y en las que se introdujo el novedoso tema de la inconstitucionalidad por omisión. En la Convención Constituyente se planteó el tema y, superando los escrúpulos relativos fundamentalmente de la invasión del poder judicial en la esfera legislativa, afirma Sagües, “predominó la idea de realizar, por medio de la Constitución, una verdadera lección de Estado de Derecho... Ello implicaba abandonar la tesis de la mora legislativa como cuestión política no justiciable o reservada (precisamente) al autor de la mora. De todos modos, la fórmula utilizada, no obstante el coraje jurídico que evidencia, lo hace en términos de cautela y de respeto al principio de división de los poderes, aunque dando predominio, en definitiva, al principio de supremacía constitucional.”⁷⁰

Analizaremos las características con que es tratado el tema en la Constitución de Río Negro, destacando sus aspectos más singulares:

1. Competencia.-

El órgano competente es exclusivamente el Superior Tribunal de Justicia. Se trata, en consecuencia, de un control concentrado de la constitucionalidad.

2. Alcance.-

La concepción de la inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro es restringida, pues se refiere taxativamente al incumplimiento en el dictado de una norma, es decir, omisión legisferante. No sólo ello sino que, además, precisa que esa omisión debe referirse al dictado de una norma que la Constitución impone como “un deber concreto” descartando así que la inconstitucionalidad por omisión pueda producirse en el incumplimiento de normas constitucionales que establezcan mandatos constitucionales abstractos, esto es, que no determinen con precisión la acción a tomar, dejándola a la discrecionalidad de los poderes constituidos.

La expresión “un deber concreto” nos introduce también a la distinción de normas programáticas optativas y normas programáticas de cumplimiento obligatorio, siendo las primeras aquellas que confieren una facultad o permiso al legislador o a la autoridad pública para que la ejerza según

⁷⁰ Néstor Pedro Sagües. “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro.” Ensayo publicado en el libro *Inconstitucionalidad por Omisión* coordinado por Víctor Basàn, citado anteriormente, Pág. 110.

su criterio, en tanto que las segundas imponen una obligación de hacer que debe ser cumplida. La Constitución de la provincia de Río Negro, se refiere al incumplimiento de normas constitucionales programáticas imperativas.

Dentro de este tema, hay que destacar también que la acción de inconstitucionalidad puede ser propuesta, según explícitamente lo señala el texto constitucional, por el incumplimiento del dictado de una norma que afecte un “derecho individual o colectivo”, englobando así, la más amplia gama de derechos constitucionales.

3. Legitimación activa.-

Según se desprende del propio texto de la norma constitucional de la provincia de Río Negro, la legitimación activa para incoar una acción de inconstitucionalidad por omisión, corresponde a “quien se sienta afectado en su derecho individual y colectivo”. Sagües hace anotar que la expresión de “afectado” es más amplia que la de “titular” de un derecho, lo que además, está en consonancia con la posibilidad que el derecho afectado sea de carácter colectivo o difuso, en donde el afectado puede no ser jurídicamente el titular.

4. Naturaleza y efectos de la sentencia.-

Es en este aspecto que, la formulación del instituto en estudio, en la Constitución de Río Negro, adquiere matices singulares, constituyéndose en la más avanzada de entre todas las normativas constitucionales vigentes que tratan la inconstitucionalidad por omisión.

La sentencia que expide el Superior Tribunal de Justicia, no es solamente declarativa, como en los ya estudiados casos de Yugoslavia y Portugal, sino que, en un primer nivel de solución de los tres que contempla la norma constitucional, adopta un matiz parecido al del caso brasilero de inconstitucionalidad por omisión de un órgano administrativo, con la diferencia de que, mientras la Constitución de Brasil se refiere a un órgano administrativo y le otorga un plazo de 30 días para que supere la omisión inconstitucional, en el texto de la Constitución de la provincia de Río Negro, la referencia es a un ente con capacidad legisferante, al cual el Superior Tribunal de Justicia le fija el plazo para que subsane la omisión.

En el segundo nivel de las posibilidades de solución que consagra la Constitución de la Provincia de Río Negro, si el

órgano moroso –estado provincial o municipios- incumple con dictar la norma inconstitucionalmente omitida, el Superior Tribunal de Justicia “integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, adquiriendo la *sentencia*, el carácter de *integradora del derecho*.”

El tercer nivel contemplado en la Constitución de la Provincia de Río Negro, implica que han fallado las otras dos soluciones, esto es, ni el órgano intimado cumplió con dictar la norma inconstitucionalmente omitida dentro del plazo señalado, ni el Superior Tribunal de Justicia pudo integrar el orden normativo omitido. Frente a estos supuestos, el Superior Tribunal de Justicia “determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.” Este tercer nivel de solución es único en el derecho constitucional comparado y si bien, no soluciona la inconstitucionalidad por omisión, al menos permite la indemnización del afectado por el injustificado incumplimiento por parte de los poderes constituidos del mandato imperativo del constituyente.

Vale la pena acotar algunos aspectos relativos al segundo y tercer nivel de solución comentados.

En el caso que el Superior Tribunal de Justicia se vea abocado a integrar el orden normativo faltante, queda claro que su validez y eficacia están limitadas al caso concreto a cuya resolución se vio abocado el Tribunal. Por otro lado, siguiendo la Teoría General del Derecho, los procedimientos de integración de la norma jurídica faltante debido a la inconstitucionalidad por omisión, serán extraídos de los siguientes parámetros: la defensa de los valores jurídicos consagrados en la Constitución, la analogía, los principios generales del Derecho, la *opinio juris* y el derecho comparado.

El activismo judicial que demanda la aplicación de la norma de la Constitución de la Provincia de Río Negro, en la integración normativa faltante, ha valorado más la defensa de los derechos humanos, los principios de la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, que las probables críticas y eventuales protestas que pudieran surgir de quienes sientan o proclamen amenazado el esquema de división de funciones, sin importarles que en aras de él, se sacrifique la fe de la comunidad en la vigencia de las normas constitucionales.

El tercer nivel de solución comentado, es posible que se dé en todos aquellos casos en que exista una imposibilidad fáctica

de llenar el vacío dejado por la inconstitucionalidad por omisión, como ocurriría con las denominadas normas constitucionales de estructura que encarguen al órgano legislativo ponerlas en funcionamiento, a través de la ley. En este supuesto, es evidente que el Superior Tribunal de Justicia estaría imposibilitado de crear toda una estructura burocrática, con el exclusivo objeto de resolver el caso planteado.

X.6.) EL CASO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La más nueva de las constituciones americanas es también la primera Carta Suprema de Venezuela que consagra en su texto la inconstitucionalidad por omisión. Expedida en Caracas el 16 de noviembre de 1999, consagra en su artículo 336 número 7, lo siguiente:

“Art. 336. - Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ... 7) Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o de la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.”

La importancia de que por sí tiene el hecho de haber regulado la inconstitucionalidad por omisión, se ve incrementada en el caso venezolano por la circunstancia de que casi todas las disposiciones transitorias, de las dieciocho que tiene la referida Constitución, establecen la obligación de los órganos legisferente del Estado Federal de Venezuela, particularmente de la Asamblea Nacional y los Consejos Legislativos Estatales y Municipales, de dictar una gran cantidad de leyes orgánicas, ordinarias y reformas legales, para hacer realidad los preceptos constitucionales, estableciendo además, en la mayoría de los casos, plazos específicos para su expedición.

Como producto del hecho anteriormente anotado, varias e interesantes demandas de inconstitucionalidad por omisión han sido planteadas en los últimos tres años, como aquella que el 17 de octubre del 2001 propusieron los abogados Alfonso Albornoz Miño y Gloria de Vicentini, por la omisión de la Asamblea Nacional en haber dictado las leyes establecidas en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Constitución, la primera de las cuales ordenaba aprobar dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación, una reforma parcial al Código Penal, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y una Ley Especial para dos municipios del Estado de Apure; y, la

segunda, dispone que la Asamblea Nacional aprobará, dentro del primer año a partir de su instalación, una legislación sobre la sanción a la tortura; una Ley Orgánica sobre Refugiados y Asilados; una Reforma a la Ley Orgánica de Trabajo en materia de prestaciones sociales; una Ley Orgánica Procesal del Trabajo; Legislación sobre el Sistema Judicial, la Administración Pública Nacional, el Poder Ciudadano, el Poder Electoral, Régimen Tributario, Régimen Presupuestario, de Crédito Público; una Ley sobre Defensa Pública; una Ley que desarrolle la Hacienda Pública Estatal; una Ley sobre Régimen Municipal; una Ley del Banco Central de Venezuela; una Ley de Cuerpo de Policía Nacional. De las referidas leyes, sólo dos de ellas: la del Banco Central de Venezuela y la Ley Orgánica de Refugiados y Refugiadas, Asilados y Asiladas, han sido aprobadas dentro de los plazos específicos establecidos en la Constitución.

Los accionantes anteriormente referidos, solicitaron a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, “A) declare la inconstitucionalidad por omisión, por no haber aprobado la Asamblea Nacional, el ordenamiento jurídico especialmente señalado en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Constitución. B) Un plazo perentorio para que la Asamblea Nacional cumpla íntegramente la aprobación del ordenamiento jurídico pautado en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la República Bolivariana de Venezuela.”

Otro interesante caso es el planteado por la Asociación Civil Ciudadanía Activa, que accionó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en que ha incurrido la Asamblea Nacional, al no dictar dentro del plazo establecido en la disposición transitoria cuarta numeral cinco, la Ley Orgánica del Poder Electoral, solicitando además, que se le otorgue el plazo de 30 días para la expedición de la referida ley.

Los casos anteriormente mencionados fueron aceptados al trámite por la Sala Constitucional, la que ordenó que se notifique por oficio al Presidente de la Asamblea Nacional y que se emplace a todo interesado, mediante cartel y publicación en los medios impresos de mayor circulación, que se notifique al Fiscal General de la Nación, al Procurador General y al Defensor del Pueblo. Además, se concedió un término de 60 días, contados a partir de la última notificación o publicación, para que las partes presenten alegatos y pruebas que estimasen convenientes, concluido el cual, la Sala adoptará su resolución.

Analicemos cómo funciona el instituto en estudio en la Constitución Venezolana:

1. Órgano competente.-

El numeral 7 del artículo 336 de la Constitución, atribuye directa e inequívocamente la competencia para el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

2. Alcance.-

La Constitución venezolana se refiere a omisiones inconstitucionales del órgano legislativo nacional, estatal o municipal, el mismo que incurrirá en inconstitucionalidad por omisión al no adecuar su conducta, total o parcialmente, al cumplimiento de su obligación de dictar una norma o adoptar las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta.

3. Legitimación Activa

La Constitución venezolana no determina en forma expresa la legitimación activa para la interposición de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, según providencia dictada en Caracas el 9 de julio del 2002, por la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de la causa seguida por los abogados Alfonso Albornoz Miño y Gloria de Vicentini, referida en párrafos anteriores, “ha sido criterio de la extinta Corte Suprema de Justicia en pleno, acogido por esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad, no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar por lo que, cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla. La acción de inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, atendiendo a lo cual considera esta Sala, que en el presente caso debe aplicarse el criterio antes referido, y así se declara.”

Cabe, eso sí, anotar, sin perjuicio de la jurisprudencia anteriormente transcrita que el artículo 281 numeral 3 de la Constitución, atribuye expresamente al Defensor del Pueblo, la facultad para “interponer las acciones de inconstitucionalidad...”

4. Naturaleza y Efectos de la Sentencia.

De acuerdo con la norma constitucional, la sentencia va más allá del simple efecto declarativo de la inconstitucionalidad por omisión, total o parcial, para tornarse en imperativa, pues se faculta a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que establezca un plazo dentro del cual se debe corregir la inconstitucionalidad declarada, sin perjuicio de que el juzgador, “de ser necesario”, pueda establecer “los lineamientos de su corrección”.

X.7.) LOS CASOS DE COSTA RICA, HUNGRÍA, MÉXICO Y ANGOLA

X.7.1.) COSTA RICA

En Costa Rica, la inconstitucionalidad por omisión no está consagrada en su Constitución, lo que no ha impedido que este instituto sea regulado en la Ley de La Jurisdicción Constitucional del 18 de octubre de 1989, cuyo artículo 73 en sus literales a), b) y f) establece:

“Art. 73: Cabrá acción de inconstitucionalidad:

- a)** Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privado, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.*
- b)** Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de habeas corpus o de amparo...*
- f)** Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.”*

La Constitución que actualmente rige en Costa Rica, entró en vigencia el 8 de noviembre de 1949 y, en lo relativo a la jurisdicción constitucional, es relevante la reforma constitucional 7.128 del 18 de agosto de 1989 (Gaceta Judicial NO. 166 del 1 de septiembre de 1989) que crea una Sala de lo Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia, con funciones de Tribunal Constitucional, norma que está contenida en el artículo 10 de la Constitución, en concordancia con el Art. 4 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

Por la reforma constitucional de agosto de 1989, el Art. 10 de la Constitución de 1949 quedó redactado de la forma siguiente:

“Art. 10: Corresponderá a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público...”

