

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Dr. Iván Castro Patiño

INTRODUCCIÓN

Es muy probable que la nueva Constitución Política del Ecuador regule el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, como elemento fundamental para la vigencia plena de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Carta Suprema.

Por tal motivo, considero de gran actualidad que los juristas ecuatorianos nos adentremos en el conocimiento de los elementos que integran la inconstitucionalidad por omisión, cuyo estudio y solución continua siendo una especie de “asignatura pendiente” en el Derecho Constitucional Comparado.

La inconstitucionalidad por omisión puede ser conceptuada con dos enfoques distintos:

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

En el primer grupo, se ubican los que consideran que la inconstitucionalidad por omisión no sólo puede producirse por la inercia o INACCIÓN de los deberes legislativos, sino también por la inactividad de los poderes y funcionarios públicos en general. Es decir, se vincula a la inconstitucionalidad por omisión con el genérico incumplimiento de una obligación impuesta por la norma constitucional, sea cual fuere el poder constituido trasgresor.

En este sentido, serían también actos de inconstitucionalidad por omisión, decisiones de carácter político o administrativo que impliquen la no realización por parte de un órgano del poder público de un deber que la Constitución le impone.

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

2) DEFINICIÓN

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

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

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

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

3) INOBSERVANCIA TOTAL O PARCIAL

Con estas palabras significamos que la inconstitucionalidad por omisión implica un incumplimiento o desacato, que no sólo puede

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

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

Supongamos ahora, que el Congreso Nacional si hubiera expedido la ley para cumplir con lo dispuesto en el Art. 191 de la Constitución pero en dicha ley omite reformar las normas policiales y militares, de tal manera que los jueces de las cortes policiales y militares seguirían dependiendo de la función ejecutiva: estaríamos en el caso de una inobservancia parcial.

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

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

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

4) MANDATOS CONCRETOS CONTENIDOS EN NORMAS CONSTITUCIONALES DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO

Debemos de coincidir que todas las normas que integran una Constitución tienen la misma estructura ni poseen igual carácter.

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

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

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

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:... 3) Defender el patrimonio cultural y natural del país y proteger el medio ambiente; 4) Preservar el crecimiento sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo; 5) Erradicar la pobreza y

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes; y, 6) Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción.”

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

Según la opinión del Profesor Fernández Segado “...en un primer momento, la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto nos sitúa simplemente ante un incumplimiento de las exigencias constitucionales, ante lo que se ha llamado una “*situación constitucional imperfecta*”, que, aunque criticable, no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional.”¹

Sin embargo de lo expuesto, no cabe duda de que estos mandatos abstractos configuran el deber de cumplir con los fines constitucionales por lo que, eventualmente y tomando muy en cuenta el elemento temporal, podría admitirse también la inconstitucionalidad por omisión, cuando transcurrido un plazo suficientemente razonable, se torne evidente que se ha dejado de actuar en consonancia con dichos fines.

5) PRODUCTO DE LA INACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS O DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

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

- 5.1.) Que la infracción constitucional sea producto de la inacción;
- 5.2.) Que esta inacción sea atribuible a cualquiera de los poderes constituidos o a cualquier funcionario público.

¹ Francisco Fernández Segado. “La inconstitucionalidad por Omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socio económica?”. Ensayo publicado en la obra colectiva “Inconstitucionalidad por Omisión” , bajo la coordinación de Víctor Bazan. Editorial TEMID, 1997, página 16

5.1.) PRODUCTO DE LA INACCIÓN

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

Como lo afirma el maestro Norberto Bobbio, “Nuestra vida se desenvuelve en un mundo de normas. Creemos ser libres pero, en realidad, estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte, dirigen nuestras acciones en ésta o en aquella dirección. La mayor parte de estas normas se han vuelto tan comunes y ordinarias, que ya no nos damos cuenta de su presencia.”²

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

Esta doble manifestación de la conducta humana tiene consecuencias sobre las normas que dirigen nuestras vidas en diferentes órdenes, tales como el social, el jurídico, el moral, el ético, el religioso. La religión católica nos enseña que existen pecados de acción y de omisión, esto es, desobediencias a la norma divina que provienen tanto de un hacer lo que está prohibido, pecados de acción, así como de un no hacer lo que es debido, pecados de omisión.

