

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS

“LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL
ECUADOR”

CARLOS FERNANDO ALOMOTO ROSALES

DIRECTOR: DR. HERNÁN SALGADO PESANTES

QUITO, MARZO DE 2013

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a Dios que es el comienzo y el fin de la existencia, Padre amado que me acompaña en todos los momentos de la vida, porque Él me ha permitido llegar hasta aquí con sus bendiciones abundantes.

A mi madre la Lcda. Martha Rosales Toromoreno, por ser padre y madre, por haberme enseñado que cada esfuerzo tiene su recompensa, por haberme acompañado todos los días a lo largo de mi vida, por ser compañera, amiga, maestra, por ser mi todo. A mi padre Dr. Carlos Alomoto Ayala, que desde el lugar donde Dios ha puesto su alma, estoy seguro cuida y ora por su hijo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios que es el pilar más importante de mi vida, por haberme levantado cuando las cosas se ponían difíciles, por permitirme estudiar lo que amo y adquirir el conocimiento con el que deseo de servir a nuestra sociedad.

A mi madre, la Lcda. Martha Rosales Toromoreno, por ser luz en mi vida y la impulsadora de todos mis proyectos.

Al Dr. Hernán Salgado Pesantes, por ser un maestro que ha compartido su conocimiento, su experiencia y su sabiduría en el aula de clase y en la elaboración del presente trabajo.

Al Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade, por ser amigo, profesor y maestro, que fue el primero en darme la oportunidad de compartir el conocimiento adquirido en clase con la siguiente generación de compañeros.

Agradezco también el apoyo de mis tíos Ángel y Ramiro Rosales.

Agradezco a todos los profesores y maestros que he tenido desde la Escuela Anderson, el Colegio Sebastián de Benalcázar y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por compartir su conocimiento, sus experiencias de vida y por haberme ayudado a ser un mejor ser humano.

ABSTRACT

El tema central de esta disertación es el análisis del instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y su tratamiento en el caso ecuatoriano. La institución que estudiamos es relativamente nueva y fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución del año 2008.

El objetivo de este trabajo es estudiar, analizar y comprender la importancia del instituto y su papel en el deber del Estado de garantizar la plena vigencia y la supremacía de la Constitución a través del cumplimiento de los mandatos previstos por la Constitución. La metodología empleada en el mismo es teórica.

En el primer capítulo analizamos la inconstitucionalidad por omisión desde un punto de vista doctrinario y con mayor profundidad la inconstitucionalidad por omisión legislativa, destacando conceptos y soluciones que ha desarrollado la doctrina.

En el segundo capítulo revisamos las experiencias de la aplicación del instituto en el Derecho Comparado, señalando los logros conseguidos en los diferentes Estados.

El tercer capítulo comprende un estudio del marco constitucional y legal, con el análisis del desarrollo jurisprudencial en nuestro país. Revisamos la concepción diseñada por el constituyente y el cambio de visión que la legislación desarrolló.

El aporte a la ciencia jurídica es el análisis y estudio doctrinario, jurisprudencial y legal de una institución que tiene un desarrollo reciente en nuestro país y que requiere de una aplicación rigurosa, acorde con la realidad ecuatoriana y en estricto cumplimiento de la visión que dio la Ley Fundamental por parte del órgano de control constitucional que debe velar por la plena vigencia y la fuerza normativa de la Constitución.

INTRODUCCIÓN

La Constitución ecuatoriana del año 2008, trae consigo una nueva visión del Estado, cuyo objetivo principal es alcanzar el buen vivir, a través del pleno ejercicio de los derechos fundamentales y el establecimiento de una nueva estructura institucional del Estado. El reto de todas las instituciones del Estado es que la Ley Fundamental alcance vigencia plena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La fuerza normativa de la Constitución y la supremacía de esta, son dos factores importantes que deben llevar a la realidad lo dispuesto por la Norma Suprema. La historia nos demuestra que las constituciones han señalado mandatos y obligaciones, cuyo cumplimiento es indispensable para alcanzar el diseño constitucional previsto por el constituyente; sin embargo, muchas veces los organismos del Estado no han cumplido con estos mandatos y no se ha podido consolidar el Estado bajo el diseño del marco constitucional. Ante el incumplimiento y el silencio de las instituciones del Estado, se ha delineado el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, cuyo objetivo es controlar las omisiones y buscar soluciones para superarlas.

Uno de los problemas más graves al analizar el despliegue constitucional, es observar la inercia del legislador para expedir las leyes que la Norma Suprema ha señalado como imprescindibles para alcanzar su plena vigencia, por lo que enfocaremos nuestro estudio del instituto sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa fue incorporada en la Constitución del año 2008, por lo que nuestro país se encuentra atravesando sus primeros pasos en la implementación de este instrumento del control constitucional, cuya finalidad es en primer lugar verificar la existencia de las omisiones inconstitucionales y una vez señaladas, encontrar los mecanismos idóneos para superarlas, tarea que en nuestro país se ha confiado a la Corte Constitucional.

Esta disertación se divide en tres capítulos. En el primer capítulo analizaremos lo que es la inconstitucionalidad por omisión, sus características y elementos; las visiones que existen sobre el instituto para posteriormente analizar

los tipos de inconstitucionalidad por omisión, deteniendo nuestro análisis en la inconstitucionalidad por omisión legislativa, desde una perspectiva doctrinaria.

En el segundo capítulo de la presente disertación haremos una revisión de las experiencias del instituto en los diferentes Estados en donde este se ha incorporado, a través de la jurisprudencia de los tribunales de control constitucional o mediante su señalamiento expreso en las normas de los Estados. Revisaremos además sentencias relevantes, para comprender el alcance y las diversas soluciones previstas antes la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En el tercer capítulo centraremos nuestro estudio al caso ecuatoriano. Examinaremos inicialmente el espíritu que la Norma Suprema le da al instituto, a través de la revisión de las actas de la Asamblea Constituyente en que fue tratada la inconstitucionalidad por omisión legislativa, para posteriormente analizar el instituto a la luz de las normas constitucionales y legales. Repasaremos el procedimiento y alcance del instituto previsto por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y terminaremos nuestro estudio analizando las sentencias dictadas por la Corte Constitucional sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa, para así entender la forma en que el órgano de control constitucional está aplicando el instituto en nuestro país.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| <i>DEDICATORIA</i> | I |
| <i>AGRADECIMIENTO</i> | II |
| ABSTRACT..... | III |
| INTRODUCCIÓN | IV |
| ÍNDICE | VI |
| CAPITULO I: EL CONTROL CONSTITUCIONAL POR OMISIÓN | 1 |
| 1.1. APROXIMACIÓN A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN..... | 1 |
| 1.1.1. Conceptos acerca de la inconstitucionalidad por omisión..... | 2 |
| 1.1.2. Clases de omisión inconstitucional | 7 |
| 1.1.3. Omisión de actos y omisión de normas..... | 9 |
| 1.2. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE CARÁCTER LEGISLATIVO | 11 |
| 1.2.1 Elaboración de un concepto y una definición | 13 |
| 1.2.2. Elementos para una definición personal..... | 20 |
| 1.2.3. Importancia del control de las omisiones legislativas | 25 |
| 1.2.4. Presupuestos y elementos para la configuración de este tipo de inconstitucionalidad.. | 27 |
| 1.2.5. Críticas a la inconstitucionalidad por omisión legislativa..... | 32 |
| 1.3. LOS TIPOS DE OMISIÓN LEGISLATIVA Y LAS SOLUCIONES DESDE LA DOCTRINA | 34 |
| 1.3.1. Tipos de omisión legislativa..... | 34 |
| 1.3.2. Respuestas y remedios desde la doctrina para superar la inconstitucionalidad por omisión | 40 |
| CAPÍTULO II: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO | 46 |
| 2.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LAS CONSTITUCIONES..... | 46 |
| 2.1.1.- Orígenes de la institución en Yugoslavia y Portugal..... | 46 |

| | | |
|--|---|-----|
| 2.1.2. | El caso brasileño, la omisión a nivel federal | 51 |
| 2.1.3. | La inconstitucionalidad por omisión en Venezuela..... | 56 |
| 2.2.- | LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN A NIVEL ESTADUAL | 58 |
| 2.2.1.- | El caso de los estados mexicanos | 59 |
| 2.2.2.- | El Caso argentino de la Provincia de Río Negro..... | 63 |
| 2.2.3. | La inconstitucionalidad por omisión legislativa a nivel estadual en Brasil..... | 66 |
| 2.3. | LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA..... | 67 |
| 2.3.1. | El caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán..... | 67 |
| 2.3.2. | Las sentencias del Tribunal Constitucional español..... | 71 |
| 2.3.4. | El aporte de la Suprema Corte Mexicana..... | 77 |
| 2.3.4. | El aporte de la Corte Suprema de Argentina | 82 |
| 2.3.5. | La Corte Constitucional de Colombia | 87 |
| 2.3.6. | Las sentencias manipulativas de Italia | 90 |
| CAPÍTULO III: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL ECUADOR | | 93 |
| 3.1. | DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL INSTITUTO | 93 |
| 3.1.1. | Antecedentes de la institución en la Constitución ecuatoriana | 93 |
| 3.1.2.- | Trabajo de la Asamblea Constituyente y el espíritu del instituto..... | 96 |
| 3.1.3.- | Análisis de la norma constitucional | 98 |
| 3.2. | EL INSTITUTO EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL | 105 |
| 3.2.1. | Debates y análisis del instituto en la formación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional..... | 105 |
| 3.2.2. | Configuración, elementos y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión | 108 |
| 3.2.3. | Procedimiento de la acción, según la Ley. | 112 |
| 3.2.4. | Normas del Reglamento de sustanciación de procesos en la Corte Constitucional | 116 |
| 3.3 | ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL INSTITUTO EN EL ECUADOR..... | 117 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 3.3.1 | Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC..... | 118 |
| 3.3.2.- | Sentencia No. 001-11-SIO-CC, Proceso de Revocatoria del Mandato:..... | 121 |
| IV. | CONCLUSIONES | 132 |
| V. | RECOMENDACIONES | 139 |
| VI. | BIBLIOGRAFÍA:..... | 141 |

CAPITULO I: EL CONTROL CONSTITUCIONAL POR OMISIÓN

La Constitución señala una serie de deberes y tareas para los diferentes organismos del Estado, tareas cuyo cumplimiento es indispensable para alcanzar la plena aplicación de la Ley Fundamental. Desde sus inicios el derecho constitucional ha previsto mecanismos para llevar a cabo un control de las actuaciones de los poderes públicos, esto con la finalidad de que toda actuación esté conforme a la Constitución; sin embargo, pasada la segunda mitad del siglo XX nos encontramos con la dificultad de que en muchas ocasiones los organismos del Estado no cumplen con los mandatos previstos en la Constitución y surge la necesidad de encontrar mecanismos para controlar esta falta de actuación, frente a las obligaciones contenidas en la Norma Suprema.

1.1. APROXIMACIÓN A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Los Estados han ampliado el contenido de las Constituciones con la finalidad de alcanzar la promoción y redistribución del bienestar social y económico, asumiendo una función transformadora de la sociedad, buscando de esta manera que la Constitución, que es la norma jurídica que da origen y validez a todas las demás normas, señale principios, garantías y derechos que son directamente aplicables. En algunas oportunidades las normas que señalan estos principios, garantías y derechos, gozan de eficacia limitada, entregando a las diferentes funciones y organismos del Estado tareas y obligaciones con la finalidad de alcanzar los objetivos propuestos en la Constitución¹.

Hasta hace algún tiempo, ni la jurisdicción ordinaria ni el órgano de control constitucional podían realizar un control de los silencios de los diferentes organismos del Estado, puesto que se asumía la discrecionalidad de estos para decidir cuándo y cómo cumplir con los lineamientos señalados por la Constitución, cuya consecuencia era que el control de la falta de actuación de estos, se convertía

¹ Cfr. BAZÁN, Víctor, *En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, editorial Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 152.

en una ruptura del principio de separación de poderes, concibiendo únicamente al órgano de control constitucional como un legislador negativo o revisor de las actuaciones de dichos organismos, pero no de los silencios provenientes de estos.

La Norma Suprema señala la obligación de los órganos con facultad legislativa o normativa de expedir normas y el deber de los demás organismos del Estado de emanar actos administrativos o ejecutar ciertos actos. Cuando los organismos con obligación de actuación no realizan lo determinado por la Constitución estarían con su silencio generando una conducta vulneradora de esta, conducta que *prima facie* supondría una omisión inconstitucional.

El término omisión, *lato sensu* significa dejar de hacer algo debido. La doctrina señala que el concepto de omisión para su utilización en el Derecho Constitucional fue abstraído del concepto utilizado en el Derecho Penal, en donde los delitos y las contravenciones pueden ser provocados por acción u omisión, siendo estas dos, formas de conducta y manifestación de la voluntad. Fernández Rodríguez señala al analizar la omisión desde la perspectiva penal que “*la omisión que origina la reacción del ordenamiento penal es la omisión del actuar al que obliga la ley. La existencia de un deber de hacer proveniente de una norma es, por tanto, imprescindible.*”² El sentido de la omisión en Derecho Penal, es de una manifestación de la voluntad antijurídica y reprochable en virtud de un deber señalado por la norma, que lo podemos asimilar a la omisión en Derecho Constitucional, ya que la Constitución señala una obligación de actuación, cuyo incumplimiento tendría un responsable, merecedor de una sanción.

1.1.1. Conceptos acerca de la inconstitucionalidad por omisión

La primera idea sobre la omisión inconstitucional, es que el constituyente en la Norma Suprema señaló mandatos concretos de actuación y de obligatorio cumplimiento, destinados a los diferentes organismos del Estado, con la finalidad de

² FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En Busca de las Normas Ausentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2^{da} edición, México DF, 2007, p. 6

asegurar el despliegue de la Constitución. Una segunda idea es que la Constitución no se vulnera únicamente cuando se hace lo que ella prohíbe, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda a que se haga, por lo que no hay zona de reserva que los organismos del Estado puedan invocar para eximirse del deber de hacer lo que la Ley Fundamental les ha ordenado. Así nace la doctrina de la acción esperada, “según la cual se convierte conceptualmente la omisión o inacción en un hacer diferente a lo debido”;³ es decir que cuando se presenta la inobservancia por parte de los organismos del Estado ante las obligaciones de actuar impuestas por la Constitución, se genera la responsabilidad de estos por dicho incumplimiento y se activa en ese momento la competencia de los organismos del control constitucional para tomar las medidas necesarias para superar dicha omisión.

El jurista austriaco Kelsen en su obra “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” señala que “la violación de la Constitución, significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión”;⁴ además en La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional), Kelsen señaló que una Constitución a la que le falta la garantía de su propia defensa, técnicamente no es una Constitución.⁵ Es por estas razones que para alcanzar la plena vigencia de la Constitución se requiere de mecanismos que permitan asegurar el cumplimiento de los mandatos previstos en la Norma Suprema.

Fernández Segado manifiesta que “En sentido jurídico-constitucional, omisión significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado.”⁶

El aporte de Fernández Segado, permite separar las normas constitucionales que dejan en manos de los organismos del Estado la posibilidad de encontrar la mejor forma de llevar a cabo el cumplimiento de lo señalado por la Constitución; de

³ CASTRO PATIÑO, Iván, *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2006, p. 100.

⁴ Citado por ETO CRUZ, Gerardo, *Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión*, en BAZÁN, Víctor (Coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 808

⁵ Íd., p. 810.

⁶ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?*, en BAZAN, Víctor (Coord.) *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1997, p. 14

las normas que señalan una tarea concreta y específica para llevar a cabo el mandato constitucional y alcanzar el fin propuesto por el constituyente.

El jurista portugués José Gómez Canotilho, define a la omisión inconstitucional como: “*el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos*”⁷. Desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad por omisión tiene como principal elemento, el incumplimiento de un mandato claramente señalado por la Norma Suprema.

Para Iván Castro Patiño la 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 la eficacia normativa de la Constitución.*⁸

De este concepto podemos extraer algunos elementos que nos permiten configurar la inconstitucionalidad por omisión. Se menciona como elemento principal la inobservancia total o parcial de los mandatos de la Constitución, por lo que para el caso de la omisión legislativa, la falta de expedición de la norma señalada por la Constitución o la realización incompleta de la misma supondría una inconstitucionalidad por omisión. Se habla del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable; cuando la norma constitucional señala un plazo, este debe ser cumplido; mientras que el plazo razonable se analiza cuando no existe un plazo perentorio y deberá ser verificado por el órgano de control constitucional. La inconstitucionalidad por omisión tiene como consecuencia la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución y la falta de cumplimiento del mandato constitucional, lo que deja a la norma constitucional con una eficacia parcial, hasta que se cumpla con la disposición constitucional.

