

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión:
Necesidad de regular la institución en la nueva Constitución**

Mauricio Martín Alarcón Salvador

Tesina presentada como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito – Ecuador

28 de Mayo de 2007

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión:
Necesidad de regular la institución en la nueva Constitución**

Mauricio Martín Alarcón Salvador

Adrián Roberto Lovato Gutiérrez
Director de Tesis

Adrián Roberto Lovato Gutiérrez
Miembro del Comité de Tesis

David Sperber Vilhelm
Miembro del Comité de Tesis

Diego Pérez Ordóñez
Miembro del Comité de Tesis

Fabián Corral Burbano de Lara
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 28 de Mayo de 2007

© Derechos de Autor
Mauricio Martín Alarcón Salvador
2007

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

A Dios, quien día a día me ha otorgado la sabiduría y la capacidad para realizar este trabajo;

A mi familia, en especial a mis padres, quienes con su apoyo incondicional se han constituido nuevamente como el aliciente para realizar mis metas;

A mis maestros, quienes de manera abnegada, y sobre todo desinteresadamente, compartieron sus valiosos conocimientos y experiencias;

A todos y cada una de las personas, que directa o indirectamente, han contribuido a la culminación de mis estudios superiores.

RESUMEN

Una Constitución es la norma suprema en un Estado de Derecho y cada una de sus disposiciones tiene fuerza normativa. Esta incluye mandatos de obligatorio cumplimiento, tanto para los ciudadanos como para las instituciones públicas. Durante los últimos nueve años de vigencia de la Ley Suprema creada en la ciudad de Riobamba en 1998, los ecuatorianos hemos sido testigos de la inacción del Congreso Nacional y de otros funcionarios públicos. No hemos tenido otra opción que cruzarnos de brazos, pues no está establecido mecanismo alguno que nos permita reclamar ante el máximo organismo de control constitucional, la obediencia de estos a la Constitución. Surge entonces la acción de inconstitucionalidad por omisión como una herramienta que permite vigilar el correcto cumplimiento de las normas constitucionales, la misma que de manera urgente e imperativa debe formar parte del ordenamiento jurídico de nuestro país.

TABLA DE CONTENIDOS

Contenido	Pag.
Introducción	ix
Capítulo 1: La Constitución y el Control de la Constitucionalidad	
1.1. Constitución y supremacía constitucional	1
1.2. La fuerza normativa de la Constitución	5
1.3. Justicia y control constitucional	6
1.4. Clasificación del control constitucional	7
1.5. El control constitucional en Ecuador	10
1.6. El proceso constitucional	14
Capítulo 2: La Inconstitucionalidad por Omisión	
2.1. Conceptos doctrinarios	17
2.2. Clasificación de la inconstitucionalidad por omisión	22
2.2.1. Omisión administrativa y omisión legislativa	22
2.2.2. Omisión por mora y omisión por negación	22
2.2.3. Omisión que afecta o no derechos fundamentales	23
2.2.4. Omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa	23
2.2.5. Omisión legislativa formal y omisión legislativa material	24
2.3. Definición personal	24
2.4. Argumentos de admisión de la institución jurídica de la inconstitucionalidad por omisión.	27
2.4.1. Argumentos a favor	28
2.4.2. Argumentos en contra	28
Capítulo 3: La Institución en el Derecho Constitucional Comparado	
3.1. Introducción	30
3.2. En Europa	32
3.2.1. La República Portuguesa	32
3.2.2. La República de Hungría	34
3.3. En América	36
3.3.1. La República Federativa de Brasil	36
3.3.2. Estados Federales Brasileños	38
3.3.3. México: Estado Federal de Veracruz	42
3.3.4. La República Bolivariana de Venezuela	44
3.3.5. Argentina: La Provincia de Río Negro	46
3.3.6. Argentina: Provincia de Tucumán	47
3.3.7. República de Costa Rica	49

Contenido	Pag.
Capítulo 4: Regulación de la Inconstitucionalidad por Omisión en Ecuador	
4.1. Marco de solución de la omisión inconstitucional	52
4.2. Factores básicos a considerarse	56
4.2.1. Necesidad	56
4.2.2. Tipo de reforma	57
4.2.3. Plazo fijo y plazo razonable	58
4.2.4. Sistema de control constitucional ecuatoriano	58
4.3. Propuesta de regulación de la figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	59
4.3.1. En la Constitución Política	59
4.3.2. En la Ley Orgánica de Control Constitucional	60
Conclusiones	62
Bibliografía	67

“La justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época, y la interpretación de la misma es el punto medular. En ella reside su progreso o su fracaso, su debilidad o su fortalecimiento.”

Mauro Cappelletti

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Ecuador vigente desde el 11 de agosto de 1998 dispuso mandatos constitucionales concretos que debían ser cumplidos tanto por Funciones del Estado como por instituciones públicas para procurar una plena vigencia de los lineamientos en ella contenidos. Los ciudadanos durante estos años hemos sido testigos de la inacción de todos ellos que han violado mandatos al no someterse a sus obligaciones emanadas de la norma suprema del Estado de Derecho y no hemos podido hacer nada por cuanto no hay posibilidad jurídica de controlar o sancionar su vagancia, sin conciencia o por conveniencia.

Este problema se hace manifiesto en los siguientes casos, que son algunos ejemplos de omisiones inconstitucionales que hemos vivido los ecuatorianos:

- a. La disposición transitoria vigésima sexta determina que todos los magistrados y jueces que dependen de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial, es decir, buscando con esto cumplir con el artículo 191 que ordena la unidad jurisdiccional. La orden va para el Consejo Nacional de la Judicatura que tiene la obligación de presentar al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las

leyes respectivas. El único caso existente al momento es de la promulgación del Código de la Niñez y Adolescencia. La competencia que radicaba en jueces del Ministerio de Bienestar Social de la Función Ejecutiva, pasó a jueces de niñez y adolescencia de la Función Judicial. Aún tenemos Cortes Policiales, Militares, entre otros, a causa de la inacción de estas funciones.

- b. La disposición transitoria vigésima séptima ordena, por su parte, la implantación del sistema oral, a través de la reforma de las leyes necesarias a cargo del Congreso Nacional y la adecuación de las instalaciones a cargo de la Función Judicial, en el plazo de cuatro años. Es decir, que para el 10 de Agosto de 2002 nuestro país debía ya haber cumplido este mandato. Cabe señalar que hasta el día de hoy el Congreso Nacional apenas ha reformado el Código del Trabajo y el Código de Procedimiento Penal, y promulgado el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia donde se establecen ciertas normas que viabilizan la aplicación del sistema oral. En el resto de áreas jurídicas no se ha hecho nada.
- c. La disposición transitoria cuadragésima tercera establece la necesidad de que el Registro Oficial se vuelva un organismo autónomo a través de una ley dictada por el Congreso Nacional en el plazo de un año. Hasta el momento el Registro Oficial sigue dependiendo del Tribunal Constitucional, pues nuestra Función Legislativa no ha cumplido con esta obligación.
- d. El artículo 41 ubica al Estado como el ejecutor de políticas que permitan alcanzar la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres. Para ello determina la necesidad de crear un organismo especializado, cuya creación y funcionamiento dependen de la promulgación de una ley. Este organismo permitirá incorporar el enfoque de género en planes y programas, así como dar asistencia técnica para aplicarlo en el sector público. Hasta el día de hoy el Congreso Nacional no ha promulgado la ley respectiva por lo que estos derechos consagrados en la Constitución no han podido ser articulados de la manera adecuada.

- e. El Artículo 130 establece los deberes y atribuciones que tendrá el Congreso Nacional. Su numeral 12 determina que es su obligación elegir por mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes a la terna de la cual el Presidente de la República designará al Contralor General del Estado. Los ecuatorianos hemos sido testigos del establecimiento de la sui generis figura del Contralor subrogante ante la inacción del Congreso de conformar la terna para enviarla al Ejecutivo.
- f. El artículo 146 determina la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley y afirma que la ley regulará el ejercicio de este derecho. En el año 2003, como Coordinador Provincial de la Corporación Participación Ciudadana, fui parte de un proceso de recolección de firmas para la presentación de un proyecto de ley reformativa a la Ley de Elecciones y la Ley de Partidos Políticos. Pese a haber recogido más de 70000 firmas a nivel nacional, la iniciativa no prosperó por cuanto el Congreso Nacional no había aún, y tampoco lo ha hecho hasta hoy, regulado este tema a través de la promulgación de una ley.
- g. El artículo 188 consagra la importante objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. Sin embargo se dice que se le puede asignar un servicio civil a la comunidad en la forma en que determine la ley. En vista de que no hay ley vigente que establezca esto, el Congreso Nacional tiene la obligación de promulgarla, lo que hasta el momento no ha ocurrido.
- h. El artículo 191 de la Constitución manda que la ley haga compatibles las funciones de justicia de las autoridades de los pueblos indígenas con las del sistema de justicia nacional. Hasta el momento el Congreso Nacional no ha dictado ley alguna que haga esto posible, lo que en cierta medida legitimaría la aplicación del derecho consuetudinario en el Ecuador.
- i. El artículo 218 determina la forma en que ha de ser electo el Ministro Fiscal General de la Nación. Es obligación del Consejo Nacional de la Judicatura enviar una terna al Congreso para que con mayoría de sus integrantes se elija al titular del

Ministerio Fiscal. Recientemente fuimos testigos de una paralización en esta institución pública por cuanto ninguno de los dos organismos cumplió de la manera adecuada su obligación constitucional, permitiendo que aquí también se aplique la peculiar figura del Ministro Fiscal subrogante.

Estos, como ya señalé, son algunos ejemplos de omisiones que quedaron en el limbo jurídico sin poder ser reclamadas ante la autoridad de control constitucional. Todos tenemos el deber de respetar la Constitución y todas y cada una de las normas que en ella se consagran, y hay que considerar que no sólo acciones las violan sino también omisiones como las mencionadas. Mas aún resulta risible el hecho de que la propia Constitución, buscando subsanar una posible omisión inconstitucional de tipo legislativo, estableció una solución. En su disposición transitoria vigésima cuarta afirma que si el Congreso Nacional no expide las leyes que prevé la Constitución en los plazos fijados, el Presidente de la República tiene la obligación de enviar al Congreso los proyectos de ley, cuyo trámite será el de urgencia económica. Es evidente que en los casos ya mencionados la Función Ejecutiva también incurrió en una omisión, al no actuar frente a las omisiones del Legislativo.

Planteo entonces como mi hipótesis que es posible solucionar el problema que he presentado regulando la inconstitucionalidad por omisión y su respectiva acción en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello analizaré la institución desde la perspectiva doctrinaria en los Capítulos 1 y 2, y del derecho comparado en el Capítulo 3, para finalizar presentando mi propuesta en el Capítulo 4. Si bien se trata de una figura jurídica relativamente nueva, constitucionalistas de España, Argentina, México, Perú, entre otros, han hecho importantes contribuciones a través de estudios y publicaciones sobre el tema. Legislaciones de Brasil, Portugal, Costa Rica, Venezuela, entre otras, han incorporado ya la institución a su ordenamiento jurídico con buenos resultados. De esta forma los ciudadanos quedaron facultados legalmente a ejercer uno más de sus derechos constitucionales, el de exigir a sus representantes en la Función Legislativa y a los funcionarios públicos en general, el trabajar plenamente en su beneficio, es decir, cumpliendo como todos los mandatos constitucionales y promulgando las normas que permitan el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

CAPÍTULO 1

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1.1. Constitución y supremacía constitucional

El origen del constitucionalismo moderno parte de dos hechos conocidos por la generalidad de los entendidos en Derecho, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano originada con la Revolución Francesa de 1789. Con estos actos se fundieron las ideas contractualistas de Rousseau (El Contrato Social – 1762) y las iusnaturalistas de Paine (El Sentido Común – 1776), que por mucho tiempo se consideraron contrapuestas y originaron enfrentamientos y debate. El complemento era bastante racional. Las sociedades surgían de un acuerdo entre los hombres, quienes voluntariamente “firmaban” su contrato social, el mismo que incluía y respetaba los principios universales e inmutables que venían de la naturaleza del hombre. Así surgieron dos Constituciones que tomaban declaraciones filosóficas y las convertían en

normas positivas, dando nacimiento al constitucionalismo como lo conocemos hoy en día.

Resulta necesario entonces, para iniciar este análisis, definir el concepto de Constitución. No he querido recurrir a libro alguno para citar lo que cada autor ha dicho al respecto. A lo largo de la carrera de Derecho ya hemos estudiado las distintas concepciones aportadas al mundo jurídico por Kelsen, Lassalle, Aristóteles, entre otros. En función de ello, considero de mayor relevancia partir elaborando mi concepto personal de Constitución, en torno al cual he estudiado estos últimos años. Afirmino que Constitución es la ley suprema de un Estado, que determina los derechos y deberes de sus ciudadanos, además de los límites en torno a los cuales gira la vida institucional del gobierno que los rige. En nuestro país, el constitucionalismo indudablemente se basa en su Ley fundamental.

Al ser, como lo he mencionado en mi concepto, la Constitución el eje de la existencia de un Estado, resulta evidente determinar como conclusión obvia la existencia de un principio básico que rige cualquier Estado Constitucionalista de Derecho. Se trata del principio de supremacía constitucional, que a saber de Linares Quintana, “es la más eficiente garantía de la libertad y la dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental.”¹ Sin embargo, es importante resaltar que su origen es muchísimo anterior al del constitucionalismo moderno. Tenemos por ejemplo algunos antecedentes importantes como la *Graphé Paranomon* de la Grecia del Siglo V a.C., figura jurídica que ubicaba a la ley por sobre cualquier actuación civil y pública y que traía consigo la posibilidad de que cualquier ciudadano actúe ante la autoridad para garantizarlo plenamente, o la *Carta Magna* de Juan Sin Tierra, que en 1215 establecía la garantía de que nadie puede ser arrestado, desposeído de su libertad o de sus bienes, sin antes haber sido parte de un juicio y conforme a la ley vigente en el Estado.²

Antecedentes más cercanos son el fallo del magistrado inglés Eduard Coke, quien en 1610 declaró que cualquier ley expedida por el Parlamento debía estar limitada

¹ S. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado. Parte General. Tomo 1*, Buenos Aires, Argentina, 1953, p. 9.