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

² Norberto Bobbio: “Teoría General del Derecho” Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2002, Pág. 3

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

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

La reglamentación jurídica de la omisión o inacción se funda, precisamente, en que un sujeto no actuó conforme se esperaba que lo haga, por lo que acción y omisión devienen en “términos que corresponden al Derecho en el sentido de manifestarse, no como entidad (actividad –inercia), sino como formas de la conducta que tuercen la recta voluntad del Derecho. La omisión no es entonces, el *nihil facere* sino el *non facere quod debetur*, y desde este punto de vista... los delitos de omisión pueden configurarse por medio de acciones, porque la norma que ordena cierta clase de actos, puede contradecirse haciendo precisamente, algo distinto de lo ordenado.”³

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

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

³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Triskill S.A. Buenos Aires 1979. Tomo VI. Pág. 276.

5.2.) INACCIÓN ATRIBUIBLE A LOS PODERES CONSTITUIDOS O A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

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

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

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

Coincido parcialmente con la opinión del Profesor Miguel Carbonell, quien refiriéndose a la inconstitucionalidad por omisión en el caso mexicano, argumenta a favor de una concepción amplia del instituto, basado en las importantes facultades constitucionales que el Ejecutivo tiene en el sistema presidencial de gobierno⁴, pues creo que, más allá de esa realidad, la desobediencia por omisión al mandato constitucional puede provenir, en cualquier sistema de gobierno, de diferentes órganos del poder público e inclusive, con efectos ciertamente distintos, de los particulares.

⁴ El Profesor Miguel Carbonell refiriéndose a la opinión de José Julio Fernández Rodríguez, quien limita la inconstitucionalidad por omisión exclusivamente al ámbito legislativo, afirma que en principio está de acuerdo con esa limitación, pero agrega: "Creo que en sistemas presidenciales como el mexicano, en que el Poder Ejecutivo tiene unas muy amplias facultades constitucionales, puede extenderse el concepto de la inconstitucionalidad por omisión al ámbito de responsabilidades del Presidente de la República o, de forma más general, de la administración pública". "En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión", editado por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. México, 2003, Pág. 9

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

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

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

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

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

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

No obstante lo expuesto, es preciso establecer algunas precisiones:

- a) **El hecho de que no exista un plazo determinado para el desarrollo de una norma constitucional programática imperativa, no debe servir de excusa para retrasar al infinito la realización del mandato constitucional.** Aceptar esta tesis sería, según lo afirma correctamente el Maestro Sagües, “llevar al congelamiento una serie de derechos constitucionales.”
- b) **El principio que debe primar es el de la obligación de desarrollo del mandato constitucional** y sólo por excepción, que obviamente deberá ser debidamente justificada, podrá aceptarse la excusa de la imposibilidad de hacerlo.
- c) **Lo que fundamentalmente debe cuidarse, es no dañar la fuerza normativa de la Constitución, permitiendo que subsistan o prevalezcan situaciones jurídicas no queridas por la Carta Magna.** Al respecto, el Profesor Ignacio Villaverde señala: “la existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional, hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución. Este es el preciso instante en que se infringe la Constitución...”⁵

El problema se acrecienta cuando las normas programáticas de cumplimiento obligatorio establecen derechos de imposible o muy difícil realización práctica en el corto tiempo, es decir, normas utópicas, de aquellas que regalan felicidad por simple decreto, sin que existan las condiciones necesarias para que esa situación ideal se produzca.

El profesor Germán Bidart Campos nos habla de los “*derechos imposibles*”, al referirse al problema señalado. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana ha encontrado en el Art. 18, una solución, aparentemente utópica, que no obstante debe ser rescatada en su aspecto positivo, pues establece una norma de conducta muy clara para jueces, magistrados y

⁵ Ignacio Villaverde, Menéndez: “La inconstitucionalidad por Omisión. De los silencios legislativos”, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, número 8, Madrid-España, 1996, página 18

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

autoridades públicas para que a través de su actuación busquen hacer realidad la disposición del artículo 18 de la Constitución y aplicar directa e inmediatamente la norma constitucional consagratória de derechos y garantías, sin que la falta de ley reglamentaria se constituya en obstáculo insalvable para hacer prevalecer los derechos humanos.

En el plano de la jurisprudencia internacional, el Tribunal Constitucional Español ha contemplado en sus fallos la doctrina del “*plazo razonable*”, como se aprecia en las sentencias 216-91 y 31-94 en las que considera que las justificadas demoras del legislador en la legislación de una determinada situación jurídica para adaptarla a las prescripciones constitucionales es la causa de la inconstitucionalidad de sus silencios.⁶

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

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

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

7) QUE OCASIONA LA PÉRDIDA DE EFICACIA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

⁶ Ignacio Villaverde, obra citada, Pág. 17

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

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

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

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

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

Cuando el legislador y mucho más el legislador constituyente expide una norma jurídica, la hace con la firme decisión de que tenga aplicación práctica en la vida de la comunidad. La razón de la existencia del derecho

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

es justamente normar la convivencia social. El derecho vigente en un Estado debe regir para todos quienes lo integran, incluyendo el propio Estado.