⁷ Citado en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, Id., p. 14

⁸ CASTRO PATIÑO, Iván, óp. cit. p. 95

Para visualizar el espectro amplio y diverso que puede presentarse sobre la inconstitucionalidad por omisión, seguimos las palabras del profesor Néstor Pedro Sagüés, cuando señala que:

La inconstitucionalidad por omisión se plantea tanto en cuanto actos individuales impuestos por la Constitución ('omisión de actos de pronunciamiento y de actos de ejecución...') 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 reglamente una ley del Congreso, así como el Poder Judicial, cuando no asume los roles legislativos que la Constitución le encomienda...⁹

Vemos de esta manera, las diferentes variantes que se puede presentar sobre la inconstitucionalidad por omisión. Las omisiones irían desde no expedir una ley por parte del Legislativo como por ejemplo en el caso ecuatoriano la expedición de la Ley de Comunicación,¹⁰ hasta la falta de ejecución de actos determinados por la Constitución, como es el caso del sorteo de los magistrados de la ex Corte Suprema de Justicia que debían conformar provisionalmente la Corte Nacional de Justicia.¹¹

La omisión inconstitucional, nace según Pablo Dermizaky:

...cuando el sujeto encargado de desarrollar un precepto de la Constitución no lo hace durante un tiempo relativamente prolongado, dando lugar al incumplimiento de dicho precepto o a la negación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.¹²

La definición presentada por Dermizaky incorpora un elemento a la inconstitucionalidad por omisión y es el tiempo que debe pasar entre el nacimiento de la obligación de actuar impuesta por la Constitución y el tiempo en el que el órgano omiso ha incumplido dicha obligación, para que, por el transcurso de este, se pueda considerar dicha omisión como inconstitucional. En algunas ocasiones la Norma Suprema señala expresamente el tiempo en que se debe cumplir el mandato constitucional y en otros casos no se indica el plazo para efectuar la tarea.

⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 111

¹⁰ NB. Obligación contenida en la disposición transitoria primera de la Constitución de Ecuador de 2008, en donde se dio 360 días de plazo para cumplir con la expedición de la ley.

¹¹ NB. Obligación para que el Consejo Nacional Electoral según el artículo 21 del Régimen de Transición, realice un sorteo de entre los 31 magistrados para que 21 de ellos conformen la Corte Nacional de Justicia.

¹² DERMIZAKY, Pablo, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, número 6, 2002, p.65

María Sofía Sagüés, tiene una postura amplia sobre el alcance del instituto y manifiesta que:

Si la Constitución impone un accionar determinado a un órgano cualquiera, y éste incumple el mandato, nos encontramos ante un supuesto de “inconstitucionalidad por omisión”, frente a que deberá arbitrarse el control pertinente, dentro del cual el órgano omitente resultará legitimado pasivo.¹³

El criterio de María Sofía Sagüés, es que el órgano responsable de la omisión tendrá que asumir las consecuencias de su inercia y de una posible sanción por incumplir lo que la Constitución le ha ordenado.

La doctrina se ha dividido en dos concepciones del instituto de acuerdo al objeto de control. Una postura amplia considera a la inconstitucionalidad por omisión como la inactividad de cualquier institución del Estado en la emisión de actos políticos, actos administrativos, actos normativos e incluso decisiones judiciales; así el instituto se basa en el deber genérico constitucionalmente impuesto de desarrollo normativo o de actuación. Esta postura la sigue el profesor Trocker quien apuntó una visión general y básica de la institución. Encontramos también al profesor Miranda, como defensor de esta concepción al señalar dos ideas principales; la primera que cualquier órgano puede violar por omisión la Constitución y la segunda, que dicha violación se presenta por no cumplir la obligación en cierto tiempo; estas ideas generales requieren de una mayor desarrollo para que puedan ser llevadas a la práctica a través del instituto. Siguiendo esta visión, también encontramos a los profesores Néstor Pedro Sagüés y Bidart Campos; este último, señala que la inconstitucionalidad por omisión: “*sobreviene cuando el órgano que conforme la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo.*”¹⁴ Esta concepción de la inconstitucionalidad por omisión es muy amplia y en la práctica ha sido recogida en muy pocas ocasiones por algún texto constitucional, ya que deja la

¹³ SAGÜÉS, María Sofía, *Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por Omisión*, <http://www.uned.ac.cr/possoc/revista/documentos/REVISTA%20VIRTUAL/2002/La%20inconstitucionalidad%20por%20omision.pdf>, Acceso: 20 de abril de 2012, 16h00.

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión*, Anuario Jurídico, Universidad Nacional Autónoma de México, No. VI, México, 1979, p. 9

puerta abierta sobre el control de la falta de actuación de cualquier órgano del poder público.

Una segunda concepción, más limitada, refiere a la inconstitucionalidad por omisión, como la inacción del poder legislativo en la expedición de las normas que la Constitución le ha ordenado. Se limita al instituto a la falta de actuación de la Función Legislativa, conocida también como inconstitucionalidad por omisión legislativa, postura que siguen algunos profesores como Gomez Canotilho, Aguiar de Luque, Fernández Rodríguez, Casal, entre otros.

1.1.2. Clases de omisión inconstitucional

Revisemos ahora las clases de inconstitucionalidad por omisión. La primera de acuerdo al objeto de control, según plantea Israel Santos son:¹⁵

- **Norma constitucional - poder legislativo:**

Esta es una concepción limitada, que es seguida por la mayor parte de juristas que han estudiado el instituto y quienes consideran que la inconstitucionalidad por omisión es la falta de expedición de leyes señaladas en la Constitución, por parte del legislador, por lo que se la llama “inconstitucionalidad por omisión legislativa” u “omisión legislativa en estricto sensu”. Los autores que sostienen esta postura son Aguiar de Luque, Morón Urbina, Fernández Rodríguez, entre otros.

- **Norma constitucional – cualquier poder:**

Un segundo grupo de la doctrina considera que la inconstitucionalidad por omisión se presenta por la inercia de cualquiera de los organismos del Estado, con obligación de actuar en base a un mandato constitucional, vulnerando así el texto constitucional; esta omisión es denominada “*omisión legislativa lato sensu*”. La causa de la omisión será la falta de expedición de normas señaladas por la

¹⁵ SANTOS, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria. El caso de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, pp. 12-14.

Constitución, así como la falta de ejecución de actos administrativos o políticos señalados en la Norma Suprema. Esta línea la siguen Jorge Miranda, Fernández Segado, Sagüés, Bazán, entre otros.

- **Cualquier norma –poder legislativo:**

Esta es una tercera posición, amplia e interesante, que reconoce a la inconstitucionalidad por omisión como la falta de expedición de normas por parte del legislativo y no se reduce únicamente a las señaladas por la Constitución, ya que se incluye la omisión de normas que permiten el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, o la emisión de normas que reemplacen las ya caducas; Fernández Rodríguez, llama a esta como “*omisión de normación*” y hay autores que señalan la existencia del derecho de los ciudadanos a la normación; inclusive en la Constitución ecuatoriana, se establecieron las garantías normativas en el artículo 84 de la Constitución.¹⁶

- **Cualquier norma – cualquier poder:**

Existe una cuarta postura, en donde la omisión inconstitucional se produce por la falta de expedición de una norma de cualquiera de las funciones del Estado o instituciones con competencia legislativa o normativa; esto con un sentido más amplio y no sólo proveniente de mandatos constitucionales, sino que podría ser por ejemplo la falta de reglamentación a la ley, expedición de ordenanzas o cualquier tipo de acto normativo que sea indispensable para el efectivo cumplimiento del marco normativo al que la Ley Fundamental dio nacimiento. Esta postura es demasiado amplia y desfigura el sentido de la inconstitucionalidad por omisión, ya que nuestro instituto principalmente nace de los mandatos señalados por la Constitución.

Los tipos de omisión inconstitucional que hemos señalado, permiten ver las discrepancias existentes en la doctrina sobre este tema. Creemos que cabe destacar

¹⁶ NB. El artículo mencionado determina que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

dos concepciones del instituto; la visión amplia que considera como omisión inconstitucional todos los silencios o falta de actuación de cualquiera de los organismos del Estados en relación con un mandato constitucional claramente señalado; y, la visión reducida que manifiesta que se constituye como inconstitucionalidad por omisión los silencios del legislador, frente a un mandato constitucional.

Una visión amplia de la inconstitucionalidad por omisión podría generar problemas para controlar estos silencios o buscar las soluciones que permitan alcanzar la efectiva y plena vigencia del marco constitucional, por lo que recogemos las palabras del maestro Bidart Campos sobre el tema, cuando señala:

Una complicación seria surge en los casos en que la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales que presten desarrollo a cláusulas constitucionales, sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones[...] Al tropezar con esa barrera, siempre quedaría expedito el otorgamiento de una indemnización por el perjuicio ocasionado a causa de las apuntadas omisiones estatales.¹⁷

Las posturas demasiado amplias del instituto sobrepasarían la finalidad del cumplimiento de los mandatos constitucionales y sus mecanismos de control resultarían difíciles de llevar a la práctica.

1.1.3. Omisión de actos y omisión de normas

- **Inconstitucionalidad por omisión en la decisión de un hecho o acto de tipo individual**

Se trata de la falta de actuación de cualquiera de los órganos del poder público en la emanación de actos o la ejecución de cualquier actuación dispuesta por la Constitución. La conexión para este tipo de omisiones es el incumplimiento de una obligación de desarrollo o de una obligación de actuar de origen constitucional.

¹⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *Algunas Reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*, en BAZÁN, Víctor (Coord.), *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Temis S.A. Bogotá 1997, pp. 4,5

Un ejemplo claro de este tipo de omisión sería la falta de realización de una auditoría de frecuencias de radio determinada por la Constitución, esta como una falta de actuación de carácter administrativo.¹⁸

El profesor Néstor Pedro Sagüés, señala algunos ejemplos para este tipo de omisión:

Ello ocurre, por ejemplo, cuando el Estado no se pronuncia sobre algo que constitucionalmente debe realizar (v. gr., si no adopta una resolución respecto de un pasaporte que está en condiciones de ser emitido, atentándose así contra la libertad de circulación de una persona; o si no pronuncia un decreto confiriendo a un detenido político por el estado de emergencia o de sitio el derecho a salir del país, cuando la Constitución así lo prevé, o si el Jefe de Estado no designa un ministro, etc.). Para cuestionar este tipo de omisiones singulares el remedio tradicional ha sido el "amparo por mora" (administrativa), y en su caso, la "acción de cumplimiento" y los writs o "mandamientos de ejecución"¹⁹

Para enfrentar omisiones de este tipo se requiere de una gama de soluciones, ya que los casos de omisión no se reducen a la ausencia de normas legales que presten desarrollo a las cláusulas constitucionales, sino que los mandatos relacionados con este tipo de omisión suponen crear, organizar y poner en funcionamiento infraestructura material y humana para atender las prestaciones señaladas por la Constitución.

Si la Constitución como indicábamos, señaló la obligación de realizar un sorteo de entre los jueces de la ex Corte Suprema de Justicia, para ser miembros de la Corte Nacional de Justicia y dicho sorteo no se cumplió, el órgano de control constitucional podría haberle intimado al órgano omiso, para que lleve a cabo dicho sorteo; pero en caso de no cumplirse con esta disposición, el órgano de control constitucional debería haber buscado otros mecanismos, para evitando invadir competencias no otorgadas por la Constitución, garantizar el cumplimiento de la disposición constitucional.

¹⁸ NB. Obligación contenida en la disposición transitoria vigesimocuarta de la Constitución de la República.

¹⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, pp. 116, 117

- **Inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales**

El segundo caso de inconstitucionalidad por omisión, supone la falta de expedición de las normas que el constituyente ordenó realizar con la finalidad de desarrollar y completar los preceptos constitucionales, ya que pese a que la norma constitucional puede ser aplicada directamente, esta no goza de eficacia plena, conforme la voluntad del constituyente, por lo que en este trabajo analizaremos la inconstitucionalidad por omisión legislativa, es decir la falta de expedición de leyes que la Constitución por mandato le encargó realizar a la Función Legislativa.

1.2. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE CARÁCTER LEGISLATIVO

La inconstitucionalidad por omisión legislativa nace por el incumplimiento de un mandato constitucional concreto de legislar, por lo que es necesario diferenciar lo que son las exigencias concretas de legislar y el deber general de legislar. En el primer caso nos encontramos con la exigencia que le impone la Constitución al legislador para que aborde cierto tema en su trabajo legislativo, un ejemplo es que la Constitución señale: *“La ley sancionará el abandono de las personas adultas mayores por parte de sus familiares o las instituciones establecidas para su protección.”*²⁰

El deber general de legislar o competencia de legislar no le impone al legislador el deber obligatorio de desarrollar una norma constitucional, sino más bien, dentro de sus competencias puede o no brindar desarrollo a dicha norma, por ejemplo al señalar *“No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley”*;²¹ en donde se ve claramente la intención de que el legislador determine según su criterio, si es necesario establecer casos en los que la información sea reservada.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 38, p. 13.

²¹ Constitución de la República del Ecuador, *Ibíd.*, artículo 18, p. 11.

El mandato constitucional implica que el legislador no puede decidir si legisla o no, ya que este encierra la orden o exigencia de expedición de una determinada ley; es decir la Constitución le encarga de forma implícita o explícita el desarrollo legislativo de la norma constitucional. Debemos recordar que el mandato concreto de legislar no necesariamente debe estar señalado de forma expresa, es decir, así no se haga remisión a la ley, se entiende que el legislador debe normar y regular el ejercicio de un derecho; un ejemplo de un mandato implícito en el caso ecuatoriano, es el que señala la norma constitucional respecto a que el Estado no permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias, como lo señala el artículo 17, numeral 3 de la Constitución, en donde claramente se vislumbra la obligación del legislador de elaborar las normas que permitan alcanzar dicho fin.

La doctrina también señala la existencia del derecho a la norma, es decir un derecho de los ciudadanos y habitantes del Estado a la existencia de las normas que les permitan ejercer de forma plena sus derechos, configurándose a la vez el deber del legislativo de expedir dichas normas.²²

El mandato de legislar supone además que pese a la inmediata aplicabilidad de los derechos fundamentales, el constituyente consideró que la norma constitucional requiere necesariamente de la “*interpositio legislationis*” para alcanzar plena efectividad, es decir aunque se aplique la norma constitucional de forma directa en casos concretos, es indispensable que el legislativo cumpla con su tarea de expedir leyes de carácter general.

Las constituciones pese a haber sido expedidas hace algún tiempo y a que se ha cumplido con la mayoría de sus mandatos, generalmente tienen más de un caso de inconstitucionalidad por omisión; sin embargo el reto de evitar la inconstitucionalidad por omisión es mucho mayor en el caso de las constituciones

²² Cfr. VILLAVERDE, Ignacio, *La inconstitucionalidad por Omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional*, en CARBONELL Miguel (Coord.), *En Busca de las Normas Ausentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2da edición México, 2007, p. 70.

nuevas o recientemente expedidas y primordialmente si el contenido de la actual difiere de la anterior, por lo que se vuelve una tarea impostergable el adecuar de forma rápida la legislación al nuevo marco constitucional.²³ Morón Urbina, señala además que con la vigencia de una nueva Constitución existe la obligación del legislador de adecuar las leyes expedidas con anterioridad, a la visión de la Ley Fundamental, cuya incumplimiento supone la vulneración de esta y evidentemente la apertura al control de dichas omisiones.²⁴

Así el resultado de que el legislativo no cumpla con lo ordenado en la Norma Suprema, tiene como consecuencia directa una aplicación limitada de la norma constitucional, cuya eficacia es limitada y en algunos casos casi inexistente; imagínese por ejemplo el caso en que la Constitución termina atando el ejercicio de un derecho al desarrollo legislativo, como es el caso de la participación en la silla vacía, como derecho de participación ciudadana en el ámbito local, que hasta el momento no ha podido ser ejercido en muchos cantones del país, como por ejemplo en la ciudad de Quito.

1.2.1 Elaboración de un concepto y una definición

Por la naturaleza de la institución y la diversidad de criterios respecto a los elementos de su configuración y características, encontramos diversas concepciones sobre el instituto en la doctrina; esto nos lleva a revisar los más importantes conceptos que se ha propuesto para luego intentar elaborar una definición personal.

Para Carlos Báez y David Cienfuegos la inconstitucionalidad por omisión legislativa:

Es aquella en la que incurre el órgano legislativo con su inactividad, cuando en virtud de un mandato constitucional, está obligado a legislar. Es decir, el legislador vulnera el

²³ Cfr. CASAL, Jesús, *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 20003, p. 33.

²⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La Omisión Legislativa como un caso de Inconstitucionalidad*, Revista Jurídica del Perú, número III y IV, 1988 p. 335

*principio de supremacía constitucional cuando desacata o desobedece un mandato específico consistente en crear o dictar una norma legislativa.*²⁵

Para los autores citados, la inconstitucionalidad por omisión legislativa se configura cuando el legislativo no ha actuado, pese a la existencia de un mandato que le vincula con la labor de crear o dictar una ley. Amplían su visión del instituto cuando señalan que:

*... también es posible que el legislador incurra en una violación a la Constitución con su inactividad legislativa cuando, sin que medie un mandato concreto o directo para que modifique o cree leyes, su inactividad sin resultar por tanto un desacato a una norma constitucional, genere consecuencias normativas que violen derechos fundamentales...*²⁶

Este concepto de inconstitucionalidad por omisión legislativa, permite visualizar al instituto desde una perspectiva amplia, ya que los autores no solamente consideran a la omisión en los casos en que existe un mandato expreso de legislar, sino también los casos en que como consecuencia de la falta de producción de la norma se violan derechos fundamentales. Para ello, un ejemplo de este concepto en el caso mexicano, es que el legislador no dictó la ley que permitiera la impugnación de las resoluciones de los agentes del Ministerio Público en torno al no ejercicio o desistimiento de la acción penal.