² Cfr. G. BARRAGÁN ROMERO, *El control de constitucionalidad*, en Revista Iuris Dictio – Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año I, No. 2, Quito, Ecuador, 2000, pp. 82.

por los principios del *common law*, y que en el caso de oponerse a ellos, estas debían ser invalidadas. Además la segunda cláusula del Artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos, más conocida como *supremacy clause*, que dice que la Constitución, las leyes y los tratados federales de los Estados Unidos, en este orden preciso, son la ley suprema del país a la que deben sujetarse los jueces de haber disposiciones contrarias en la Constitución o leyes de cada Estado.

Estos ejemplos, que en su debido momento fueron estudiados, van de la mano de la conocida pirámide jurídica planteada por el austriaco Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho. Para él, la punta o cima de dicha pirámide es la Constitución, ley superior que cimienta los valores supremos del ordenamiento jurídico, bajo la cual se encuentran sometidas todas las demás jerarquías legales. De esta manera se concluye que cualquier norma jurídica es válida siempre y cuando no contradiga las disposiciones constitucionales, y que la Constitución, como norma jerárquicamente superior producto del trabajo de un poder constituyente, está por sobre todos y cada uno de los poderes constituidos. Cito nuevamente a LINARES QUINTANA que afirma que “Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica de las normas constitucionales, la Constitución y, con ella, todo el sistema de amparo de la libertad y la dignidad humanas que ella consagra, podría ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquella pretende limitar su actuación.”³ Así también ROLANDO TAMAYO dice que “El resultado de esta supremacía es que el orden jurídico en su totalidad, se encuentra, de alguna manera, sometido a la Constitución, y que ninguna autoridad del Estado tiene poderes o facultades por fuera de la misma.”⁴

El español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, por su parte, analiza de la siguiente manera los fundamentos de supremacía constitucional:

“ (...) la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un Reglamento vinculante. En este sentido, es la

³ S. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia...*, op.cit.; p. 9.

⁴ R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Introducción al estudio de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - U.N.A.M, México, 1989, p. 235.

primera de las ‘normas de producción’, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de la una intención fundacional, configurada de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.”⁵

Vemos así la gran importancia de la supremacía constitucional en un correcto funcionamiento de un sistema jurídico. Cada una de las normas contenidas en el principal cuerpo normativo de un Estado, constituyen un marco para el ejercicio pleno de todos y cada uno de los derechos y obligaciones de las personas que en él habitan. Jamás el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber deben rebasar las disposiciones constitucionales. Como dice SERRA, el correcto funcionamiento del Estado tiene lugar cuando “cada poder reali(za) su función según su competencia y límites constitucionales y legales, impidiendo la intromisión dentro del ámbito de otros órganos y dentro de la esfera de los particulares, determina(ndo) la configuración del Estado de Derecho, como instrumento de seguridad jurídica y límite al ejercicio irrestricto del poder.”⁶

La Constitución ecuatoriana consagra el principio de supremacía constitucional en su Artículo 272, que dice:

“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 alteren sus prescripciones.

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1988, pp. 49 – 50.

⁶ M. SERRA RAD, *Procesos y Recursos Constitucionales*, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1992. p. 78.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.”⁷

1.2. La fuerza normativa de la Constitución

Los ecuatorianos, al igual que muchos otros latinoamericanos, vivimos una despreocupación general por el sistema constitucional. Sabemos que existe una norma suprema en el ordenamiento jurídico pero pocos la leemos y le damos el lugar que corresponde, el de la norma máxima que contiene todos los principios que regulan el funcionamiento de nuestro Estado de Derecho. La única forma de generar verdadero respeto a la norma constitucional y el ajuste de nuestras actuaciones a sus preceptos, es cambiando los hábitos y costumbres de la gente y educándolos en la comprensión de la importancia de la Constitución. Esto debe ir de la mano de la fuerza normativa que evidencia la imperatividad de todas y cada una de sus disposiciones.

Como ya he señalado, la Constitución es la norma organizativa suprema de un Estado de Derecho. En ella los ciudadanos hemos consagrado nuestro contrato social. Históricamente se la veía como un conjunto de frases retóricas que contenían de manera poética las aspiraciones de todos. Hoy en día es la norma que regula el comportamiento íntegro de la sociedad, su vida jurídica plena, donde se encuentra la legitimidad del ejercicio de poderes y libertades, los mandatos imperativos generadores de derechos y obligaciones y de vínculos entre el poder público y los particulares. De aquí surge la fuerza normativa de la Constitución, es decir, su capacidad de obligar y vincular a todos los sujetos a los cuales protege.

Esta se encuentra consagrada a lo largo de varios artículos de nuestra Constitución. Tenemos por ejemplo el artículo 3 que define los deberes primordiales del Estado, en cuyo numeral 2 establece como uno de ellos “asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.”⁸ Así también el artículo 16 que señala dentro de los principios generales de los

⁷ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

⁸ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

derechos, garantías y deberes, que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.”⁹

No puedo dejar de señalar el artículo 18 que norma 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”¹⁰, además de señalar 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. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”¹¹ Finalmente, tenemos el artículo 273 que determina 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.”¹²

Estos artículos señalan con claridad y precisión este principio constitucional. El mismo radica en la aceptación social de las normas constitucionales, en la consideración popular de que constituyen el mejor instrumento de organización de un Estado. Cada uno de sus artículos debe cumplirse y acatarse, pues son disposiciones obligatorias. En conclusión la fuerza normativa de la Constitución dota al derecho en general de plena eficacia jurídica, lo que en consecuencia crea su exigibilidad y el vínculo entre los poderes públicos y los particulares.

1.3. Justicia y control constitucional

Al establecer una norma base sobre la cual emana el ordenamiento jurídico y la fuerza normativa de la misma, se consolida una garantía efectiva para el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo el tener una ley de este tipo no basta para ello. De este principio se derivan los distintos modos de protección del orden constitucional que activan lo ya mencionado. ¿Cómo saber si un acto de autoridad pública es válido?

⁹ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

¹⁰ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

¹¹ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

¹² *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

¿Cómo saber si el contenido de una ley se ajusta a los preceptos constitucionales? Ante estas interrogantes queda en evidencia la necesidad de un sistema que haga efectiva la supremacía constitucional a través de un órgano que lo declare. Respecto de la Revolución Francesa, uno de sus ideólogos más representativos, Emmanuel Joseph Sieyès, manifestó que para que exista un efectivo respeto a la Constitución, era necesaria una autoridad con el poder de anular cualquier ley o acto que le fuere contrario.

El sistema, dependiendo de la doctrina que se analice, se conoce como “defensa constitucional”, “justicia constitucional” o “control de constitucionalidad”. Este último término es el más mencionado en el mundo jurídico ecuatoriano. CHARRY UREÑA define al control constitucional como un “conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad.”¹³

Esta expresión agrupa así a un conjunto de actividades que buscan preservar el orden jurídico delineado por las normas constitucionales, así como repararlo en caso de haber sido afectado. Sin embargo esto no se queda sólo ahí, pues también es un “conjunto orgánico de instituciones y actividades que tiene por fin directo remediar los agravios generales o particulares cometidos contra la Constitución.”¹⁴ El ejercicio de este control posibilita entonces que la Constitución sea la ley suprema y que sus normas sean de carácter coercitivo. La forma de reparar las afectaciones al sistema debe estar dentro de sus propias normas como un mecanismo de autodefensa, de protección a sí misma, frente a cualquier acto que afecte sus disposiciones.

1.4. Clasificación del control constitucional

Doctrinariamente, el control constitucional adopta varias clasificaciones que han sido incorporadas por cada Estado de Derecho dependiendo sus necesidades.

¹³ J. CHARRY UREÑA, *Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano*, Editorial Banco de la República, Bogotá, Colombia, 1993, p. 73.

¹⁴ J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 1980. p. 4

Estas son tres, según el órgano que ejerce el control, la manera de ejercerlo o los efectos que produce la resolución o sentencia.

Según el órgano que ejerce el control constitucional tenemos:¹⁵

- a. Control por un órgano político: En este caso puede o no encomendarse a un órgano distinto al Legislativo, Ejecutivo o Judicial, cuya conformación es meramente política. Su planteamiento se fundamentó en el hecho de que un órgano de este tipo podía lograr que los poderes públicos se mantengan dentro de los límites de sus competencias. Uno de sus ejemplos es el Consejo de Estado establecido a partir del artículo 145 de la Constitución ecuatoriana de 1946.
- b. Control por un órgano judicial: En este sistema se confía el control a los jueces y tribunales de la Función Judicial de una Estado. Se fundamentó en el hecho de que sólo ellos tienen el conocimiento necesario del ordenamiento jurídico como para analizarlo. Tiene su origen exactamente en 1803 cuando el Juez John Marshall falló en el conocido caso Marbury vs. Madison. Este sistema está actualmente vigente en los Estados Unidos.
- c. Control por un tribunal específico: En este caso se crea un órgano especial para realizar el control constitucional, al cual se le atribuyen competencias específicas y cuyas resoluciones son de última instancia. Uno de sus ejemplos es el actual Tribunal Constitucional, instituido en nuestro país con la Constitución de 1998, partir de su artículo 275.
- d. Control mixto: Hay sistemas de control en que la competencia y jurisdicción son compartidos por un órgano de naturaleza judicial y política, dividiéndose entre ellos distintas categorías de los actos a analizarse.

¹⁵ Cfr. C. HUERTA OCHOA, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – U.N.A.M., México, México, 2001. pp. 47 a 52.

Según la manera de ejercer el control, tenemos:

- a. Sistema de Control Concentrado: Según el cual la competencia radica en un solo órgano, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad presentados por los ciudadanos, excluyendo a cualquier otro tribunal o instancia de justicia. Este órgano estatal facultado para ser el exclusivo juez constitucional puede ser la Corte Suprema de la Justicia a través de una de sus salas, como la punta de la jerarquía judicial en un Estado, o una Corte o Tribunal Constitucional, creado por mandato expreso de la norma suprema, dentro o fuera de la jerarquía judicial. En Latinoamérica de manera general lo realiza la Corte Suprema de Justicia, salvo los casos de Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile, que cuenta con Tribunales Constitucionales.
- b. Sistema de Control Difuso: Por medio de este, cualquier tribunal o juez tienen la facultad de declarar inaplicable, en el caso que está conociendo, una ley o norma de inferior jerarquía cuando esta contradiga las disposiciones constitucionales.

Finalmente, según el efecto que produce la resolución o sentencia, puede ser:

- a. Control Abstracto: Tiene lugar cuando la sentencia del órgano competente deroga la norma inconstitucional, generando efectos *erga omnes*, es decir, con validez para todos los ciudadanos. Se afirma que esto tiene lugar en los sistemas que aplican un sistema de control concentrado.
- b. Control Concreto: Tiene lugar cuando la sentencia únicamente surte efectos respecto del caso particular que se analiza, es decir, *inter partes*, continuando en vigencia la ley inaplicada. Generalmente este tipo de control va de la mano con el control difuso de constitucionalidad.

1.5. El control constitucional en Ecuador

En el caso del Ecuador, hemos tenido todos y cada uno de estos tipos de control en distintas épocas de la vida republicana, a través del Consejo de Estado, la Corte Suprema, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Constitucional. Nuestra Constitución vigente desde 1998, incorporó en su Título XIII las normas referentes a la supremacía, control y reforma de la Constitución, cuya aplicabilidad se complementa con las disposiciones de la Ley Orgánica de Control Constitucional. En conformidad con ellas, se crea el Tribunal Constitucional como un órgano independiente de la Función Judicial así como del resto de Funciones del Estado, con personería jurídica de derecho público y autonomía administrativa y presupuestaria, cuya jurisdicción es nacional. El Artículo 3 de la mencionada Ley Orgánica, afirma la supremacía de este órgano, ubicando al Tribunal Constitucional como “órgano supremo del control constitucional (...).”¹⁶ Podríamos en este punto hablar de un control concentrado y abstracto de la constitucionalidad llevado a cabo por un tribunal específico, de acuerdo con las clasificaciones expuestas.

Sin embargo la propia Constitución en otro de sus artículos, el 274, contempla la posibilidad de que cualquier juez o tribunal declare inaplicable un precepto jurídico que considere contrario a la norma suprema, respecto del caso que está conociendo. Es decir, faculta a una instancia distinta al Tribunal Constitucional a realizar un control de la constitucionalidad. Tendríamos entonces en este caso un control difuso y concreto llevado a cabo por un órgano judicial. Es claro entonces que en nuestro país rige un sistema mixto de control de la constitucionalidad.

Ahora bien, es necesario analizar las competencias del Tribunal Constitucional para entender plenamente el tipo de control que ejerce. Tenemos que el Artículo 276 de la Constitución determina como competencias las siguientes:

1. “Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por

¹⁶ *Ley Orgánica de Control Constitucional*. R.O. 99 – 2 de Julio de 1997.

órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.
3. Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo.
4. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.
5. Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional.
6. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.
7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes.”¹⁷

La principal ley complementaria de la Constitución en materia de control y sus procesos, es la Ley Orgánica de Control Constitucional. Este cuerpo legal, cuya rango jerárquico en la pirámide kelseniana así como en la Ley suprema, es inmediatamente inferior al constitucional, ratifica las competencias del Tribunal Constitucional. En su artículo 12 señala que son sus atribuciones y deberes:

1. “Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, de leyes, decretos – leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas; y de ser el caso, suspender total o parcialmente sus efectos;
2. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de actos administrativos de cualquier autoridad pública; y si lo fueren, dejarlos sin efecto. El órgano administrativo deberá adoptar las medidas

¹⁷ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

necesarias para evitar que se repita la violación de la norma constitucional;

3. Conocer y resolver las resoluciones que denieguen los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo; así como conocer las providencias que suban en consulta en el caso del recurso de amparo;
4. Resolver respecto de las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes;
5. Dirimir los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución;
6. Conocer los informes que se le presenten sobre declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por las salas de la Corte Suprema de Justicia o por los demás tribunales de última instancia; y resolver con carácter de obligatoriedad general la inaplicabilidad de un precepto legal si fuere contrario a la Constitución. Tal resolución no tendrá efectos sobre el fallo.

Para el cumplimiento de lo prescrito en el inciso anterior, la Sala de la Corte Suprema o el respectivo tribunal de última instancia, remitirá al Tribunal Constitucional el correspondiente informe, dentro de los siguientes treinta días de haberse ejecutoriado la sentencia o auto; y,

7. Ejercer las demás atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes.”¹⁸

En conclusión, una vez revisadas y estudiadas las competencias que se le otorga al Tribunal Constitucional en estos dos textos normativos, es posible afirmar que le corresponde garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de las instituciones de la acción de amparo, hábeas corpus y hábeas data, dirimir conflictos de competencia, resolver sobre ciertas quejas y reclamaciones, además de otras competencias establecidas en otros cuerpos legales. Sin embargo, respecto del tema que interesa para este trabajo, es posible decir que realiza cuatro tipos de control de constitucionalidad.