Por su lado, el Art. 4 de la Ley de Jurisdicción Constitucional señala que *“la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, establecida en el Art. 10 de la Constitución Política.”*

1. Órgano Competente.-

El órgano competente, para conocer el instituto en estudio es la Sala Especializada en lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

2. Alcance.-

En cuanto a su alcance, la Ley de la Jurisdicción de lo Constitucional, establece un carácter amplio al instituto, pues abarca tanto las omisiones legislativas como las omisiones administrativas. Según José Julio Fernández Rodríguez, “Este carácter amplio de la omisión vulneradora de la Carta Magna, ocasiona importantes problemas a la hora de caracterizarla y establecer sus efectos.”⁷¹

3. Legitimación Activa.-

Al no existir una norma especial en referencia a la legitimación activa, se aplica la regla general contenida en el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional la misma que determina que, salvo el caso de que la acción sea planteada por el Contralor General de la República, el Procurador General, el Fiscal General y el Defensor de los Habitantes, para que cualquier otra persona interponga acción de inconstitucionalidad, es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de habeas corpus o de amparo, o que exista un procedimiento por agotar en la vía administrativa, en el cual se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o el interés que se considera lesionado. Este requisito no se aplica en los casos en que no exista acción individual o directa o de la defensa de intereses difusos.

⁷¹ José Julio Fernández Rodríguez, obra citada Pág. 301

X.7.2.) HUNGRÍA

La República Popular de Hungría fue establecida el 20 de agosto de 1949, fecha en la cual se adoptó la Constitución, cuyo texto modificado a la fecha, establece un Tribunal Constitucional cuya organización y funcionamiento según lo dispone el Art. 32-A de la referida Constitución, debería normarse a través de una Ley aprobada por el Parlamento.

El 19 de octubre de 1989, se expidió la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que entró en vigencia el 1 de enero de 1990. El Art. 1 de la referida ley, establece lo siguiente:

“Art. 1. La competencia del Tribunal Constitucional incluye: ... e) La supresión de las omisiones inconstitucionales.”

El capítulo IV de la Ley Orgánica de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Hungría, establece los procedimientos que se deben seguir en los procesos que en él se ventilan. Dentro de ese capítulo se encuentra el Art. 49 que dispone lo siguiente:

“Art. 49.

1. Si el Tribunal Constitucional establece de oficio o por petición de cualquier persona que un órgano legislativo ha fallado en satisfacer sus tareas legislativas concernientes a su autoridad legisladora, de modo tal que produce una inconstitucionalidad, se le ordena al órgano que ha incurrido en dicha omisión, fijando una fecha límite, que satisfaga su labor.

2. El órgano que incurre en la omisión deberá satisfacer a cabalidad su tarea antes de la fecha límite.”

De las normas transcritas se infiere que en Hungría, la competencia para conocer la inconstitucionalidad por omisión la tiene el Tribunal Constitucional; que su alcance está restringido a las omisiones legislativas, que pueden originarse en preceptos no necesariamente constitucionales, razón por la cual se desfigura el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el sentido en que hemos venido analizando.

En cuanto a la legitimación activa, el procedimiento puede ser incoado por el propio Tribunal, de oficio o a iniciativa de cualquier persona; la naturaleza de la resolución es declarativa puesto que, aunque ordena al órgano legislativo a que cumpla con su deber en el plazo que señale, no establece lo que debe hacerse en caso de un posible incumplimiento del órgano requerido.

Es preciso señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ampliado la aplicación de la inconstitucionalidad por omisión a situaciones que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no contempló. Ejemplo de ello son las sentencias no. 37-1992 y 22-1995 por las cuales el Tribunal Constitucional estableció que, las omisiones inconstitucionales también podían ser demandadas en aquellos casos que, aún que no exista un mandato constitucional para dictar una determinada ley, la omisión legislativa en dictarla impida que se garanticen eficazmente derechos fundamentales consagrados en la Carta Suprema.

X.7.3.) ANGOLA

De una forma incipiente, la República Africana de Angola ha regulado también la inconstitucionalidad por omisión, en su Constitución del 11 de noviembre de 1975, reformada en 1991 y 1992.

En la referida Carta Suprema se establece un Tribunal Constitucional y, sin definir en qué consiste, en su artículo 156 se regula la omisión inconstitucional, otorgándole al Presidente de la República, al Fiscal General y a una quinta parte de los diputados, la legitimación activa para incoar el proceso.

La Resolución del Tribunal Constitucional es meramente informativa al órgano legislativo competente.

X.7.4.) MÉXICO

La Constitución de los Estados Unidos de México no regula la inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, tratándose de un Estado Federal, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, expedida el 25 de septiembre de 1917 y que experimentó importantes

reformas a través de la ley no. 53 del 3 de febrero del año 2000. Esta Constitución reformada regula en su capítulo IV, sección primera, lo concerniente al control constitucional y, en su artículo 64 establece la existencia de una Sala Constitucional dentro del Tribunal Superior de Justicia, la misma que debe sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las *acciones por omisión legislativa* y formular los proyectos de resolución definitiva que deberán someterse al pleno del Tribunal Superior de Justicia.

A su vez, el Art. 65 de la Constitución Veracruzana, asigna al Tribunal Superior de Justicia en pleno, la competencia para conocer una serie de asuntos constitucionales y, entre ellos, el control de las omisiones legislativas.

“Art. 65.- El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de los asuntos siguientes:...

III De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga:

a) El Gobernador del Estado; o,

b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

La omisión legislativa surtirá sus efectos partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos e sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiese la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.”

De lo expuesto, se aprecia claramente que el **Tribunal competente** para sustanciar la inconstitucionalidad por omisión es la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia pero, es el tribunal en pleno el que resuelve; que el **alcance de la norma**, es referido exclusivamente a la omisión legislativa; que la **legitimación activa** la tienen el Gobernador del Estado y cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos y que los **efectos de la resolución** van más allá de la

simple declaración, señalando el plazo en que debe subsanarse la omisión e incluso concediéndole atribuciones al Tribunal Superior de Justicia para que, en caso de no acatarse la orden de superar la omisión, proceda a dictar las bases provisionales para hacer efectiva la norma constitucional, hasta que se expida la ley o decreto omitido.

X.8) CUADRO COMPARATIVO DE LA INCOSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

PAÍSES	YUGOSLAVIA	PORTUGAL	BRASIL	ARGENTINA Provincia de Río Negro	VENEZUELA
CONSTITUCIÓN	21/02/74: Art. 337	2/04/74.Art.279. Reformado 82.Art.283#1	5/10/1988. Art. 103	Art. 207 inciso 2do.Apartado d	16/11/99.Art. 336#7
TEXTO	Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes o de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.”	“1) A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no-cumplimiento de la Constitución por Omisión de las medidas legislativas necesarias para volver aplicables las normas constitucionales. 2) Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente	Pueden interponer la acción de inconstitucionalidad: ... 2º declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en 30 días.	El Superior Tribunal ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos...d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los Municipios, la demanda puede ser ejercida – exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado, conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.”	Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ... 7) Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o de la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

PAÍSES	YUGOSLAVIA	PORTUGAL	BRASIL	ARGENTINA Provincia de Río Negro	VENEZUELA
COMPETENCIA	Tribunal de Garantías Constitucionales	Tribunal Constitucional	Supremo Tribunal Constitucional	Superior Tribunal de Justicia	Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
ALCANCE	Carencia de dictado de normas de ejecución necesarias para la eficacia de la Constitución, leyes federales y otras disposiciones y actos generales federales.	Omisión de medidas legislativas necesarias para volver aplicables las normas constitucionales	Omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional. No se limita a la inercia del legislador y se extiende a la inacción de cualquiera de los órganos designados por la Constitución para la práctica de actos de toda naturaleza.	Incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los Municipios. El Art. 14 de la misma Constitución establece la operatividad directa de los derechos y garantías reconocidos implícita o explícitamente.	Omisiones del legislador o de la legisladora nacional, estatal o municipal en dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado de forma incompleta
LEGITIMACIÓN ACTIVA	Amplia legitimación activa, incluyendo posibilidad de iniciar exoficio el proceso de control de la constitucionalidad	La acción puede iniciarse a requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia (ombudsman) y, cuando estén afectados derechos de una región autónoma, el Presidente de la respectiva Asamblea Legislativa Regional	Las personas u organismos enumerados taxativamente en la primera parte del artículo 103, que son: Presidente de la República, Mesa del Senado Federal, Mesa de la Cámara de los Diputados, Mesa de la Asamblea Legislativa, Gobernador del Estado, Procurador General de la República, Consejo General de la Orden de Abogados de Brasil, Partidos Políticos Representados en el Congreso y Confederaciones Sindicales o Entidades Clasistas de Ámbito Nacional.	Todo el que resultare perjudicado en un derecho personal o colectivo por la inercia legislativa	El Defensor del Pueblo

PAÍSES	YUGOSLAVIA	PORTUGAL	BRASIL	ARGENTINA Provincia de Río Negro	VENEZUELA
NATURALEZA Y EFECTOS DE LA SENTENCIA	<p>La resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales es meramente declarativa. El TGC primero constata la omisión y acto seguido informa a la Asamblea de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, pero carece de medidas de coacción.</p>	<p>La resolución es declarativa de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión y obligatoriamente debe ser puesta en conocimiento del órgano legislativo competente. No existe posibilidad de coacción y carece de vinculatoriedad en estricto sentido jurídico.</p>	<p>Deben distinguirse dos supuestos con consecuencias diferentes: si la omisión es de un órgano administrativo se le comunica la trasgresión y se le otorga 30 días de plazo para que adopte las providencias necesarias para acabar con la omisión. Si la omisión inconstitucional no es de un órgano administrativo, el Supremo Tribunal Federal, simplemente se lo hace conocer para que adopte las providencias necesarias, sin señalarle plazo alguno para tal fin.</p>	<p>La resolución tiene efecto integrador y reparador. Declarada la omisión, el Superior Tribunal de Justicia integra el orden normativo para el caso concreto. De no poder llevar a cabo tal integración procederá una indemnización a favor del o los perjudicados por la inactividad pública.</p>	<p>La resolución va más allá de la simple resolución de inconstitucionalidad por omisión, total o parcial, pues declarada su existencia, se la comunica al órgano legisferante estableciendo un plazo para subsanar la falta y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.</p>

XI POSIBLES SOLUCIONES JURÌDICAS A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

XI.1 APORTES JURISPRUDENCIALES

Comenzaremos por precisar que la solución del problema que plantea la inconstitucionalidad por omisión ha sido acometida no sólo desde el ámbito de la normativa constitucional, como lo hemos apreciado en el capítulo anterior, sino que, además, **en algunos países cuyo ordenamiento constitucional no regula el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, la acción creativa de los órganos encargados de ejercer jurisdicción constitucional y administrar justicia en general, han enriquecido el tratamiento del tema con significativos aportes jurisprudenciales. Repasaremos brevemente las respuestas jurisprudenciales que se han dado en países que carecen de normativa constitucional sobre la inconstitucionalidad por omisión, como en Alemania, Austria, España, Italia, y Colombia.**

XI.1.1. ALEMANIA

Alemania tiene el privilegio de ser en el primer Estado en el cual la doctrina y la jurisprudencia se ocuparon de desarrollar la teoría de la inconstitucionalidad por omisión.

Debemos recordar la conocidísima clasificación que distingue entre omisión absoluta, total o del legislador y omisión relativa, parcial o de la ley, formulada por el Magistrado Wessel, a principio de la década del 50 y a la que nos referimos en el apartado VIII.1 de esta Tesis.

La Constitución aprobada el 23 de mayo de 1949, conocida como Ley Fundamental de Bonn, establece una jurisdicción constitucional concentrada, encomendada al Tribunal Federal Constitucional, que ocupa un lugar destacado entre los poderes del Estado. Existe coincidencia en la apreciación de que la Ley Fundamental de Bonn hay que estudiarla con seguimiento del desarrollo interpretativo que le ha dado el citado Tribunal.

José Luis Cascajo y Manuel García, al referirse a la vigencia de los derechos humanos consagrados en la Ley Fundamental, señalan: “Bajo esta Ley, como ha indicado solvente doctrina, la efectividad práctica de los derechos fundamentales ha tenido que ver, sobretudo, con el Tribunal Constitucional, por considerables que hayan sido las aportaciones del poder legislativo, de la administración,

... , y de las aportaciones de la jurisdicción ordinaria a la protección de los derechos fundamentales de la vida cotidiana.”⁷²

La jurisprudencia alemana fue paulatinamente evolucionando, desde una inicial negativa a admitir la procedencia de una acción basada en una omisión legislativa, para llegar a admitir la procedencia de un recurso de amparo fundamentado en un encargo expreso de la Ley Fundamental que, no obstante determinar en forma concreta la decisión del legislador, ha sido incumplido por éste. Es preciso señalar, que la jurisprudencia alemana admite el **recurso de queja constitucional** para las omisiones inconstitucionales relativas, inadmitiéndolo en tratándose de omisiones absolutas.

Un claro ejemplo de aporte jurisprudencial para la solución de una omisión inconstitucional es el siguiente: la Ley Fundamental de Bonn estableció en su artículo 3 no. 2 que el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos y en su artículo 117 establecía que las disposiciones que se opongan al referido precepto continúan rigiendo hasta que sean adaptadas a la disposición de la Ley Fundamental, “*pero no más allá del 31 de marzo de 1953*”. En base a las referidas disposiciones constitucionales, en sentencia del 18 de diciembre de 1953, el Tribunal Constitucional Alemán, con sede en Kalsruhe, declaró que, no habiendo la Función Legislativa expedido las reformas exigidas dentro del plazo establecido en la Constitución, todas las leyes incompatibles con el Art. 3 no. 2 dejaban de ser aplicables y fijó un plazo para que la reglamentación sea elaborada.