La investigadora Laura Rengel señala que la omisión inconstitucional legislativa:

*Tiene su fundamento en la existencia de un mandato para legislar que, ya sea de forma implícita o expresa, se encuentra contenido en la norma fundamental y que ha sido desatendido por el legislador ordinario, con lo cual se causa la irregularidad del orden jurídico y en muchos casos de la indefensión o falta de certeza jurídica hacia los gobernados.*²⁷

²⁵ BÁEZ, Carlos y CIENFUEGOS David, *La Inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México*, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDIVAR Arturo (Coords.), *Teoría general del Derecho Procesal Constitucional, la ciencia del derecho procesal constitucional*, Tomo 8, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, editorial Marcial Pons, México, 2008, p. 605

²⁶ BÁEZ, Carlos y CIENFUEGOS David, *Ibíd.*, p. 606

²⁷ RENGEL, Laura, *El control de las omisiones legislativas en México una invitación a la reflexión*, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDIVAR Arturo (Coords.), *Teoría general del Derecho Procesal Constitucional, la ciencia del derecho procesal constitucional*, óp. cit., p. 628

Rengel considera que no es un requisito indispensable que el mandato de legislar sea expreso, ya que puede estar contenido en la Constitución de forma implícita, como por ejemplo cuando la norma señala el derecho de los ciudadanos a ser consultados; caso en el que es evidente que se requiere desarrollo legislativo, en donde se indique los mecanismos y las vías para hacer efectivo este derecho, que en caso de no ser atendido por el legislador, generaría una “irregularidad” en el ordenamiento jurídico e inclusive la indefensión para los ciudadanos, al no contar con la norma que permita hacer efectivo su derecho.

El profesor español José Julio Fernández, señala que la inconstitucionalidad por omisión legislativa es: *“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”*²⁸

Analicemos la definición de Fernández, de acuerdo a los elementos que él ha propuesto para el instituto:

En primer lugar expone como requisito la falta de desarrollo normativo por parte del legislativo y menciona que esta se presenta en los casos en que no se ha expedido la ley o cuando una ley vigente ha omitido legislar aspectos que la Constitución señalaba.

Fernández ata la inconstitucionalidad por omisión con el periodo de tiempo que debe transcurrir para que pueda considerarse como omisión inconstitucional a la falta de realización de la norma, por lo que un elemento principal para configurar la omisión sería la necesidad de que exista un periodo de tiempo excesivamente largo en el que no se ha expedido la ley. Reconoce que uno de los problemas es utilizar el término “un periodo excesivamente largo”, y señala que:

Aquí se encuentra la gran relatividad de la institución y la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto, lo cual puede

²⁸ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José, óp. cit., p. 13

*traducirse en diferentes posiciones en función del caso, aunque en apariencia haya similitud desde el punto de vista técnico.*²⁹

En este caso, el señalar cuándo es un periodo excesivamente largo o no, quedará a cargo del órgano de control constitucional, cuestión que puede llegar a ser discrecional por lo que consideramos que si bien el tiempo puede ser un elemento importante para identificar la existencia del incumplimiento, es necesario construir parámetros que permitan identificar de una forma más objetiva si ha transcurrido o no ese tiempo excesivamente largo que señala Fernández.

Otra idea expuesta por Fernández Rodríguez es que:

*La Norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena... Dicha exigencia de desarrollo posterior puede ser tanto explícita como implícita, pero siempre tiene que ser evidente su carácter imperativo, que habrá que presumir si la disposición no presenta el carácter facultativo de forma expresa*³⁰

Una de las principales ideas es que la norma constitucional posee eficacia limitada o incompleta y para que la Constitución tenga plena efectividad se requiere de desarrollo legislativo, el mismo que ha sido ordenado mediante un encargo que como dijimos puede ser implícito o explícito y en cualquiera de los casos imperativo, no debe caber la duda de si es un pedido o una orden para el legislador, cuyo análisis resultará un tanto más sencillo si se acepta la postura del profesor, quien señala la presunción de que la disposición de legislar es imperativa, salvo que se señale expresamente la facultad del legislador de decidir si legisla o no.

El profesor peruano Juan Carlos Morón Urbina, señala que la inconstitucionalidad por omisión es: *“la inacción legislativa en la reglamentación de los principios contenidos en el texto constitucional”*³¹

Encontramos en esta definición algunos vacíos y la falta de indicación clara de lo que es la institución; señala como elemento principal de la omisión, la falta de reglamentación legislativa, cuando de forma precisa es la falta de expedición de la

²⁹ FERNANDEZ RODRIGUEZ *Ibíd.*, p. 17

³⁰ FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Ibíd.*, p. 19

³¹ MORÓN, Urbina, Juan Carlos, *La Omisión Legislativa como un caso de Inconstitucionalidad*, Revista Jurídica del Perú, número III y IV, 1988 p. 350

ley. El autor únicamente considera como objeto de la inconstitucionalidad por omisión los principios constitucionales, que a nuestro juicio pueden ser objeto de una omisión, pero no son únicamente estos el objeto de control. Hay autores que consideran que los principios no pueden ser objetos de omisión y citamos al profesor José Julio Fernández, quien señala que: *“la omisión inconstitucional sólo puede referirse a normas concretas y determinadas, no a principios de corte general extraídos del sentido global de las prescripciones constitucionales con un método inductivo”*.³²

El jurista portugués Gomez Canotilho, indica que la omisión legislativa se presenta cuando: *“el legislador no hace algo que positivamente le es impuesto por la Constitución. No se trata de un simple no hacer; sino, de de un no hacer aquello a lo que, de forma concreta y explícita, estaba constitucionalmente obligado.”*³³

El autor identifica como elemento fundamental para el nacimiento de la omisión, al incumplimiento de la orden de legislar que la Constitución le ha impuesto de forma concreta al legislador, asumiendo que esta obligación debe estar señalada de forma explícita por la Ley Fundamental.

Aguiar de Luque, define a la inconstitucionalidad por omisión legislativa como: *“la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional explícito al respecto.”*³⁴

El profesor español, Aguiar de Luque, considera como requisito fundamental, la existencia de un mandato constitucional explícito, que de forma clara y precisa determine la obligación del legislador de expedir una ley, por lo que la inactividad del legislativo es una violación constitucional frente a dicha obligación. Creemos que estos conceptos carecen de la profundidad necesaria para conocer el objeto, características y los elementos de la inconstitucionalidad por omisión.

³² FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José, óp. cit., pp. 9,10.

³³ GOMEZ CANOTILHO, Jose Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 331

³⁴ AGUIAR DE LUQUE, Luis, *El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa: El control del procedimiento legislativo y la inconstitucionalidad por omisión*”, Revista de Derecho Político, Madrid, Numero 24, 1987, p. 25

El profesor venezolano Jesús Casal, señala que:

...la omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la norma suprema exigía³⁵.

Para Casal, la omisión se presenta cuando el legislador no ha expedido la norma que la Constitución le impuso realizar. Para verificar si se ha producido la omisión señala dos casos posibles: El primero considera el tiempo transcurrido como el elemento que configura la omisión y se presenta cuando la Ley Fundamental fija un plazo perentorio de forma expresa, dentro del cual el legislador puede expedir la norma y de no hacerlo, se configuraría la omisión; el segundo caso se presenta cuando la Norma Suprema no ha señalado un plazo para la realización de la norma, en donde entra en juego el plazo razonable, dentro del cual el legislador debía dictar la norma para que no se configure la omisión. Casal señala además que la omisión se presenta cuando no se ha dictado la norma o cuando pese a haberse expedido una ley, esta ha omitido aspectos señalados por la Constitución, es decir lo que la doctrina conoce por omisión relativa.

Para el profesor Ignacio Villaverde la inconstitucionalidad por omisión es un silencio legislativo que supone *“la creación de una situación jurídica, contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucional de legislar”*³⁶

La definición de Villaverde, rompe en principio el esquema seguido hasta el momento, puesto que el autor establece como requisito *sine qua non* de la omisión, un efecto del silencio del legislativo, respecto a la aplicación de la norma constitucional, que consiste en la producción de una norma implícita contraria a la Ley Fundamental. Esta definición no permite visualizar tampoco los elementos y la

³⁵ CASAL, Jesús, *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativa*”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 26

³⁶ VILAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Ed. Mc. Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 7

naturaleza misma del instituto, pero es un aporte para enriquecer el concepto de la inconstitucionalidad por omisión, ya que el silencio del legislativo produce afectaciones a la aplicación de la norma constitucional. Podemos visualizar los casos en que no siendo expreso el mandato de legislar puede existir de forma implícita dicha obligación, ya que el permitir que la omisión del legislador se concrete, resultaría atentatoria contra la Ley Fundamental.

Israel Santos señala que la inconstitucionalidad por omisión:

...es la vulneración del texto constitucional causada por la inactividad, inclusive parcial, del Poder Legislativo respecto de aquellas normas reales y exactas que, de manera expresa o tácita, exigen de él un específico desarrollo ulterior para ser efectivas, siempre que el término fijado haya vencido, su pasividad sea irracional e injustificable o su actuación lesione el principio de igualdad al excluir arbitrariamente a un determinado grupo de entre los beneficiarios de la ley³⁷.

La definición de Santos permite revisar algunos puntos que configuran la inconstitucionalidad por omisión. Al igual que la gran mayoría de autores considera que la vulneración se puede llevar a cabo por no producir la ley o por la producción incompleta en relación a las normas constitucionales que requieren de un desarrollo legislativo para alcanzar plena efectividad. Se excluye parcialmente de ver al instituto desde la existencia del mandato concreto de legislar y considera la posibilidad de que exista omisión en el caso de que pese a no existir un mandato de legislar, exista la necesidad de una ley para alcanzar la plena efectividad de la norma constitucional. Otro elemento es el tiempo que debe transcurrir para que la omisión aparezca, a lo que el autor señala que esta surge una vez que se haya vencido el plazo fijado en la Ley Fundamental. Indica además que se puede incurrir en omisión si la falta de actuación es irracional o injustificable y finalmente indica que para los casos de omisión relativa, es decir los casos en que la ley está incompleta, no existe un plazo para que se configure la omisión.

³⁷ SANTOS, Israel, óp. cit. p. 27

1.2.2. Elementos para una definición personal

Después de la revisión de las definiciones de algunos profesores sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa, intentamos elaborar una definición personal sobre el instituto, tomando los elementos más relevantes. La definición sería la siguiente:

La inconstitucionalidad por omisión legislativa es la falta de desarrollo normativo, total o parcial por parte del legislador, en el plazo previsto por la Constitución o un plazo razonable, respecto de mandatos explícitos o implícitos contenidos en la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos.

Analizaremos los elementos de la definición propuesta, para comprender el alcance y objeto que tiene este tipo de omisión.

a) Falta de desarrollo normativo total o parcial por parte del legislador:

El primer elemento que conforma la inconstitucionalidad por omisión legislativa es la falta de elaboración de leyes que la Constitución le ordena a la Función Legislativa. El legislativo puede dejar de hacer la norma de forma total o parcial; nos encontramos en el primer caso cuando no se ha expedido la ley, es decir existe una abstención total del legislativo respecto a su deber de legislar; mientras que la omisión parcial o relativa se presenta cuando el legislador ha omitido desarrollar en la ley aspectos previstos por la Constitución para ser desarrollados en la ley; o cuando con su omisión ha violado derechos y principios constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad en caso de que la ley excluya a grupos de personas que debían ser beneficiarios de cierta regulación.

Los tres tipos de normas que deben ser expedidas de forma obligatoria según Morón Urbina³⁸ son: las que están señaladas por la Constitución y con un término perentorio para su expedición, las que son exigidas de forma explícita pero sin fijar

³⁸ Cfr. MORÓN, Juan Carlos, *La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico*, Revista Peruana de Derecho Constitucional, No. 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, pp. 350 - 352

término; y, las que son requeridas de forma implícita. Consideramos que Morón agrupa de forma acertada las normas que debe expedir el legislador.

b) En el plazo previsto por la Constitución o un plazo razonable:

El constituyente, en algunas ocasiones señala expresamente un plazo perentorio para la expedición de la ley, mientras que en otros casos impone el mandato constitucional sin señalar el plazo que tiene el legislador para expedir la ley, por lo que en cualquiera de los dos casos el tiempo que transcurre en la falta de actuación del legislador toma vital importancia para identificar la inconstitucionalidad por omisión. En los casos de omisión relativa el plazo no configurará la omisión, sino el hecho de no haber expedido la ley conforme la norma suprema lo indicaba. Para el profesor Jorge Miranda, el juicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa se traduce en el análisis y la determinación del tiempo en que debe ser elaborada la norma, mientras que Gomez Canotillo considera que el plazo o el límite temporal fijado para expedir la ley no es el único factor a ser examinado, ya que se requiere analizar la importancia de la necesidad de la actuación legislativa en conexión con el elemento temporal de la omisión.³⁹

Los dos casos que se pueden presentar, respecto del tiempo con el que cuenta el legislador para expedir la ley son los siguientes: el primer caso como hemos expuesto, se presenta cuando la Ley Fundamental señala con claridad el plazo perentorio para que el legislativo expida la ley, como sucede con las leyes de Comunicación o del Agua en Ecuador,⁴⁰ puesto que una vez cumplido el plazo nacería la omisión inconstitucional, es decir el plazo que la Constitución señala, sería el límite para cumplir con el mandato constitucional. Jesús Casal menciona que: “Cuando la Constitución prevé un lapso para la aprobación de alguna ley, suele establecer un plazo máximo, no un término, por lo que la sanción de la ley justo antes de que ese plazo venza no es

³⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Algunas Reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*, en Bazán Víctor (Coord.), *Inconstitucionalidad por Omisión*, Ed. Temis S.A., Bogotá, 1997, p. 17.

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, *Ibíd.*, p. 73.

*indiferente para la Constitución, aunque pueda ser tildada de inconstitucional.*⁴¹ Así la Constitución establecería un plazo máximo para que el legislador expida la norma, lo que lleva a concluir que en los casos en que el plazo es determinado por La Ley Fundamental, no cabe la posibilidad de que un tribunal señale que el plazo impuesto es meramente una referencia para el legislador.

El segundo caso que se puede presentar siendo este el más común, es cuando la norma constitucional no señala expresamente el plazo que tiene el legislador para expedir la ley, caso en el que la doctrina ha identificado algunas soluciones que van desde el “tiempo excesivamente largo de no expedir la norma” utilizado por Fernández Rodríguez, hasta la inclusión del “plazo razonable” utilizado por el jurista Néstor Pedro Sagués, que la mayoría de la doctrina ha seguido. El plazo razonable debe ser verificado por el órgano de control constitucional en base a algunos elementos que le permitirán llegar a determinar si el legislativo se encuentra en omisión. Para el profesor Sagués: *“El concepto de “plazo razonable” involucra cuestiones objetivas y particularidades locales, posibilidades y necesidades colectivas y subjetivas, creencias sociales para consensuar las normas del caso, etc.”*⁴² Se debe esperar un tiempo prudencial para que el legislador expida la ley atendiendo las particularidades de cada caso, como son la demanda social, el ambiente político, la necesidad de la expedición de la ley, entre otras variables ya apuntadas.

Finalmente coincide con la propuesta que hemos descrito y revisado, el profesor Israel Santos, quien señala que el verificar el plazo razonable dependerá de una serie de variables como:

*...políticas, sociales, económicas, culturales y hasta de seguridad nacional o de paz pública, irremediablemente tendremos que colegir que la modulación específica del lapso es prácticamente imposible, pues siempre habrá que considerar primero la prioridad y la preteritoriedad de la satisfacción del mandato a la luz de la realidad imperante.*⁴³

⁴¹ CASAL, Jesús, *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, p. 57.

⁴² SAGUÉS, Néstor Pedro, *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por Omisión*, Ed. Temis, Bogotá 1997, p. 112

⁴³ SANTOS, Israel, óp. Cit. pp. 31, 32.

En los casos en que la Constitución no ha señalado un plazo expreso para la expedición de la ley, en principio el legislador debe determinar cuándo hace la norma, siendo consciente de que cuenta con un plazo razonable que el órgano de control constitucional en su momento podrá verificar si ha sido superado.

c) Respeto de mandatos implícitos o explícitos:

Hemos examinado lo que es el mandato constitucional, es decir la obligación impuesta por la Constitución al legislador para que expida una ley, con la finalidad de alcanzar una mejor aplicación de la Ley Fundamental. Gómez Puente, señala que existe: *“la presencia de un deber jurídico de legislar, respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que este pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa”*⁴⁴

Esta obligación de legislar, puede presentarse aunque no se haga remisión expresa a la ley, pero se entiende que para el efectivo cumplimiento de la Constitución se requiere del dictado de la misma, como los casos de mandatos *“...que se infieren del texto de la Constitución y de su espíritu.”*⁴⁵

El profesor Jesús Casal, explica que en los casos en que no se señale de forma expresa el deber de legislar, pero se indique la obligación del Estado de adoptar medidas para garantizar y asegurar el ejercicio de un derecho, se entenderá la existencia de un mandato implícito de legislar.