¹⁸ *Ley Orgánica de Control Constitucional*. R.O. 99 – 2 de Julio de 1997.

En primer lugar, le corresponde actuar conforme al control concentrado de constitucionalidad, pues conoce y resuelve demandas de inconstitucionalidad planteadas sobre cualquier acto normativo en vigencia. Como ya mencioné, su sentencia se basa en un control abstracto, es decir, que al analizar la norma en contraposición con la Constitución, en caso de no estar acorde a ella, la elimina del ordenamiento jurídico para evitar así su aplicación futura, produciendo efectos para todos los ciudadanos.

En segundo lugar, actúa respecto del control difuso de constitucionalidad. Una vez que cualquier juez o tribunal, actuando según lo dispuesto en el ya mencionado Artículo 274 de la Constitución, declara inaplicable una norma respecto del caso que está conociendo por considerarla inconstitucional, le corresponde remitir un informe al Tribunal Constitucional. Esta inaplicabilidad rige sólo respecto al caso particular, hasta que este último resuelva respecto de ella y determine su validez. De ratificarla, aquello que era *inter partes* pasa a ser *erga omnes*.

En tercer lugar, le corresponde hacer un control preventivo de constitucionalidad, es decir, antes de que una normativa entre a formar parte del ordenamiento jurídico. Este tiene lugar en dos casos. Cuando el Presidente de la República objeta, o veta, parcial o totalmente por inconstitucional, un proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, debe remitírselo al Tribunal Constitucional para que dictamine al respecto. Si confirma la inconstitucionalidad total se archiva el proyecto de ley, si se confirma lo parcial, se devuelve a la Legislatura para su rectificación. Además, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los tratados y convenios internacionales y su conformidad con las normas constitucionales. Su dictamen previo puede resultar determinante en este aspecto, pues la entrada en vigencia de dicho tratado internacional podría depender de una reforma constitucional.

Finalmente, el Tribunal puede realizar un control de constitucionalidad de los actos administrativos expedidos por cualquier autoridad pública. Si declara la inconstitucionalidad de uno de ellos, la consecuencia inmediata es su revocatoria, terminando cualquier efecto jurídico que el acto pudiera producir respecto del administrado, es decir, protegiendo sus derechos y garantías constitucionales.

1.6. El proceso constitucional

Previo al tratamiento del proceso constitucional en sí, considero necesario hacer una corta introducción sobre la rama del Derecho que lo ampara. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ define al Derecho Procesal Constitucional como “el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.”¹⁹ Por su parte, SAGÜÉS va más allá y afirma que “en el derecho procesal constitucional no sólo hay normas, sino también hechos, valores y conductas que evidencian actos de poder, de influencia, de mando y de obediencia.”²⁰ Personalmente, me quedo con la definición de SERRA que conceptúa esta rama como “la disciplina jurídica integrada por las normas, principios, comportamientos sociales y valores jurídico – políticos, que instrumentan jurisdiccionalmente la supremacía constitucional, a través de la regulación de los requisitos, contenidos y efectos de los procesos constitucionales y de la magistratura constitucional.”²¹ Es evidente que se trata de una definición completa que no se queda simplemente en el conjunto de normas, lo que comúnmente vemos en definiciones simples de disciplinas jurídicas, sino que engloba todos aquellos factores que articulan el buen funcionamiento de las mismas, tomando además el elemento ya tratado de la supremacía constitucional.

Autores como Serra, Sagüés, González Pérez, Bidart Campos, entre otros, señalan que el Derecho Procesal Constitucional se compone de dos partes básicas: los procesos constitucionales y la magistratura constitucional. Respecto de esta última, HITTERS señala que resulta difícil determinar los componentes de la misma, sin embargo afirma que esta comprende “el debido proceso legal, las garantías de las partes, las categorías de la jurisdicción y las garantías judiciales”,²² todas ellas instituciones que sin lugar a dudas tienen vinculación directa con la rama del Derecho en estudio.

¹⁹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1980, p. 49.

²⁰ N. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 868.

²¹ M. SERRA RAD, *Procesos y Recursos...* op.cit.; p. 38

²² J. HITTERS, *El Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Platense, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 886.

Sobre los procesos constitucionales, afirmo que son los distintos procedimientos previstos para atacar, de manera preventiva o reparadora, todo acto normativo que se oponga a la Constitución, y para defender todos y cada uno de los derechos fundamentales que esta consagra. A su vez, los temas que trata el proceso constitucional de manera general, y que resultan aplicables según la legislación ecuatoriana, son los siguientes:

- a. Tutela de la supremacía constitucional: vinculada con las acciones y recursos de inconstitucionalidad.
- b. Tutela de los derechos fundamentales: vinculada con las acciones de hábeas corpus, hábeas data y amparo.
- c. Procesos relacionados con la atribución de competencias: vinculados específicamente a los conflictos de competencia entre poderes del Estado o instituciones públicas.

Sobre el primer tema, la Constitución, como ya hemos visto, únicamente las señala en el Artículo 276 como una de las competencias del Tribunal Constitucional. Los dos artículos siguientes hacen referencia únicamente a la legitimación activa y a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Es la Ley Orgánica de Control Constitucional la que trata de manera más particular al proceso constitucional respectivo. Tenemos así el Capítulo III, artículos 18 a 22, respecto de la inconstitucionalidad de los actos normativos, en el que además de ratificar la legitimación activa ya mencionada, se incluyen las etapas procesales respecto al contenido de la demanda, su calificación y contestación, su resolución y los efectos de la misma.²³ El Capítulo IV, artículos 23 a 26, se refiere a la inconstitucionalidad de los actos administrativos, refiriéndose a la legitimidad para demandar, al trámite y los

²³ *Ley Orgánica de Control Constitucional*. R.O. 99 – 2 de Julio de 1997.

efectos de la resolución.²⁴ El Capítulo V, artículos 27 y 28, trata las objeciones de inconstitucionalidad ya explicadas anteriormente.²⁵

Respecto del segundo tema, las instituciones del hábeas corpus, hábeas data y amparo, están consagradas constitucionalmente. Dentro del Capítulo VI del Título III de nuestra Constitución se determina extensamente a través de tres Artículos (93, 94 y 95) cada uno de ellos. Sin embargo los aspectos procesales si están regulados por la Ley Orgánica de Control Constitucional. De esta manera, los Artículos 30 a 33 se refieren al hábeas corpus, los Artículos 34 a 45 al hábeas dato y los Artículos 46 a 58 al amparo constitucional.

Finalmente, la dirimencia en casos de conflictos de competencia está consagrada como una de las competencias del Tribunal Constitucional de acuerdo a la Constitución, mas su trámite se encuentra regulado por un artículo único en la Ley Orgánica de Control Constitucional.

²⁴ *Ley Orgánica de Control Constitucional*. R.O. 99 – 2 de Julio de 1997.

²⁵ *Ley Orgánica de Control Constitucional*. R.O. 99 – 2 de Julio de 1997.

CAPÍTULO 2

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

2.1. Conceptos doctrinarios

En el mundo del Derecho Constitucional ha tomado fuerza en los últimos años la institución de la inconstitucionalidad por omisión. La razón es simple, pues la Función Legislativa en muchos países ha dejado de lado su deber principal de ser un órgano generador de leyes llegando incluso a incumplir mandatos constitucionales. Es así que los doctrinarios encontraron la solución para la inactividad del legislador, creando esta novedosa institución jurídica que día a día gana tanto adeptos como detractores. Para entender de mejor manera el concepto de la inconstitucionalidad por omisión, considero necesario desglosar el mismo respecto a los dos términos que lo componen.

Se entiende por inconstitucionalidad el “quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del Parlamento, por decretos-leyes o actos del

gobierno.”²⁶ Se trata de una conducta que viola la ley suprema de un Estado, que ataca la raíz del ordenamiento jurídico. Como bien señala el concepto presentado de CABANELLAS, no se trata únicamente de una acción legislativa la que puede configurar una inconstitucionalidad, sino toda actuación que vulnere las disposiciones y preceptos constitucionales.

Respecto de la definición de omisión, es la “abstención de hacer; inactividad; quietud.”²⁷ En las primeras materias de Derecho se acostumbra enseñar que la conducta jurídica puede tomar dos formas, la de hacer y la de no hacer. Mientras la una implica una manifestación positiva, una acción que se exterioriza, la otra es una manifestación negativa que nunca llega a exteriorizarse. Como bien lo señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “fue el sentido jurídico penal de omisión el que se tuvo en cuenta y se trasladó al derecho constitucional para aludir a la institución que estamos considerando.”²⁸ Este criterio lo comparto plenamente pues no podemos olvidar que los delitos ocurren tanto por acción como por omisión, y en función de estas dos formas de conducta, se tipifican los delitos. De la misma manera que ocurre en el Derecho Penal, en el Constitucional debe entenderse a la omisión como un dejar de hacer, de alguien que tiene una obligación de actuar, que rompe con las disposiciones jurídicas.

Inicialmente debo partir haciendo una conjunción de estas dos definiciones para llegar a un concepto de nuestra institución. Básicamente, la inconstitucionalidad por omisión sería un quebrantamiento de la letra de la Constitución a causa de una abstención de hacer, inactividad o quietud por parte del órgano o institución constitucionalmente obligado a cumplir un mandato determinado. Sin embargo es necesario analizar ciertos conceptos propuestos por la doctrina antes de generar una definición propia sobre la cual trabajar.

²⁶ G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental. Décimoquinta edición*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 201.

²⁷ *Ibid.*, p. 281.

²⁸ J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, Ensayo publicado en M. CARBONELL, Coordinador, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM., México, México, 2003, p. 21.

Se tiene un primer grupo que entiende la inconstitucionalidad por omisión de una manera amplia, es decir, cuando la inacción proviene del poder público en general. La disposición constitucional contiene una obligación hacia cualquier poder constituido, sea este Ejecutivo, Legislativo o Judicial, o cualquier órgano administrativo de cada uno de ellos. Entre los autores que conceptúan a la institución de manera extensa tenemos los siguientes:

- El maestro portugués JORGE MIRANDA estima que “la inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa, que resulta de la inercia o el silencio de cualquier órgano de poder, el cual deja de llevar a cabo en cierto tiempo un acto exigido constitucionalmente.”²⁹ Queda claro que la posición de este autor abarca la inacción proveniente de cualquier funcionario público, cuyo “no hacer” atenta contra las normas constitucionales, sea este el Presidente de la República, un Ministro de Estado, un Juez, o el Congreso Nacional. No radica en una sola institución, sino en todas aquellas que ostentan poder público.
- El autor italiano NICOLÒ TROCKER por su parte sostiene que “la omisión consiste en un no hacer que se convierte en violación de una obligación de actividad proveniente de una norma constitucional.”³⁰ Resulta evidente la generalidad con la que el autor trata a la institución sin establecer detalles que permitan colegir al tipo de inactividad a la que se refiere, concluyendo por lo tanto que abarca todo tipo de violaciones constitucionales que se derivan de un no hacer respecto de una obligación contenida en la ley suprema.
- El reconocido constitucionalista argentino NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS en varias de sus obras ha determinado la inconstitucionalidad por omisión. Ha dicho que

²⁹ Libre traducción del autor, en portugués el original: “a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela constituido.” J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Vol. II.*, Editorial Coimbra, Coimbra, Portugal, 1993. p. 338.

³⁰ Libre traducción del autor, en italiano el original: l’omissione consiste in un non-fare che costituisce violazione di un obbligo di attività discendente da una norma costituzionale.” N. TROCKER, *Le omisión del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà*, Archivio Giuridico, Roma, Italia, 1970, p. 88

“aludimos a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta”³¹ y que “se plantea tanto en cuanto actos individuales impuestos por la Constitución (...) 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) (...)”³² Esta definición conjunta es muy clara y no necesita otra explicación complementaria alguna.

- El constitucionalista peruano GERARDO ETO CRUZ señala que “la inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un tiempo razonable, ocasionando por ello un perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar a su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador.”³³ En esta definición si bien se menciona que cualquier órgano de poder puede incurrir en la omisión constitucional, se finaliza señalando únicamente al Poder Legislativo. Sin embargo es importante señalar que este autor se ha manifestado por la tesis amplia de concepción de nuestra institución.

El segundo grupo de doctrinarios por su parte sostiene la inconstitucionalidad por omisión de manera más reducida, pues esta sólo tiene lugar cuando la Función Legislativa no cumple con un mandato constitucional. Se trata de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Entre los autores que la conceptúan de manera reducida a inacción de una función o poder específico del Estado, tenemos:

³¹ N. SAGÜÉS, *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Ius et Veritas, No. 5, p. 38.

³² N. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo 1*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 111.

³³ G. ETO CRUZ, *La inconstitucionalidad por omisión. Doctrina constitucional*, Editorial Trujillo, Lima, Perú, 1992, p. 242.

- El profesor italiano NICOLA PICARDI, quien señala que “por omisión del legislador se entiende una situación caracterizada, por una parte, de un precepto constitucional que describe un determinado comportamiento del legislador (...) y por otra, un comportamiento concreto del legislador que contrasta, en todo o en parte, con lo descrito por el precepto constitucional.”³⁴ Queda claro que este autor ata a nuestra institución con el no hacer de la Función Legislativa, no dando cabida a ningún otro poder público que irrespete los mandatos constitucionales.
- El tratadista español JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ define la inconstitucionalidad por omisión 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.”³⁵
- Otro español, LUIS AGUIAR DE LUQUE la conceptúa como “una violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto.”³⁶
- El peruano JUAN CARLOS MORÓN URBINA define a la inconstitucionalidad por omisión como “la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional.”³⁷ Sin embargo es importante notar que en esta definición solo se hace referencia al caso de que el legislador no reglamente principios constitucionales, mas no a la creación y reforma de leyes conforme a mandatos de la ley suprema.

³⁴ Libre traducción del autor, en italiano el original: “per omissione del legislatore si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precepto costituzionale che describe un determinato comportamento del legislatore (...), per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precepto costituzionale.” N. PICARDI, *Le sentenze integrative de la Corte Costituzionale.*, Roma, Italia, 1977, p. 599.

³⁵ J. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General y Derecho Comparado.*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1998, p. 81.

³⁶ L. 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, Num. 24, Madrid, España, 1987, p.25.

³⁷ J. MORÓN URBINA, *La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad*, Revista Jurídica del Perú, Num. III y IV, Lima, Perú, Julio a Diciembre de 1988, p. 349.