El maestro George Jellinek en su importante obra “Teoría General del Estado”, afirma que acompaña a **“todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo” lo que, apunto yo, se traduce en la garantía de la seguridad jurídica.** El profesor Kelsen también sostenía que “la validez de una norma coincide con su obligatoriedad y por tanto con su eficacia. Para este autor, la noción de eficacia no reviste interés para el jurista”⁷

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

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

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

La validez de una norma jurídica dice relación a haber sido expedida por el órgano competente, ciñéndose el procedimiento correspondiente a su

⁷ Paloma Biglino Campos, citada por Maria del Carmen Blasco Soto en “La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”. José María Bosch, Editor, Barcelona-España 1995, Pág. 88

materia y naturaleza. La eficacia, en cambio, está en función del cumplimiento real de dicha norma jurídica en la sociedad.

Al analizar el tema de la existencia de normas válidas pero ineficaces, refiriéndolas al derecho constitucional, el Profesor Bobbio afirma sentenciosamente: “Sin ir muy lejos, muchos artículos de la Constitución italiana no han sido aplicados hasta hoy. ¿Qué significa la tan a menudo deplorada desaplicación de la Constitución? Significa que nos encontramos ante normas jurídicas que, aún siendo válidas, esto es, existentes como normas, no son eficaces.”⁸ Pues bien, cuando normas constitucionales absolutamente válidas se tornan ineficaces porque los poderes constituidos o funcionarios públicos incumplen con sus preceptos imperativos por inacción, estamos frente al caso de una inconstitucionalidad por omisión.

Una interesante variante en cuanto a la consecuencia de la inacción u omisión legislativa en relación a los mandatos concretos de una norma constitucional, es la que propone el profesor Ignacio Villaverde quien identifica en los silencios del legislador, una faceta normativa, que consiste en las situaciones jurídicas que dicho silencio puede conservar o generar, para concluir en que, “el silencio legislativo se transforma en omisión inconstitucional si de él se deduce una *norma* denominada aquí *norma implícita* que crea o conserva una situación jurídica contraria a la Constitución”⁹, siendo importante destacar que, para este autor “Esa infracción se produce siempre que el silencio suponga la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucional expresa y concluyente de legislar.”¹⁰

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

⁸ Norberto Bobbio. Obra Citada. Pág. 93

⁹ Ignacio Villaverde. Obra Citada. Pág. 11

¹⁰ Ignacio Villaverde. Obra Citada. Pág. 11

DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La respetable opinión de Villaverde limita, en mi concepto, buena parte de la casuística de la inconstitucionalidad por omisión, desvinculándola, además, del necesario acatamiento de las normas programáticas imperativas de la Constitución, por parte de los poderes constituidos, ya que la violación constitucional –vía inconstitucionalidad por omisión– sólo existiría en el supuesto de que, de no cumplirla, se generara una norma implícita, que sea contraria a la Constitución. Así, por ejemplo, ¿qué norma implícita genera el hecho de que el Congreso Nacional no haya dictado las normas que configuren el denominado “Estatuto de la oposición”, que según el Art. 117 de la Constitución debe ser establecido por ley? O, ¿Cuál es la norma implícita generada por el hecho de que los Ministros de Estado no presenten anualmente su informe al Congreso e incumplan por omisión el mandato Constitucional?¹¹

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

¹¹ El libro de Villaverde “La Inconstitucionalidad por omisión”, en la que exponía su tesis de la norma implícita, fue publicado en 1997. Posteriormente varios autores, entre ellos José Julio Fernández Rodríguez en su ya citada obra, publicada en 1998, han disentido con este criterio, considerándolo restringido. Villaverde ha calificado como “tesis obligacionistas” aquellas que derivan la inconstitucionalidad por omisión del incumplimiento de un mandato expreso establecido en la Constitución y replicando dicha postura y las críticas a su concepción de inconstitucionalidad por omisión, manifiesta: “Aunque en rigor la diferencia entre las tesis obligacionistas y la defendida por mi, estriba en el motivo de inconstitucionalidad por omisión. Para los obligacionistas el silencio legislativo respecto de deberes constitucionales de legislar es de suyo contrario a la Constitución pasado o no un tiempo razonable en el que el legislador pudo cumplir con ese deber. Sin embargo, para mi, la inconstitucionalidad por omisión sólo se produce cuando el silencio es la causa de la existencia de una norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.” Ignacio Villaverde “La Inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, ensayo publicado en “En busca de las normas ausentes”, obra coordinada por Miguel Carbonell, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, Pág. 74