El más paradigmático caso en la línea de observar la inconstitucionalidad por omisión, es el resuelto por el Tribunal de Kalsruhe, mediante sentencia no. 26-1969, del 29 de Enero del referido año, por la cual el Tribunal Constitucional Federal revocó un fallo del Tribunal Regional de Kiel, atribuyéndole eficacia plena al no. 5 del Art. 6 de la Constitución, mediante un proceso conocido como “**concretización**” (**Konkretisierung**) El caso es el siguiente:

La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 6 no. 5 establece que: “*Para los hijos nacidos fuera del matrimonio, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo*”

⁷² José Luis Cascajo Castro y Manuel García Álvarez. Obra: Constitucionales Extranjeras Contemporáneas. Editorial Tecno. Madrid, 1941, Pág. 132.

físico e intelectual y de posición social que para los hijos legítimos. No obstante este precepto, el Tribunal de Kiel había aplicado el Art. 1712 del Código Civil, anterior a la Constitución, que mantenía desventajas del hijo nacido fuera con respecto al nacido dentro del matrimonio. El Tribunal Constitucional Federal consideró que habiendo transcurrido 20 años desde la vigencia del referido precepto, sin que se hubiese creado por ley la reglamentación que haga eficaz el mandato constitucional, la disposición era directamente aplicable, por lo que las autoridades administrativas y judiciales deben hacer realidad la igualdad proclamada en la Constitución, aplicando la misma con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias a ella, que consten en leyes ordinarias. Igualmente ordenó a la Función Legislativa que proceda a cumplir con el mandato contenido en el numeral 5 del artículo 6, en el curso del mismo año 1969, resolución que fue acatada, habiéndose promulgado la ley correspondiente, el 19 de agosto del mismo año.

José Julio Fernández Rodríguez precisa que el interés por los postulados contenidos en esta decisión llegó a miles de kilómetros de distancia, pues numerosos artículos y libros en distintos países de América y Europa comentaron la decisión del Tribunal Constitucional Alemán, convirtiéndolo en una importante referencia en el estudio y solución práctica de la inconstitucionalidad por omisión.

Es interesante señalar que desde 1970, a partir de una reforma a la Ley del Tribunal Constitucional Federal, este alto organismo quedó facultado para declarar la **inconstitucionalidad sin nulitar la ley**, en aquellos casos que doctrinariamente se conocen como omisión inconstitucional relativa. La fundamentación de la reforma, que ya ha sido aplicada en numerosas ocasiones, es que se causaría un mayor mal a la vigencia de la norma constitucional, si se declara la nulidad de una ley que parcialmente ejecuta la disposición constitucional, siendo más conveniente que el juzgador proceda a extender los efectos de la ley, supliendo la omisión inconstitucional de la misma.

Finalmente, es procedente destacar que la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana en la materia que nos ocupa, ha distinguido entre las denominadas **“omisiones todavía constitucionales”** y **“omisiones inconstitucionales”** las mismas que son tratadas en las denominadas **“sentencias de apelación”**, que declaran que una situación jurídica determinada es todavía

aceptable constitucionalmente pero apelan a que el legislador realice algunas modificaciones para evitar que los cambios sociales provoquen en poco tiempo violación de preceptos constitucionales.⁷³

XI.1.2. AUSTRIA

Al igual que Alemania, en Austria no existe normativa constitucional que permita reparar o al menos regular la omisión del legislador u omisiones absolutas. Sin embargo, su Constitución ha previsto, en el Art. 140 apartados 5 y 7, la posibilidad de las denominadas **“sentencias de anulación con efectos diferidos”**. Se trata de la facultad que tiene el Tribunal de establecer un plazo, no mayor de un año, a partir del cual la ley inconstitucional perderá su vigencia, lo que sin duda implica una intimidación al órgano legislativo para dictar, dentro del plazo señalado por el Tribunal, las reformas legales para impedir que una ley que no es inconstitucional en sí misma, sino en lo que omite, quede definitivamente anulada.

Igualmente, hay que destacar que el Tribunal Constitucional austriaco, ha expedido **“sentencias aditivas”**, buscando la complementación de una ley para que ésta esté acorde con la Constitución. Francisco Díaz Rebodio cita el caso en que el Tribunal Constitucional Austriaco, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Telecomunicaciones, en sentencia no. 9.909 del año 1983, complementó la referida ley.

XI.1.3. ESPAÑA

El Tribunal Constitucional Español, de una manera general ha sentado su posición en referencia a la inconstitucionalidad por omisión, mediante sentencias (STC), tales como las número 24-1982, 74-1987, 155-1987, 87-1989, 142-1993, 188-1994, en las que, de una u otra forma, se reproduce la caracterización de la inconstitucionalidad por omisión, establecida en la pionera STC 24-1982, del 13 de mayo, en la que el Tribunal Constitucional rechaza la demanda del Art. 14 de la Constitución con el razonamiento siguiente:

“Debemos señalar que no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes

⁷³ Las omisiones todavía constitucionales equivalen a lo que el Profesor Pablo Modesto denomina como **“situación constitucional imperfecta”** la cual se da cuando no existe una violación constitucional, lo que sería intolerable, sino cuando existe una situación **“en proceso de inconstitucionalización”**.

intentan articular, alegando que el legislador debió aprovechar la ocasión que le brindaba la ley 48-1981 para reestructurar la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pues *la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución Española impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y éste no lo hace.*⁷⁴

Los estudiosos de la jurisprudencia española señalan que el Tribunal Constitucional ha recurrido a diferentes soluciones para tratar el tema de la inconstitucionalidad por omisión. Víctor Bazán enumera tres de ellas:

- 1) Materializar recomendaciones al legislativo, solución que en opinión de José Julio Fernández Rodríguez, no ha tenido la importancia que se ha presentado en la jurisprudencia alemana o italiana, “dadas las dosis de moderación que las han presidido”;
- 2) Declarar la **inconstitucionalidad sin nulidad**, citando como referencia las sentencias no. 45-1989 y 96-1996; y,
- 3) Dictar **sentencias aditivas** que, según María de los Ángeles Ahumada Ruiz, “suponen el territorio límite de actuación de un Tribunal Constitucional ante una omisión inconstitucional y su única justificación está en que ponen orden en una situación inconstitucional provocada por la inercia del legislador.”⁷⁵ Cita como ejemplo las STC 103-1983 y 104-1983.

La técnica de la expedición de las sentencias aditivas ha sido utilizada para subsanar casos de inconstitucionalidad por omisión relativa, a fin de hacer prevalecer el principio de igualdad consagrado en los artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española. De esta forma, se favorece con el goce de un derecho constitucional a aquellos sectores de la población excluidos por la ley.

José Julio Fernández cita como ejemplos las STC 116-1987 que declara parcialmente inconstitucional el Art. 1 de la Ley 37-1984, en cuanto excluye a los militares que entraron a las FF AA después del 18 de julio de 1936; y la 45-1999 que declara:

“Esta omisión legislativa constituye una discriminación proscrita por los artículos 14 y 31.1. de la Constitución, pues no puede el legislador tampoco cuando adopte una

⁷⁴ Referencia tomada de la obra citada de José Julio Fernández Rodríguez, Pág. 415

⁷⁵ María de los Ángeles Ahumada: El Control de la Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas, Pág. 184, año 1991. Citada por José Julio Fernández Rodríguez, obra citada, Pág. 423.

regulación especial o excepcional, singularizar sin fundamento entre aquellos que, atendido el fin de la diferenciación, se encuentran en una posición igual...

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el presente caso.”⁷⁶

Finalmente es preciso destacar que el Tribunal Constitucional Español ha establecido que es obligación del juzgador rescatar al menos “*el contenido mínimo*” de un derecho humano, en aquellos casos en que éste pudiere quedar negado por omisión del legislador. A este respecto es paradigmática la sentencia 15-82 del 23 de abril y de otras que sobre el mismo tema de la objeción de conciencia fueron expedidas por el Tribunal Constitucional en las que se introdujo como causa de suspensión provisional de incorporación a las filas militares la objeción de conciencia, hasta entonces no regulada en el Derecho Español.

XI.1.4. ITALIA

El Referendo Constitucional del 2 de julio de 1946 convierte a Italia en República y elige la composición de la Asamblea Constituyente, la misma que expide la Constitución que, aprobada el 27 de diciembre de 1947, entra en vigor el 1 de Enero de 1948.

Comentando el desarrollo del constitucionalismo republicano italiano, José Luis Cascajo y Manuel García señalan: “La lista de los retrasos e incumplimientos legislativos en el desarrollo de lo dispuesto, sumariamente, en la Constitución, es bien elocuente: hasta finales de 1955 no se reúne la Corte Constitucional; hasta 1958 no se constituye el Supremo Superior de la Magistratura y el Consejo Nacional de la Economía y el Trabajo; hasta 1970 no se eligen los Consejos Regionales de las quince Regiones de Estatuto Ordinario; ...; hasta 1988 el Código Procesal Penal no se ha puesto en armonía con los nuevos principios constitucionales, unos principios que, transcurridos más de cuarenta años, al igual que las normas contenidas en la parte dogmática de la Constitución, siguen siendo válidos.”⁷⁷

⁷⁶ Jurisprudencia de la obra de José Julio Fernández Rodríguez, Pág. 427

⁷⁷ José Luis Cascajo Castro y Manuel García Álvarez, obra: Constituciones Extranjeras Contemporáneas, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, Pág. 132.

La Corte Constitucional Italiana ha recurrido al dictado de las denominadas “**sentencias aditivas**” para superar la omisión inconstitucional consistente en no prever algo que, de conformidad con la Constitución, debió haber sido previsto por la ley.

Un ejemplo de este tipo de sentencias aditivas es aquella numerada 190, de diciembre de 1970, mediante la cual se determinó que el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal violaba la garantía de los derechos de la defensa, establecida en el Art. 24 inciso segundo de la Constitución, toda vez que no concedía al defensor del acusado el derecho de asistir a los interrogatorios a que se sometía a su defendido, incorporando una norma que permite al defensor asistir a tales actos, imponiendo a las autoridades la obligación de viabilizar dicho derecho.

Víctor Bazán comenta el efecto de las sentencias aditivas señalando: “Dichas *sentencias aditivas* entrañan un instrumento para declarar la inconstitucionalidad de una Ley, junto a las **sentencias derogatorias**, sólo que mientras en éstas se elimina del ordenamiento jurídico una manifestación *positiva* del legislador, con aquellas, la mentada eliminación se posa sobre una manifestación de voluntad *negativa* de éste, produciendo –como efecto inmediato– una nueva norma positiva en el plexo jurídico”⁷⁸

Roberto Romboli señala que el Tribunal Constitucional Italiano ha creado “**las sentencias aditivas de principio**” y la diferencia de las “*aditivas*” porque éstas “no introducen una regla inmediatamente actuante y aplicable, sino que fijan un principio general que debe ejecutarse mediante una intervención del legislador, pero al que puede ya, dentro de ciertos límites, hacer referencia el juez en la decisión de casos concretos”⁷⁹. El mismo Romboli señala un subtipo de las “*sentencias aditivas de principio*”, que serían las “**decisiones de inconstitucionalidad con delegación en el Parlamento**”, (caso de la sentencia 242 del 19 de mayo de 1993) en las cuales “la Corte fija en forma específica los principios a los que deberá atenerse el legislador al emanar la nueva regulación modificatoria y determina los plazos dentro de los cuales ésta debe ser aprobada por el Parlamento.”⁸⁰

⁷⁸ Víctor Bazán, *Respuestas Normativas y Jurisdiccionales...* Ensayo incluido en la citada obra conjunta “En busca de las normas ausentes”.

⁷⁹ Cita tomada del ensayo de Víctor Bazán, *Respuestas Normativas y Constitucionales ...* Pág. 179

⁸⁰ Cita tomada del ensayo de Víctor Bazán, *Respuestas Normativas y Constitucionales ...* Pág. 180

XI.1.5.COLOMBIA

El Capítulo IV del Título VIII de la Constitución colombiana regula la jurisdicción constitucional y dentro de dicho capítulo, el Art. 241 confía a la Corte Constitucional “... *la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo.*”

Si bien la Constitución de Colombia no regula la inconstitucionalidad por omisión, bajo la influencia del *writ of mandamus* del derecho norteamericano, ha introducido en cambio la denominada “**acción de cumplimiento**” que se expresa con la formulación siguiente:

“Art. 87.- Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”

La acción de cumplimiento ha sido desarrollada por la Ley No. 393 de 1997, debiendo precisar que con fecha anterior, la Ley No. 99 de 1993, en lo relativo a la protección y defensa del medio ambiente, fijó los procedimientos para el cumplimiento de las leyes o actos administrativos.

Como se aprecia de su formulación, la acción de incumplimiento puede servir para exigir, por ejemplo, que una autoridad renuente dicte el Reglamento de una ley cuya ausencia impide su ejecución, con la adicional ventaja de que la legitimación activa está confiada a “toda persona”.

La Corte Constitucional de Colombia se ha declarado incompetente para conocer las acciones de cumplimiento del Art. 87 de la Constitución, fundamentada en la interpretación literal del Art. 241 de la Carta Suprema que establece la competencia de la Corte Constitucional “*en los estrictos y precisos términos de este artículo*”, el mismo que no la faculta a resolver las acciones u omisiones de incumplimiento.