- El tratadista español JESÚS CASAL señala que “(...) la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía.”³⁸ Es evidente que este autor junta el concepto de inconstitucionalidad por omisión con el de omisión legislativa, restringiendo claramente su concepto.

2.2. Clasificación de la inconstitucionalidad por omisión

2.2.1. Omisión administrativa y omisión legislativa

El primero se refiere a la inconstitucionalidad por omisión administrativa, la que se produce por la inactividad de los funcionarios públicos en general respecto del mandato constitucional concreto que establece una actuación determinada. El segundo se relaciona con la inconstitucionalidad por omisión legislativa, que restringe la infracción al no cumplimiento por parte de la Función Legislativa de un mandato constitucional específico que determina la expedición o reforma de una ley.

2.2.2. Omisión por mora y omisión por negación

El maestro argentino SAGÜÉS propone esta clasificación. En el primer caso tenemos a la omisión que tiene lugar cuando no se ha actuado en un período determinado de tiempo, cumpliendo el mandato constitucional. Este a su vez puede ser: inercia en adoptar una decisión concreta, mora en la ejecución y tardanza en la producción de normas generales. En el segundo caso tenemos una omisión que va de

³⁸ J. CASAL, *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*, Ensayo publicado en E. FERRER MAC GREGOR, *Derecho Procesal Constitucional. Tomo II*, Editorial Porrúa, México, México, 2002, p. 1780.

la mano con una acción, pues el legislador cumplió con el mandato constitucional pero sólo de manera parcial, excluyendo de manera arbitraria a un grupo de beneficiarios. Generalmente rompe con el principio de igualdad ante la ley.

2.2.3. Omisión que afecta o no derechos fundamentales

El español JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ distingue estos dos tipos de inconstitucionalidad por omisión. La omisión inconstitucional que afecta derechos fundamentales tiene lugar cuando el legislador o cualquier poder administrativo, con su inacción, no genera leyes que puedan volver eficaces a los derechos de segunda y tercera generación. Como bien hemos estudiado, estos para ser eficaces requieren actuaciones legislativas que normen de mejor manera lo preceptuado en la ley suprema. En el caso de que la inactividad del legislador o el funcionario público no vulnere derechos fundamentales, se configura el segundo tipo contemplado en esta clasificación.

2.2.4. Omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa

Esta división fue propuesta por el magistrado del Tribunal Constitucional alemán W. Wessel, la misma que en repetidas ocasiones es mencionada en sentencias de la jurisdicción constitucional de varios países latinoamericanos como Argentina y Colombia. Según este autor, se considera una omisión constitucional absoluta cuando falta la norma que regula el mandato constitucional concreto, mientras que es relativa cuando existe una “actuación parcial que disciplina alguna de las relaciones pero no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad.”³⁹

³⁹ Sentencia de la Sala Primera de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Mendoza sobre la causa No. 75.159. “Bank Boston N.A en j 6454/185.940 Correas, Edmundo J. c/Bank Boston p/Acción de amparo s/ Inc. Cas.” 18 de Septiembre de 2003. Disponible en: (<http://www.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/textos.php?id=209451%20>)

2.2.5. Omisión legislativa formal y omisión legislativa material

Nuevamente el español JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ determina otra clasificación de la institución estudiada. Así, considera que existe una omisión legislativa formal cuando hay una omisión total o parcial respecto del mandato constitucional. Es material cuando el legislador dicta la ley cumpliendo con la orden de la ley suprema pero violando sus principios materiales. Es posible entonces colegir, respecto de estas dos últimas clasificaciones mencionadas, que las omisiones legislativas absolutas son siempre formales y las relativas pueden ser materiales o formales.

2.3. Definición personal

Una vez mencionadas varias concepciones doctrinarias de la inconstitucionalidad por omisión quiero afirmar que personalmente me alinee con aquellos que la conceptúan de una manera amplia. Considero que la Constitución contiene mandatos específicos para todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional, así como para varios funcionarios públicos no únicamente para la Función Legislativa. Por lo tanto, enmarca su conducta en una inconstitucionalidad por omisión, el Presidente de la República que no envía una terna al Congreso Nacional para nombrar una autoridad de control, la Función Legislativa que no dicta las leyes para dar eficacia a la unidad jurisdiccional, o la Corte Suprema de Justicia cuando no contribuye a la conformación del Consejo Nacional de la Judicatura. No resulta lógico regular la institución de manera limitada, impidiendo que la Constitución tenga total eficacia respecto de sus mandatos y disposiciones.

En función de ello, propongo entonces mi definición personal de la institución en estudio.

La inconstitucionalidad por omisión es el incumplimiento parcial o total de un mandato constitucional concreto, por parte de cualquier poder constituido o sus instituciones públicas, dentro del plazo fijado en la propia Constitución o uno

razonable considerado por la autoridad constitucional, atentando contra la supremacía constitucional y su fuerza normativa.

Descomponiendo mi definición es posible analizar cada una de las partes que la componen.

- a. Incumplimiento parcial o total.- Como ya hemos visto, tanto en las distintas concepciones doctrinarias como en la clasificación de la inconstitucionalidad por omisión, esta puede darse cuando no se cumple con el mandato constitucional o cuando el mismo se realiza de manera incompleta, es decir, se regula únicamente una parte de lo ordenado. Para ilustrar de mejor manera esto podemos recurrir a un caso ocurrido en nuestro país. La disposición transitoria número cuarenta y tres de nuestra Constitución vigente determina que el Congreso Nacional debió expedir la ley que establezca la autonomía del Registro Oficial en el plazo de un año, el mismo que venció el 11 de Agosto de 1999. Hasta el momento no se ha cumplido con este mandato constitucional, por lo que se ha incurrido en un incumplimiento total. Por otra parte tenemos que la disposición transitoria número veinte y siete señala que se debe implantar el sistema oral un plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará sus instalaciones. El plazo venció el 11 de Agosto de 2002 y la Legislatura sólo reformó tardíamente el Código del Trabajo en el año 2003, incumpliendo parcialmente la obligación constitucional.

- b. De un mandato constitucional concreto.- Para que opere la inconstitucionalidad por omisión es necesaria la existencia de una disposición o norma constitucional imperativas de cumplimiento obligatorio. Se trata de un mandato, entendiéndose este como la “línea de actuación impuesta como obligatoria a un representante (diputado, concejal, delegado, congresista en asociaciones, juntas o partidos)”⁴⁰, es decir, una orden expresa a quien ejerce una determinada función desde la cual, con su actuación, puede llevar a cabo la misma. La concreción del mandato tiene su

⁴⁰ G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico...* p. 248.

fundamento en el sentido en que es necesario que la norma establezca de manera precisa y directa la tarea a realizarse. Su abstracción produciría confusión respecto de la labor que se debe cumplir y por lo tanto quedaría sujeta a criterios subjetivos que harían difusa a la acción de inconstitucionalidad por omisión.

- c. Por parte de cualquier poder constituido o sus instituciones públicas.- En este mismo capítulo se presentó las distintas concepciones doctrinarias que enmarcan a la inconstitucionalidad por omisión de manera amplia y de manera restringida. Como ya lo mencioné me apego a la primera categoría. En función de ello, no se puede únicamente emparejar a la institución con la inactividad del Poder Legislativo, pues los otros poderes del Estado, así como varias instituciones públicas, han recibido mandatos concretos por parte de la Constitución vigente, los mismos que no se han cumplido. No sólo incurre en una omisión constitucional el legislador que no ha logrado la unidad jurisdiccional en el Ecuador, sino el Presidente de la República que no ha enviado al Congreso la terna para elegir Procurador General del Estado, o el Consejo Nacional de la Judicatura que no ha cumplido con su parte en la designación de Fiscal General de la Nación. Resultaría poco práctico el incluir en una reforma constitucional o en el texto de una nueva Constitución una institución a medias que impida a los ciudadanos actuar frente a la inacción de todas y cada una de las autoridades públicas.
- d. Dentro del plazo fijado por la propia Constitución o uno razonable considerado por la autoridad constitucional.- Señalando de manera expresa en la definición estas dos alternativas estamos previendo las dos posibilidades existentes respecto del tiempo y su relación con nuestra institución. La norma constitucional puede fijar un plazo dentro del cual se debe cumplir con el mandato concreto, o simplemente puede dejar abierto el mismo para su realización. En el primer caso, se configura la omisión constitucional cuando la autoridad o poder público respectivo no ha actuado dentro del plazo fijado por la propia norma que contiene el mandato. En el segundo, entra en juego la subjetividad de la autoridad para establecer lo considerado como un plazo razonable, pues la disposición constitucional ordena

llevar a cabo una tarea pero no señala cuando debe hacerlo. En este caso, el plazo razonable debe ser determinado por la autoridad constitucional una vez que el legitimado activo ha iniciado su acción. La lógica es muy simple, pues no por el pretexto de la ausencia de un plazo se puede dejar a la eternidad el desarrollo de lo mandado por la Constitución. Este lapso de tiempo debe ser considerado en función de ciertos criterios subjetivos como la realidad política del Estado, la urgencia de la regulación, entre otros. Cabe recalcar que a mi criterio, es la autoridad constitucional la encargada de establecer el mismo, pues no se debe entregar su determinación a otro poder o autoridad pública que podría incurrir en una omisión constitucional.

- e. Atentando contra la supremacía constitucional y su fuerza normativa.- Al iniciar este trabajo mencioné estos dos principios como los principales rectores de la Constitución en un Estado de Derecho. Es precisamente este cuerpo normativo la base de la cual se genera todo el ordenamiento jurídico y además sus disposiciones obligan y vinculan, por lo que la inconstitucionalidad por omisión, la inacción de una autoridad pública vista como un incumplimiento de una de ellas, viene a ser una violación al principio de supremacía constitucional y su fuerza normativa. El momento en que tiene lugar una omisión de los varios tipos estudiados, la Constitución pierde eficacia y validez, y al dejarlo sin sanción, en cierta forma se la deslegitima frente a los ciudadanos. Todos y cada uno de los artículos constitucionales se incorporaron con el claro objetivo de ser respetados y cumplidos a cabalidad, no como un adorno retórico ineficaz e ineficiente. Estos principios deben ser respetados, y una de las formas de hacerlo es regulando la institución objeto de mi análisis.

2.4. Argumentos de admisión de la institución jurídica de la inconstitucionalidad por omisión

No existe discusión alguna frente al hecho de que las normas constitucionales, así como cualquier otra norma legal, pueden ser violadas por acción y por omisión. Es

clara además mi posición a favor de la regulación de la inconstitucionalidad por omisión dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo considero necesario presentar los argumentos a favor y en contra que se han planteado respecto de ella. Los primeros son evidentemente fundados en principios, mientras que los segundos son objeciones respecto de la posibilidad práctica de consagrar jurídicamente la institución. Sólo conociendo las dos posiciones podemos sacar nuestras propias conclusiones y ubicarnos en una de ellas.

2.4.1. Argumentos a favor

Los constitucionalistas que se muestran favorables respecto de la legislación de la inconstitucionalidad por omisión basan su criterio en los dos principios que ampliamente analicé en el primer capítulo de este trabajo: la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. Simplemente es necesario recalcar su importancia como los argumentos positivos, pues son estos los que determinan la sujeción de todos y cada uno de los ciudadanos, así como de los poderes públicos constituidos, a la norma suprema del Estado. Sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento para todos. Así lo señala el numeral 1 del artículo 97 al consagrar que los ciudadanos tienen el deber de “acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”⁴¹ Ninguna autoridad pública tiene un poder fuera de la Constitución, pues está sometida a ella. Por lo tanto el simple hecho de no acatar sus disposiciones genera una violación que debe ser controlada obligando la generación de la respectiva acción que la pone fin.

2.4.2. Argumentos en contra

- a. Sustitución del poder legislativo.- Existe la posibilidad de que la norma que tipifique la inconstitucionalidad por omisión otorgue a la institución de control constitucional la facultad de dictar la legislación que los legisladores no realizaron. En este caso se estaría concediendo a otro órgano una atribución exclusiva de la

⁴¹ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

Función Legislativa, sustituyéndolo en sus tareas y rompiendo además con el principio de división de poderes existente en un Estado de Derecho.

- b. Cambio en la función del órgano de control constitucional.- Tradicionalmente se ha señalado que el Tribunal o Corte Constitucional actúa como legislador negativo, eliminando del ordenamiento jurídico cualquier norma que contradiga las supremas disposiciones contenidas en la Constitución Política de un país. Al conferir a los mismos la potestad señalada en el literal anterior de generar la norma objeto de la omisión, estarían pasando a ser legisladores positivos, generadores de normas.
- c. Se atenta contra la libertad de conformación del legislador.- Este concepto debe entenderse como la libertad que tiene el legislador de analizar la conveniencia y oportunidad de la promulgación de la norma contenida en la Constitución, para así articular el programa constitucional. Al intervenir el órgano de control constitucional y actuar, no se considera ninguno de estos puntos y simplemente se genera la norma omitida, lo que podría romper con los aspectos programáticos establecidos por la Función Legislativa.
- d. La relatividad del tiempo.- Se señala como uno de los argumentos en contra más fuertes al hecho de que nuestra institución está íntimamente vinculada al tiempo. El mismo, en aquellos casos en que la norma constitucional no establece un plazo, debe ser determinado por la autoridad de control utilizando su criterio totalmente subjetivo. Resulta entonces que la inconstitucionalidad por omisión acarrearía en estos casos incertidumbre e inseguridad jurídica.

CAPÍTULO 3

LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

3.1. Introducción

A lo largo del trabajo ha quedado demostrada la importancia de la institución jurídica de la inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo hoy en día son pocos los Estados de Derecho que la han incluido en sus textos constitucionales, siendo estos mayoritariamente latinoamericanos. La jurisprudencia sobre el tema, ha sido desarrollada por países europeos, cuyas leyes supremas no incorporan de manera positiva la institución en estudio.

Comparar es confrontar. Para algunos doctrinarios el derecho comparado es una disciplina científica autónoma mientras que para otros es simplemente un método. Personalmente me inclino más a aceptar esta segunda propuesta pues en realidad es un método comparativo, es decir, una técnica especial de estudio de ordenamientos jurídicos basada en la contraposición de ideas y su respectivo análisis. No podría jamás ubicarlo en el grupo de los primeros doctrinarios. La razón es muy simple, pues no es permanente y existe sólo cuando uno quiere utilizarla, y en especial no es autónoma, ya

que requiere de la existencia de una verdadera rama del Derecho sobre la cual va a actuar. Por ello tenemos Derecho Mercantil Comparado, Derecho Penal Comparado, Derecho Civil Comparado, y entre ellos también encontramos la parte que nos incumbe en el presente caso, el Derecho Constitucional Comparado.