Finalmente, el profesor Ignacio Villaverde señala que:

...para que ese silencio sea lesivo de la Constitución no es necesario que afecte a aquellos deberes, explícitos o no, de legislar que la Constitución puede imponerle (sin perjuicio de que así pueda ser y sea éste el caso más evidente y sencillo de omisión inconstitucional), ya que basta con que su silencio constituya una indebida forma de cierre de la apertura

⁴⁴ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 19

⁴⁵ BREWER, Allan, *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2007, p. 74

*constitucional propia de las Constituciones democráticas, o, más simplemente, su silencio mantenga o cree situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.*⁴⁶

Villaverde confirma el criterio de que se puede arribar a la inconstitucionalidad por omisión legislativa pese a que no conste expresamente señalado el deber de legislar, cuando el silencio legislativo impida alcanzar el despliegue de los derechos e instituciones señaladas por la Carta Magna.

d) Contenidos en la Constitución o tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado:

Esta obligación de legislar debe estar contenida en la Constitución como ya lo hemos señalado; sin embargo también puede estar ordenado en un tratado internacional de derechos humanos ratificado por el Estado y en el que se le imponga la obligación al legislador de desarrollar un derecho.

Ha sido vertiginoso el desarrollo y la importancia adquirida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las últimas décadas, logrando la aplicación de las normas señaladas en tratados y convenios internacionales de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que determina entre las obligaciones de los Estados, el deber de realizar el control de convencionalidad señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴⁷ que consiste en que el órgano jurisdiccional determine si una norma estatal restringe, limita o viola los derechos reconocidos en la CADH, vinculando esta con el deber del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno como por ejemplo las medidas legislativas⁴⁸ u otras necesarias para hacer efectivos los derechos; naciendo así en la Convención una obligación para que el legislador

⁴⁶ VILLAVERDE, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional* en CARBONELL, Miguel (Coord.) *En busca de las normas ausentes: Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2da edición, UNAM, México, 2007, p. 57

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 26 de septiembre de 2006, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acceso: 2 de julio de 2012, 20h00.

⁴⁸ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, suscrita el 22 de noviembre de 1969, artículo No. 2.

expida leyes que permitan alcanzar la plena efectividad de los derechos señalados en la misma.

El profesor Bazán señala que: *“No parece irrazonable pensar que el precepto de control de convencionalidad a cargo de la jurisdicción deba llevarse a cabo para enfrentar no solo acciones o normas lesivas de la CADH, sino también a omisiones estatales que resulten contrarias a esta.”*⁴⁹

Esta afirmación permite concluir que cuando un tratado internacional de derechos humanos ratificado por el Estado impone el deber de desarrollo legislativo de un derecho, en caso de no expedirse la ley, el órgano de control constitucional podrá avocar conocimiento de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa de mandatos señalados en estos convenios y tratados internacionales de derechos humanos.

1.2.3. Importancia del control de las omisiones legislativas

La inconstitucionalidad por omisión legislativa, cada vez toma mayor importancia y el instituto es recogido en las constituciones, debido a que este busca alcanzar la plena efectividad de las disposiciones constitucionales que requieren de normas de carácter legislativo que viabilicen el ejercicio de derechos o la conformación de instituciones para alcanzar los fines del Estado, puesto que algunas normas constitucionales han alcanzado eficacia limitada, si los tribunales o cualquiera de los poderes públicos han logrado aplicar de forma directa la Constitución, ante la falta de la ley.

Algunos autores consideran que es difícil realizar el control constitucional de las omisiones del legislador, ya que antes de que se construya la visión del estado constitucional de derecho que entre sus lineamientos incorpora la protección de la Constitución y el trabajo de todos los poderes públicos para garantizar su plena

⁴⁹ BAZÁN, Víctor, *En torno al control sobre inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas*, en Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional 2010, Konrad-Adenahuer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 173.

efectividad,⁵⁰ quedaba a libre arbitrio del legislador el determinar cuándo y cómo expedir las leyes que darán eficacia a la norma suprema. El jurista Sagüés señala la visión que existía sobre el tema y la visión actual del mismo:

El cuestionamiento de la mora legisferante era tradicionalmente inviable, so pretexto de que el tema configuraba una "cuestión política no justiciable" (political question). Pero esa conclusión ha sufrido importantes modificaciones. Algunas veces ha sido la propia Constitución la que ha tomado cartas en el asunto y formulado algunas respuestas tendientes a combatir el ocio legislativo. En otros, fue el Poder Judicial quien dio respuestas pretorianas innovadoras, tendientes también a atacar el silencio legislativo al que aludimos. Por uno u otro conducto, se han habilitado reclamos judiciales mediante acciones específicas de inconstitucionalidad por omisión, o a través de procesos ordinarios, o de juicios de amparo.⁵¹

Es así como desde el Tribunal Federal Alemán con su jurisprudencia, hasta las Constituciones de inicios del siglo XXI, se han propuesto brindarle plena eficacia jurídica a las normas contenidas en la Constitución, que en su gran mayoría pese a no ser programáticas, requieren de legislación posterior para darle plena eficacia a su contenido. Como señala el profesor Morón Urbina, al controlar las omisiones, se busca alcanzar: *“la posibilidad real que el bosquejo constitucional aprobado y consagrado consensualmente por la comunidad sea una vivencia real y que no sólo pueda ser controvertida o afectada por el poder constituido, sino también desatendida o diferida por este.”⁵²*

Algunas posturas no miran con buen agrado que el órgano de control constitucional, pueda tomar medidas frente a la inacción del legislativo, argumentado que el propio legislativo debe tener la potestad de decidir el momento oportuno para expedir las normas; a lo que consideramos necesario señalar que:

“La posición democrática del legislador no le otorga ninguna patente de corso para menoscabar el propio principio democrático, positivizado en la Constitución a la que está jurídicamente sometido, manteniendo o creando situaciones jurídicas inconstitucionales con ocasión de su silencio”⁵³.

Es imprescindible señalar que el legislador cuenta con algunas reglas fundamentales para realizar su tarea legislativa cumpliendo con al menos tres

⁵⁰ Cfr. CEA EGAÑA, José, *Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico*, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/.../pr7.pdf, p. 47, Acceso: 25 de junio de 2012, 18h00.

⁵¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, óp. cit. p. 117

⁵² MORÓN URBINA, Juan Carlos, óp. cit. p. 454

⁵³ VILLAVERDE, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional*, óp. cit., p. 58

aspectos al expedir la norma; que son el sentido de la norma; los contenidos mínimos; y, el tiempo para expedirla. Respecto al sentido que debe tener la norma, el legislador debe actuar conforme los lineamientos señalados por la Constitución y buscar su espíritu, a la vez debe desarrollar los valores y fines que la norma constitucional prevé, en el plazo señalado por la Ley Fundamental y en el caso de no existir el plazo, en un plazo razonable, evitando llegar al fraude constitucional o engaño constitucional.

1.2.4. Presupuestos y elementos para la configuración de este tipo de inconstitucionalidad

Para determinar la existencia de un caso concreto de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la doctrina ha definido algunos requisitos o condiciones que permiten identificar si una omisión del legislativo puede ser considerada como inconstitucional, por lo que pasaremos a revisar las condiciones que se requiere para que la omisión sea de tipo inconstitucional.

Recordemos que la inconstitucionalidad por omisión legislativa implica una falta de actuación que afecta el cumplimiento de la Constitución, por lo que no toda falta de expedición de ley por parte del legislador puede ser presentada como inconstitucional y se vuelve necesario diferenciar los silencios que conllevan a la inconstitucionalidad, de los silencios denominados “inocuos” que se presentan cuando el constituyente ha señalado la competencia del legislador para expedir una norma sobre un determinado aspecto, pero no le impone un deber concreto; debemos excluir además la “situación constitucional imperfecta”, término que utiliza el profesor Fernández Segado para referirse a los casos en que existiendo un mandato constitucional, se puede tolerar el silencio por ser razonable hasta el momento y que con el paso del tiempo, se puede convertir en inconstitucional.

Veamos la postura del profesor peruano Gerardo Eto Cruz, para identificar los presupuestos necesarios para la existencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa:

a) El incumplimiento del mandato constitucional:

El profesor Eto Cruz señala que se viola un mandato constitucional cuando no se cumple lo ordenando por una norma concreta y señala que el trabajo de control constitucional de la omisión: “*se trata de verificar una norma concreta, específica, particular; esto es, declarando que tal o cual norma ha sido violada y no al conjunto normativo genérico*”.⁵⁴ Lo que primero se debe verificar es la existencia del mandato constitucional como lo hemos señalado anteriormente; una vez verificada la existencia del mismo, se observa la presencia del silencio u omisión por parte de la Función Legislativa. La forma más clara de verificar el silencio es la inexistencia de la ley; sin embargo algunos tratadistas se preguntan qué pasaría si el legislativo está tratando un proyecto de ley en el momento de analizar la posible omisión inconstitucional, a lo que el profesor Julio Fernández Rodríguez manifiesta que se debe entender que persiste la omisión y se debe continuar con el procedimiento de verificación de la existencia de la inconstitucionalidad “*...en la medida en que no se sabe cómo acabará el susodicho procedimiento y si al término del mismo va a tener eficacia plena la disposición constitucional...*”⁵⁵, postura que seguimos, en virtud del deber de garantizar el efectivo cumplimiento de la disposición constitucional.

• **Algunos Motivos de incumplimiento de los mandatos de legislar**

Al preguntarnos por qué razón el legislador no cumple con un mandato constitucional claramente impuesto, las respuestas son diversas y está identificadas con situaciones que van desde lo jurídico hasta lo político, factores que le impiden al legislador cumplir con la obligación constitucional impuesta. Sin querer ahondar

⁵⁴ Citado por BAZÁN, Víctor, *Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales*, en BAZÁN, Víctor (Coord.), *Defensa de la Constitución*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 813.

⁵⁵ FERNANDEZ, RODIGUEZ, José Julio, *óp. cit.* p. 14

en el tema presentamos algunas posibles razones por las que probablemente el legislativo incumple estos mandatos constitucionales. La primera posibilidad es la falta de cumplimiento por haber tomado la decisión política de no legislar en ese momento, ya que este en ciertas ocasiones el momento de expedición de la norma es considerado un tema netamente político de la mayoría parlamentaria, que por razones extrajurídicas decide aplazar la expedición de la ley. Las normas denominadas utopistas, serían también una posible razón que le impediría al Legislativo hacer la norma, ya que como señala Sagüés:

...pecan de utopismo, en su doble variante de utopismo subconsciente (cuando el constituyente no ha medido siquiera los costos económicos y políticos que es necesario adoptar para cumplir con la promesa que formula), o consciente (si ha hecho tal cálculo, advierte la imposibilidad material de efectivizar la promesa, y sin embargo, aún así, la formula).⁵⁶

Otro motivo de incumplimiento, es lo que hemos denominado bloqueo legislativo, que refleja una situación política dentro del legislativo, cuya característica principal es la resistencia de ciertas fuerzas políticas que obstruyen la expedición de una norma; también el bloqueo del ejecutivo podría imposibilitar la expedición de la norma, cuando la Función Ejecutiva al ser un colegislador y en base a la atribución que le da la propia Constitución, bloquea el tratamiento de una ley en el legislativo o lo aplaza, como por ejemplo en el caso ecuatoriano si un proyecto de ley es vetado totalmente, no podrá ser aprobado hasta que transcurra un año desde la fecha del veto presidencial.⁵⁷ Estas posibilidad, son algunos ejemplos, de los motivos por los que la Función Legislativa puede dejar de cumplir con los mandatos constitucionales a ella impuesta.

b) Que la norma constitucional pese a ser exigible no pueda alcanzar eficacia plena.

Pese a la posibilidad de aplicación directa de la norma constitucional por parte de los tribunales de justicia y los demás poderes públicos, se requiere el

⁵⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, óp. cit. p. 119

⁵⁷ NB. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, óp. cit. Artículo 138, p. 31.

desarrollo legislativo de las normas que la Constitución ha señalado, ya que la aplicación directa e inmediata de la Constitución garantiza su vigencia pero no en la forma prevista por el constituyente; el profesor Eto Cruz indica al respecto:

Sabemos que la Constitución señala que todas las normas son de directa aplicación. En efecto si bien un texto constitucional debe ser mirado como una “unidad”, en el supuesto de que todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras.⁵⁸

La omisión no es superada por la aplicación directa de la norma constitucional, sino por el cumplimiento del mandato de legislar, por lo que cualquier solución parcial como la integración normativa o la aplicación directa de normas constitucionales, no remedian el problema de la omisión inconstitucional.

c) Incumplimiento en el plazo otorgado por la Constitución o plazo razonable.

Como ya lo hemos señalado, la falta de expedición de la ley en el plazo que la Constitución determina, constituye un elemento primordial para constatar la inconstitucionalidad por omisión. Si la norma no ha señalado plazos, el órgano de control constitucional deberá verificar si el legislador se ha excedido del plazo razonable que la Constitución ha dejado en manos de este, para lo que el juez constitucional analizará factores como la urgencia con la que se requiere la norma para el ejercicio de derechos fundamentales, la eficacia que ha alcanzado la norma constitucional con su aplicación directa e inmediata, la situación social que atraviesa la creación de dicha norma, así como el debate público sobre la misma y las actuaciones del legislativo encaminadas a expedir la norma.

Es oportuno ahora examinar las características que viabilizan la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa:

a) Presencia de un interés constitucional tutelado o asegurado:

La Constitución al imponer un deber de legislar busca asegurar el cumplimiento y ejecución de sus normas, por lo que la omisión impide un verdadero

⁵⁸ ETO CRUZ, Gerardo, *Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión*, en BAZÁN, Víctor (Coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 814

ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución, de forma plena y en igualdad de condiciones a todos los habitantes del Estado, esta omisión afecta a los destinatarios que pueden ser individuos, colectivos, instituciones y todos quienes tienen vinculación con la ley que debe expedirse. En este sentido la propia Norma Suprema en unos casos y la jurisprudencia en otros, han buscado mecanismos que permitan sancionar el silencio del legislativo y primordialmente tutelar un interés colectivo, que es hacer posible que la Función Legislativa cumpla con expedir la ley en cuestión.

b) Existencia de peligro que amenaza el interés constitucional.

Al expedir la Ley Suprema, el constituyente entregó un plazo expreso o razonable para que el legislador pueda desarrollar la norma constitucional a través de la ley. Si el legislador no ha actuado en el periodo determinado, tiempo después ingresa en un periodo de amenaza del interés constitucional, lo que implica un peligro para el principio de supremacía constitucional y la eficacia plena que debe tener la norma constitucional, hasta llegar al momento en que sin que valga invocar discrecionalidad alguna del legislador, estamos frente a una violación fáctica de la Constitución.

c) Presencia de una institución idónea para asegurar el contenido o interés constitucional por ella protegido.

El reconocimiento de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, conlleva a que el órgano técnico-jurídico, que realiza el control constitucional debe tener en sus manos la capacidad de señalar la omisión y brindar una respuesta para que la vulneración de la norma constitucional no subsista, por lo que deberá tomar todos los recaudos que garanticen la aplicación de la Constitución y que el órgano omiso expida la ley en el plazo señalado por el órgano de control constitucional, una vez que ha sido verificada la omisión. Algunos aspectos importantes que Bazán considera deben ser tomados muy en cuenta “*son el alcance de*

*una sentencia y la forma en que debería vincular al legislador, a fin de que no se configure una postergación...*⁵⁹.

1.2.5. Críticas a la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Algunos autores critican la existencia del instituto y sostienen que el desarrollo legislativo corresponde verificar únicamente a la Función Legislativa, considerando que el control de las omisiones es una violación al principio de división de poderes, entre otros argumentos expuestos con la finalidad de sugerir que la omisión inconstitucional no es una solución a los problemas de falta de expedición de la ley por parte del legislativo. Examinaremos las principales ideas que forman parte del argumento contrario al control de los silencios de legislador, resumidas por el profesor Carlos Ruiz Miguel.

Una de las primeras críticas que se realiza es la visión del derecho que se utiliza para incorporar un instituto como el que estamos analizando, indica Ruiz Miguel que se tiende a profundizar la asunción del positivismo judicial y como muestra de aquello los jueces deciden bajo qué parámetros la omisión es inconstitucional. Considera que la institución como está propuesta lleva a tratar las normas constitucionales sin analizar su peculiaridad, ya que muchas se dirigen al ciudadano y otras a los poderes públicos y en ese camino si la norma tiene a los ciudadanos como destinatarios, se debe revisar si se confiere derechos, caso en el que se analiza el grado de concreción del mismo, es decir si es suficiente su desarrollo como para ser ejercido el derecho, y en caso de no poder ejercerlo, determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, pero no considera la posibilidad de que un tribunal sancione al parlamento por haber omitido una actuación que es debida.⁶⁰

⁵⁹ BAZÁN, Víctor, óp. cit. p. 820

⁶⁰ Cfr. RUIZ MIGUEL, Carlos, *Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión*, Revista de las Cortes Generales, No. 51, 2000, pp. 126-128.