Al argumento de falta de competencia mencionado, se agrega que podría producirse una situación antinómica si la Corte Constitucional, resolviendo una acción de cumplimiento ordenase la ejecución de una determinada

ley, siendo que las leyes están sujetas a la acción de inconstitucionalidad y que, por ende, eventualmente podría demandarse la inconstitucionalidad de una ley que, vía acción de cumplimiento, la Corte Constitucional haya dispuesto ejecutar.

Fuera de esta referencia a la acción de incumplimiento y en lo relativo a la inconstitucionalidad por omisión, variada jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha adoptado la distinción Wesseliana de omisiones inconstitucionales absolutas y relativas y ha resuelto en forma mayoritaria, que carece de competencia para conocer las demandas de **inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta**, en tanto que ha establecido nutrida jurisprudencia en orden a resolver las **omisiones inconstitucionales relativas**.

De esta forma, Colombia se ubica como el país sudamericano que, sin tener una disposición constitucional que haga relación a la inconstitucionalidad por omisión, ha generado no obstante una variada jurisprudencia acerca de esta institución.

Entre los casos más interesantes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia consta la sentencia No. C-543-96 en la que estableció que existe una omisión legislativa cuando el legislador no cumple con el deber de legislar señalado expresamente en la Constitución. Señaló así mismo, citando las sentencias No. 108-94, 473-94, 545-94, 555-94, 247-95 y 70-96 que la Corte ha resuelto en forma uniforme que sí tiene competencia para conocer la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, pero no la omisión legislativa absoluta, ya que si no hay actuación no hay acto que comparar con la norma Constitucional, que pueda ser sujeto de control.

Es relevante destacar que en la absolución del caso mencionado (C 543-96), dos magistrados, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, argumentaron en forma contraria al criterio de la mayoría, aclarando su voto con el razonamiento siguiente:

“... La Corte es competente para conocer de las omisiones legislativas absolutas, por lo cual no compartimos la motivación de la presente sentencia. Precisamos que nuestra argumentación no es de lege ferenda, pues no estamos afirmando simplemente que sería conveniente que se atribuyera a la Corte esa competencia. Lo que estamos diciendo es que la Corte tiene actualmente la facultad de

pronunciarse sobre las omisiones legislativas absolutas, la cual se desprende de la fuerza normativa de la Constitución como norma de normas. (CP, Art. 4º), la definición de Colombia como estado social de derecho (CP, Art.1º) y la competencia de la corporación para conocer de la constitucionalidad de las normas legales, con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Carta (CP, Art. 241º ordinal 4º No. 13)2 ⁸¹

En las sentencias No. C 843-99 y C 867-99, la Corte Constitucional reivindicó su facultad de hacer llamados o **exhortos al legislador** para que, dentro de su autonomía legislativa, regule la penalización de determinadas conductas que afectan a valores consagrados en la Constitución.

La sentencia No. C 080-99 entraña una resolución que podríamos considerar como aditiva o **sentencia integradora**, tal como prefirió denominarla la propia Corte. El caso planteado se refería a que la legislación vigente establecía que cuando fallece un oficial o suboficial de la Policía Nacional las pensiones que se otorguen por su fallecimiento se extinguen cuando los hijos lleguen a la edad de 21 años, salvo el caso que éstos sigan estudiando, entonces el término de la función se prolonga hasta los 24 años. No existía una norma similar para los hijos de los agentes de la Policía Nacional, por lo cual, para ellos, en todos los casos, la pensión por orfandad se extinguía a los 21 años.

La Corte Constitucional resolvió que se trataba de un típico caso de omisión legislativa relativa que contraría el principio de igualdad, por lo que entendió necesario extender la regulación más beneficiosa para los huérfanos que estudien a todos los miembros de la Policía Nacional, haciendo prevalecer el principio de igualdad establecido en el Art. 13 de la Constitución, con efectos retroactivos, a partir de la fecha en que entró a regir la Carta Suprema, esto es, el 7 de julio de 1991.

Un caso de **sentencia manipulativa** es el C-007-001, mediante la cual la Corte resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad del numeral 6 del Art. 140 del Código Civil, que establecía la nulidad del matrimonio “*cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él estando fuera del poder del raptor*”

⁸¹ Cita tomada de Víctor Bazán, “Respuestas Normativas y Jurisdiccionales...” Ensayo publicado en la obra ya citada, Pág. 148.

La Corte resolvió que existía una inconstitucionalidad por omisión relativa, ya que se negaba al hombre la posibilidad de convalidar el vicio de consentimiento derivado del secuestro, con lo que se violaba el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 de la Constitución. Sin embargo razonó que si expulsaba del ordenamiento jurídico la expresión “de la mujer”, la disposición del numeral 6 del Art. 140 del Código Civil, quedaría sin titular de derecho, por lo que dejó vigente dicha disposición, pero condicionándola a que, en virtud de la igualdad de los sexos, tanto la causal de nulidad como la posibilidad de convalidación del matrimonio, pueda ser alegada por el hombre o por la mujer, según el caso.

Un caso que culminó con una resolución a favor de los demandantes es el resuelto mediante sentencia no. C-1433-2000, el mismo que giraba en torno a la **solicitud de inexequibilidad** del Art. 2 de la Ley no. 547-99 en razón de que al expedir el presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones para el año 2000, no se previó el aumento salarial para todos los servidores públicos sino sólo para quienes ganaran menos de dos salarios mínimos.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal argumentó la violación de una serie de artículos constitucionales que, acorde con la filosofía que inspira el estado social de derecho, llevan a la conclusión que es deber constitucional del Estado, no sólo conservar el poder adquisitivo de la remuneración, sino establecer su incremento para garantizar un nivel de vida digno. Por tal motivo, resolvió poner en conocimiento del Presidente de la República y del Congreso, la **declaratoria de exequibilidad** de la ley no. 547, salvo en lo relativo a la omisión del deber jurídico de incrementar las remuneraciones a todos los servidores públicos, con el fin de que dentro de las órbitas de competencias constitucionales, cumplan con el deber jurídico omitido, antes de la expiración del año fiscal.

XI.2. OBJECIONES A LA POSIBILIDAD PRÁCTICA DE ARTICULAR SOLUCIONES JURÍDICAS A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

No obstante que existe generalizada conciencia de que la Constitución no sólo puede ser violada por acción sino también por omisión, de diferentes sectores surgen objeciones sobre las posibilidades prácticas de articular soluciones jurídicas a la inconstitucionalidad por omisión. Las principales objeciones se refieren a los aspectos siguientes:

XI.2.1. RIESGO DE SUSTITUIR AL PODER LEGISLATIVO POR OTRO ÓRGANO DEL ESTADO.

Quienes sostienen esta objeción manifiestan que al regular la inconstitucionalidad por omisión se corre el riesgo de atentar contra la división de poderes del Estado, permitiendo que el órgano controlador se inmiscuya en atribuciones que le son propias a la Función Legislativa. Al juez no le está permitido, enfatizan, sustituir al legislador, dictando normas de carácter general.

A esta objeción se contesta de una doble manera. En primer lugar, la solución jurídica a la inconstitucionalidad por omisión, no necesariamente debe pasar por la dictación de normas legales por parte del Tribunal que ejerce el control, tal como se puede apreciar en la casi totalidad de los ordenamientos constitucionales que regulan la materia. En segundo lugar, en el supuesto que la solución establecida por el constituyente, sea la de atribuir al órgano de control la facultad de dictar la legislación omitida, aún cuando sea de forma provisional, ésta no sería sino la previsión legítimamente establecida por el poder constituyente con el objeto de buscar remedio a la negligencia del poder legisferante en usar su competencia para dictar las normas que concreta y obligatoriamente la propia Constitución dispone que las dicte.

XI.2.2. LA REGULACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN ATENTA CONTRA LA LIBERTAD DE CONFORMACIÓN DEL LEGISLADOR

Se sostiene que el legislador tiene un margen de libertad que le permite analizar la oportunidad y la conveniencia en la expedición de una determinada norma. A este respecto, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia No. 227-1998 ha expresado que *“no es la misma la situación en que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el gobierno como titular de poder reglamentario en relación con la ley...La función de legislar no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de **configuración normativa** para traducir en reglas de derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria”*⁸²

⁸² José Julio Fernández, Obra citada Pág.168

A esta observación se contesta manifestando que esa libertad de conformación de la que goza el legislador, no puede servir de patente de corso para diferir *sine die* el cumplimiento de una obligación constitucional concreta de legislar sobre determinada materia. La tesis contraria implicaría poner en igual nivel al poder constituido con el poder constituyente y destruir los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

XI.2.3. EL CARÁCTER DE LEGISLADOR NEGATIVO QUE GENERALMENTE SE LE ATRIBUYE A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Esta objeción recuerda que, a diferencia de la Función Legislativa que actúa como **legislador positivo**, creando o reformando leyes, a los Tribunales Constitucionales se les atribuye el carácter de **legislador negativo**, pues su labor se reduce a expulsar del ordenamiento jurídico las normas que juzga contrarias a la Carta Suprema. Esta tradicional concepción se rompería en distintas variantes de posibles regulaciones de la constitucionalidad por omisión.

La objeción que comentamos olvida que desde hace varias décadas, los más reputados Tribunales Constitucionales de Europa, como el Alemán, el Italiano y el Español, han articulado soluciones que se traducen en sentencias aditivas, integradoras, manipulativas, etc., que han servido para resolver conflictos prácticos derivados del **ocio legislativo** y para hacer prevalecer los derechos ciudadanos que la Constitución garantiza así como el carácter vinculante de las normas constitucionales, convirtiéndose, en cierta medida, en legisladores positivos. Aferrarse a la tradicional concepción que concibe a los Tribunales Constitucionales como legisladores negativos es desconocer que, en este caso, la teoría no coincide con la realidad, por lo que tal argumento no serviría para descalificar la admisibilidad de la regulación jurídica de la inconstitucionalidad por omisión.⁸³

⁸³ Para Kelsen, creador del **control de la constitucionalidad concentrado**, la misión del Tribunal Constitucional es aplicar el derecho, no crear derecho. Se asemeja a la de cualquier otro órgano jurisdiccional, que tiene igual función. La diferencia está en que, en la justicia constitucional, el derecho no se aplica sobre hechos, sino sobre normas. Es decir, no se contrasta un hecho con una norma, sino una norma de rango infra constitucional, con otra norma de rango constitucional. Naturalmente, Kelsen es conciente que el Tribunal Constitucional no es un tribunal más, en el sentido de que está facultado para expulsar del ordenamiento jurídico una norma contraria a la Constitución. De ahí se desprende la conocidísima configuración que hace del Tribunal Constitucional como legislador negativo. El cambio de los textos constitucionales, sobretudo después de la segunda guerra mundial, hace que el esquema Kelseniano ya no pueda mantenerse. En efecto, los textos posteriores a la segunda guerra mundial están plagados de derechos de los denominados de segunda y tercera generación y de mandatos u órdenes al legislador. En el diseño Kelseniano, el control de la constitucionalidad era básicamente procedimental, puesto que las constituciones no imponían a la ley un contenido determinado, lo que ya no ocurre en la actualidad. Más aún, el problema de la inconstitucionalidad ya no sólo se refiere a controlar la constitucionalidad de la ley, sino a controlar la ausencia de ley, cuando el legislador se niega de forma obstinada a cumplir con los mandatos constitucionales.

XI.2.4. LA REGULACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN PROPICIA LA DICTADURA DE LOS JUECES.

Se sostiene que al institucionalizar la inconstitucionalidad por omisión se estaría propiciando un exagerado activismo judicial, que podría conducirnos a una dictadura o, en el mejor de los casos, a un gobierno de los jueces. Se estaría sobre valorando las posibilidades de actuación judicial, en perjuicio de las competencias originarias del legislador.

A esta objeción se contesta manifestando que dentro del ámbito de competencia de los jueces y particularmente de los Tribunales Constitucionales, el cumplimiento de sus obligaciones les exige realizar un doble proceso interpretativo, como es la interpretación *de* la Constitución y la interpretación *desde* la Constitución. Por la primera se descubre el auténtico sentido de la norma constitucional y por la segunda, desde el vértice supremo de la Constitución, se mira hacia abajo, para descubrir y eliminar las normas o los actos opuestos a la Carta Suprema y también para superar las violaciones constitucionales producidas por la omisión en el cumplimiento de sus mandatos.

XI.2.5. LA ILEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA CONTROLAR LA LABOR DEL PARLAMENTO.

Otro de los argumentos que con frecuencia se esgrime para cuestionar, en este caso, no sólo el posible control de la inconstitucionalidad por omisión, sino de manera general el control de la constitucionalidad en sí, se reduce a la pregunta que formula el Dr. Luis Fernando Torres Torres: *“¿Cuál es el fundamento político y democrático para que jueces constitucionales no elegidos por el pueblo invaliden leyes y actos expedidos por los genuinos representantes de los ciudadanos, el Congreso y el jefe (sic) del Ejecutivo?”*. El mismo autor responde: *“No existe una explicación completamente satisfactoria que aclare por qué tales jueces pueden detentar un poder de veto de tanta magnitud.”*⁸⁴

Es evidente que la respuesta a esta inquietud u objeción es que el Congreso y los demás órganos del poder público forman parte del poder constituido y por tanto, están limitados por la Constitución, que es producto del poder constituyente. El propio poder constituyente, en defensa de su obra y de su mandato, ha establecido mecanismos de defensa de la Constitución. Aceptar esta objeción sería regresar a los tiempos de la divinización del Parlamento y

⁸⁴ Luis Fernando Torres Torres, “Legitimidad de la Justicia Constitucional”, editado por Librería Jurídica Cevallos, abril 2003, Pág. 9.

considerar a la Constitución como un conjunto de formulaciones políticas sin fuerza vinculante desde el punto de vista jurídico. Esta tesis ha sido superada desde los albores del siglo XIX en América y en el transcurso del Siglo XX en Europa.