Sobre nuestra materia en estudio, es necesario mencionar que una comparación jurídico – constitucional es un proceso complejo que involucra varios elementos técnicos y procedimientos, que comprende una serie de pasos que llevan a una ordenación sistemática y racional. Es evidente, por lo tanto, que la simple comparación de normas o de instituciones no constituye Derecho Constitucional Comparado. Este requiere más que la constatación de la existencia de semejanzas o diferencias. Para no ahondar en estos temas, podemos resumir los elementos técnicos a considerarse en los siguientes:

- a. Número de ordenamientos constitucionales que se va a comparar, es decir, el escogimiento previo de que normas van a ser estudiadas.
- b. Existencia de criterios racionales de comparabilidad, es decir, un presupuesto básico de comparación jurídica.
- c. Modo de conocimiento del objeto a comparar, pues resulta vital conocer de manera directa general el derecho extranjero y de manera particular la institución en estudio.
- d. Definición de los contextos de los ordenamientos en estudio, pues cada institución jurídica proviene de un entorno distinto y es producto de variadas vigencias sociales.

Un método de derecho comparado consiste en realizar un estudio comparativo a través de tres fases sucesivas, a las cuales la doctrina ha llamado la regla de las tres “C”: conocer, comprender y comparar. Estas etapas metódicas se desarrollan en este orden, y cada una de ellas depende directamente de la anterior, así

es necesario conocer para comprender, y a su vez comprender para comparar. Antes de entrar a nuestro análisis comparado de la institución en el Derecho Constitucional, quisiera explicar brevemente cada una de estas fases de procedimiento metodológico para así entender mejor los resultados finales.

En la primera fase, la de conocer, se fija la institución jurídica sobre la cual se va a trabajar a fin de delimitar de mejor manera el área de estudio. Se estudia tanto la doctrina como el ordenamiento jurídico nacional como punto de partida. En la segunda, de comprender, se analiza el entorno de la institución, su contexto, sus fundamentos y elementos determinantes. Finalmente, comparar consiste en examinar los ordenamientos extranjeros con el objeto de establecer semejanzas y diferencias respecto de la institución en cada uno de ellos. Una vez examinada toda la realidad jurídica es posible sacar las respectivas conclusiones.

Vista brevemente la parte teórica, quiero definir los parámetros en torno a los cuales realizaré este estudio de derecho comparado. Considero que los necesarios son: la competencia, el tipo de omisión protegida, la legitimación activa y los efectos que tiene la resolución o sentencia.

3.2. En Europa

3.2.1. La República Portuguesa

La Constitución de la República Portuguesa tal y como la conocemos hoy en día, entró en vigor el 25 de Abril de 1976 y ha sufrido siete procesos de revisión: 30 de Septiembre de 1982, 8 de Julio de 1989, 25 de Noviembre de 1992, 20 de Septiembre de 1997, 20 de Noviembre de 2001, 24 de Julio de 2004 y 12 de Agosto de 2005. El texto constitucional inicial y sin reformas trataba a la institución de la siguiente manera:

“Artículo 279. De la inconstitucionalidad por omisión.- 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.”

Hoy en día, con la séptima reforma constitucional vigente desde 2005, la institución está regulada de manera distinta. Así tenemos lo siguiente:

“Artículo 283. Inconstitucionalidad por omisión.-

1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las Asambleas Legislativas de las regiones autónomas, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.
2. Cuando el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.”

Respecto de este artículo es posible sacar en conclusión previa entonces, los puntos comunes a comparar.

La competencia para conocer de la inconstitucionalidad por omisión radica en el Tribunal Constitucional de Portugal, cuya organización, funcionamiento y procedimiento se encuentra regulado por la Ley 28/82 de 15 de Noviembre de 1982.⁴²

El numeral 1 del artículo citado nos deja claramente ver que el alcance de la inconstitucionalidad por omisión es sólo respecto de los actos legislativos, o medidas que se requieren para efectivizar las normas constitucionales. Quedan fuera entonces las omisiones de actos administrativos que no tienen protección alguna en la Constitución Portuguesa.

La legitimación activa para ejercer cualquier acción respecto a nuestra institución en estudio radica generalmente en el Presidente de la República y el

⁴² *Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*. Lei 28/82 de 15 de Novembro de 1982, com as alterações introduzidas pela Lei No. 143/85 de 26 de Novembro, pela Lei No. 85/89 de 7 de Setembro, pela Lei No. 88/95 de 1 de Setembro e pela Lei No. 13-A/98 de 26 de Fevereiro. Disponible en: (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html>)

Defensor del Pueblo, y en casos especiales de carácter regional, los Presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales. No se trata entonces de una acción popular de manera directa, en que uno o varios ciudadanos acudan al Tribunal Constitucional con el objetivo de hacer cumplir un mandato legislativo contenido en la Constitución. La posibilidad de accionar queda entonces en manos políticas.

Finalmente, de la Constitución no es posible determinar si el resultado final de esta acción es una resolución o una sentencia. La Ley del Tribunal Constitucional habla de acuerdos, declaraciones, decisiones y resoluciones. En el caso particular en estudio los efectos no son determinantes, pues la única obligación que tiene la autoridad es de dar conocimiento de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión a la Asamblea de la República o las Asambleas Regionales.

3.2.2. La República de Hungría

La institución de la inconstitucionalidad por omisión en la República de Hungría no está regulada de manera constitucional, sino a través de su *Act XXXII of 1989 on the Constitutional Court*, que en nuestro sistema podría asimilarse a una Ley que regula el Tribunal Constitucional. El literal e) de su artículo 1, que se encuentra en el Capítulo I titulado Competencia de la Corte Constitucional⁴³, dice que entre las atribuciones de dicho organismo se encuentra “la eliminación de la inconstitucionalidad por omisión.”⁴⁴ Vemos que esta disposición no señala nada más de lo que es en este momento objeto de nuestro análisis de derecho comparado. Para una mejor comprensión es necesario revisar otros artículos de la mencionada ley.

Así por ejemplo, para tratar de la legitimación activa en los casos de inconstitucionalidad por omisión, debemos remitirnos a los numerales 4 y 7 del

⁴³ Libre traducción del autor, en inglés el original: “Competence of the Constitutional Court.” *Act of XXXII on the Constitutional Court*, The Constitutional Court of the Republic of Hungary. Disponible en: (<http://www.mkab.hu/en/enmain.htm>).

⁴⁴ Libre traducción del autor, en inglés el original “e) The elimination of unconstitutionality by omission.” *Act of...* Disponible en: (<http://www.mkab.hu/en/enmain.htm>).

artículo 21, que señala que los procedimientos señalados por el literal e) pueden ser propuestos por cualquier persona y que además pueden iniciarse “ex officio”.⁴⁵

Respecto de los efectos de su resolución, la ley hace dos distinciones. Tenemos así el artículo 47 que trata de las omisiones derivadas de mandatos contenidos en los tratados internacionales. En él se señala que si la Corte Constitucional establece que el órgano legislativo falló en llevar a cabo su deber de legislar derivado de un tratado internacional, invitará al órgano que cometió la omisión a subsanar su falla, estableciendo una fecha fija de plazo. Afirma además que el órgano que cometió la omisión tiene la obligación de subsanar la misma en el plazo señalado.⁴⁶ Y tenemos además el artículo 49 cuyo título puntualmente señala a la inconstitucionalidad por omisión y afirma que si la Corte Constitucional establece, de oficio o a petición de parte, que un órgano legislativo falló en su tarea de legislar derivada de su obligación constitucional de hacerlo, trae consigo su inconstitucionalidad, e instruirá al órgano que cometió la omisión a subsanar la misma en un plazo máximo, el mismo que tiene la obligación de cumplir con ello.⁴⁷ Se colige además que la legislación húngara únicamente trata las omisiones legislativas de manera restringida.

⁴⁵ Libre traducción del autor, en inglés el original: “(4) The proceedings according to points d)-e) of Article 1 may be proposed by anyone. (...) (7) The proceedings according to points c) and e) of Article 1 may also be started ex officio.” *Act of...* Disponible en: (<http://www.mkab.hu/en/enmain.htm>).

⁴⁶ Libre traducción del autor, en inglés el original: “Article 47 (1) If the Constitutional Court establishes that a legislative organ failed to fulfill its legislative task issuing from an international treaty, it invites the organ which committed the omission, setting a deadline, to fulfill its task. (2) The organ which committed the omission shall fulfill the task by the deadline.” *Act of...* Disponible en: (<http://www.mkab.hu/en/enmain.htm>).

⁴⁷ Libre traducción del autor, en inglés el original: “Unconstitutionality by omission. Article 49 (1) If the Constitutional Court establishes ex officio or upon anyone’s petition that a legislative organ failed to fulfill its legislative tasks issuing from its lawful authority, thereby bringing about unconstitutionality, it instructs the organ which committed the omission, setting a deadline, to fulfill its task. (2) The organ which committed the omission shall fulfill the task by the deadline.” *Act of...* Disponible en: (<http://www.mkab.hu/en/enmain.htm>).

3.3. En América

3.3.1. La República Federativa de Brasil

La Constitución de la República Federativa de Brasil que rige en la actualidad se expidió el 5 de Octubre de 1988. Regula la acción de inconstitucionalidad de la siguiente manera:

“Art. 103. Puede interponer la acción de inconstitucionalidad:

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

1°. El Procurador General de la República deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal.

2°. 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.

3°. Cuando el Supremo Tribunal Federal apreciase la inconstitucionalidad de manera general, de una norma legal o acto normativo, citará

previamente al Abogado General de la Unión, que defenderá el acto o texto impugnado.”⁴⁸

Vemos que la inconstitucionalidad por omisión no está regulada de manera particular por un solo artículo, sino que se la ha incluido dentro de aquel que trata de manera general la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, partiendo de lo citado es posible determinar los cuatro puntos de análisis.

El órgano competente para conocer de una acción de inconstitucionalidad por omisión es el Supremo Tribunal Federal. Si bien el artículo 103 no lo dice de manera específica, sino que sólo lo menciona dentro de dos de sus tres numerales, lo que nos permite deducir su competencia, es posible apoyarnos en el artículo 102 que determina como competencia del Supremo Tribunal Federal el procesar y juzgar originariamente la acción directa de inconstitucionalidad.

El tipo de omisiones por las cuales es posible accionar ante la autoridad competente son tanto omisiones legislativas como aquellas que provienen de un órgano administrativo. De esta manera el alcance de la inconstitucionalidad por omisión abarca todo no hacer que deslegitime la eficacia de la norma suprema vigente.

Respecto de la legitimación activa, el artículo 103 nos presenta una lista de quienes pueden llevar a cabo esta acción. Tenemos entonces que están legitimados el Presidente de la República, las Mesas del Senado Federal, Cámara de Diputados y Asamblea Legislativa (siendo mesa el órgano directivo de cada uno de estos órganos administrativos), los Gobernadores de los Estados federados, el Procurador General, el Consejo Federal de la Orden de Abogados, los Partidos Políticos con representación en el Congreso y las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

Finalmente, respecto de los efectos de la resolución es importante notar que en el caso de inconstitucionalidades por omisión legislativa los efectos son únicamente declarativos de recomendación, para que el órgano competente legisle y cumpla con el mandato constitucional. Sin embargo, en el caso de omisiones administrativas, la

⁴⁸ *Constituição da República Federativa do Brasil*. Portal Jurídico Todo el Derecho. Disponible en: (<http://www.todoelderecho.com>).

resolución es un mandato que ordena al órgano administrativo respectivo a adoptar las medidas necesarias que subsanen su omisión en un plazo no mayor de 30 días.

3.3.2. Estados Federales Brasileños

a. Estado do Rio Grande do Sul

La Constitución del Estado de Rio Grande do Sul, sancionada el 3 de Octubre de 1989 y reformada en varias oportunidades, siendo la última la enmienda No. 55 de 16 de Febrero de 2007, determina en su artículo 95 las competencias de su Tribunal de Justicia. En su inciso XII, literal d), dice que una de ellas es procesar y juzgar “la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo estatal frente a la Constitución local, o municipales frente a las Constituciones local y federal, inclusive por omisión.”⁴⁹ La legitimación activa de la acción de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo estatal, o por omisión, se encuentra regulada por el inciso XIV, numeral 1, y dice que pueden proponer las acciones de inconstitucionalidad por omisión:

“I. El Gobernador del Estado; II. La Mesa de la Asamblea Legislativa; III. El Procurador General de Justicia; IV. El Defensor Público General del Estado; V. El Consejo Seccional de la Orden de Abogados de Brasil; VI. Un Partido Político con representación en la Asamblea Legislativa; VII. Una entidad sindical o de clase de ámbito nacional o estatal; VIII. Las entidades de defensa del medio ambiente, de derechos humanos o de los consumidores, de ámbito nacional o estatal, legalmente constituidas; IX. El Prefecto Municipal; y, X. La Mesa de la Cámara Municipal.”⁵⁰

⁴⁹ *Constituição Estadual do Rio Grande do Sul*. Interlegis – Comunidade Virtual do Poder Legislativo. Disponible en: (<http://www.interlegis.gov.br>).