Una segunda crítica del instituto es el carácter judicial del control y los problemas que esto conlleva, por ejemplo el analizar quién debe interpretar el plazo que tiene el legislador para expedir la norma en los casos en que la Constitución no lo ha determinado, ya que esta corriente considera que es el propio legislador quien tiene la encomienda de valorar el plazo para expedir la norma y no otro organismo el que determine si se ha superado dicho plazo.

Ruíz Miguel señala que la técnica utilizada para alcanzar el control de la omisión propuesta no es acertada, ya que podría tener incompatibilidad con el principio de división de poderes, porque se parte de la premisa que el control corresponde a los tribunales y las consecuencias de la inactividad del legislador pueden ser de diversos tipos. Si los pronunciamientos se dan a través de sentencias meramente declarativas se respetaría el principio de división de poderes pero en muchos casos no se cumpliría el propósito del control de las omisiones. Con otro tipo de sentencias que podrían ordenar al legislativo realizar la norma con una sanción en caso de incumplimiento, se violaría el principio de división de poderes, de acuerdo a la visión del autor.

Carlos Ruiz Miguel, remarca su postura al manifestar que *“la pretensión de controlar la inactividad del legislador pone en peligro el principio de división de poderes y lo hace siempre en un sentido aristocrático y antidemocrático.”*⁶¹

La principal objeción al control de las omisiones del legislador es el supuesto desconocimiento del reparto constitucional de las funciones públicas. Aducen que una acción de inconstitucionalidad por omisión atentaría contra la libertad de configuración normativa a cargo del legislador, quien a su juicio debe conservar la facultad de determinar el momento en que debe ser desarrollado un precepto constitucional, en consideración a los fines del Estado en materia económica y social, por lo que señala que los jueces al buscar corregir las omisiones “usurarían atribuciones” propias del legislador. Como expone el profesor Jesús

⁶¹ RUIZ MIGUEL, Carlos, Ibid., p.131

Casal, han llegado a sostener “*que puede resultar conveniente reconocer al legislador la posibilidad de dejar en suspenso previsiones constitucionales poco realistas que hayan sido aprobadas...*”⁶²

Frente al argumento más fuerte de los opositores del instituto, que es la supuesta vulneración del principio de división de poderes, debemos señalar que el tener una Constitución que busca su plena eficacia, implica organizar y dar apertura al control judicial de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, por lo que el control jurisdiccional de las omisiones no viola la separación de poderes.

1.3. LOS TIPOS DE OMISIÓN LEGISLATIVA Y LAS SOLUCIONES DESDE LA DOCTRINA

Es necesario conocer los tipos de omisión legislativa y las respuestas que la doctrina ha brindado para superarlos. Comenzaremos revisando en esta sección los tipos de omisión legislativa para posteriormente revisar sus soluciones.

1.3.1. Tipos de omisión legislativa

Los estudiosos del tema han realizado diversos tipos de clasificación de las omisiones legislativas y una aceptada por casi toda la doctrina es la que efectuó el magistrado alemán Wessel, quien dividió a las omisiones en absolutas y relativas; es decir total y parcial. Revisemos cada una de ellas.

a) Omisión absoluta

La omisión absoluta o también denominada total, se presenta con la ausencia total de la norma que la Constitución mandó a expedir al legislativo, inexistencia de la ley que es el resultado de la falta de actividad del legislativo.

Trocker divide a las omisiones absolutas en puras e impuras. Si no existe regulación anterior en la materia nos encontramos frente a las omisiones puras,

⁶² CASAL, Jesús, óp. cit. p. 41

mientras que cuando existen normas anteriores sobre la materia, estamos ante una omisión impura.

A nuestro juicio un ejemplo de la omisión absoluta en el caso ecuatoriano es la falta de expedición de la ley que regule los recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, que tenía un plazo de 360 días para ser expedida, a partir del 20 de octubre de 2008⁶³ y que hasta el momento de elaboración de la presente disertación no ha sido expedida por parte de la Asamblea Nacional.

b) Omisión Relativa

La omisión relativa, comprende el desarrollo incompleto de la norma constitucional, cuya característica principal es que la norma no ha sido expedida de acuerdo al espíritu y mandato señalado por la Constitución y Fernández Rodríguez citando a Wessel señala que es *“la vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación.”*⁶⁴

La omisión relativa se puede presentar principalmente de dos formas; la primera cuando el legislador al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y deja de lado a otros o concede ventajas que no son dispensadas a todos, por lo que al legislar se lesiona el principio de igualdad, ya que se ha olvidado legislar en beneficio de ciertos grupos, situación conocida por la doctrina y la jurisprudencia alemana como exclusión arbitraria de beneficio.⁶⁵ El segundo caso de omisión relativa se presenta cuando se emite una regulación deficiente, gestada por una regla incompleta o insuficiente, puesto que no se han legislado todos los supuestos o posibilidades que ordenó la Ley Fundamental.

Un ejemplo de omisión relativa en el Ecuador, es el que se presenta en la Ley Orgánica de Discapacidades, debido a que la Constitución de la República en el

⁶³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, óp. cit., Disposición Transitoria Primera, numeral segundo, p.73.

⁶⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José, Óp. Cit. p. 42

⁶⁵ Cfr. BAZÁN, Víctor, *En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas*, óp. cit., p. 157

artículo 48, numeral siete, señaló el deber de que en la ley se fije sanciones para el abandono de las personas con discapacidad, cuestión que no está establecida en la referida ley.

En algunos casos se ha vinculado erróneamente la inconstitucionalidad por omisión legislativa con la inconstitucionalidad por acción, señalando que la omisión relativa es igual a la omisión por acción, que vulnera principios o derechos constitucionales; sin embargo como hemos señalado la inconstitucionalidad por acción sanciona una norma que existe y ha expedido el legislador; mientras que la omisión relativa trae consigo un silencio que genera una regulación incompleta, como señala el profesor Ignacio Villaverde, al mencionar que la omisión relativa trata:

El juicio de constitucionalidad sobre lo que omite un enunciado legal, no sobre lo que dice, presupone una interpretación tal de ese enunciado que haya puesto de manifiesto la existencia al lado de la norma explícita deducible de la literalidad del enunciado legal en cuestión otra implícita lo que justamente ese enunciado omite y que puede ser contraria a la Constitución.⁶⁶

El profesor Jesús Casal, explica las diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y por omisión, cuando menciona que:

La inconstitucionalidad por acción legislativa se produce cuando lo sostenido o establecido en el texto legal es contrario a la Constitución, mientras que la inconstitucionalidad por omisión legislativa existe cuando el vicio de la ley reside no en lo que dice sino en lo que calla⁶⁷.

c) Omisión de Prognosis

El profesor Víctor Bazán, nos presenta un tipo de omisión inconstitucional legislativa denominada de prognosis o pronóstico, que se produciría cuando “...las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habrían sufrido desgaste o desfase, devenido anacrónicas y consiguientemente, disvaliosas”.⁶⁸ Este tipo de omisión implica para el legislador la tarea de actualizar las leyes a la visión de la Constitución, lo que conlleva la necesidad de estudiar y analizar si la omisión del legislador en actualizar una norma puede ser objeto de la acción de

⁶⁶ VILLAVERDE, Ignacio, óp. cit. p. 65

⁶⁷ CASAL, Jesús, óp. cit. p. 56

⁶⁸ BAZÁN, Víctor, óp. cit., p. 157

inconstitucionalidad por omisión. Resultará interesante y es un reto para cualquier órgano de control constitucional verificar la omisión por falta de actualización conforme a los principios constitucionales, de una ley vigente.

d) Omisión formal y material

De acuerdo a Fernández Rodríguez, la omisión formal se presenta cuando el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo que por definición necesita regulación de desarrollo, mientras que la omisión material se presenta cuando la inactividad vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar a los grupos regulados en la normativa existente.⁶⁹

Esta clasificación implicaría que las omisiones absolutas serían siempre formales; mientras que de las relativas podemos distinguir entre las que vulneran el principio de igualdad siendo omisiones materiales y las que desarrollan de forma incompleta la norma como omisiones formales.

Un ejemplo de omisión formal sería el no expedir la ley que permita al Estado garantizar y hacer efectivo el ejercicio pleno del derecho de los ciudadanos a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo como lo determina el artículo 34, segundo inciso de la Constitución de la República, mientras que la omisión material se produciría si al expedirse la ley se excluya a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares.

e) Omisiones que afectan derechos fundamentales:

Una gran parte de las omisiones legislativas, suponen la violación de derechos fundamentales, pero no en todos los casos se vulneran estos derechos o por lo menos no de forma directa, sino que más bien se incumple en regular el funcionamiento por ejemplo de una institución del Estado, cuestión que tendrá

⁶⁹ Cfr. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José, óp. cit. p. 46

como consecuencia la vulneración de derechos. El profesor Fernández indica que son mucho más graves las omisiones que violan la ejecución de derechos humanos, ya que estos “...son la base de la democracia según el papel de la constitución en una sociedad democrática, considerando que se requiere la actuación del estado para garantizar la eficacia de todos los derechos y especialmente los sociales.”⁷⁰

f) Omisiones evitables e inevitables:

Esta división de las omisiones, se caracteriza por tener una visión más política que jurídica y estas pueden ser evitables e inevitables.

o Omisiones evitables

De acuerdo al profesor José Julio Fernández son: “Situaciones en las que el legislador no desarrolla los preceptos constitucionales a pesar de que las “condiciones”, en líneas generales, lo permiten.”⁷¹ En estos casos existen todas las circunstancias para que el legislativo expida la norma y por ocio, indiferencia o interés político no la expide.

o Omisiones inevitables

Este tipo de omisiones, tienen como causa factores extrajurídicos, “...sobre los que descansa la efectividad del derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales”,⁷² en donde pueden ser diversos los motivos de incumplimiento. En Ecuador se ve ejemplos claros sobre factores que impiden al legislativo desarrollar normas que la Constitución le impuso, cuestiones como la falta de consenso sobre una norma, temores sobre la posibilidad de cambios radicales a una ley a través de un veto presidencial, son entre otras, las situaciones que impiden la expedición de algunas leyes.

g) Omisiones de acuerdo al plazo para su expedición:

De acuerdo al plazo que la Constitución señala para su expedición; tenemos:

⁷⁰ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José, óp. cit. p. 46

⁷¹ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José, ibíd. p. 48

⁷² FERNANDEZ RODRIGUEZ, José, íd.

- **Omisión de normas con plazo perentorio:**

Cuando la Constitución señala de forma expresa el plazo para que el legislativo expida una norma, este es el plazo límite, que el legislador no debe sobrepasarlo y una gran parte de la doctrina considera que una vez que se ha superado dicho plazo, existe la omisión inconstitucional.

Un ejemplo en el caso ecuatoriano, señalado por la Constitución de Montecristi, es el que dispone que *“El ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional.”*⁷³ En este caso el constituyente le ha otorgado como plazo un periodo de funciones de la Asamblea Nacional para expedir las normas necesarias para el desarrollo de la Constitución. Entendemos que esto aplica para los mandatos de legislar que no se fijó un plazo específico, por lo que surgirá en el momento de verificar si se ha cumplido con este mandato el problema de determinar cuáles son las normas que se requerían para el desarrollo de la Ley Fundamental, trabajo que a nuestro juicio le corresponderá realizar al órgano de control constitucional y no al propio legislador.

- **Omisión de normas sin plazo fijo:**

La gran mayoría de mandatos u obligaciones del legislador señalados en la Constitución, para que realice una norma no tienen un plazo fijo y esto permite que el legislador analice la necesidad y urgencia de dicha norma, a fin de emitirla dentro de un plazo razonable, cuya violación conllevaría la omisión inconstitucional.

Los casos de normas constitucionales con mandatos de legislar sin un plazo expreso son los más comunes, un ejemplo es el artículo 82 de la Ley Fundamental, sobre el derecho de los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios a constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura que debe ser regulado por la ley, siendo este un mandato sin plazo expreso.

⁷³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, óp. cit., inciso final de la disposición transitoria primera, p. 37.

1.3.2. Respuestas y remedios desde la doctrina para superar la inconstitucionalidad por omisión

Veamos las principales respuestas que han surgido desde la doctrina para superar la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Comenzamos señalando la respuesta elaborada por el profesor Juan Carlos Morón, quien considera cuatro formas de enfrentar las omisiones legislativas, las mismas se aplicarán dependiendo del alcance que tenga el instituto y primordialmente del sistema de control constitucional que tenga el lugar en donde se produce la omisión. Las soluciones para Morón serían:⁷⁴

a) Que el órgano de control intime al órgano remiso a dictar la norma en el plazo que este fije (Decisión estimatoria exhortativa).

La primera opción y una de las más equilibradas, supone la necesidad de que el órgano de control para alcanzar el cumplimiento del mandato constitucional frente a la inercia del legislador, una vez que se ha verificado el incumplimiento del legislador, el órgano de control señalará el tiempo en el que el legislativo expedirá la ley, dejando en manos del propio órgano omiso el cumplimiento del mandato constitucional.

b) Que el órgano de control integre el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo. (Decisión estimatoria aditiva concreta).

Esta segunda posibilidad implicaría que quien realiza el control de la omisión, resuelva un caso concreto a través de la integración del ordenamiento jurídico; solución que podría ser aplicada en los Estados que tienen un sistema de control constitucional difuso; sin embargo en países en donde el control constitucional es concentrado y existe una acción de inconstitucionalidad por omisión de carácter pública, no se podría aplicar esta solución, por cuanto quien

⁷⁴ Cfr. MORÓN URBINA, Juan, “*La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico*”, Revista Peruana de Derecho Constitucional, 1999, pp. 452 y 453

acude ante el órgano de control para solicitar la declaratoria de omisión no necesariamente está siendo afectado en ese momento por la falta de expedición de la ley.

En los países en donde puede aplicarse esta solución, este sería un remedio provisional y aplicable sólo a casos concretos, mientras el legislador expide la ley. Al integrar las normas para superar el silencio del legislador, se debería utilizar criterios de analogía, principios generales del derecho y dar contenido a la norma constitucional cuyo desarrollo se ha omitido.

c) Que el órgano de control expida directamente y con efecto general la norma omitida (Decisión estimatoria aditiva impersonal).

Esta tercera posibilidad, es interesante en el contexto de que una vez que se ha verificado la omisión y el legislador no ha atendido el pedido del órgano de control, respecto a un último plazo otorgado para que expida la ley, en última instancia, se le entrega de forma excepcional al órgano de control una competencia de legislador precario, para que expida la norma de forma provisional. Este tipo de solución es la que mayor debate genera a nivel doctrinario, ya que para muchos autores vulnera el principio de división de poderes y a la vez quienes defienden esta solución creen que con la aplicación de esta solución se da vigencia plena a la norma constitucional y se garantiza su eficacia.

d) Que la función no ejercida sea transferida de pleno derecho a otro organismo.

La cuarta posibilidad frente a la falta de expedición de la norma por parte de la Función Legislativa, implica que verificada la omisión, el órgano de control constitucional encargaría la competencia de desarrollar la ley a otro organismo, siempre y cuando la Ley Fundamental permita realizar dicha transferencia de competencia. Un ejemplo sería que se permita al Presidente de la República promulgar la norma anual de presupuesto no tratada por el Congreso.

El problema que enfrentamos en caso de entregar la competencia de expedir la norma a otro órgano es que se perdería el debate y con este la contraposición de ideas, siendo el principal problema que se daría el rango de ley a actos que técnicamente por su origen no lo son.

Existen otras respuestas que la doctrina ha señalado para los casos de omisión inconstitucional legislativa, como la que recoge Israel Santos del maestro Héctor Fix-Zamudio, respecto al remedio para las omisiones relativas o parciales, quien señala:

las omisiones parciales suelen resolverse mediante fallos aditivos, cuya finalidad es orientar a los propios legisladores respecto a la forma en que deben enfrentar esa omisión que es preciso superar para lograr su conformidad con la carta fundamental, razón por la que la doctrina italiana ha calificado a estos fallos como sentencias manipulativas, correctivas, sustitutivas inclusive legislativas⁷⁵.

El maestro Fix-Zamudio, resume las posibles sentencias que puede dictar el órgano de control constitucional tendiendo al cumplimiento del mandato constitucional, utilizando una serie de sentencias que permitan en muchos casos de forma sutil superar la omisión inconstitucional, como las sentencias que permiten ampliar la cobertura de la norma a los grupos excluidos por el legislador.

Respecto a la posibilidad que hemos señalado, el profesor Casal reitera su criterio, cuando destaca que las omisiones relativas en algunas ocasiones “*son reparadas mediante instrumentos tradicionales del control de la constitucionalidad de las leyes, como ocurre cuando se suprime del precepto legal impugnado un término o frase que atribuía a cierta categoría de personas un beneficio, para hacerlo extensible a otros sujetos.*”⁷⁶

Sobre el tratamiento de los casos de inconstitucionalidad absoluta, existe ciertas diferencias en los criterios de la doctrina, desde quienes creen que no se puede superar el exhorto al legislativo, hasta quienes consideran que es necesario

⁷⁵ Citado por SANTOS, Israel, óp. cit. p. 111

⁷⁶ CASAL, Jesús, óp. cit. p. 36

que en caso de que el legislativo no expida la norma pese a la declaratoria de omisión, el órgano de control pueda legislar momentáneamente.