El maestro Eduardo García de Enterría, al referirse a la legitimidad del Tribunal Constitucional ha afirmado categóricamente: “*Su legitimación se encuentra, en definitiva, en el ‘Tribunal de la Historia’, en el ‘plebiscito diario’ sobre el que una comunidad se asienta por la comunión de ciertos principios*”⁸⁵

XI.2.6. LA RELATIVIDAD MOTIVADA POR EL FACTOR TIEMPO AL JUZGAR LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

Uno de los argumentos más significativos para criticar la posibilidad de regular jurídicamente la inconstitucionalidad por omisión, es que dentro del concepto de esta institución juega un importante papel la determinación del tiempo que debe transcurrir para considerar que, con la no expedición de una norma o ejecución de un acto ordenado por la Constitución, se ha producido una inconstitucionalidad por omisión. Sin duda, el factor tiempo introduce un elemento de incertidumbre, contrariando a la seguridad jurídica que deben brindar las instituciones consagradas en la Constitución, por así exigirlo la técnica jurídica.

Es evidente, como lo he reconocido en el capítulo IX de la presente tesis, al analizar la definición de inconstitucionalidad por omisión propuesta por nosotros, que el elemento tiempo le da un aspecto de relatividad a la institución, pero únicamente en los casos en que la Constitución no señala en forma explícita el plazo dentro del cual deben cumplirse sus mandatos. A lo ya expuesto me remito.⁸⁶

XI.3. DIFERENTES TÉCNICAS PARA REMEDIAR LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Comenzaremos por aclarar que con respecto a la denominada **inconstitucionalidad por omisión relativa**, es decir, la producida por los silencios u omisiones de la ley, en tanto este tipo de omisión viola preceptos o principios constitucionales, casi siempre el de igualdad ante ley, si puede ser enfrentada jurídicamente y, en el derecho comparado, permite ejercer, según

⁸⁵ Eduardo García de Enterría, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civitas, Madrid, Tercera Edición, 1985, Pág. 203.

⁸⁶ Ver particularmente apartado IX.5

los casos, acciones de amparo, mandatos de ejecución o declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que, al violar el principio de igualdad, establece una discriminación o exclusión arbitraria de beneficios.

El problema radica en encontrar remedios jurídicos para la inconstitucionalidad por omisión producida por el incumplimiento del expreso mandato constitucional, bien sea de dictar una ley, es decir, la omisión absoluta o silencio del legislador, bien sea por la no ejecución de actos de alcance general por parte de los poderes constituidos. Este tema constituye, según la clara opinión del Profesor Sagües, una suerte de “*asignatura pendiente*” para el derecho constitucional y para el derecho procesal constitucional.

XI.3.1. VISIÓN PANORÁMICA DE LOS REMEDIOS EXISTENTES EN LA ACTUALIDAD

En un esfuerzo por sistematizar las soluciones propuestas en el derecho constitucional comparado, podríamos señalar que éstas se reducen a las siguientes fórmulas:

a. Informar o denunciar la omisión ante un órgano superior.

Esta es la solución ensayada en el Art. 177 de la Constitución de 1974 de la extinta República de Yugoslavia. Igualmente es la solución planteada por el Art. 283 No. 1 de la Constitución de la República de Portugal del año 1976, con las reformas introducidas en los años 1982 y 1989; y, por el Art. 103 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, expedida en el año 1988, con la excepción, en este último ordenamiento constitucional, del caso en que la omisión se produzca por parte de un órgano administrativo, ya que para ese evento la Constitución fija un plazo para superar la omisión.

b. Recomendar al órgano legislativo la expedición de la norma omitida dentro de un plazo razonable.

Esta solución fue ensayada en el Art. 279 de la Constitución de Portugal, expedida el 2 de abril de 1976, que establecía que, detectada la inconstitucionalidad por omisión, el Consejo de la Revolución recomendaba a los órganos legislativos competentes que la dicten en un plazo razonable. Fue la reforma a la Constitución de Portugal, introducida en el año 1982 la que suprimió la recomendación de que se dicte la norma omitida en un plazo razonable.

c. Fijación de un plazo determinado para superar la omisión inconstitucional.

Es el caso de la parte final de la regla segunda del Art. 103 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1998, cuando ordena que si la omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional es debida a un órgano administrativo, se le comunicará la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión, concediéndole 30 días para subsanarla. Se diferencia de la solución determinada en el literal B) porque en éste caso existe determinación del plazo.

d. Fijación de un plazo y lineamiento para su corrección.

Constituye ésta la solución adoptada por el Art. 336 No. 7 de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por el Art. 65 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz, perteneciente a los Estados Unidos de Méjico. Esta solución va más allá de establecer el plazo para superar la omisión, pues además, el órgano controlador, tiene potestad de fijar los lineamientos de la corrección.

e. Cobertura y Resarcimiento.

Esta es sin duda la formulación más elaborada que existe en el Derecho Constitucional Comparado y consta en el Art. 207 de la Constitución del año 1988 de la Provincia de Río Negro de la República de Argentina, pues permite al Tribunal Superior de Justicia Provincial, que una vez determinado el incumplimiento en la expedición de una norma que impone la Constitución, fije un plazo para que se subsane la omisión, con la posibilidad de inclusive avanzar a la integración del orden normativo y a un eventual resarcimiento para el perjudicado.

f. Auto proclamación de operatividad de derechos y garantías

Solución adoptada por dos países que, sin regular propiamente y menos aún sancionar la inconstitucionalidad por omisión en el dictado de normas o de actos administrativos de alcance general, establecen que no podrá alegarse la falta de ley para desconocer los derechos garantizados en la Constitución. Tal es el caso del Art. 18 de la Constitución Ecuatoriana en su quinta codificación realizada en 1998 y del Art. 45 de la Constitución de la República de Paraguay de 1992.

XI.4. PROPUESTA PARA REGULAR LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL ECUADOR.

XI.4.1. OMISIONES INCONSTITUCIONALES QUE TIENEN REMEDIO EN EL ECUADOR

Las omisiones inconstitucionales en el Ecuador, como lo hemos señalado en diferentes pasajes de esta tesis, tienen remedio en los casos siguientes:

- A)** Cuando por la omisión en la expedición o realización de actos administrativos que por norma expresa tenga la obligación de ejecutar una autoridad pública o personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública, se viole el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución o en Tratados o Convenios Internacionales vigentes, causando o pudiendo causar, de modo inminente, un daño grave. En estos casos, los artículos 95 de la Constitución⁸⁷, 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional⁸⁸ y 1 de la interpretación de la referida Ley efectuada por la Corte Suprema de Justicia ⁸⁹en lo referente a la acción de amparo, permiten la interposición de una Acción de Amparo Constitucional.
- B)** Cuando se trata de omisiones relativas u omisiones de la ley que violen un principio constitucional,

⁸⁷ Art. 95 de la Constitución del Ecuador, inciso primero: “Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la Ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.” (R.O. 1, 11 Agosto 1998)

⁸⁸ Art. 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional: “El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios, y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o a evitar el peligro de los bienes protegidos.

También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior.” (R.O. 99, 2 julio 1997)

La redacción de este artículo es anterior a la expedición de la actual codificación de la Constitución ecuatoriana. En la actualidad la Constitución denomina correctamente al amparo como *acción* y no como *recurso* y ha eliminado, para su interposición, el requisito de que el daño sea irreparable.

⁸⁹ Art. 1 de la Interpretación de la Ley Orgánica de Control Constitucional en lo referente a la Acción de Amparo: La acción de amparo es cautelar y tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de las personas afectadas por actos ilegítimos de una autoridad pública, o por actos ilegítimos de las personas que presten servicios públicos o los realicen por concesión o delegación de una autoridad pública, si tales actos violan sus derechos consagrados en la Constitución Política o en un tratado o convenio internacional vigente; o por la conducta de personas particulares cuando violen los derechos comunitarios, colectivos o difusos, tales como los especificados en los artículos 83 al 92 de la misma.

También procede el amparo cuando por omisión de la autoridad que por norma expresa tenga la obligación de realizar un acto, se pueda causar o se esté causando daño a un derecho subjetivo.” (R.O. 559 del 19 de Abril del 2002.)

particularmente el principio de igualdad⁹⁰, pues al establecer una exclusión arbitraria de beneficio, puede dar lugar a una Acción de Inconstitucionalidad, en base a lo dispuesto en el Art. 276 No. 1 de la Constitución⁹¹.

Para los otros casos, esto es cuando se trate de la no expedición de actos legislativos ordenados expresamente por la Constitución, llamados por la doctrina **inconstitucionalidad por omisión absoluta u omisión del legislador** y, para los casos en que la inconstitucionalidad por omisión se produzca por la no ejecución de actos no normativos de alcance general, cuya realización ordena la Constitución a cualquier órgano u autoridad de las funciones del Estado, no existe una regulación específica en nuestra Constitución.

La disposición constante en el ya comentado artículo 18 de la Constitución del Ecuador, que proclama la auto operatividad de todos los derechos consagrados en la Carta Suprema, de algún modo mitiga, pero no soluciona, la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

XI.4.2. CONSIDERACIONES PREVIAS AL PLANTEAMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En la línea de ensayar una solución práctica para el caso ecuatoriano, quisiera previamente realizar algunas consideraciones:

XI.4.2.1. ¿REFORMA CONSTITUCIONAL O REFORMA LEGAL?

En primer lugar, el Art. 276 número 7 de la Constitución⁹² permitiría que, sin reformar la Carta Suprema, se incorpore en la Ley Orgánica de Control Constitucional, disposiciones que regulen la inconstitucionalidad por omisión.

Sin embargo de que tal salida constitucional es posible, en mi concepto no es la aconsejable. Regular **la**

⁹⁰ Art. 23 número 3 de la Constitución del Ecuador: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: ...3) La igualdad ante la Ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación social, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole.”

⁹¹ Art. 276 número 1 de la Constitución del Ecuador: “Competerá al Tribunal Constitucional: 1) Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánica y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado y suspender total o parcialmente sus efectos;...”

⁹² Art. 276 número 7 de la Constitución del Ecuador: “Competerá al Tribunal Constitucional:... 7) Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes.”

inconstitucionalidad por omisión implica hacer valer los principios de la supremacía de la Constitución y fuerza normativa de la Constitución. Supone, en suma, la defensa de la vigencia de la Constitución, por lo que no sería correcto desde el punto de vista de la técnica jurídica, ni aconsejable desde el punto de vista práctico, que la atribución de una competencia de tanta importancia no esté expresamente regulada en la Constitución y se deje su formulación a la voluntad y decisión de los poderes constituidos, particularmente a la Función Legislativa, cuya morosidad en el cumplimiento de los mandatos constitucionales es justamente la principal razón para regular la inconstitucionalidad por omisión.

A lo expuesto hay que agregar que **la regulación de la inconstitucionalidad por omisión vía reforma de la ley, aún cuando se trate de ley orgánica, no tendría la fijeza ni menos aún la jerarquía que implica que la institución esté tratada y resuelta en el grado de norma constitucional.**

XI.4.2.2. EL ELEMENTO TEMPORAL Y LA OMISIÓN DE CONSENSOS

Coincido con la opinión de que constituye una seria dificultad para la regulación de este instituto, saber cuándo la función legislativa o las distintas funciones del Estado han incurrido en inconstitucionalidad por omisión, en los casos en que no haya un plazo expreso previsto por la Constitución.

En un intento de superar este problema, la doctrina ha introducido el concepto de “plazo razonable” el mismo que, al no estar definido en ningún código, mantiene un elemento subjetivo y, en consecuencia, la inseguridad jurídica que aqueja al instituto en estudio.

Frente a la dificultad introducida por el elemento temporal, considero que los ciudadanos deben tener la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión, si estiman que ha transcurrido un plazo razonable para que las funciones del Estado o autoridades públicas realicen los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio. Considero también que, el Tribunal Constitucional debe tener la competencia para resolver si procede o no la demanda propuesta.

Con respecto al plazo razonable, es interesante anotar la tesis esgrimida en un caso producido recientemente con motivo de los intentos de la oposición por conseguir la revocatoria del mandato del Presidente Hugo Chávez en la República Bolivariana de Venezuela. Los abogados Hernán Eduardo Escarrá Malavé y Luis Guillermo Govea, incoaron sendas acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa, en contra de la Asamblea Nacional, por no haber designado en el tiempo estipulado para ello, a los integrantes del Consejo Nacional Electoral. Las referidas acciones fueron identificadas con los números de expedientes 03-1254 y 03-1308, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia acumuló mediante providencia No. 1582 del 12 de junio del 2003. En esta causa, el Defensor del Pueblo, Germán José Mundaraí Hernández y los abogados Luz Patricia Mejía Guerrero, Alberto José Rossi Palencia y Alejandro Bastardo, Directora General de Servicios Jurídicos, Director de Recursos Judiciales (e) y Defensor Especial para la Participación Ciudadana, respectivamente, alegaron la tesis de la “**omisión de consensos**”.