⁵⁰ *Ibid.*

En el caso de la acción de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo municipal, o por omisión, determina el inciso XIV, numeral 2 que están legitimados para actuar:

“I. El Gobernador del Estado; II. El Procurador General de Justicia; III. El Prefecto Municipal; IV. La Mesa de la Cámara Municipal; V. Un partido político con representación en el Consejo Deliberante; VI. Una entidad sindical; VII. El Consejo Seccional de Abogados de Brasil; VIII. El Defensor Público General del Estado; IX. Las entidades de defensa del medio ambiente, de los derechos humanos o de los consumidores, legalmente constituidas; y, X. Las asociaciones barriales y entidades de defensa de los intereses comunitarios que estén legalmente constituidas por más de un año.”⁵¹

El Procurador General de Justicia debe ser previamente escuchado en las acciones de inconstitucionalidad, de conformidad con el numeral 3 del ya mencionado inciso. Cabe mencionar además que la Constitución estatal no hace mención alguna a los efectos y alcance de la resolución final del Tribunal de Justicia.

b. Estado do Sao Paulo

La Constitución del Estado de Sao Paulo fue promulgada el 5 de Octubre de 1989 y reformada en veinte oportunidades, siendo la última el 8 de Abril de 2005. En su artículo 74, correspondiente a las competencias del Tribunal de Justicia, se le otorga la atribución de procesar y juzgar la acción de inconstitucionalidad de una ley o acto normativos estatales o municipales contrarios a la Constitución local, así como acciones de inconstitucionalidad por omisión. Literalmente este artículo señala:

“Art.74.- Compete al Tribunal de Justicia, además de las atribuciones prevista por esta Constitución, procesar y juzgar originariamente: (...) VI. La representación de inconstitucionalidades de ley o actos normativos

⁵¹ *Constituição Estadual do Rio Grande do Sul...* Disponible en: (<http://www.interlegis.gov.br>).

estatales o municipales, presentados en función de esta Constitución, pedidos de intervención en Municipios o acciones de inconstitucionalidad por omisión en función de esta Constitución. (...)”⁵²

Los legitimados activos para proponer este tipo de acciones se encuentran descritos en el artículo 90. El mismo dice:

“Art. 90.- Son partes legitimadas para proponer la acción de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo estatales o municipales, presentados en función de esta Constitución, o por omisión de una medida necesaria para tornar efectiva una norma o principio de esta Constitución, en el ámbito de su interés:

- I. El Gobernador del Estado y la Mesa de la Asamblea Legislativa.
- II. El Prefecto y la Mesa de Cámara Municipal;
- III. El Procurador General de Justicia;
- IV. El Consejo de la Sección Estatal de la Orden de Abogados de Brasil;
- V. Las entidades sindicales o de clase, de actuación estatal o municipal, demostrado su interés jurídico en el caso; y,
- VI. Los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa, o, tratándose de una ley o acto normativo municipal, en la respectiva Cámara. (...)”⁵³

Aquí también encontramos la disposición de que el Procurador General de Justicia debe ser siempre citado para las acciones directas de inconstitucionalidad. Sobre a los efectos y alcances de su decisión, el numeral 4 del mismo artículo señala que una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva una norma de la Constitución, la decisión será comunicada al poder competente para que adopte las providencias necesarias y así poner en práctica el acto que le compete o el inicio del proceso legislativo. Tratándose de un órgano

⁵² *Constituição Estadual de São Paulo*. Interlegis – Comunidade Virtual do Poder Legislativo. Disponible en: (<http://www.interlegis.gov.br>).

⁵³ *Ibid.*

administrativo, la decisión hará que este actúe en un plazo máximo de treinta días so pena de responsabilidad.

c. Estado do Rio de Janeiro

La Constitución Estatal de Río de Janeiro fue promulgada el 5 de Octubre de 1989. En su artículo 162 se regula la inconstitucionalidad por omisión de una manera muy simple. Si bien este artículo no señala de manera precisa la competencia respecto de nuestra institución, esta se deduce en cuanto se encuentra en la Sección referente al Tribunal de Justicia. Si señala la legitimación activa diciendo que la acción de inconstitucionalidad puede ser propuesta por “el Gobernador del Estado, a Mesa de la Comisión Permanente o de la Asamblea Legislativa, el Procurador General de Justicia, el Procurador General del Estado, el Defensor Público General del Estado, el Prefecto Municipal, la Mesa de la Cámara de Concejales, el Consejo Seccional de la Orden de Abogados de Brasil, un partido político con representación en la Asamblea Legislativa o en la Cámara de Concejales, y por una federación sindical o entidad de clase de ámbito estatal.”⁵⁴

El alcance de la institución se deduce de los efectos que causa la decisión del Tribunal, y que constan en el numeral 2 del mismo artículo 162. Es posible afirmar que en este Estado se abarca la omisión tanto legislativa como administrativa, pues en el caso de la primera, la declaración de inconstitucionalidad será dada a conocer al poder competente para la adopción de las providencias respectivas, mientras que en el caso de la segunda, se comunicará al órgano administrativo para que cumpla su mandato en un plazo máximo de 30 días.

d. Estado do Santa Catarina

Esta Constitución entró en vigencia el 5 de Octubre de 1989. Así como en la Constitución analizada en el punto anterior, la regulación de la inconstitucionalidad por

⁵⁴ *Constituição Estadual do Rio de Janeiro*. Interlegis – Comunidade Virtual do Poder Legislativo. Disponible en: (<http://www.interlegis.gov.br>).

omisión es muy simple. El artículo 85 nos permite deducir que la competencia radica en el Tribunal de Justicia, por el simple hecho de encontrarse en el título constitucional que trata esta institución. Así también, el mismo artículo menciona a las partes legitimadas para proponer la acción directa de inconstitucionalidad: “el Gobernador del Estado, la Mesa de la Asamblea Legislativa o un cuarto de los diputados estatales, el Procurador General de Justicia, el Consejo Seccional de la Orden de Abogados del Brasil, los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa, y las federaciones sindicales y las entidades de clase de ámbito estatal, así como el Prefecto, la Mesa de Cámara o un cuarto de los concejales, el Representante del Ministerio Público, una subsección de la Orden de Abogados del Brasil y de las asociaciones representativas de clase o de comunidades, cuando se trata de una ley o acto normativo municipal.”⁵⁵

Al igual que en los últimos casos revisados, este artículo señala que el Procurador General de Justicia debe ser previamente citado para las acciones de inconstitucionalidad. Así también una vez que se haya reconocido la inconstitucionalidad por omisión de una medida que sirva para efectivizar una norma constitucional, de ser esta legislativa, será comunicada al poder competente para que adopte las providencias necesarias que permitan llevar a cabo el acto o la iniciación del proceso legislativo. De ser esta administrativa, se fija un cumplimiento en un plazo máximo de 30 días.

3.3.3. México: Estado Federal de Veracruz

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contiene disposición alguna respecto de la inconstitucionalidad por omisión, sin embargo uno de sus Estados Federales la ha consagrado. Partiré este análisis señalando que su artículo 64 determina la existencia de una Sala Constitucional de tres magistrados dentro del Tribunal Superior de Justicia, el mismo que en primer lugar protegerá el

⁵⁵ *Constituição Estadual de Santa Catarina*. Constituciones Federal y Estatales de la República de Brasil. Disponible en: (<http://www.soleis.adv.br/constituicoesestadauais.htm>)

cumplimiento de las atribuciones señaladas en las fracciones I y II del artículo 56. Este dice:

“Artículo 56. El Poder Judicial del Estado tendrá las siguientes atribuciones:

- I. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución mediante la interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella;
- II. Proteger y salvaguardar los derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve, mediante el juicio de protección correspondiente; (...)⁵⁶

Ahora bien, esta sala constitucional, de acuerdo con el artículo 64, tiene, entre otras, competencia para “sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa (...)”⁵⁷ Sin embargo el siguiente artículo determina que será el pleno del Tribunal Superior de Justicia quien conoce, en los términos legales:

“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. (...)”⁵⁸

De este inciso, además de la determinación exacta de la competencia ya mencionada, es posible concluir la legitimación activa de la acción, que radica en la persona del Gobernador de Veracruz o la tercera parte de los ayuntamientos que conforman este Estado Federal. Sin embargo este artículo es aún más completo al señalar que:

⁵⁶ *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz*, Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal. Disponible en: (http://www.e-local.gob.mx/wb2/ELOCAL/ELOC_constver).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

“La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de 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 atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.”⁵⁹

Este último inciso señala los efectos que tiene la resolución que determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión. Esta va más allá de la simple declaración presentada en las constituciones estatales de Brasil, pues afirma que es necesario que esta determine un plazo fijo para la solución de la omisión, y que comprende dos períodos de sesiones ordinarias. Resulta innovador encontrar además que en el caso de que esto no se cumpla, el Tribunal Superior de Justicia queda facultado para dictar una base legal sobre la cual trabajarán las autoridades, hasta que el Poder Legislativo cumpla efectivamente con su deber. Como podemos concluir de los textos citados, la Constitución de Veracruz no incluye disposición alguna respecto de omisiones administrativas.

3.3.4. La República Bolivariana de Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela entró en vigencia el 30 de Diciembre de 1999. Su Título VIII trata de la protección de la Constitución, y en el mismo, su Capítulo I, de la garantía de la Constitución. Aquí encontramos el artículo 336 que determina las atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuyo numeral 7 dice que le corresponde:

“Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la

⁵⁹ *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz*.... Disponible en: (http://www.e-local.gob.mx/wb2/ELOCAL/ELOC_constver).

Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. (...)”⁶⁰

Esta es la única disposición que encontramos en el texto constitucional respecto de nuestra institución. De ella es posible concluir en primer lugar que el órgano competente para conocer las acciones que se presenten sobre inconstitucionalidades por omisión es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano principal del Poder Judicial en Venezuela. En segundo lugar, únicamente trata las omisiones legislativas, sean estas nacionales, estatales o municipales, mas en ninguno de sus lineamientos señala omisión administrativa alguna. En tercer lugar, el texto constitucional analizado no determina en quien radica la legitimación activa para llevar a cabo esta acción, sin embargo por analogía con las demás acciones de inconstitucionalidad, esta sería atribuida al Defensor del Pueblo. Así lo señala expresamente el numeral 3 del artículo 281 de la misma Constitución, que dice:

“Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: (...)

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley. (...)”⁶¹

Finalmente, respecto de los efectos que causa la resolución o sentencia, queda claro que además de la declaración de existencia de la omisión, debe fijar un plazo para que el respectivo órgano legislativo dicte la norma pertinente. Así también, se le ha otorgado a la Sala Constitucional la facultad de incluir en su resolución los lineamientos sobre los cuales debe basarse la corrección.

⁶⁰ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Biblioteca Electrónica Analítica. Disponible en: (<http://www.analitica.com/bitbliblioteca/anc/constitucion1999.asp>).

⁶¹ *Ibid.*

3.3.5. Argentina: Provincia de Río Negro

La Constitución de la Provincia de Río Negro fue sancionada el 3 de Junio de 1988. Este mismo año se había establecido en Río Negro una Convención Constituyente cuyo objetivo era reformar la Constitución vigente. En ella se planteó el tema de la inconstitucionalidad por omisión, y tal como lo señala SAGÜES, esto “implicaba abandonar la tesis de la mora legislativa como cuestión política no justiciable o reservada al autor de la mora. (...) La fórmula utilizada (...) 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.”⁶² De esta manera, el artículo 207, sobre la competencia del Superior Tribunal de Justicia, órgano máximo del Poder Judicial en la provincia, dice que entre sus atribuciones:

“(...) 2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: (...) d. En las acciones por incumplimiento 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. (...)”⁶³

Este artículo contiene de manera exacta los cuatro puntos sobre los cuales venimos trabajando. El órgano competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad por omisión es el Superior Tribunal de Justicia, quien como ya se ha dicho ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en ese caso en particular. El alcance

⁶² N. SAGÜES, *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*. Ensayo tomado del libro de V. BAZÁN, *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, p. 110.

⁶³ *Constitución de la Provincia de Río Negro*. Página de búsqueda jurídica La Hueya. Disponible en: (<http://www.lahueya.com.ar/index/constituciones/provrionegro.htm>)

es únicamente para omisiones legislativas, dejando de lado cualquier caso de omisiones administrativas, pues corre cuando se ha incumplido el dictado de una norma constitucional que impone un deber concreto.

La legitimación activa para llevar a cabo una acción de inconstitucionalidad por omisión la tiene cualquiera persona que se sienta perjudicada o afectada por ello en sus derechos individuales o colectivos. Es importante resaltar la amplitud de esta disposición constitucional, a diferencia de las anteriormente analizadas que fijan como legitimados activos a representantes de organismos de control, instituciones políticas y que incluso dejan fuera a los ciudadanos para poder actuar. En este caso, se podría decir que cualquier persona con capacidad legal puede llevar a cabo la acción estudiada.

Finalmente, respecto a los efectos que causa la sentencia, es evidente que estos no son meramente declarativos. La disposición constitucional citada es clara al señalar que el Superior Tribunal de Justicia debe en sentencia fijar el plazo en que se debe subsanar la omisión. Pero la normativa va incluso más allá al prever la situación de que el órgano tampoco subsane la omisión en el plazo señalado en sentencia, y es ahí entonces que entra la posibilidad de que el Superior Tribunal integre por sí solo el orden normativo, resolviendo el caso con efecto limitado al mismo. Finalmente, si estas dos soluciones presentadas no tienen lugar, el mismo Tribunal determinará un monto para resarcir el perjuicio ocasionado al afectado por la omisión, el mismo que se cargará al Estado. Si bien las dos primeras alternativas si se encuentra recogidas en algunas Constituciones anteriormente analizadas, esta tercera es totalmente novedosa al fijar la posibilidad de indemnizar a quien sea perjudicado por la inacción del poder legislativo, sin embargo es importante resaltar que no soluciona la omisión inconstitucional objeto verdadero de la acción emprendida.

3.3.6. Argentina: Provincia de Tucumán

En la Sección IX de la Constitución de la Provincia de Tucumán, en el Capítulo Segundo, tenemos todo lo referente a su Tribunal Constitucional. En el artículo 134 nos encontramos frente a una situación que, a criterio personal así como

de muchos constitucionalistas, define de una manera atípica una inconstitucionalidad por omisión.

“Art. 134.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...)

2º.- Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquéllos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, venciendo el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma que se tratare. (...)”⁶⁴

Queda claro que en ningún momento se manifiesta la disposición como una inconstitucionalidad por omisión, sin embargo por su contenido podemos interpretar que de una manera particular o *sui generis* recoge la institución. Es posible también concluir los puntos comunes que están siendo resaltados en este breve estudio de Derecho Comparado.

La competencia sin lugar a dudas radica, como ya lo he señalado, en el Tribunal Constitucional de la Provincia. El alcance de la protección cubre precisamente una demora en el pronunciamiento respecto de un proyecto de ley o de ordenanza, esto es, el incumplimiento en la aprobación de una norma. Cabe destacar que a diferencia de las demás constituciones mencionadas, no se vincula con el incumplimiento de dictar una norma por mandato constitucional, sino con la inacción del Poder Legislativo respecto de iniciativas legales que se encuentren en su poder.

La legitimación activa la tiene el Poder Ejecutivo provincial o uno de los Departamentos Ejecutivos de la circunscripción territorial. Finalmente, respecto de los efectos de la resolución del Tribunal, estos no son meramente declarativos. Es su obligación constitucional fijar un plazo para que el Legislativo cumpla con su obligación de crear leyes. Se deduce además que en el caso de que esto no se produzca en el tiempo fijado, el Tribunal autorizará, seguramente a través de otra resolución, para

⁶⁴ *Constitución de la Provincia de Tucumán*. Portal Intertournet Argentina. Disponible en: (http://www.intertournet.com.ar/argentina/constitucion_tucuman.htm)

que el legitimado activo, es decir, el Poder Ejecutivo, promulgue la norma objeto de su acción.