Casal señala al respecto que:

El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas alcanzaría su mayor eficacia si la máxima instancia de la justicia constitucional estuviera facultado para establecer, con efectos erga omnes aunque con carácter transitorio, la regulación imprescindible para dar operatividad al precepto constitucional no desarrollado legislativamente.⁷⁷

Revisemos finalmente la propuesta del maestro Néstor Pedro Sagüés,⁷⁸ sobre los posibles mecanismos de solución frente a las omisiones de forma esquemática y progresiva, a la luz de lo señalado en algunos textos constitucionales:

- **Ruta de la denuncia**

En un primer punto encontramos la denominada “ruta de la denuncia” y “*en este caso, el órgano de control de la omisión inconstitucional detecta tal falla y la hace saber a otro cuerpo del Estado que puede adoptar alguna medida con relación a la institución que se encuentra en mora.*”⁷⁹ El ejemplo presentado es el de Yugoslavia, en donde el órgano de control verificaba la omisión e informaba de ese particular a la Asamblea de la República, y no existía mayor consecuencia; cuyo logro, es en primer instante denunciar la existencia de una vulneración de la Constitución.

- **Ruta de la Recomendación**

Un segundo alcance de la declaratoria de omisión, supone la “ruta de la recomendación” en donde el órgano de control de la constitucionalidad, se limita a recordar al órgano renuente que sancione las normas faltantes. Un ejemplo es lo que señalaba la Constitución de Portugal de 1976, en donde el Consejo de la Revolución podía recomendar al legislativo que dicte la norma en un plazo razonable. Este

⁷⁷ CASAL, Jesús, *Ibíd.* p. 39

⁷⁸ Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, pp. 124 a 127

⁷⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Ibíd.* p. 124

mecanismo tiene la ventaja que busca el diálogo entre el órgano de control y el omiso, con la finalidad de solicitarle que cumpla con el deber de legislar.

- **Ruta del llamado de atención**

La tercera posición o postura señalada por el maestro es la “ruta de la llamada de atención”; nuevamente señalando el ejemplo de Portugal, ahora la Constitución de 1982, en donde el Tribunal Constitucional en caso de verificar la omisión comunicaba al órgano legislativo de dicha omisión, lo que implica un pedido para que actúe conforme lo establece la norma suprema.

- **Ruta de la Intimación**

Una cuarta postura que puede tomar el órgano de control es la denominada “ruta de la intimación”, la que supone el señalamiento del órgano de control constitucional al legislativo sobre la omisión existente y el pedido explícito de tomar las medidas para tornar efectiva la Constitución, inclusive señalando plazos para dicho cumplimiento. Como ejemplos tenemos la Constitución de Brasil en donde no se señala plazo para expedir la ley, la del Estado de Tlaxcala en México, en donde se otorga un plazo al legislativo para que dicte la norma y en un nivel más avanzado está el caso del control constitucional que nace de la Constitución de Venezuela en donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señala un plazo e inclusive los lineamientos de cómo debe ser la norma.

- **Ruta de la cobertura**

Encontramos como una quinta posibilidad, la “ruta de la cobertura” en donde el órgano de control constitucional suple el vacío normativo existente, con el objetivo de reparar el daño que ocasiona la omisión. Encontramos como ejemplo el caso de la Provincia de Río Negro en Argentina en donde el Tribunal Superior de la Provincia en caso de incumplimiento del legislativo de la intimación realizada por el tribunal, puede este integrar el orden normativo para el caso concreto. Se sustituye provisionalmente al legislador, en donde el juez constitucional ocuparía una posición subsidiaria respecto del legislador.

- **Ruta del Resarcimiento**

Una sexta posibilidad es la del “resarcimiento o indemnización”, la que es tomada del modelo argentino de la Provincia de Río Negro, en donde en caso de que el legislativo no dicte la norma y no se pueda integrar el orden normativo, le correspondería al Estado indemnizar por el perjuicio que cause a quien vulnera la omisión; esto es más práctico en los casos donde el control constitucional es difuso; mientras que en los casos en donde el control es concentrado y la acción de omisión legislativa es de legitimación abierta puede resultar inaplicable.

CAPÍTULO II: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LAS CONSTITUCIONES

En el Derecho Comparado encontramos diversas soluciones para la inconstitucionalidad por omisión legislativa, las mismas que han sido ejercidas a través de diferentes mecanismos procesales. En algunos países se ha incorporado en la norma constitucional el instituto y se ha dispuesto a nivel constitucional las características, alcance y objeto del mismo; como sucede en el caso venezolano, por lo que revisaremos en la primera parte de este capítulo, la experiencia de algunos países y determinados estados federales que tienen incorporada en sus constituciones el instituto materia del presente trabajo.

2.1.1.- Orígenes de la institución en Yugoslavia y Portugal

Los primeros países en incorporar en sus Constituciones el instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, fueron Yugoslavia y Portugal respectivamente. La situación política que atravesaron estos países, permitió incorporar mecanismos que tengan como objetivo garantizar el cumplimiento de los mandatos constitucionales; por lo que revisaremos lo que señala la norma constitucional de cada uno de estos países.

a) Yugoslavia

De lo que se sabe, Yugoslavia fue el primer Estado que incorporó en su Constitución promulgada el 21 de febrero de 1974, un mecanismo de protección frente a la inconstitucionalidad por omisión, el artículo 377 señalaba:

Si el Tribunal Constitucional de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de la

*Constitución de la RSFY, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la República*⁸⁰

El artículo citado, pone de manifiesto que si el Tribunal Constitucional constataba que un órgano competente no había dictado las normas necesarias para la ejecución de la Constitución, tanto de leyes federales, como de otras normas, inclusive de actos generales de la Federación, existiendo la obligación de hacerlo, tenía el deber de poner en conocimiento de la Asamblea Legislativa tal situación, con la finalidad de que si el legislativo era el órgano que se encontraba en omisión dicte la norma o en caso de ser otro el órgano omiso, le solicite a este la expedición de la norma o acto correspondiente, para dar eficacia a la norma constitucional; es decir el mecanismo utilizado era la intimación hacia el órgano que se encontraba en omisión.

El artículo 376 de la Constitución, le facultaba tener iniciativa normativa al Tribunal para presentar a la Asamblea Federal proyectos de ley y otras medidas encaminadas a asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales.

Este primer intento de regular la inconstitucionalidad por omisión no tuvo mayor aplicación ni uso. Como conclusión podemos señalar que la norma permitía realizar el control de la omisión de actos y de normas, entendiendo a la inconstitucionalidad por omisión desde una visión amplia.

b) Portugal

Portugal incluyó en su Norma Suprema de 1976 el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, en un proceso histórico reconocido como revolucionario y que posteriormente fue objeto de una reforma en el año de 1982 a través de la Ley Constitucional No. 1/82, del 30 de septiembre del mismo año. Podemos señalar dos etapas del instituto, la primera de 1976 a 1982 y la segunda de

⁸⁰ Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas*, Revista Estudios Constitucionales Año 7, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Talca, 2009, p. 50

1982 hasta la actualidad. Dentro de la primera etapa vemos que el artículo 279 de la Constitución, señalaba: “*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.*”⁸¹

El artículo 279 concordaba con lo dispuesto por el artículo 146 literal b, que le daba la competencia al Consejo de la Revolución, para que de oficio vele por la adopción de medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, asesorado por la Comisión Constitucional que era el organismo técnico jurídico de carácter consultivo que por disposición constitucional emitía “*pareceres*”, en donde se incluía su opinión sobre la existencia de la omisión.

Para el cumplimiento de la norma señalada por la Ley Fundamental había dos momentos, uno de carácter jurídico en donde la Comisión Constitucional emitía su parecer en el caso de haber encontrado la omisión y posteriormente un juicio de carácter político por parte del Consejo de la Revolución para decidir si realiza o no una recomendación al órgano legislativo.

Fueron escasas las ocasiones en que el Consejo de la Revolución señaló la existencia de omisiones inconstitucionales, ya que apenas emitió dos recomendaciones de entre los seis pareceres que presentó la Comisión. La primera Resolución de recomendación fue la No. 105/77, del 27 de abril de 1977, sobre las organizaciones de ideología fascista, en donde el Consejo señaló que la norma presuntamente vulnerada era el artículo 46.4, el que no era exigible por si mismo y consideró que no habían preceptos legales que le den exigibilidad. La segunda Resolución fue la No. 56/78 de 31 de marzo de 1978, sobre trabajadores de servicio domestico, respecto de la omisión del artículo 53 d), referido a los derechos de los trabajadores que resultaba vulnerado por omisión.

⁸¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL, 1979, http://www.redipd.org/documentacion/legislación/common/legislacion/portugal/Constitucion_Portugal.pdf, Acceso el 25 de mayo de 2012, 21h00.

En la segunda etapa del instituto, una vez reformada la Ley Fundamental, encontramos en su artículo 283, que el Tribunal Constitucional “*aprecia y verifica*” a pedido de los órganos legitimados, el incumplimiento de la Constitución por la omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales y en el supuesto de verificarse la omisión, dará conocimiento de esto al legislativo.

El artículo 283 de la Constitución vigente señala:

1.- A requerimiento del Presidente de la República, del defensor del pueblo o, con fundamento en la violación de los derechos de las regiones autónomas o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.

2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente.⁸²

La legitimación activa la tiene el Presidente de la Republica, el defensor del pueblo y con fundamento en las violaciones de los derechos de las regiones autónomas los presidentes de las asambleas legislativas regionales, mientras que la legitimación pasiva recae sobre el legislativo. El objeto de control son las omisiones del legislativo sobre la expedición de leyes que la norma constitucional obliga a hacer.

Tres son los requisitos para que se configure la inconstitucionalidad por omisión, estos son: El incumplimiento constitucional derivado de una violación de la norma constitucional; que la norma constitucional no sea exigible por sí misma; y, en tercer lugar la falta de emisión de providencias o medidas legislativas necesarias para brindar operatividad a dicha norma.⁸³

⁸² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL, www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm. Acceso: 17 de abril de 2012, 17h00.

⁸³ Cfr. FERNÁNDEZ, José Julio, *La Inconstitucionalidad por omisión legislativa en Portugal*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), No. 101, julio-septiembre 1998, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27495&orden=0..> Acceso: 15 de junio de 2012.

El Tribunal Constitucional hasta 1998 había realizado tres recomendaciones al legislativo. El primer caso a través del Acuerdo No. 423 del 26 de noviembre de 1987, respecto del caso de la enseñanza de la disciplina de religión y moral católica en las escuelas públicas en donde determinó la existencia de una omisión relativa.

En el caso relativo a la “defensa contra el tratamiento informatizado de datos personales”, el Tribunal resolvió en el Acuerdo No. 182 del 2 de marzo de 1989, analizando el derecho de los ciudadanos frente a la utilización informática de sus datos, lo que le permitió al Tribunal revisar la evolución de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento portugués. El problema del caso radica en que tanto el párrafo segundo del artículo 35 de la Constitución, así como el párrafo cuarto prevén un desarrollo legislativo posterior; en el primer caso para establecer las excepciones a la prohibición general del acceso de terceros a ficheros con datos personales y en el segundo, para definir el concepto de datos personales a efectos de registro informático.⁸⁴

Sobre el supuesto de las excepciones a la prohibición general, el tribunal concluyó que no existe inconstitucionalidad por omisión, manifestando que no había excepciones porque el legislador ordinario así lo consideró dentro de su competencia. Señala además que se produce vulneración de la Constitución por omisión relativa en la falta de previsión legal que fije el concepto de datos personales, necesario para dar exigibilidad a la garantía consistente en la prohibición de acceso de terceros a los datos personales contenidos en soportes informáticos, por lo que exhorta el Tribunal Constitucional al legislativo para que complete la norma, señalando que se ha verificado el incumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa prevista en el numeral cuarto del artículo 35.

⁸⁴ Cfr. FERNÁNDEZ, José Julio, *Revista de estudios políticos*, Nº 101, 1998, págs. 335-359 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27495&orden=0..> Acceso: 20 de marzo de 2012, 17h40

El maestro Fernández Rodríguez realiza un comentario sobre la experiencia de Portugal y manifiesta que:

La praxis del instituto analizado ha sido decepcionante, pues desde 1982 hasta hoy, tan sólo el Proveedor de Justicia ha requerido (en siete ocasiones) el control de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, habiendo reconocido el Tribunal en dos de esos casos la inconstitucionalidad. No ha de extrañar por ello mismo que la ineficacia sea el juicio en el que convergen gran cantidad de autores al valorar el instituto desde la óptica de su operatividad.⁸⁵

2.1.2. El caso brasileño, la omisión a nivel federal

El sistema de control constitucional Brasileño es mixto y para cumplir con su papel, según señala el Supremo Tribunal Federal:

...la Suprema Corte utiliza un sistema híbrido, inspirado en el modelo anglosajón (Estados Unidos y Reino Unido) y europeo continental, teniendo a mano instrumentos que faciliten y generen economía de tiempo para el estudio de las controversias sobre la interpretación de la Carta Magna⁸⁶

Brasil siguió a Portugal en el diseño del instituto de control de las omisiones legislativas e incorporó algunos avances con la finalidad de brindar una mejor aplicación del instituto. La Constitución de 1998 previó dos soluciones encaminadas resolver las omisiones que afectan tanto a individuos, como a colectivos por la falta del cumplimiento de mandatos constitucionales de legislar; así nació la acción de inconstitucionalidad por omisión que se establece en el numeral segundo del artículo 103 de la Norma Suprema; y, el *mandato de injunção* que se encuentra en el numeral LXXI del artículo 5.

El artículo 103, numeral segundo, señala que:

Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días. Cuando el Supremo Tribunal Federal apreciare 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.⁸⁷

⁸⁵ FERNÁNDEZ, José Julio, *Ibíd.*, p. 52

⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_es_es&idConteudo=115670. Acceso: 15 de febrero de 2012, 16h50.

⁸⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, año 1988, www.cepal.org/oig/doc/BRA1988ConstitucionFederal.pdf, Acceso: 15 de febrero de 2012, 16h50.

Como vemos la concepción de la inconstitucionalidad por omisión es amplia y no solamente se puede referir a leyes. Dentro de las características del instituto una de las más importantes, es que la legitimación activa de la acción de inconstitucionalidad por omisión es restringida, frente a un análisis de Derecho Comparado. De acuerdo al artículo 103, están legitimados el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el gobernador estatal, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación parlamentaria nacional, las confederaciones sindicales y las entidades de clase con alcance nacional.

El objeto de la acción es defender la Constitución a través de la concreción de la voluntad del constituyente y no se dirige a la protección de un derecho subjetivo en específico, sino a la defensa de la Constitución a través del cumplimiento de la voluntad del constituyente y por ello es una acción directa, en abstracto y *a posteriori*, que se plantea ante el Supremo Tribunal Federal, cuya resolución es meramente declarativa.

Frente a las omisiones del poder legislativo, el efecto de la sentencia no tiene contundencia ni coacción, sino que se convierte en un exhorto al órgano en mora para que tome las medidas adecuadas, sin la posibilidad de exigirle realizar la norma. En los casos en que la omisión proviene de un órgano administrativo, el Tribunal puede ordenarle que dicte el acto o actúe conforme lo llamado a hacer por la Constitución en el plazo de treinta días.

La legitimación pasiva toma un interés particular, debido a que pueden ser tanto el legislativo como la función ejecutiva las causantes de la omisión, por la falta de emanación de normas o por la falta de actuación conforme el mandato constitucional.

Víctor Bazán, cita a José Da Silva,⁸⁸ quien señala que se presentaría una omisión cuando la Constitución ha previsto el derecho de participación de los trabajadores en las ganancias y en la gestión de las empresas “conforme lo definido en la ley”, que no ha sido desarrollado por el legislador y su deber es hacer operativo este derecho a través de la norma. Otro ejemplo es que se concibe a la salud y la educación como derechos de todos los ciudadanos y es deber del Estado garantizarlos; pero si no se emiten las normas y actos (tanto legislativas y administrativas) necesarios para efectivizar estos derechos, se configura la omisión legislativa inconstitucional.

El maestro Francisco Fernández ha criticado la falta de aplicación y uso de la figura y señala que:

Al margen ya de los escasísimos casos en que se ha admitido por el Supremo Tribunal Federal la existencia de una omisión contraria al texto constitucional (en los primeros quince años de vigencia de la Constitución tan sólo dos acciones de inconstitucionalidad por omisión tuvieron éxito), la doctrina ha puesto de relieve que existen decenas de dispositivos constitucionales que no han sido desarrollados por los poderes públicos, no obstante lo cual no se ha recurrido al instituto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.⁸⁹

Un caso planteado ante el Supremo Tribunal de Justicia fue la acción directa de inconstitucionalidad No. 3682 que consta en el *Diario de Justicia de fecha* 06/09/2007, en donde la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso presentó una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo Federal en contra de la omisión del Presidente de la República y el Congreso Nacional por no haber promulgado la ley complementaria, mencionada en el artículo 18, numeral cuarto de la Constitución, norma que debe regular el ejercicio de la competencia para crear, incorporar, fusionar y desmembrar municipalidades.