Los demandantes alegaban que el Comité de Postulaciones Electorales, de conformidad con el Art. 295 de la Constitución y 30 de la Ley Especial, entregó, el 8 de abril del 9003, el listado de postulantes y que la Asamblea Nacional debía proceder a nombrar a los miembros, Rectores y Rectoras del poder electoral, en el plazo de 10 días continuos.

En su “escrito de opinión defensorial”, el Defensor del Pueblo y los otros dos abogados coadyuvantes sostuvieron que en el caso propuesto se aplicaba la disposición transitoria octava de la Constitución, la misma que establece que para el primer período, los integrantes del Consejo Nacional Electoral, serán designados simultáneamente, sin que se determine un lapso constitucional para esta primera designación. Sostuvieron los defensores que, *“la gran pregunta que se plantea es, cuál es el tiempo necesario y razonable para un consenso parlamentario y si en el marco de este procedimiento se puede plantear con certeza un quantum para tiempos normales y otro para tiempos de dificultad, de conformidad con las labores que realiza la Asamblea Nacional, como órgano político por excelencia. La Asamblea no escapa a las dificultades nacionales.”*

Según los defensores, si se aplicara el Art. 30 de la Ley Especial, el lapso de 10 días “resultaría incompatible con la realidad y la coyuntura del país..., porque en todos los sectores del país hay una gran omisión de consensos.” “Hablar de consensos en coyunturas como las que vive el país, sin lugar a dudas resulta una de las metas más ambiciosas del quehacer político nacional, sino el reto más importante. **La norma no puede interpretarse en forma descontextualizada de la realidad del país.**”

“Y es que cuando hablamos de consensos, lo hacemos porque el constituyente decidió y diseñó que fuera por consenso que se eligiera a los representantes de las más altas investiduras del Estado y, precisamente por eso, escogió una mayoría calificada de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea para su nombramiento. El Constituyente estimó que al Parlamento lo guiaba el espíritu de colaboración y no el espíritu de elevada pugnacidad que estamos viviendo en la actualidad.”

Los defensores continuaron alegando que la Sala Constitucional de la Corte Suprema debe tener en cuenta estas dificultades, que traspasan el terreno de lo jurídico y reciben la influencia de lo político. “El Parlamento es el espacio por excelencia del consenso, pues es allí donde están todas las fuerzas políticas del país representadas, y a través de ellas, la soberanía popular. El consenso en tiempo de crisis necesita más tiempo que el consenso en tiempos de normalidad. Se legisla para los tiempos de normalidad no para los tiempos de crisis, sin embargo, las instituciones del Estado tienen que reconocer la crisis y sobreponerse para superarla.”

En otro pasaje de su ardorosa defensa expresaron: “En tiempos de crisis, no sólo el Parlamento se ve en dificultades para cumplir con los lapsos legales, prácticamente todas las instituciones del Estado lo hacen y es que estamos convencidos de que en coyunturas como las actuales y para decisiones determinantes en la vida política y democrática del país, como la decisión que está en juego con la elección de los miembros del CNE, los lapsos son importantes pero el consenso en estas decisiones, más que importante, resulta vital para la vida misma de la democracia.”

Fundamentados, entre otros, en los argumentos expuestos, los defensores afirmaron que, “si bien ha habido una actitud omisiva por parte de la Asamblea Nacional, esa actitud no encuadra en forma general o perfecta en la norma establecida en el Art. 336.7 de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no configurándose de esta manera una Omisión Constitucional Absoluta, sino Parcial, por parte del órgano legislativo, porque se han realizado todos los pasos previos al nombramiento definitivo de los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral. Por eso solicitamos que así sea declarado por esta Sala Constitucional.”

La tesis de que es preciso considerar la omisión de consensos, en el que con frecuencia se debaten nuestras instituciones y particularmente el Congreso Nacional, establece un elemento de dificultad adicional al ya de por sí relativo aspecto de la temporalidad, que juega papel importante al establecer la existencia o no de la inconstitucionalidad por omisión.

XI.4.2.3. SISTEMA MIXTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL VIGENTE EN EL ECUADOR

El Ecuador tiene un sistema de control constitucional mixto: el **modelo concentrado, austriaco, europeo, o kelseniano,** tiene su expresión en el Tribunal Constitucional que, según el artículo 276 de la Constitución, es el único organismo facultado para conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de fondo y de forma de actos normativos o administrativos de los poderes constituidos. Según el artículo 278 de la Carta Suprema, las disposiciones del Tribunal Constitucional tienen efecto *erga omnes*, causan ejecutoria, entran en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejan sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional.

El **modelo denominado incidental, difuso, judicial o americano,** tiene vigencia también en el Ecuador, pues, según el artículo 274 de la Constitución, *“Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a la norma de la Constitución o de los Tratados o Convenios Internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala, presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.”*

En mi opinión, el conocimiento y resolución de los casos de inconstitucionalidad por omisión, dadas las

característicos del instituto, deberá confiarse al Tribunal Constitucional, sin perjuicio de la obligación de jueces y tribunales de desarrollar una labor permanente de defensa de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales vigentes en el Ecuador, particularmente de los derechos humanos, buscando su aplicación directa e inmediata, como lo estipula el Art. 18 de la Carta Suprema.

XI.4.2.4. MOTIVACIÓN ÉTICA DE LA REFORMA

El propósito al que se encamina el análisis y la propuesta de regulación de la inconstitucionalidad por omisión contenida en esta tesis, es contribuir a cumplir con lo que dispone la Constitución del Ecuador, en su Art. 75 cuando señala entre las funciones principales de las Universidades y, obviamente, de quienes formamos parte de ella, contribuir a crear una *“nueva y más justa sociedad ecuatoriana.”* Consideramos a este instituto, un instrumento para salvaguardar la vigencia de los derechos humanos, una *“herramienta para construir esa gran obra común que no se ve, no se puede inaugurar con cintas rojas ni tocar con las manos, pero que es la más urgente y trascendental: ese espíritu colectivo de libertad, igualdad y tolerancia, esa cultura democrática que es la Constitución realmente vigente”*.⁹³

La Constitución, a más de pacto social que organiza el Estado y establece derechos, obligaciones y garantías para las personas, es un camino trazado para que los gobernantes no se desorienten en el cumplimiento de sus deberes y actúen con fidelidad a los mandatos contenidos en ella, pues está formulada no para servir al poder sino al bien común.

Los gobernados deben poder defender el ejercicio de sus derechos y exigir a sus gobernantes permanecer fieles a los intereses legítimos de la nación. La Constitución debe contemplar recursos que permitan la *“primacía de la verdad sobre el poder”* para impedir que se den casos de manipulación de las disposiciones constitucionales por parte de quienes *“tienen el “poder real” ya que el “poder nominal” lo tiene el pueblo”*⁹⁴ Las manipulaciones se producen porque *“no hay suficientes protestas*

⁹³ César Gaviria Trujillo, prólogo a la obra del maestro Manuel José Cepeda *“Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991”*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1997.

⁹⁴ Dr. Nicolás Parducci Sciacaluga, artículo de opinión publicado en el diario El Universo titulado *Venceremos la Manipulación*”, 12 de noviembre del 2003.

ciudadanas” sostiene el maestro Dr. Nicolás Parducci, en su citado artículo. **Yo creo que la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión del legislador o de alguna de las funciones del Estado, permite canalizar la protesta ciudadana contra una autoridad que se olvida que el poder político tiene como fin el servicio a la persona humana y que las instituciones creadas por la Constitución existen, no para servir al poder, sino para honrar el ideal de justicia.**

El ciudadano común, no tiene más poder que aquellos poderes jurídicos que constituyen los derechos consagrados en la Constitución. Los derechos humanos son trasladados del poder a los ciudadanos que componen el Estado. Cuando la autoridad incumple el mandato constitucional, bien sea por acción o por omisión, o cuando actúa con incoherencia moral, esto es, utiliza el poder político para favorecer intereses particulares en detrimento del derecho de las mayorías, la Constitución debe prever mecanismos para reclamar los derechos y exigir rectificaciones.

Entre los deberes y responsabilidades que la Constitución otorga a los ciudadanos, el artículo 97 no. 3 estipula *“respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque”*. Por ello, debemos exigir permanentemente a la autoridad que guarde fidelidad a los principios y objetivos de la nación. Para coadyuvar a este objetivo, la Constitución debe regular los mecanismos que obliguen a la autoridad a retomar el rumbo trazado por el constituyente. Sin embargo, para los casos de inconstitucionalidad por omisión del legislador o de mora en la ejecución de actos no normativos de alcance general, ordenados por la Carta Suprema, no se le otorga al ciudadano la posibilidad jurídica de exigir el cumplimiento de la disposición constitucional.

Finalmente, el derecho a reclamar a la autoridad que no se viole ni por acción ni por omisión la Constitución y particularmente los derechos humanos consagrados en ella, se basa en el convencimiento que tenemos como cristianos de que, el *“hombre es criatura de Dios y por esto los derechos humanos tienen su origen en EL, se basan en el designio de la creación y se enmarcan en el plan de la redención. Podría decirse, con expresión*

atrevida, que los derechos del hombre son también derechos de Dios.⁹⁵

XI.4.2.5. EXPERIENCIA YA ENSAYADA EN EL ECUADOR

En general, las soluciones que se han dado en el derecho comparado para regular el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, se reducen a tres variantes fundamentales:

- 1) Recomendar que se dicte la norma omitida;
- 2) Ordenar que se dicte la norma omitida; y,
- 3) Dictar la norma inconstitucionalmente omitida.

Para aquellos que como yo, sostenemos la existencia de la inconstitucionalidad por omisión en su concepción más amplia, no sólo legislativa, las tres variables serían:

- 1) Recomendar que se dicte la norma o se ejecute el acto omitidos;**
- 2) Ordenar que se dicte la norma o se ejecute el acto omitidos; y,**
- 3) Dictar la norma o ejecutar el acto inconstitucionalmente omitidos.**

Ecuador ya ensayó con éxito una variable mixta, entre las soluciones 2 y 3 de las señaladas para la omisión inconstitucional legislativa. En efecto, las reformas a la Constitución Política, publicadas en el suplemento del Registro Oficial no. 93 del 23 de Diciembre de 1992, establecieron que la Corte Suprema de Justicia actuará como Tribunal de Casación en todas las materias; y, en su disposición transitoria séptima, se dispuso lo siguiente:

“Séptima: Si el Congreso Nacional no dictare las normas legales necesarias para regular los recursos de casación en lo civil y mercantil y en lo social o laboral hasta el 15 de abril de 1993, la Corte Suprema de Justicia expedirá la correspondiente reglamentación hasta el 30 de los mismos mes y año, para su vigencia inmediata a partir del 3 de mayo siguiente.”

Como se aprecia, el Constituyente previó la posibilidad de que la quiescencia del Congreso Nacional pudiere enervar la actuación de la Corte Suprema de Justicia

⁹⁵Párrafo del discurso de su Santidad, el Papa Juan Pablo II pronunciado el 7 de abril de 1998, reproducido en la Carta Apostólica en forma de muto propio para la proclamación de Santo Tomás Moro como Patrono de los gobernantes y de los políticos.

como tribunal de casación, burlando así la disposición del constituyente encaminada a cambiar la administración de justicia. La solución que encontró fue establecer un plazo para que se dicte la norma y, en caso de mora del Congreso, facultó a la propia Corte Suprema de Justicia para expedir la reglamentación correspondiente. El resultado fue parcialmente exitoso ya que, presionado por la clara disposición del constituyente, el Congreso Nacional, expidió la Ley de Casación, el 5 de Mayo de 1993 y se publicó en el R.O.19 del 18 de Mayo de 1993, es decir, pocos días después de que feneciera el plazo constitucional.

XI.4.3 PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Mi propuesta es que se reformen los artículos 276 y 277 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

En el Art. 276, que se refiere a las competencias del Tribunal Constitucional, se agrega un numeral, después del actual número 2, que le permita al Tribunal Constitucional conocer y resolver los casos de inconstitucionalidad por omisión, en los términos siguientes:

Reforma: Al artículo 276 de la Constitución, luego del número 2 agréguese un número que será designado como número 3. Los actuales numerales 3, 4, 5, 6 y 7 pasarán a ser 4, 5, 6, 7 y 8.

Art. 276.- “Competerá al Tribunal Constitucional: ...

3) Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las funciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven en forma total o parcial los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable por el Tribunal. Declarada la inconstitucionalidad por omisión, notificará al órgano o autoridad remisos, fijando un plazo perentorio para que se subsane. Si persiste la omisión, el Tribunal Constitucional, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, los que regirán hasta cuando el órgano competente o autoridad pública cumplan con la obligación que establece la Constitución.”

En el artículo 277, que se refiere a la legitimación activa para la presentación de demandas de inconstitucionalidad, se modifica el numeral 5, el mismo que en adelante dirá:

Reforma: En el artículo 277 de la Constitución, se modifica la redacción del número 5 en la forma siguiente:

Art. 277: “Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por: ...

5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1, 2 y 3 del mismo artículo.

El Presidente de la República pedirá el dictamen establecido en los números 5 y 6 del mismo artículo.

La dirimencia prevista en el número 7 del mismo artículo, podrá ser solicitada por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos cantonales.

La atribución a la que se refiere el número 4 del mismo artículo, será ejercida a solicitud de las partes o del Defensor del Pueblo.”