3.3.7. República de Costa Rica

El caso de Costa Rica es similar al de Hungría ya presentado anteriormente. La institución de la inconstitucionalidad por omisión no está protegida constitucionalmente, sino por una ley. Tenemos así entonces que la Ley de la Jurisdicción Constitucional o Ley No. 7135 de 11 de Octubre de 1989, en su Título IV - De las cuestiones de constitucionalidad, Capítulo I – De la acción de inconstitucionalidad, consagra el artículo 73 que dice:

“Artículo 73.- Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

- a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, 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 hábeas corpus o de amparo. (...)
- f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.”⁶⁵

Respecto de la competencia, es necesario hacer referencia a otros artículos, puesto que el ya mencionado, no señala al respecto nada en específico. Así, el artículo 4 de esta ley afirma que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política.”⁶⁶. A su vez, el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dice que “corresponderá a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia

⁶⁵ *Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica – Ley No. 7135 de 11 de Octubre de 1989*. Normas básicas de Derecho Público de Costa Rica. Disponible en: (<http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>)

⁶⁶ *Ibid.*

declara, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público. (...)”⁶⁷

Sobre el alcance, es evidente que el artículo 73 cubre tanto a las omisiones legislativas como a las omisiones administrativas, pues ataca tanto las leyes y disposiciones generales como actos subjetivos de autoridades públicas. La legitimación activa no está contemplada en el principal artículo objeto de análisis. Para ello, es necesario recurrir al artículo 75, que no necesita explicación adicional, y que señala:

“Artículo 75.- Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto. Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.

En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles.”⁶⁸

Finalmente, el alcance de la resolución que declara la existencia de una inconstitucionalidad por omisión no está determinado en ningún artículo de la mencionada Ley. Esto sin lugar a dudas trae problemas al momento de determinar los efectos que esta debería producir. En cierta forma podría decir que la institución no se

⁶⁷ *Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de Noviembre de 1949 y sus 52 reformas parciales introducidas por la Asamblea Legislativa hasta el 20 de Junio de 2002*. Normas básicas de Derecho Público de Costa Rica. Disponible en: (http://www.constitution.org/cons/costa_rica/costa_rica.htm)

⁶⁸ *Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica...* Disponible en: (<http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>)

encuentra totalmente regulada por el ordenamiento costarricense y queda al arbitrio de la Sala Constitucional determinar el contenido de la resolución o sentencia.

CAPÍTULO 4

REGULACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN ECUADOR

4.1. Marco de solución a la omisión inconstitucional

En el capítulo anterior se presentó las distintas maneras en que las legislaciones de otros países regulan la inconstitucionalidad por omisión. Un estudio de derecho comparado no queda en la simple exposición de contenidos legales como también se señaló. Permite ir más allá y determinar las distintas herramientas que se pueden emplear para encontrar una solución al problema de la ausencia de norma. Los puntos encontrados sobre los cuales se puede construir la base de mi alternativa de regulación de la institución en la Constitución ecuatoriana son cuatro:

- a. Es necesario establecer un órgano superior ante el cual presentar la acción que permita iniciar el proceso que subsane la omisión en sentido amplio. Respecto de las legislaciones analizadas este órgano puede estar o no dentro de la Función Judicial. Es decir, puede ser la Corte o Tribunal Superior de Justicia, tenga o no dentro de sí una sala especializada en materia constitucional, o una Corte o

Tribunal Constitucional establecidos como el máximo órgano especializado de control de constitucionalidad. En el caso ecuatoriano, tenemos un órgano independiente llamado Tribunal Constitucional en el cual debería radicar la competencia para conocer de este tipo de acciones.

- b. La sentencia o resolución que dicte el órgano competente debe recomendar o exigir la subsanación de la omisión en que se ha incurrido. Una resolución que sólo señala la existencia de la violación constitucional pero no establece la solución a la misma carecería de sentido. Es necesario que en ella se resuelva la obligación del órgano omiso de cumplir con el mandato constitucional para así garantizar la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la ley suprema del Estado.
- c. El literal anterior va de la mano con el establecimiento de un plazo determinado para que la omisión sea superada. Esto permite articular de manera correcta lo ya dicho, pues tampoco es suficiente con que el órgano de control mencione la obligación de cumplimiento también establecida en la Constitución. La norma positiva debe determinar un período fijo de tiempo en el cual se debe cumplir lo mandado.
- d. En el eventual caso de que el órgano omiso ni siquiera cumpla con el mandato en el nuevo lapso que el Tribunal o Corte le concedieren, es necesario establecer otra solución que permita terminar con el vacío existente en el ordenamiento jurídico. Tenemos entonces la opción de concederle a la institución competente de conocer la acción de inconstitucionalidad por omisión, una potestad extraordinaria de, con una nueva resolución o sentencia, dictar una norma provisional que integrará el orden normativo. Podría inclusive, de ser el caso, como lo señala la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, determinar un resarcimiento al perjudicado que llevó a cabo la acción.

Es necesario en este punto aclarar que ciertas omisiones inconstitucionales tienen solución en nuestro país, no por la vía de una acción de inconstitucionalidad por

omisión como es mi objetivo plantearlo, sino por otras vías. Por ejemplo, si se viola el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución o en tratados internacionales vigentes, ocasionando o pudiendo ocasionar un daño grave, a causa de una omisión en la expedición de un acto de autoridad pública, es posible interponer una acción de amparo. Esta se fundamentaría en el inciso 1 del artículo 95 de nuestra Constitución que dice:

“Art. 95.- 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. (...)”⁶⁹

Así como en el inciso 2 del artículo 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional que señala:

“Art. 46.- 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 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 evitar el peligro de los bienes protegidos.

⁶⁹ *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

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.”⁷⁰

Y en el artículo 1 de la Interpretación de esta Ley en lo referente a la acción de amparo, dictada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2001 y que dice lo siguiente:

“Art. 1.- 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.”⁷¹

Otra omisión inconstitucional que tiene solución en nuestro país es aquella relativa que tiene lugar cuando la norma dictada viola el principio de igualdad ante la ley consagrado en el numeral 3 del artículo 23 de nuestra Constitución, excluyendo arbitrariamente una parte de la población. Se constituye entonces una omisión por negación, conforme lo expuesto en el Capítulo 2 de este trabajo. Estos casos permiten llevar a cabo una acción de inconstitucionalidad con base en el numeral 1 del artículo 276 que señala entre las competencias del Tribunal Constitucional:

“Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:

⁷⁰ *Ley Orgánica de Control Constitucional*. R.O. 99 – 2 de Julio de 1997.

⁷¹ *Interpretación de la Ley Orgánica de Control Constitucional en lo referente a la acción de amparo*. R.O. 378 – 27 de Julio de 2001.

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas 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; (...)⁷²

Si bien en ninguna parte del citado artículo se habla de omisión por negación o de omisiones relativas, cuando una norma jurídica viola derechos y garantías consagrados en la Constitución, cabe una acción de inconstitucionalidad por contrariar esta las disposiciones de la norma suprema.

Estos son los dos únicos casos en que las omisiones están protegidas. Sin embargo no existe protección alguna para otros, como por ejemplo la inacción del Poder Legislativo al no cumplir con un mandato constitucional de expedir una ley o inacciones de instituciones públicas en general respecto de actos normativos.

4.2. Factores básicos a considerarse

4.2.1. Necesidad

Los ecuatorianos hemos sido testigos en estos últimos años de la permanente inacción de los poderes públicos incumpliendo con los mandatos constitucionales que de una u otra forma permiten el correcto funcionamiento del Estado. Quienes ejercen estas funciones se han desviado del camino trazado por la norma suprema, dejando de lado sus deberes y obligaciones, sirviéndose de la política para aumentar su poder. Nosotros, los ciudadanos, debemos tener las herramientas que nos permitan defendernos cuando nuestros gobernantes no llevan a cabo sus obligaciones. El tener la posibilidad de demandar las omisiones inconstitucionales permite exigir a las instituciones el honrar a la Constitución, no sólo por el hecho de cumplir con las normas sino además por servir a la ciudadanía y mantener la armonía social. Tal vez es cierto que muchos ecuatorianos se muestran impávidos ante los hechos que a diario

⁷² *Constitución Política de la República del Ecuador*. R.O. 1 – 11 de Agosto de 1998.

ocurren desde hace mucho tiempo en el panorama político nacional, sin embargo hemos otros que no hemos actuado, no por impavidez, sino por carecer de mecanismos de protección jurídicos que nos permitan actuar enmarcados en la Constitución y las leyes vigentes.

4.2.2. Tipo de reforma

De acuerdo con las normas actualmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico cabe plantear dos posibilidades de reforma para la incorporación tanto de la inconstitucionalidad por omisión como de la acción que la regule. La primera de ellas es la inclusión de estos dos elementos en la Constitución, vía reforma o elaboración de una nueva norma suprema. De esta manera se debería entonces incorporar a la inconstitucionalidad por omisión dentro del artículo que enumere las competencias del Tribunal Constitucional o el órgano que se determine cumpla sus funciones. La segunda es una reforma a la Ley Orgánica de Control Constitucional. Esta norma jerárquicamente se encuentra en el nivel inferior al constitucional. En ella se debería entonces incluir un capítulo que regule de manera extensa nuestra institución en estudio, particularmente los aspectos procesales respecto de la acción que permita su control.

Dada la novedad de la inconstitucionalidad por omisión tal y como la he presentado en este estudio, considero necesario que las dos reformas vayan de la mano. Resulta poco práctico el regular solo la institución en la Constitución sin tratar su procedimiento en la Ley que regula el control de la supremacía constitucional y la fuerza normativa de sus disposiciones. Igual ocurriría en el eventual caso de sólo llevar a cabo una reforma legal dejando de lado la constitucional. La importancia de la institución exige que esta sea incluida en la norma suprema del Estado, pero su regulación procesal bien puede ser tratada por una ley.

4.2.3. Plazo fijo y plazo razonable

Se manifestó también el problema que resulta la fijación de los plazos para determinar la existencia de una omisión inconstitucional. En ciertos casos se tenía la determinación de un período fijo respecto del cual se debía cumplir el mandato constitucional, sin embargo en otros esta opción no estaba considerada. Por ello resulta necesario que los legitimados activos tengan la posibilidad de demandar tanto las omisiones cuyo plazo haya transcurrido, como aquellas que no han señalado tiempo determinado. Resultaría entonces competencia del Tribunal Constitucional determinar si el plazo razonable considerado por el legitimado activo para demandar, procede o no respecto de la acción emprendida.

4.2.4. Sistema de control constitucional ecuatoriano

Como se señaló en el primer capítulo, nuestro sistema de control constitucional es mixto. Por un lado tenemos el control concentrado que realiza el Tribunal Constitucional como única institución facultada constitucionalmente para realizar este trabajo, cuyas resoluciones acarrearán efectos de carácter general. Por otro, el control difuso que realizan los jueces o tribunales, cuyos efectos son sólo respecto del caso que están conociendo y que tienen lugar a través de una declaratoria de inaplicabilidad, de oficio o a petición de parte interesada. Frente a estas dos opciones considero que la institución analizada, dada su importancia, debe estar sujeta al control del Tribunal Constitucional, es decir, un control concentrado de constitucionalidad, pues no es aplicable el control difuso para estos casos.

4.3. Propuesta de regulación de la figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

4.3.1. En la Constitución Política

Las circunstancias actuales que vive el país me impiden hablar de una reforma constitucional. En los próximos meses seremos parte de un proceso electoral que permitirá instalar una Asamblea Nacional Constituyente entre cuyos objetivos está la promulgación de una nueva Carta Política. Es por ello que debo plantear la incorporación de la inconstitucionalidad por omisión dentro de un artículo innumerado que en su momento deberá tomar forma. En función de mi definición personal presentada en el Capítulo 2, propongo que en el Título que trate sobre las competencias del órgano de control constitucional se incluya un numeral que lo siguiente:

Art. XX.- Competerá al máximo organismo de control constitucional:

(...)

X.- Conocer y resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad que se presenten por las omisiones totales o parciales en que incurrieren las Funciones del Estado o cualquier autoridad pública, respecto de mandatos constitucionales concretos, dentro del plazo fijado en la norma constitucional o un plazo razonable considerado por la autoridad.

De acuerdo con el formato actual de la Constitución, el artículo siguiente al de las competencias del órgano de control constitucional trata sobre quienes tienen la legitimación activa para demandar la inconstitucionalidad. En el caso de mantenerse un formato similar en la nueva Constitución, es evidente que el artículo respectivo debe incluir también a quienes están en posibilidad de presentar una acción de

inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo creo que los aspectos procesales deben ser regulados por la Ley Orgánica de Control Constitucional.

4.3.2. En la Ley Orgánica de Control Constitucional

Esta Ley se encuentra vigente desde Julio de 1997. En vista de que la Asamblea Constituyente programada para finales de este año tiene como único objetivo normativo la promulgación de una nueva Constitución, es de suponer que este cuerpo legal se mantendrá en plena vigencia, y en caso de ser necesario será reformado. Por lo tanto aquí si cabe hablar de una reforma normativa, por lo tanto, respecto de ello es necesario incorporar un capítulo luego del III vigente de la siguiente manera:

CAPÍTULO IV

DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Art. XX.- La inconstitucionalidad por omisión, total o parcial, en que incurrieren las Funciones del Estado o cualquier autoridad pública, respecto de mandatos constitucionales concretos, dentro del plazo fijado en la norma constitucional o razonable considerado por la autoridad, podrá ser demandada por:

- a. El Presidente de la República,
- b. El Congreso Nacional, previa resolución mayoritaria de sus miembros,
- c. La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en pleno,
- e. Mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos, adjuntando copia de sus cédulas de ciudadanía, y,
- f. Cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia.

Art. XX.- La demanda deberá expresar de manera clara los fundamentos de hecho y de derecho respecto de la pretensión del legitimado activo. Una vez presentada la demanda, el máximo organismo de control constitucional actuará en conformidad con los procedimientos establecidos en los artículos 20 y 21 de la presente Ley. El término para resolver será de quince días.

Art. XX.- En el caso de declararse la inconstitucionalidad por omisión, la resolución o sentencia que emita el máximo organismo de control constitucional deberá fijar un plazo dentro del cual la Función del Estado o la institución pública subsane la omisión. Este plazo no podrá exceder de los 90 días.