En el tratamiento del caso, el Tribunal conoció que varios proyectos de ley habían sido presentados en el Congreso con miras a reglamentar el artículo en

⁸⁸ Cfr. BAZÁN, Víctor, *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales, una visión de derecho comparado*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En Busca de las Normas Ausentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2^{da} edición, México DF, 2007, p. 101

⁸⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas*, Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, Chile, 2009, p. 55

mención pero que no habían tenido suficiente éxito para alcanzar la expedición de la ley, por lo que Tribunal señaló:

*Las peculiaridades de las actividades parlamentarias que inexorablemente guardan relación con el proceso legislativo no justifican una conducta manifiestamente negligente o remisa de las Cámaras Legislativas, que puede poner en peligro el orden constitucional en si. De esta manera, se decidió que la inercia deliberandi de las Cámaras Legislativas pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad directa y que la no promulgación de la ley complementaria en un plazo razonable constituye una auténtica violación del orden constitucional.*⁹⁰

El Tribunal reconoció la omisión del legislativo en la promulgación de la ley complementaria sobre la creación, incorporación, fusión y desmembramiento de los municipios y consideró que careciendo de la ley complementaria, desde la aprobación de la enmienda constitucional No. 15/96, varios municipios se habían creado y existían como entidades federativas de hecho. En el fallo, el Tribunal, aceptó la acción planteada y “*declaró al Congreso Nacional en estado de retraso, de modo que en el plazo razonable de dieciocho meses, debería adoptar todas las medidas legislativas necesarias...*”⁹¹

Una institución de origen brasileño es el *mandato de injunção*, esta se diferencia de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, debido a que el mandato tiene por finalidad garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales en un caso concreto, cuando no existe una norma reglamentaria que los haga viables.

El artículo 5, inciso LXXI, de la Constitución brasileña señala que:

*“Se concede el mandato de injunção siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”*⁹².

El profesor Luis Roberto Barroso, señala que el *mandato de injunção*:

*“es una acción particular tendente a la defensa de los derechos y garantías personales. Se destina a la solución de casos concretos, en lo que la omisión impugnada es suplida por orden judicial, produciendo efectos estrictamente inter partes”*⁹³

⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, www.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verPrincipal.php?idoma=es_es, Acceso: 20 de febrero de 2012, 16h45.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, *óp. cit.*

⁹³ Citado por Cfr. BAZÁN, Víctor, *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales*, *óp. cit.*, p. 105

El Supremo Tribunal Federal es el órgano competente para conocer y resolver la acción, si la reglamentación faltante es atribuible al presidente de la República, Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Senado Federal, mesas de una de esas Cámaras Legislativas, Tribunal de Cuentas de la Unión, uno de los Tribunales Superiores o del propio Supremo Tribunal Federal; mientras que se recurre ante el Superior Tribunal de Justicia, cuando la omisión reglamentaria fuera atribución de un órgano, entidad o autoridad federal, de la administración directa o indirecta, exceptuándose los casos cuya competencia es de los órganos de la justicia militar, electoral, del trabajo y federal.

Está legitimada para plantear la acción cualquier persona natural, jurídica o grupo de personas que tengan interés jurídico directo en la expedición de la reglamentación; es decir aquí a diferencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión es necesario que quien presente la demanda tenga un interés jurídico propio sobre el dictado de la norma.

Se puede incoar esta acción contra el sujeto que impide el ejercicio de un derecho o contra quien no cumple con el deber de hacerlo efectivo. El objeto de esta acción particular es garantizar la satisfacción de un derecho cuyo ejercicio ha sido negado por la inexistencia de norma reglamentaria. La doctrina señala que no cabe plantearla cuando la norma constitucional es auto aplicable, tampoco cuando no se ha agotado el plazo impuesto judicialmente al órgano competente para dictar la norma, ni en caso de que la norma reglamentaria esté por ser expedida. La sentencia que dicta el tribunal tiene efecto *iter partes* y de ser aceptada la pretensión se obliga a la autoridad a hacer efectivo el derecho vulnerado.

La doctrina señala que es indispensable diferenciar a través de la jurisprudencia la naturaleza y alcance de las dos figuras mencionadas y la necesidad de que no se considere al *mandato de injunção* como una acción subsidiaria de la inconstitucionalidad por omisión y peor aún que para que proceda esta, se requiera haber planteado la acción de inconstitucionalidad por omisión.

2.1.3. La inconstitucionalidad por omisión en Venezuela

Venezuela mantiene un sistema de control constitucional mixto, que en la jurisdicción constitucional corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El instituto está previsto en la Constitución en el artículo 337 numeral 7, que señala:

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadual o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.⁹⁴

El instituto se configura a través de una acción jurisdiccional abstracta, que enfrenta tanto omisiones absolutas como relativas y la competencia para conocerla está a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien puede declarar la inconstitucionalidad por omisión de cualquiera de los entes legislativos del Estado, tanto a nivel municipal, estatal o nacional. Tiene como presupuesto que el legislativo no haya dictado normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, es decir cualquier actuación encaminada a efectivizar la norma suprema, asumiendo así una visión amplia del instituto. Una vez verificada la omisión, el tribunal señala un plazo para que el legislativo expida la norma y de considerarlo oportuno puede indicar los lineamientos para su corrección.

Al ser una acción popular, la legitimación activa es amplia, mientras que el demandado puede ser cualquiera de los órganos con competencia legislativa-normativa en el Estado.

Antes de revisar algunos casos de la jurisprudencia venezolana, queremos analizar el tipo de resolución que conforme a la Constitución puede ser dictada por el Tribunal una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión. Evidentemente

⁹⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, publicada en la Gaceta Oficial de 24 de marzo de 2000.

no se podría ordenar un reparo indemnizatorio, ni llevar a cabo la integración del ordenamiento jurídico, debido a las características de abstracta y general previstas para tal acción.

El profesor Jesús Casal señala:

Lo que sí podría hacer la Sala Constitucional es establecer criterios jurídicos para la inmediata aplicación judicial de la norma constitucional afectada por el silencio legislativo... Estos criterios sólo serían aceptables cuando se originen en métodos jurídicos de interpretación o integración, por lo que la Sala Constitucional no estaría autorizada para legislar con carácter provisional.⁹⁵

La determinación del plazo para que proceda la inconstitucionalidad por omisión queda a criterio del tribunal, quien verifica esto, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Casal señala que al momento de verificar el plazo para realizar la norma:

Fuera de los supuestos en que la Constitución fija un plazo específico para la aprobación de la legislación de desarrollo de la norma constitucional, en ocasiones habrá pues que ponderar los valores e intereses involucrados y considerar las circunstancias del caso, para pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de la inactividad del órgano legislativo.⁹⁶

El trabajo realizado por la Sala Constitucional del máximo tribunal venezolano, con el objeto de cubrir vacíos normativos provenientes de los silencios legislativos fue denominado “jurisdicción normativa”, así como lo señala la sentencia del 22 de agosto de 2001, dictada en el caso Asodeviprilara, en donde se expone que desde los fallos dictados en los casos Emery Mata Millán y Domingo Gustavo Ramírez Monja, del 20 y 21 de enero de 2000, la Sala Constitucional debió afrontar la cuestión de la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales y de la necesidad de cubrir lagunas normativas cuando fuera imprescindible para dotarlas de eficacia.⁹⁷

⁹⁵ CASAL, Jesús, *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, 9na Edición, Uruguay, 2003, p. 82.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 80

⁹⁷ Cfr. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm> Acceso: 24 de abril de 2012.

La Sala determinó en la sentencia del año 2001 que:

En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente. Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.⁹⁸

La “jurisdicción normativa” que ha desarrollado el tribunal, constituye una jurisprudencia que tendría el valor de norma jurídica, ya que regula relaciones o situaciones jurídicas aún no abordadas por el legislador, contenido jurisprudencial al que se le ha dado el carácter de norma transitoria.

La sentencia del caso No. 05-1525 de 2005, resuelve la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en contra de la Asamblea Nacional por no haber expedido la Ley del Cuerpo de Policía Nacional, existiendo hasta esa fecha una mora de cinco años.

La Sala admitió y aceptó la acción interpuesta, señalando que el legislativo “no ha procedido a impulsar la continuación del desarrollo legislativo de la Policía Nacional”⁹⁹.

En la sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia expone una postura novedosa respecto del alcance de la omisión, señalando:

el control de la inconstitucionalidad por omisión no se limita a las carencias formalmente legislativas, sino también a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución.¹⁰⁰

2.2.- LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN A NIVEL ESTADUAL

En este acápite, revisaremos el desarrollo que han brindado al instituto las provincias o estados de los países con un régimen federal.

⁹⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Id.

⁹⁹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Id.

¹⁰⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Ibíd.

2.2.1.- El caso de los estados mexicanos

El sistema de gobierno mexicano federal ha dado paso para que cada Estado en su Constitución incorpore instituciones que le permitan hacer efectivo el cumplimiento de la norma constitucional. A partir del año 2000, se presentó “...una amplia actividad emanada de los constituyentes reformadores estatales, encaminada a incluir en su norma fundamental instrumentos de control de la constitucionalidad...”¹⁰¹

Son cinco los estados mexicanos que en su Constitución local han adoptado la inconstitucionalidad por omisión en los últimos doce años, estos son: Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Coahuila.

a) El Estado de Veracruz

En el año 2000 se llevo a cabo una reforma de la Constitución, la misma que incorporó la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en el artículo 64, numeral 3, que señala la competencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia para conocer: “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...”¹⁰² De la norma citada se desprende que el Tribunal de Justicia debe verificar si se ha aprobado la ley y valorar en caso de existir una omisión, si esta afecta o no el cumplimiento de la Constitución.

En el propio artículo 64 numeral 3, de la Constitución, en los literales a y b se indica que están legitimados para plantear la acción el gobernador del estado y por lo menos la tercera parte de los ayuntamientos, por lo que la legitimación activa es ligeramente restringida, mientras que la legitimación pasiva recae en el Congreso del Estado.

¹⁰¹ RENGEL, Laura, *El control de las omisiones legislativas en México una invitación a la reflexión*, en en FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDIVAR Arturo (Coords.), *Teoría general del Derecho Procesal Constitucional, la ciencia del derecho procesal constitucional*, tomo VIII, UNAM, Ed. Marcial Pons, México, 2008, p. 631

¹⁰² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE, www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/.../Veracruz/wo21745.pdf, Acceso: 27 de mayo de 2012.

Respecto de la sentencia que debe ser dictada, el artículo dispone que:

*“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.”*¹⁰³

La Ley Orgánica del Poder Judicial de Veracruz en sus artículos 38, 45 y 64 señala que el pleno del Tribunal Superior resolverá la acción; la que será conocida por la sala Constitucional que presentará el proyecto de resolución para conocimiento del pleno del Tribunal.

De la norma constitucional, se evidencia que en el caso de que el legislativo no desarrolle la norma en el plazo señalado por el juzgador de la omisión, la consecuencia es que el Tribunal Superior de Justicia puede dictar “bases” a las que se sujeten las autoridades, lo que implica en principio una facultad cuasi legislativa y precaria en manos de dicho Tribunal.¹⁰⁴

b) Estado de Tlaxcala

La inconstitucionalidad por omisión se incorporó en Tlaxcala en la reforma constitucional del año 2001. El artículo 81, numeral sexto de la Constitución, señala que:

*El pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes:
VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las leyes.”*¹⁰⁵

¹⁰³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE, Ibíd.

¹⁰⁴ Cfr. RENGEL, Laura, óp. cit., p. 634

¹⁰⁵ CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/.../Tlaxcala/wo25815.doc>. Acceso martes 28 de marzo de 2012, 13h45.

La norma resulta interesante en relación a los casos de otros estados mexicanos, debido a que trae consigo una visión amplia del objeto y los sujetos pasivos de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Se entiende que puede haber omisión de los mandatos de las constituciones, tanto federal como estadual e inclusive las omisiones de las leyes del Estado. Al respecto León Martínez señala que: *“La acción por omisión legislativa en Tlaxcala comprende no sólo la inactividad del Congreso, también la del Poder Ejecutivo a través del gobernador del estado y los ayuntamientos y concejos municipales.”*¹⁰⁶

La legitimación activa para plantear la acción es amplia y el artículo 81 de la Constitución, numeral 6, inciso segundo, señala que: *“El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado.”*¹⁰⁷ Esta norma al considerar un espectro amplio de quienes pueden demandar la omisión, le da la característica a la acción de ser popular o de legitimación amplia.

Respecto al procedimiento, la Constitución señala que:

*Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado a la responsable y al Director del Periódico Oficial del Gobierno del Estado, para que rindan sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad.*¹⁰⁸

El procedimiento previsto para la acción es sumario y en caso de aceptarse la existencia de la omisión inconstitucional, se concede al órgano omiso hasta tres meses de plazo para expedir la norma y en caso de no hacerlo tendrá responsabilidad el órgano que por el incumplimiento de lo ordenado en la sentencia. La Ley de Control Constitucional de Tlaxcala, en su artículo 40, señala que en el caso de incumplimiento de la sentencia por parte de la autoridad omisa, la consecuencia puede llegar a ser la destitución de la autoridad.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ, León, *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p. 84

¹⁰⁷ CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA, óp. cit.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

c) Estado de Chiapas

Un primer paso para incorporar el instituto, se dio en la reforma constitucional del año 2002, complementada con la reforma del año 2007, en donde se creó el Tribunal Constitucional. El artículo 56, numeral tercero de la Constitución da competencia al Tribunal Constitucional para conocer las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa, y señala que el Tribunal conocerá y resolverá:

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

- a) El Gobernador del Estado.*
- b) Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado.*
- c) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.*
- d) Cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.¹⁰⁹*

Vemos que el Tribunal Constitucional tiene la competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa. El objeto de control es la inacción del Congreso del Estado, que no ha expedido ley o decreto siempre y cuando la falta de la norma afecte el cumplimiento de la Constitución.

La legitimación activa es algo restringida, frente a los demás casos de los estados mexicanos. La tercera parte del propio Congreso puede solicitar la declaratoria de existencia de una omisión, así como los ayuntamientos y el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

Sobre la resolución que debe dictar el Tribunal Constitucional, la norma citada dispone que:

La resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución local, si el Congreso del

¹⁰⁹ CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS, www.iepc-chiapas.org.mx/nw.../archivos/.../constitucion_chiapas.pdf. Acceso: 23 de marzo de 2012, 17h34.

*Estado no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa.*¹¹⁰

La norma constitucional en Chiapas señala que el tribunal en caso de encontrar la omisión legislativa, dará un plazo de un periodo de sesiones para que el legislativo cumpla con su deber y señala que en el caso de no hacerlo, el propio tribunal expedirá la norma, la que estará vigente hasta que el legislativo expida la norma definitiva.

Debemos señalar que la inconstitucionalidad por omisión también se ha incorporado en las normas constitucionales de los Estados de Quintana Roo y Coahuila, con características similares a los estados citados y sin un mayor éxito hasta el momento en el control de las omisiones del legislativo.

2.2.2.- El Caso argentino de la Provincia de Río Negro

El literal d, del artículo 207 de la Constitución de Río Negro establece la competencia del Superior Tribunal de Justicia:

*d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.*¹¹¹

Está legitimada para plantear la acción de inconstitucionalidad por omisión cualquier persona que se sienta afectada por su derecho personal o colectivo, es decir la legitimación es amplia.

El legitimado pasivo puede ser cualquier institución con competencia de normar o desarrollar normas constitucionales, dentro de algún estado provincial o de los municipios.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO, http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/bibliotec_a/File/Contituciones/cp_rionegro.pdf Acceso: 22 de abril de 2012, 20h20

Revisemos la acción de inconstitucionalidad por omisión de la causa “D\Onofrio Eduardo Lucas y Otra S/, expediente N° 23607/09-STJ. Los actores, señora Celestina Vitaliti y Eduardo Lucas D\Onofrio, interpusieron inicialmente una acción de *mandamus* en los términos del artículo 44 de la Constitución Provincial, contra el Instituto Autárquico del Seguro de Río Negro (IAPS) a fin de que se ordene remediar la omisión en la reglamentación del beneficio instituido por el artículo 56 de la Ley N° 4232, al disponer que los afiliados con beneficios jubilatorios que tengan 80 años de edad o más, puedan optar entre permanecer en el sistema o percibir un beneficio cuyo procedimiento e importe se debía señalar por vía reglamentaria, esto en función de la delegación expresa conferida por el artículo 61 de la misma norma que establece la competencia del Directorio del IAPS para disponer los mecanismos necesarios que resulten más convenientes para la implementación de la ley; así como el dictado de las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias.

El legislador provincial creó un sistema de seguro obligatorio y dentro de este encomendó al Directorio del IAPS, la expedición del reglamento que hiciera operativo dicho sistema. El directorio hasta la fecha de presentación de la acción, es decir casi un año y medio después la expedición de la ley no había cumplido con el deber de reglamentar el artículo en mención y hacer efectivo el derecho de opción y percepción de pago.