Al mismo tiempo que proponemos las reformas para regular en la Constitución el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, no podemos menos que señalar que entre los numerosos vacíos de los que adolece nuestra Constitución está el hecho de que la violación de la Carta Suprema no tiene una sanción constitucionalmente establecida, salvo para el caso de los funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político de conformidad con el Art. 130 numeral 9, inciso 2 de la Constitución.⁹⁶

⁹⁶ Constitución del Ecuador, Art. 130: “El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: ...9. El Presidente y Vicepresidente de la República sólo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito y su censura y destitución sólo podrá resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes del Congreso. No será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso.

Los demás funcionarios referidos en este número podrán ser enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo. El Congreso podrá censurarlos en el caso de declaratoria de culpabilidad, por mayoría de sus integrantes.

La censura producirá la inmediata destitución del funcionario, salvo en el caso de los ministros de Estado, cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al Presidente de la República.

El Presidente o el Vicepresidente de la República, que violaren la Constitución, deberían estar incluidos entre los dignatarios que por la grave falta de quebrantamiento de la Carta Suprema, son susceptibles de ser fiscalizados por el Congreso Nacional y eventualmente destituidos, con la mayoría especial ya establecida en la propia Constitución.

Si la violación constitucional proviene de los Ministros, Secretarios de Estado, la fiscalización parlamentaria debería incluir la destitución de las funciones que ejercen. Igual sanción debería aplicarse, por parte del Tribunal Constitucional, para el caso de las demás autoridades no sujetas a la fiscalización del Congreso Nacional.

Para los alcaldes, prefectos y diputados, la violación de la Constitución debería estar incluida entre las causales de revocatoria del mandato, prevista en los artículos 109 y siguientes de la Carta Suprema.

XII. CONCLUSIONES

- 1.** Todo país que se precie de vivir en un estado de derecho debe asegurar que en su territorio se cumpla realmente la Constitución, no sólo por parte de los ciudadanos sino también por parte de los poderes constituidos.
- 2.** El instituto de la supremacía de la Constitución, que inicialmente sólo se aplicaba cuando una norma de inferior jerarquía violaba su contenido, ha sido complementado con la doctrina de la fuerza o eficacia normativa de la Constitución, que permite entender que se viola la Carta Suprema cuando de cualquier forma se impide o enerva su eficacia.
- 3.** La Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de realizar lo que ordena que se haga. En este segundo caso cuando la quiescencia, inacción, inercia u omisión de las funciones del estado frente a claros y concretos mandatos del constituyente, producen efectos contrarios a lo que dispone la Constitución, estamos frente al caso de una inconstitucionalidad por omisión.
- 4.** La inconstitucionalidad por omisión trae aparejadas innegables consecuencias sociales y jurídicas, ya que permite la supervivencia del *statu quo* e impide el cambio que la norma constitucional persigue.

Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.”

5. Es inaceptable que un poder constituido pueda, por desidia o por inercia dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente.
6. Los institutos de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución, quedarían destruidos si nos adherimos a la tesis de que el funcionamiento de la Constitución requiere, necesariamente, de la intervención de la ley para tener aplicación y vigencia directa e inmediata. Tal creencia implicaría aceptar que la Constitución es un texto lisiado que necesita de las muletas de la ley para ponerse en movimiento y nos haría regresar a la ya superada etapa de la divinización del Parlamento, a cuyo arbitrio quedarían libradas la vigencia y eficacia del texto constitucional.
7. Regular la inconstitucionalidad por omisión forma parte consustancial de la problemática de la defensa jurídica de la Constitución. Por tal razón constituye una grave falencia del constitucionalismo ecuatoriano el carecer de normas que regulen la inconstitucionalidad por omisión y establezcan remedios para este mal, 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.
8. Las normas que integran una Constitución pueden ser de diferentes tipos: programáticas, operativas, instituyentes, declarativas, etc. Sin embargo de ello, cualquiera que fuese el tipo de norma constitucional, la regla general es que toda la Constitución posee fuerza normativa.
9. La clasificación de normas constitucionales que más importancia tiene con relación a la inconstitucionalidad por omisión es aquella que distingue entre normas programáticas y operativas. Las normas operativas, al ser auto aplicativo, no son susceptibles de inconstitucionalidad por omisión legislativa, ya que no requieren de reglamentación para entrar en funcionamiento.
10. En cuanto a las normas programáticas hay que distinguir entre las que son de cumplimiento obligatorio y las que son optativas o facultativas. La omisión en el cumplimiento de lo dispuesto por las primeras implica necesariamente una inconstitucionalidad que tendría visos de inconstitucionalidad de carácter negativo, ya que no sería producida por acción, sino por omisión.
11. En el caso de las normas programáticas optativas o facultativas la omisión del legislador o de la autoridad a la cual la Constitución le encarga su desarrollo no trae consecuencias de inconstitucionalidad, salvo que se haga mal uso de la facultad y se disponga arbitrariamente del permiso constitucional, violentando algún principio o derecho consagrado en la Carta Suprema.
12. Con fines didácticos se han agrupado los derechos humanos en las llamadas generaciones de derecho: derechos de primera, segunda y tercera generación. Dependiendo a qué generación de derechos pertenecen las normas consagradas en la Constitución, éstas tienen

mayores o menores posibilidades de ser violadas por omisión inconstitucional.

- 13.** Los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, propios del denominado constitucionalismo social, están en el germen de las construcciones teóricas de la omisión inconstitucional, pues por su naturaleza reclaman una actuación directa del Estado para hacer eficaz su vigencia. Por ello, los denominados derechos de segunda y tercera generación son los más susceptibles en sufrir su violación por omisión, ya que reclaman de los órganos de poder público, actuar en el ejercicio de las facultades y competencias que le asigna la Constitución, para cumplir los mandatos en ella establecidos.
- 14.** El riesgo de incurrir en inconstitucionalidad por omisión es mayor en las denominadas constituciones promesas, que muchas veces consagran derechos que pudieran calificarse como impracticables o de imposible realización. En este caso se cae en el vicio de la nomomagia que consiste en pretender mágicamente solucionar los problemas de la colectividad, exclusivamente a través de la consagración de derechos o la formulación de normas.
- 15.** La demagogia es una de las mayores causas del descrédito que tienen las constituciones en amplio sectores de la población, pues alienta la formulación de derechos sin que exista la voluntad política ni jurídica de aplicarlos, convirtiendo a la Constitución en una simple hoja de papel.
- 16.** En el Ecuador todos los derechos consagrados en la Constitución son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, sin que la Constitución distinga a qué tipo o de qué generación es el derecho consagrado en ella.
- 17.** Los constituyentes, que elaboraron y redactaron las reformas que dieron lugar a la actual codificación de la Constitución, tuvieron la intención de cerrar la brecha existente entre la consagración nominal de unos derechos y su aplicación efectiva. A tal propósito se encamina el Art. 18 de la Constitución que establece una especie de auto operatividad de todos los derechos consagrados en ella y en los tratados y convenios internacionales vigentes en el Ecuador.
- 18.** La auto operatividad de los derechos señalada en el Art. 18 de la Constitución no quita relevancia al hecho de que los derechos constitucionales pueden exigir distintas intensidades de desarrollo. Por tal razón, la omisión del legislador y de los diferentes órganos del poder público en dictar las normas complementarias para tornar efectivo el goce de los derechos constitucionales, puede producir situaciones que contradigan la efectiva vigencia de la norma constitucional, especialmente en los derechos denominados de segunda y tercera generación, ocasionando así la inconstitucionalidad por omisión.

- 19.** Las posiciones doctrinarias en relación con la inconstitucionalidad por omisión dividen a los estudiosos del tema en dos grupos:
- a.** quienes conciben la inconstitucionalidad por omisión en una forma amplia, estimando que aquella puede producirse no sólo por la inercia o inacción de la legislatura, sino también por la inacción de las distintas funciones del Estado y funcionarios públicos frente al cumplimiento de una obligación impuesta por la norma constitucional; y,
 - b.** quienes vinculan a la inconstitucionalidad por omisión exclusivamente a la inacción de la función legislativa en el dictado de la norma que la Constitución le impone.
- 20.** En cuanto a las omisiones inconstitucionales legislativas, la más difundida y clásica clasificación de la inconstitucionalidad por omisión es aquella que distingue entre omisiones inconstitucionales absolutas y omisiones inconstitucionales relativas. Las primeras son producidas por la inacción de la legislatura, mientras que las segundas se vinculan con los silencios u omisiones de la ley.
- 21.** Nuestra posición es favorable a la concepción doctrinaria amplia o extensa de la inconstitucionalidad por omisión, ya que consideramos que a través de ella se abarcan todos los supuestos en los que una omisión de los poderes constituidos o funcionarios públicos vulnera la fuerza normativa de la Constitución.
- 22.** La inconstitucionalidad por omisión se define como la inobservancia total o parcial de los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución.
- 23.** Para que se produzca la inconstitucionalidad por omisión debe existir el incumplimiento o inobservancia por inacción de una norma constitucional no auto aplicativo, que tenga el carácter de imperativa o de cumplimiento obligatorio, en el mandato que establece.
- 24.** El instituto de la inconstitucionalidad por omisión en derecho constitucional utiliza el término omisión, al igual que el derecho penal al tratar los delitos por omisión, para referirse a algo reprochable, contrario a la vigencia del derecho. La principal diferencia estriba en que mientras la omisión penal está siempre referida a una persona natural, la inconstitucional por omisión generalmente se refiere a una inacción atribuible a los poderes constituidos.
- 25.** Siempre que se atente por omisión o inacción contra la fuerza normativa de la Constitución, dejando de hacer lo que ella dispone, se está cometiendo una inconstitucionalidad por omisión, sin importar que el

atentado provenga de cualquiera de las funciones del Estado o funcionarios públicos.

- 26.** El hecho de que no exista un plazo determinado por la Constitución para el desarrollo de una norma constitucional programática u operativa, no debe servir de excusa para retrasar al infinito la realización del mandato constitucional. El principio que debe primar es el de la obligación de desarrollo del mandato constitucional, cuidando en no afectar la fuerza normativa de la Constitución al permitir que subsistan o prevalezcan situaciones no queridas por la Carta Suprema.
- 27.** No toda inacción, omisión o silencio del legislador en particular o de los poderes constituidos en general, producen o traen aparejada una situación de inconstitucionalidad. La inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos se transforma en omisión inconstitucional, si altera la fuerza normativa de la constitución.
- 28.** Sin desconocer que los derechos de segunda y de tercera generación son más susceptibles de ser violados por omisión inconstitucional y que la tendencia finalista del constitucionalismo social está, junto con los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, en el germen de las construcciones teóricas de la omisión inconstitucional, considero que la problemática hay que mirarla globalmente, buscando siempre consagrar la supremacía y eficacia jurídica de la Constitución.
- 29.** La inconstitucionalidad por omisión rompe la correspondencia que teóricamente debería existir entre la validez y la eficacia de una norma jurídica constitucional, que se traduce en la garantía de la seguridad jurídica que brinda un Estado.
- 30.** La teoría de la norma jurídica nos plantea tres situaciones con respecto a ella: es justa o injusta; es válida o inválida; es eficaz o ineficaz. Estos tres criterios son independientes entre sí. El problema de la justicia es un tema tratado por la Deontología Jurídica, parte de la Filosofía del Derecho que se ocupa de la Teoría de la Justicia. El tema de la validez es tratado por la Ontología Jurídica y forma parte de los estudios de la Teoría General del Derecho. Y, finalmente, el problema de la eficacia, es un tema fenomenológico del derecho y de él se ocupa la Sociología Jurídica.
- 31.** Cuando la norma constitucional pierde su eficacia como producto de la inconstitucionalidad por omisión se produce un verdadero fraude constitucional, ya que se impide que se realice la voluntad del constituyente, por la inacción, quiescencia o desidia de los poderes constituidos.
- 32.** Son pocas las constituciones que en el mundo han regulado el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. La primera fue Yugoslavia y posteriormente, en Europa, Portugal y Hungría. En América lo han hecho las constituciones de Brasil y Venezuela. En Argentina la

Constitución de la Provincia de Río Negro. En México la Constitución del Estado de Veracruz. En Costa Rica la regulación está a nivel de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En África lo ha hecho la República de Angola.

- 33.** En algunos países cuyo ordenamiento constitucional no regula el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, la acción creativa de los órganos encargados de ejercer jurisdicción constitucional y administrar justicia en general, han enriquecido el tratamiento del tema con significativos aportes jurisprudenciales. Tal es el caso de Alemania, Austria, España, Italia y Colombia.
- 34.** Los países que sin tener norma constitucional que la regule, pero que a través de la jurisprudencia de sus tribunales han tratado el tema de la inconstitucionalidad por omisión, a través de diferentes mecanismos tales como las denominadas “sentencias de concretización”, “sentencias de anulación con efectos diferidos”, “sentencias aditivas”, “sentencias aditivas de principio”, “decisiones de inconstitucionalidad con delegación en el parlamento”, “exhorto al legislador”, “sentencia manipulativa”, “sentencia integradora”.
- 35.** Varias son las objeciones que se han planteado frente a la posibilidad de articular soluciones jurídicas a la inconstitucionalidad por omisión. Entre las principales tenemos: el riesgo de sustituir al poder legislativo por otro órgano del Estado; la posibilidad de atentar contra la libertad de conformación del legislador; el carácter del legislador negativo que generalmente se le atribuye a los tribunales constitucionales; el riesgo de propiciar la dictadura de los jueces; la ilegitimidad del Tribunal Constitucional para controlar la labor del Parlamento; y, la relatividad motivada por el factor tiempo.
- 36.** Varias han sido las soluciones propuestas en el derecho constitucional comparado en relación al tema de la inconstitucionalidad por omisión: Informar o denunciar la omisión ante un órgano superior. Recomendar al órgano legislativo la expedición de la norma omitida dentro de un plazo razonable. Fijación de un plazo determinado para superar la omisión inconstitucional. Fijación de un plazo y lineamiento para su corrección. Cobertura y Resarcimiento. Auto proclamación de operatividad de derechos y garantías.
- 37.** En el Ecuador hay dos casos en que las omisiones inconstitucionales tienen solución:
 - a.** Cuando los derechos consagrados en la Constitución o en tratados internacionales vigentes, se ven afectados o puedan afectarse por la abstención u omisión de las autoridades públicas o de personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública, causando o pudiendo causar de modo inminente, un daño grave. En este caso se puede ejercitar la acción

de amparo constitucional, consagrada en el Art. 95 de la Constitución.