Art. XX.- De incumplirse el plazo señalado en el artículo anterior y mantenerse la omisión, el máximo organismo de control constitucional emitirá una nueva resolución, expidiendo la norma o acto omitido, el mismo que tendrá vigencia hasta que la Función del Estado o institución pública cumpla con su obligación constitucional.

Se consagra de esta manera entonces la legitimación activa, en caso de que la Constitución no la regule en ninguno de sus artículos, los procedimientos del máximo organismo de control constitucional y el tiempo máximo en que debe resolver la acción. Se consagra una obligación de fijar en la resolución o sentencia un plazo para subsanar la omisión, el mismo que no es excesivo de ninguna manera, y además se determina una sanción en el eventual caso de que la Función del Estado u organismo público incumpla lo ordenado por la autoridad. La ley es el brazo ejecutor de la Constitución, sus principios, derechos y deberes, por lo tanto es en un cuerpo normativo como este que se deben regular todos los aspectos procesales de tan importante institución. El ubicarlos en el texto constitucional no les otorga mayor valor jurídico una vez que la institución ya ha sido consagrada en la norma suprema.

CONCLUSIONES

- a. La Constitución es la norma suprema de un Estado de Derecho. Cualquier violación a sus normas atenta contra los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa. Por lo tanto es imperativo establecer los mecanismos necesarios que aseguren su respeto y efectivo cumplimiento por parte de todos y cada uno de los ciudadanos así como de las funciones del Estados y las instituciones públicas.
- b. El ordenamiento jurídico se viola tanto cuando se hace aquello que según sus disposiciones está prohibido, como cuando se deja de hacer aquello que de acuerdo con las normas se está obligado a cumplir. Es decir, las violaciones pueden producirse tanto por acción como por omisión. Por lo tanto si no se lleva a cabo los mandatos constitucionales concretos se produce una inconstitucionalidad por omisión.
- c. Ante los hechos ocurridos los últimos años en el Ecuador, que evidencian la existencia de omisiones inconstitucionales, surge la necesidad de regular esta

institución para procurar seguridad jurídica y estabilidad en el ordenamiento normativo nacional. Es una grave deficiencia el que nuestra Constitución no la regule para garantizar así la supremacía constitucional y su fuerza normativa, y además someter el poder constituido a los mandatos emanados del poder constituyente.

- d. Es necesario considerar la inconstitucionalidad por omisión en función de las distintas posiciones doctrinarias que se ha presentado. Así, por una parte tenemos al grupo de constitucionalistas que la concibe de manera amplia, integral, considerando que ésta puede producirse cuando cualquier función del Estado o institución pública deja de cumplir con una obligación consagrada en la ley suprema, y por otra, a quienes solo la consideran como una inacción del legislador, de la Función Legislativa.
- e. Doctrinariamente además se han planteado clasificaciones de la inconstitucionalidad por omisión. Tenemos entonces: omisiones administrativas o legislativas, por mora o por negación, que afecta o no derechos fundamentales, legislativas absolutas o relativas, y formales o materiales.
- f. Considero que la más acertada posición es aquella considerada amplia. Por lo tanto, defino a la inconstitucionalidad por omisión como el incumplimiento parcial o total de un mandato constitucional concreto, por parte de cualquier poder constituido o sus instituciones públicas ejecutoras, dentro del plazo fijado en la propia Constitución o uno razonable considerado por la autoridad constitucional, atentando contra la supremacía constitucional y su fuerza normativa.
- g. Los constitucionalistas han presentado además argumentos de admisión de esta institución. Quienes se muestran a favor, basan su criterio en el respeto a los dos principios constitucionales: la supremacía y la fuerza normativa. Quienes están en contra de su regulación, la objetan afirmando que existe posibilidad de sustitución del poder legislativo, un cambio en la función del órgano de control constitucional,

se atenta contra la libertad de conformación de la Función Legislativa y en el hecho de que esté liada al tiempo, y este es relativo.

- h. La institución de la inconstitucionalidad por omisión es relativamente nueva, por lo que son pocos los ordenamientos jurídicos que la regulan. En Europa, sólo la Constitución de la República de Portugal y la Ley de la Corte Constitucional de Hungría. En América, las Constituciones de Brasil y algunos de sus estados federales, Venezuela, algunos estados de Argentina y el Estado de Veracruz en México. En Costa Rica es regulada por la Ley de Control Constitucional.
- i. Una vez analizada la legislación comparada, es posible determinar que el marco de solución a la omisión inconstitucional tiene cuatro puntos. El primero de ellos es el establecimiento de un órgano superior ante el cual presentar la acción. El segundo es que la sentencia o resolución debe recomendar o exigir la solución de la omisión. El tercero es la fijación de un plazo para subsanar la misma. Por último, el cuarto se refiere a establecer una sanción en el caso de que el órgano omiso no cumpla con lo dispuesta por la autoridad de control constitucional.
- j. En nuestro país hay dos únicos casos en que las omisiones están protegidas sin estar regulada la inconstitucionalidad por omisión. Según el artículo 95 de la Constitución, artículo 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional y artículo 1 de la Ley Interpretativa de la Acción de Amparo, si los derechos protegidos por la Constitución y los Convenios Internacionales son vulnerados por la omisión de autoridades públicas, que inminentemente amenace con causa un daño grave, es posible proponer una acción de amparo. De acuerdo al artículo 276 de la Constitución que señala las competencias del Tribunal Constitucional, si bien no se señala expresamente la palabra omisión, es posible plantear una acción de inconstitucionalidad en el caso de presentarse una omisión relativa en la expedición de una norma que viola el principio de igualdad a través de la exclusión arbitraria de beneficios.

- k. Antes de plantear un texto normativo es necesario considerar ciertos factores básicos que influyen en la redacción del mismo. Así, hay que analizar su necesidad y pertinencia en función de las vigencias sociales. Considerar el tipo de regulación que se debe hacer, es decir, si incorporar la figura a la Constitución o la ley. Hacer el análisis respecto del problema del plazo fijo y el plazo razonable. Finalmente legislar en función del actual sistema de control constitucional o aquel que de momento estuviere vigente.
- l. Es así que se evidencia que la regulación es pertinente dada la necesidad social de tener en el ordenamiento jurídico una institución que permita a los ciudadanos demandar la inacción de los poderes públicos. La misma debe ser incluida en la Constitución y la regulación de sus aspectos procesales, en la Ley Orgánica de Control Constitucional. Se determina además que la demanda procedería en aquellos casos en que exista un plazo fijo en el mandato constitucional concreto, sin dejar de lado a los plazos razonables para aquellas normas que no hayan considerado el factor tiempo. Será competencia de la autoridad de control constitucional determinar el plazo razonable. Por último, dada la importancia de esta institución jurídica, la misma debe estar sujeta al control concentrado de constitucionalidad.
- m. Se debe incluir en la Constitución Política del Ecuador, dentro del artículo que señale las competencias de la máxima autoridad de control constitucional, un literal que le faculte conocer y resolver sobre demandas de inconstitucionalidad que se presenten por omisiones totales o parciales en que incurrieren las Funciones del Estado o cualquier autoridad pública, respecto de mandatos constitucionales concretos, dentro del plazo fijado en la norma constitucional o un plazo razonable considerado por la autoridad.
- n. La regulación procesal de la institución debe estar recogida en la Ley Orgánica de Control Constitucional. Vía reforma es necesario incluir un nuevo capítulo en cuyos artículos se establezca la legitimación activa para demandar, las normas que

regulan la actuación del órgano de control constitucional, el plazo en que debe resolver, los efectos de la sentencia y el establecimiento de un plazo para la solución de la omisión, y una sanción en el caso de que la resolución o sentencia no sea acatada por el órgano omiso.

- o. Finalmente, se evidencia que es posible solucionar el problema de la inacción de las Funciones del Estado y de las instituciones públicas respecto de mandatos constitucionales a ellos dirigidos, regulando la inconstitucionalidad por omisión en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, únicamente cambiando la actitud de todos y cada uno de los ecuatorianos, ciudadanos comunes o funcionarios públicos, lograremos que las normas sean efectivas y válidas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Almagro Nosete, José. *Justicia Constitucional*. Editorial Dykinson. Madrid, España – 1980.
2. Ávalos Díaz, Sofía Verónica. *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. Su tutela en el Derecho Mexicano*. Publicaciones de los Becarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, México – 2006.
3. Barragán Romero, Gil. *El control de constitucionalidad*. Revista Iuris Dictio – Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Año I No. 2. Quito, Ecuador – 2000.
4. Bazán, Víctor – Coordinador. *Inconstitucionalidad por Omisión*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia – 1997.
5. Bulnes Aldunate, Luz. *La Inconstitucionalidad por omisión*. en AAVV. *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca. Librotecnia. Providencia, Chile – Julio de 2006.
6. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental. Décimoquinta edición*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina – 2001.

7. Carbonell, Miguel Ángel – Coordinador. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión.* Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México, México – 2003.
8. Charry Ureña, Juan Manuel. *Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano.* Ed. Banco de la República. Bogotá, Colombia – 1993.
9. Eto Cruz, Gerardo. *La inconstitucionalidad por omisión. Doctrina constitucional.* Editorial Trujillo. Lima, Perú – 1992.
10. Ferrer Mac Gregor, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional. Tomo II.* Editorial Porrúa. México, México – 2002.
11. García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.* Editorial Civitas. Madrid, España – 1988.
12. González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional.* Editorial Civitas. Madrid, España – 1980.
13. Hitters, Juan Carlos. *El Derecho Procesal Constitucional.* Editorial Platense. Buenos Aires, Argentina – 1991.
14. Huerta Ochoa, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político.* Instituto de Investigaciones Jurídicas – U.N.A.M. México, México – 2001.
15. Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado. Parte General. Tomo 1.* Buenos Aires, Argentina – 1953.
16. Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Vol. II.* Editorial Coimbra. Coimbra, Portugal – 1993.
17. Morón Urbina, Juan Carlos. *La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad.* En *Revista Jurídica del Perú – Num. III y IV.* Lima, Perú – 1988.
18. Picardi, Nicola. *Le sentenze integrative de la Corte Costituzionale.* Roma, Italia – 1977.
19. Quispe Correa, Alfredo. *¿Inconstitucionalidad por omisión?* en AAVV. *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales.* Universidad de Talca. Librotecnia. Providencia, Chile – Julio de 2006.
20. Rodríguez Fernández, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general y Derecho comparado.* Editorial Civitas. Madrid, España – 1998.
21. Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional. Tomo 1.* Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina – 1999.

22. Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires, Argentina – 1981.
23. Sagüés, Néstor Pedro. *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial*. En *Ius et Veritas* No. 5 - *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Perú.
24. Salgado, Alí Joaquín. Verdaguer, Alejandro César. *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina – 2000.
25. Serna de la Garza, José María – Coordinador. *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México, México – 2005.
26. Serra Rad, María Mercedes. *Procesos y Recursos Constitucionales*. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina – 1992.
27. Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México, México – 1989.
28. Trocker, Nicolò. *Le omission del legislatore e la tutela giurisdizionale del diritti di libertà*. Archivio Giuridico. Roma, Italia – 1970.
29. *Act of XXXII on the Constitutional Court*. The Constitutional Court of the Republic of Hungary. Disponible en: (<http://www.mkab.hu/en/enmain.htm>).
30. *Constitución de la República Portuguesa*. Assembleia da República. Portugal, 2006. Disponible en: (http://www.parlamento.pt/const_leg/index.html).
31. *Constitución de Portugal de 1976*. 25 Aniversario de la Constitución Española – Otras Constituciones / Unión Europea. España, 2006. Disponible en: (http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/index.html).
32. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Portal Jurídico Todo el Derecho. Disponible en: (<http://www.todoelderecho.com>).
33. *Constituição Estadual do Rio Grande do Sul*. Interlegis – Comunidade Virtual do Poder Legislativo. Disponible en: (<http://www.interlegis.gov.br>).
34. *Constituição Estadual de São Paulo*. Interlegis – Comunidade Virtual do Poder Legislativo. Disponible en: (<http://www.interlegis.gov.br>).
35. *Constituição Estadual do Rio de Janeiro*. Interlegis – Comunidade Virtual do Poder Legislativo. Disponible en: (<http://www.interlegis.gov.br>).

36. *Constituição Estadual de Santa Catarina*. Constituciones Federal y Estatales. Disponible en: (<http://www.soleis.adv.br/constituicoesestaduais.htm>).
37. *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz*. Secretaría de Gobernación - Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal. Disponible en: (http://www.e-local.gob.mx/wb2/ELOCAL/ELOC_constver).
38. *Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de Noviembre de 1949 y sus 52 reformas parciales introducidas por la Asamblea Legislativa hasta el 20 de Junio de 2002*. Normas básicas de Derecho Público de Costa Rica. Disponible en: ([http://www.constitution.org/cons\(costa_rica/costa_rica.htm](http://www.constitution.org/cons(costa_rica/costa_rica.htm))
39. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 1 – 11 de Agosto de 1998. Quito – Ecuador.
40. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Biblioteca Electrónica Analítica. Disponible en: (<http://www.analitica.com/bitbliblioteca/anc/constitucion1999.asp>).
41. *Constitución de la Provincia de Río Negro*. Página de búsqueda La Hueya. Disponible en: (<http://www.lahueya.com.ar/index/constituciones/provrionegro.htm>)
42. *Constitución de la Provincia de Tucumán*. Portal Intertournet Argentina. Disponible en: (http://www.intertournet.com.ar/argentina/constitucion_tucuman.htm)
43. *Lei 28/82 de 15 de Novembro. Organização, Funcionamiento e Processo do Tribunal Constitucional*. Página web del Tribunal Constitucional de Portugal. Disponible en: (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html>)
44. *Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica – Ley No. 7135 de 11 de Octubre de 1989*. Normas básicas de Derecho Público de Costa Rica. Disponible en: (<http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>)
45. *Ley Orgánica de Control Constitucional*. Registro Oficial No. 99 – 2 de Julio de 1997. Quito – Ecuador.
46. *Interpretación de la Ley Orgánica de Control Constitucional en lo referente a la acción de amparo*. Registro Oficial No. 378 – 27 de Julio de 2001. Quito – Ecuador.
47. *Sentencia de la Sala Primera de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Mendoza sobre la causa No. 75.159. “Bank Boston N.A en j 6454/185.940 Correas, Edmundo J. c/Bank Boston p/Acción de amparo s/ Inc. Cas.”* 18 de Septiembre de 2003. Disponible en: (<http://www.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/textos.php?ide=209451%20>)