- b.** Cuando se trata de omisiones relativas u omisiones de la ley que violen un principio constitucional, particularmente el principio de igualdad pues, al establecer una exclusión arbitraria de beneficio, puede dar lugar a una acción de inconstitucionalidad, fundamentada en el Art. 296 de la Constitución.
- 38.** No existe una regulación específica en nuestra Constitución para resolver los casos de inconstitucionalidad por omisión absoluta u omisión del legislador en cumplir con el mandato constitucional de desarrollar un precepto contenido en la Carta Suprema. Tampoco existe solución para el caso de que la inconstitucionalidad por omisión se produzca por la no ejecución de actos no normativos de alcance general cuya ejecución ordena la Constitución a cualquier órgano u autoridad de las funciones del Estado.
 - 39.** La auto operatividad consagrada en el Art. 18 de la Constitución, mitiga pero no soluciona la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.
 - 40.** Normar la inconstitucionalidad por omisión supone la defensa de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución. Es aconsejable que la atribución de una competencia de tanta importancia esté expresamente establecida en la Constitución. Sería inconveniente que se deje su formulación a la voluntad de los poderes constituidos, pues le quitaría la fijeza y jerarquía que implica que la institución esté tratada y resuelta en el grado de norma constitucional.
 - 41.** Frente a la dificultad introducida por el elemento temporal en el tratamiento del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, los ciudadanos deben tener la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión, si estiman que ha transcurrido un plazo razonable para que las funciones del Estado o autoridades públicas realicen los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio. El Tribunal Constitucional debe tener la competencia para resolver si procede o no la demanda propuesta.
 - 42.** La norma no puede interpretarse en forma descontextualizada de la realidad del país, por lo que corresponderá al Tribunal Constitucional, abocado al conocimiento de una demanda de inconstitucionalidad por omisión, notificar al órgano u autoridad remisos, fijándole el plazo que estime procedente para que subsane la omisión.
 - 43.** La posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión en que incurran las funciones del Estado o las autoridades públicas, permite

canalizar la protesta ciudadana contra las autoridades que no actúan con fidelidad a los mandatos contenidos en la Carta Suprema.

- 44.** Los derechos consagrados en la Constitución son trasladados de poder a los ciudadanos que componen el Estado. Cuando estos derechos son conculcados por la inacción u omisión de los poderes constituidos, la Constitución debe prever mecanismos para exigir rectificaciones.
- 45.** En Ecuador ya se ensayó con éxito una solución constitucional frente a la omisión inconstitucional legislativa en la disposición transitoria séptima de las reformas a la Constitución publicadas en el R.O. No. 93 del 23 de diciembre de 1992, facultando a la Corte Suprema de Justicia para expedir la reglamentación correspondiente en caso de que el Congreso incumpliera con dictar la Ley de Casación, dentro del plazo establecido en la Constitución.
- 46.** La Constitución del Ecuador debe ser reformada facultando al Tribunal Constitucional para conocer y resolver los casos de inconstitucionalidad por omisión. La reforma sería la siguiente:

Art. 276.- “Competerá al Tribunal Constitucional: ...

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las funciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven en forma total o parcial los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable por el Tribunal. Declarada la inconstitucionalidad por omisión, notificará al órgano o autoridad remisos, fijando un plazo perentorio para que se subsane. Si persiste la omisión, el Tribunal Constitucional, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, los que regirán hasta cuando el órgano competente o autoridad pública cumplan con la obligación que establece la Constitución.

- 47.** La legitimización activa para plantear la demanda de inconstitucionalidad por omisión, debe ser confiada a los ciudadanos según consta en la propuesta de reforma del Art. 267 de la Constitución en los términos siguientes:

Art. 277: “Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por: ...

Mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1, 2 y 3 del mismo artículo.

El Presidente de la República pedirá el dictamen establecido en los números 5 y 6 del mismo artículo.

La dirimencia prevista en el número 7 del mismo artículo, podrá ser solicitada por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional,

por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos cantonales.

La atribución a la que se refiere el número 4 del mismo artículo, será ejercida a solicitud de las partes o del Defensor del Pueblo.”

Guayaquil 1 de diciembre del 2003

Ab. Iván Castro Patiño

BIBLIOGRAFÍA

1. Adenauer Konrad Stiftung-Tribunal Constitucional. “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana.” Obra colectiva editada por el Tribunal Constitucional, Quito, Ecuador, año 1999.
2. Adenauer Honrad Stiftung, “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Edición 2001. Buenos Aires, Argentina, año 2001.
3. Aragón Reyes Manuel, “Constitución y Control del Poder”. Introducción a una Teoría Constitucional del Control. Universidad Externado de Colombia, Santa Fé de Bogotá, Colombia, año 1999.
4. Badía Juan Fernando, “Teoría de la Constitución” Editorial Tiran Loblanch, Valencia, España, año 1992.
5. Balaguer Callejón María Luisa, “Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico”, Editorial Tecnos, Madrid, España, año 1997.
6. Bazán Víctor, coordinador de la obra colectiva “Inconstitucionalidad por Omisión” Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, año 1997.
7. Bidart Campos Germán, “Teoría General de los Derechos Humanos”, Editorial Aztrea, Buenos Aires, Argentina, año 1991.
8. Blasco Soto María del Carmen, “La Sentencia en la Cuestión de Inconstitucionalidad”. Editor José María Bosh Editor S.A. Barcelona, España, 1995.
9. Bobbio Norberto, “Teoría General del Derecho”, Tercera reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, año 1999.
10. Borja y Borja Ramiro. “Derecho Constitucional Ecuatoriano.” Tomos I, II, III, y IV tercera edición actualizada, Quito, Ecuador, año 1999.
11. Caballero Sierra Gaspar, Anzola Gil Marcela, “Teoría Constitucional”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, año 1995.
12. Cabanellas de Torres Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, vigésima edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, año 1981.
13. Carbonell Miguel, “En Busca de las Normas Ausentes. Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por Omisión.”, obra colectiva editada por la Universidad Autónoma de México, Primera Edición, Méjico, Méjico, año 2003.
14. Cascajo Castro José Luis y García Álvarez Manuel, “Constituciones Extranjeras Contemporáneas”, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, año 1991.
15. Castro Patiño Nicolás. “Poder Constituyente, Constitución y Control de la Constitucionalidad.” Guayaquil, Ecuador, año 1997.

- 16.** Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD). “Memorias de Eventos de Derecho Constitucional” Compilación de conferencias 2000. Primera edición. Quito, Ecuador, año 2001.
- 17.** Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, “Guía del Litigio Constitucional”, tomo II. Compilación de conferencias del curso de litigio constitucional. Quito, Ecuador, 2001.
- 18.** Cueva Carrión Luis, “Índice de Jurisprudencia Constitucional.” Tomos I, II, III y IV. Primera Edición. Quito, 2000.
- 19.** Chinchilla Herrera Tulio Elí, “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?” Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.
- 20.** Eto Cruz Gerardo, “Una Defensa Constitucional. La Acción de Inconstitucional por Omisión”. Consultado del internet.
- 21.** Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, “Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas.” Compilación de ensayos de diferentes autores. Santa Fe de Bogotá, Colombia, año 2001.
- 22.** Fernández Rodríguez José Julio, “La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El Caso Español.” Editorial Cintas S.A., Madrid, España, año 1998.
- 23.** Fernández Rodríguez José Luis, “La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI.” Editorial Tecnos, Madrid, España, año 2002.
- 24.** Ferrajoli Luigi, “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, Editorial Trotta, Madrid, España, año 2001.
- 25.** Fix Zamudio Héctor, “Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos.” Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, Méjico, Méjico, 1 edición 1998.
- 26.** García Belaunde Domingo-Fernández Segado Francisco, coordinadores de la obra colectiva “La Jurisdicción Constitucional en Ibero América”, Editorial Dikison, Madrid, España, año 1997.
- 27.** García Belaunde Domingo, “Derecho Procesal Constitucional”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, año 2001.
- 28.** González Calderón Juan, “Curso de Derecho Constitucional”, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, año 1995.
- 29.** Hübner Gallo Jorge Iván, “Los Derechos Humanos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1994.
- 30.** Jellinek George, “Teoría General del Estado”, segunda edición. Compañía Editorial Continental, Méjico, Méjico, año 1958.
- 31.** Kelsen Hans, “Teoría General del Estado”. Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. Editora Nacional S.A., Méjico, Méjico,

año 1951 Labatut Glenda Gustavo, "Derecho Penal" Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, novena edición actualizada, Santiago de Chile, año 1995.

- 32.** Larrea Holguín Juan. "Derecho Constitucional". Corporación de Estudios y Publicaciones. Sexto Edición actualizada, año 2000, Quito, Ecuador.
- 33.** Lassalle Fernando. "¿Qué es una Constitución?" Ediciones Siglo XX, Buenos Aires, Argentina, año 1946.
- 34.** Loewenstein Kart, "Teoría de la Constitución" Editorial Arien, Barcelona, España, 1970.
- 35.** López Guerra Luis y Aguiar de Luque Luis. "Las Constituciones de Ibero América". Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, España 1998.
- 36.** López Guerra Luis, coordinador de la obra colectiva "La Justicia Constitucional en la Actualidad." Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, año 2002.
- 37.** López Ulla Juan Manuel, "La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español", Editorial Marcial Pons, Madrid, España, año 2000.
- 38.** Lösing Norbert, "La Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica", traducción de Marcela Anzola Gil, Editorial Dykinson, Madrid, España, año 2002.
- 39.** Morales Tobar Marcos, "Tribunal Constitucional Informe al H. Congreso Nacional." Quito, Ecuador, Año 2001.
- 40.** Nino Carlos Santiago, "Fundamentos del Derecho Constitucional", primera edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, año 1992.
- 41.** Omeba, Enciclopedia Jurídica, Editorial Dryskill, Buenos Aires, Argentina, año 1978.
- 42.** Ordóñez Espinosa Hugo, "Sobre la evolución de la dogmática constitucional en el Ecuador." Corporación de Estudios y Publicaciones, primera edición, Quito, Ecuador, año 2001.
- 43.** Projusticia-Coriem, "Experiencias Constitucionales en el Ecuador y el Mundo. Memorias del Seminario Internacional de Derecho Constitucional Comparado." Quito, Ecuador, año 1998.
- 44.** Quiroga Lavie Humberto, "Lecciones de Derecho Constitucional", Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, año 1995.
- 45.** Sagües Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", tomos I y II, tercera edición- Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- 46.** Sagües Néstor Pedro, "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión." Ensayo consultado en internet.

47. Sosa Mesa Jorge, “Estudios de Derechos Humanos Fundamentales”, primera edición, Editorial Jurídica Migue Mosquera, Guayaquil, Ecuador, año 2002.
48. Torres Torres Luis Fernando, “Legitimidad de la Justicia Constitucional”, primera edición, Librería Jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, año 2003.
49. Vanossi Jorge Reinaldo, “Teoría Constitucional”. Editorial De Palma, segunda edición actualizada, tomos I y II, Buenos Aires, Argentina, año 2000.
50. Velásquez Turbay Camilo, “Derecho Constitucional” publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año 1998.
51. Villaverde Menéndez Ignacio, “La Inconstitucionalidad por Omisión de los Silencios Legislativos”, McGraw Gil hill, Madrid, España, 1997.
52. Wray Alberto, “Derecho Procesal Constitucional. Materiales para la Cátedra” Compilación de varios artículos editado por el Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ-Projusticia-Banco Mundial, volúmenes I, II, Quito, Ecuador, año 2002.
53. Zavala Egas Jorge, “Derecho Constitucional” Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador, año 1999.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

- Todas las Constituciones del Ecuador.
- Constituciones de los países iberoamericanos.
- Constitución de los Estados Unidos de Norte América.
- Constituciones de varios países de la Unión Europea, África y Medio Oriente.
- Constitución de la provincia de Río Negro, en la República de Argentina.
- Constitución del Estado de Veracruz de los Estados Unidos Mejicanos.
- Gacetas del Tribunal Constitucional.
- Ley del Tribunal Constitucional de Hungría.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.
- Ley Orgánica de Control Constitucional del Ecuador.
- Carta Apostólica del Papa Juan Pablo II para la proclamación de Santo Tomás Moro como patrono de los gobernantes y de los políticos.
- Alegato del Defensor del Pueblo de Venezuela, Dr. Germán José Mandurái Hernández.
- Editoriales Dr. Nicolás Parducci Sciacaluga.