En la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia señaló que:

*La regulación de la particular acción de inconstitucionalidad por omisión en nuestra Provincia tiene en cuenta el equilibrio de Poderes y la armonía a las que se ven aunados los mismos. Las disposiciones referidas a esta acción son de avanzada con relación a las otras pocas similares, vigentes en el derecho comparado...*¹¹²

¹¹² TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO, http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=19804&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1 Acceso: 24 de abril de 2012, 14h23

El Tribunal consideró que el constituyente a través de la norma decidió “*confiar la decisión de un asunto tan delicado y de trascendencia jurídico-política como es atacar un caso de inconstitucionalidad por omisión, a la cúpula del Poder Judicial...*”¹¹³

El Tribunal en la sentencia hace referencia al caso “Gómez Daniel A. s/Inconstitucionalidad por omisión”, Se. 36/96 del 20-11-96, e indica que existe tres niveles de solución para solventar los casos de inconstitucionalidad por omisión. Una primera solución es la fijación de un plazo para que se subsane la omisión; la segunda posibilidad y previo el incumplimiento por parte del órgano legislativo es integrar el orden normativo, resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, dictando una sentencia que cubre la norma faltante para el caso particular; y, existe una tercera posibilidad, en el caso de no ser posible la segunda opción, que consiste en que el tribunal determine el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme el perjuicio indemnizable que se demuestre.

El Tribunal al resolver el caso manifestó:

*Se advierte que del texto del Decreto 274/09 surge que la reglamentación no alcanza a la totalidad de las personas involucradas en el objeto de la ley [...] Dado este reducido alcance, un amplio sector de afiliados comprendidos en la ley no se encuentran aún contemplados por la reglamentación de la norma [...] En el caso, resulta acreditada la mora en la reglamentación de la ley L N° 4232- sancionada el 4 de octubre de 2007 y promulgada el 25 de octubre de 2007. La reglamentación de la ley no puede alterar su espíritu.*¹¹⁴

Mediante sentencia de fecha 17 de febrero de 2010, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, resolvió declarar la inconstitucionalidad por omisión parcial en la reglamentación del artículo 56 de la Ley N° 4232 y la inconstitucionalidad del art. 1° del Decreto 274/09, mandando al Poder Ejecutivo a dictar una nueva reglamentación en el plazo de 60 días desde la notificación de la sentencia.

¹¹³ Id.

¹¹⁴ Id.

2.2.3. La inconstitucionalidad por omisión legislativa a nivel estadual en Brasil

Los Estados brasileños que tienen incorporada la institución en sus constituciones son Río Grande do Sul, Río de Janeiro, Sao Paulo y Santa Catarina.

En el Estado de Río Grande do Sul, la Constitución sancionada el 3 de octubre de 1989, en el título III, capítulo III, Sección II, de las competencias del Tribunal de Justicia, señala en el artículo 95 inciso XII letra d), la facultad del Tribunal de Justicia para conocer y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo estadual frente a la Constitución local o bien municipales frente a las Constituciones local y federal, incluyendo los casos de omisión.

El Procurador General de Justicia debe ser escuchado en la defensa del legislativo y los legitimados activos son el Gobernador del Estado, la mesa de la Asamblea Legislativa, el Procurador General de Justicia, el titular de la Defensoría Pública, el Consejo Seccional de la orden de Abogados de Brasil, un partido político con representación en la Asamblea, una entidad sindical o de clase de ámbito nacional o estadual, entidades de defensa del medio ambiente, de derechos humanos y consumidores, de ámbito nacional o estadual legalmente constituidas, el Prefecto Municipal y la Cámara Municipal.

Revisemos la acción directa de inconstitucionalidad No. 592091003 de la Comarca de Porto Alegre, resuelta en sentencia del 21 de diciembre de 1992, en donde el Tribunal de Justicia declaró la inconstitucionalidad relativa, respecto a la inexistencia de ley prevista en la Ley Fundamental respecto a la educación. El Tribunal dejó sentado el criterio de que pese a no existir el Plan Nacional de Educación, debía existir el Plan Estadual de Educación, dada la competencia concurrente del Estado y de la Unión para legislar sobre educación cultura y deporte.

El problema que surge al aplicar la institución en este país y sus estados es que las sentencias de los tribunales se convierten en exhortos que en la mayoría de los casos no son escuchados por los órganos omisos.

2.3. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Corresponde en este acápite revisar y analizar las soluciones que ha dado la jurisprudencia a la inconstitucionalidad por omisión, en los países en donde no ha sido incorporado el instituto en su Norma Fundamental. Comenzamos revisando el caso con mayor desarrollo en el tiempo, que es el de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

2.3.1. El caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán

Alemania no tiene incorporada en su Ley Fundamental la institución de la inconstitucionalidad por omisión legislativa; sin embargo fue el primer país en desarrollar el instituto de la inconstitucionalidad por omisión a través de la jurisprudencia.

El punto de partida para el control constitucional por omisión fue la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del 29 de enero de 1969, caso que permitió discutir la efectiva aplicación del artículo 6, inciso quinto, de la Ley Fundamental de Bonn, que señala: *“La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social”*.¹¹⁵

Pese a la existencia de dicho precepto constitucional, el órgano legislativo se mantuvo pasivo, no legisló ni derogó la legislación anterior que vulneraba la Constitución. El artículo 1712 del Código Civil colocaba al hijo ilegítimo en una

¹¹⁵ LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, Bundestag Alemán, Sección de Relaciones Públicas, Berlín, 2009, p. 15

situación de desventaja frente al legítimo. El Tribunal consideró que el órgano legislativo se demoró más tiempo del prudente necesario para redactar la norma legislativa. Se determinó que el legislativo viola la Constitución al promulgar leyes que no están de acuerdo con la Constitución, como *"si no cumple con el mandato de la misma dentro de un término prudente"*¹¹⁶.

Para el Tribunal veinte años constituían un plazo que no podía atrasarse más para el cumplimiento de la cláusula constitucional, porque esta contenía un mandato al legislador, un encargo constitucional cuyo cumplimiento no es cuestión de si es de su agrado o no.

El artículo 117, inciso primero, de la Ley Fundamental de 1949 señalaba que todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad entre hombres y mujeres debían ser modificadas hasta el 31 de marzo de 1953, plazo en el que el Legislativo no realizó las reformas, por lo que meses después de haberse cumplido dicho plazo, el Tribunal Constitucional declaró que las normas incompatibles con la declaración eran inaplicables.

El profesor Néstor Pedro Sagüés, reseña lo que pronunció el Tribunal respecto de la falta de expedición de leyes, señalando que:

*Configurada una situación de tal clase, el Tribunal Constitucional aseveró que se hacía necesaria por parte de la judicatura la realización de la voluntad constitucional "en lo que es posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador", y siempre que la norma constitucional "involucre un contenido legal suficientemente positivo y claro para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad legal"*¹¹⁷

El Tribunal en la sentencia del caso en mención, modificó el fallo del Tribunal Regional de Kiel y realizó una aplicación inmediata de la Constitución y formuló remedios a la falta de pronunciamiento por parte del legislativo sobre los deberes de legislar. El tribunal consideró que la norma constitucional era directamente aplicable con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias

¹¹⁶ Cfr. Sagüés, Néstor, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Tribunal Constitucional del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 134

¹¹⁷ Id.

previstas en las leyes ordinarias y ordenó además al legislativo que desarrolle la norma señalada por la Constitución, durante el transcurso de la legislatura de ese año.

○ **Requisitos para que se pueda judicializar la omisión:**

Según la doctrina alemana existen tres requisitos para que proceda el control de inconstitucionalidad por omisión a través del Tribunal Federal Alemán, estos son:

- a) Existencia de una directriz constitucional clara, es decir un mandato o encargo constitucional.
- b) Que se haya cumplido un plazo razonable en el que el legislador no ha actuado.
- c) Que el tribunal pueda actuar en base a lo establecido en la Constitución y cumplir con el mensaje constitucional.

Es necesario señalar que los tribunales han realizado el control judicial de la inconstitucionalidad por omisión sin antes haber intimado al órgano omiso, para que legisle. El procedimiento que utiliza el tribunal al resolver los asuntos de inconstitucionalidad por omisión no tiene origen legal, debido a que la inconstitucionalidad por omisión no está incorporada en las normas jurídicas del Estado, las soluciones, han venido surgiendo a la luz de la jurisprudencia.

El aporte de la doctrina alemana ha sido fundamental para entender con exactitud los casos y las posibles soluciones a la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, especialmente casos en los que la norma expedida por el legislativo supone la violación al principio de igualdad, lo que llevó al Tribunal Federal Alemán a crear la doctrina de la exclusión arbitraria de beneficios, que de acuerdo al profesor Bazán “...*implica el otorgamiento a determinados grupos de una serie de privilegios, al tiempo que se niega injustificadamente a otros, de tal manera que viola el principio de*

no discriminación...¹¹⁸

Una duda que ha sido dilucidada a través de los años es el alcance de la sentencia dictada por el Tribunal, que ha logrado brindar una aplicación directa a la Ley Fundamental y que en la mayoría de los casos ha apelado al legislativo a realizar la norma; así como lo señala Ignacio Villaverde:

De hecho algún juez constitucional como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania puede dictar medidas provisionales en tanto el legislador hace lo propio. Esa sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión de un silencio del legislador o de la ley no deja de ser una apelación al legislador reforzada por la posibilidad de que el juez constitucional emita normas provisionales dirigidas a paliar los efectos perjudiciales del silencio legislativo¹¹⁹.

El profesor Bazán¹²⁰ también señala casos en que el Tribunal Alemán, ha encontrado situaciones en las que todavía no existe la inconstitucionalidad omisiva o casos de omisiones que todavía no violan la Constitución, es decir, la ley puede momentáneamente ser constitucional, pero está en peligro de convertirse en inconstitucional, por lo que el Tribunal dicta “resoluciones de aviso”; mientras que cuando es evidente la omisión, este dicta “resolución de recomendación” en la que ha llegado a desechar la demanda, pero ha pedido al legislador expedir la norma, indicando en ciertas ocasiones un plazo y lineamientos generales a fin de que la norma a desarrollar esté conforme a la concepción jurídica del Tribunal.

Al no existir una acción de inconstitucionalidad por omisión en Alemania, el mecanismo procesal por la que el Tribunal ha conocido estos casos, es la vía del recurso de queja, utilizado para que el Tribunal en dichos procesos pueda dictar sentencias tendientes a proteger la Constitución y el cumplimiento de sus mandatos, ya que en muchos casos ha realizado pedidos al legislativo y en otros ha recurrido a sentencias aditivas o interpretativas. Una vez constatada la omisión, ha fijado un

¹¹⁸ BAZÁN, Víctor, *Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales*, en BAZÁN, Víctor (Coord.), *Defensa de la Constitución*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 812.

¹¹⁹ VILLAVARDE, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional*, óp. cit., p. 72

¹²⁰ Cfr. BAZÁN, Víctor, *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales una visión de derecho comparado*, óp. cit., p. 88

plazo para que la ley sea elaborada, es decir ha utilizado la modalidad de sentencias apelativas, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad.

María Sofía Sagüés, señala que en algunos casos:

*...el mismo Tribunal se encuentra habilitado para aplicar la Ley Suprema, por ejemplo, al extender la protección de una norma constitucional, a aquellos supuestos omitidos por la ley infraconstitucional. A este proceso se le llama dentro de derecho alemán “proceso de concretización (Konkretisierung)”.*¹²¹

La jurisprudencia del Tribunal Alemán ha aplicado y desarrollado la teoría de la “exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio” a través del recurso de queja frente a las omisiones relativas del legislador cuando existe una lesión o amenaza a un derecho constitucionalmente reconocido.

Tan importante ha sido el aporte del Tribunal Federal Alemán que en los casos en que ha sido necesario suplir o complementar la norma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los tribunales “en los casos de omisión, atribuir eficacia plena a los preceptos constitucionales mediante el proceso de “concretización”¹²².

2.3.2. Las sentencias del Tribunal Constitucional español

España tampoco tiene en su norma constitucional incorporado un camino para enfrentar la inconstitucionalidad por omisión legislativa; sin embargo el Tribunal Constitucional desde hace décadas ha venido dictando sentencias encaminadas a garantizar la eficacia plena de la Constitución y en muchos casos se ha visto avocado a regular situaciones que el legislador no previó pero que de acuerdo a la Ley Fundamental debían tener desarrollo legislativo. Hace poco tiempo se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la que da competencia al Tribunal, para que conozca y resuelva situaciones que revisten inconstitucionalidad por omisión.

¹²¹ SAGÜÉS, María Sofía, óp. cit., pp. 6, 7

¹²² FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La Inconstitucionalidad por Omisión: ¿Cauce de tutela de los Derechos de naturaleza socioeconómica?*, óp. cit., p.20

El Tribunal ha conocido casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, en los que la inconstitucionalidad del precepto legal no se produce por su redacción o contenido, sino por alguna carencia o insuficiencia del mismo, y por ello no procede declarar su nulidad, como en el caso de la STC No. 45/1989, del 20 de febrero de 1989, en la que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos que imponían la sujeción conjunta de los miembros de la unidad familiar al impuesto sobre la renta. El Tribunal en su fallo señaló que *“La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquéllos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión.”*¹²³

En la parte resolutive del fallo, el Tribunal declaró la omisión inconstitucional de la norma *“...en cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada.”*¹²⁴

El Tribunal Constitucional español ha conocido y resuelto principalmente casos de omisión relativa. La opinión de Javier Pérez Royo sobre el tema y recogida por José Julio Fernández es que:

*La única omisión inconstitucional que el Tribunal Constitucional admite es la que se deriva de una actividad incompleta, de una actividad omisiva por parte del legislador... cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir la regulación de determinadas materias produce vulneración de derechos fundamentales, entonces es cuando nos encontramos, según el Tribunal Constitucional, ante una inconstitucionalidad por omisión.*¹²⁵

El Tribunal Constitucional ha recurrido a una serie de técnicas como recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, declaración de inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad.

¹²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0045>, Acceso: 20 marzo 2012, 17h20.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Citado por FERNANDEZ, José Julio, óp. Cit., p. 43

Tanto la doctrina como la jurisprudencia en España, se encuentran en un punto sobre el tratamiento de la omisión y es que “...no puede ser jurisdiccionalmente sancionada si se trata de un incumplimiento u omisión absolutos, pero sí cuando se ha dado un cumplimiento deficiente (omisión relativa)”¹²⁶

La fuerza normativa de la Constitución y la falta de sometimiento del legislador a la voluntad constituyente, traen consigo la necesidad de que el silencio legislativo contrario a la Constitución sea corregido y reparado primero con la sanción de su denuncia y luego con la integración del vacío normativo en lo que sea posible a través de los instrumentos con los que cuenta el órgano de control.

El Tribunal Constitucional en un primer momento prefirió no participar en el control de las omisiones legislativas como nos muestra, en lo pertinente, la sentencia STC 26/1987, de 27 de febrero, en donde señaló:

*... declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella «no se regula», supondría efectivamente invadir competencias legislativas. Completar lo regulado por la Ley, y ésta es la conclusión a que se llegaría de estimarse la impugnación, no es función que puede asumir este Tribunal por corresponder al legislador.*¹²⁷

Sin embargo, en un pronunciamiento anterior, el Tribunal había aceptado su deber de realizar el control de las omisiones, en la STC 24/1982, de 13 de mayo, que trataba del principio de libertad religiosa, que reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualquier grupo social, por lo que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso. El Estado había prestado asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas y los accionantes consideraban que era una lesión al principio de igualdad y que la Ley No. 48/1981, no había regulado todos los supuestos requeridos.

¹²⁶ REQUEJO, Juan Luis, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*, Ponencia del Tribunal Constitucional de España, Madrid, Octubre de 2007, p. 4

¹²⁷ *Ibíd.* p. 13

El Tribunal en su sentencia señaló que:

En un sentido similar, debemos señalar que no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular, alegando que el legislador debió aprovechar la ocasión que le brindaba la Ley 48/1981 para reestructurar la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pues la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace.¹²⁸

Con la necesidad de cumplir los mandatos del constituyente el Tribunal asumió la competencia para examinar y determinar la constitucionalidad de los vacíos normativos con el propósito de: “...asegurar el respeto a las normas constitucionales por parte de los poderes constituidos y garantizar la efectividad normativa de la voluntad constituyente.”¹²⁹

Si bien es cierto y la experiencia constitucional señala que en España el control de las inconstitucionalidades por omisión se ha desarrollado únicamente a través de la jurisprudencia y sin un contexto legal que lo permita, con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por medio de la Ley Orgánica No. 6/2007, de 24 de mayo de 2007, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener ahora por objeto, además de las “disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho” del Gobierno y de las autoridades administrativas y los “actos” de los órganos judiciales, también las omisiones de éstos.

Un análisis integral, nos permite comprender con claridad que pese a que se trate de impugnaciones cuyo objeto de forma directa e inmediata es la acción u omisión de las funciones Ejecutiva y Judicial, se puede llegar a obtener una sentencia que declare la inconstitucionalidad por omisión del legislativo, como lo señala el profesor Requejo:

...no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la omisión administrativas o judiciales trae en realidad causa de la ley aplicada al caso, supuesto en el que ha de elevarse al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión sobre la

¹²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0024>, Acceso: 20 de marzo de 2012, 13h56

¹²⁹ REQUEJO, Juan Luis, óp. cit. p. 15

constitucionalidad de dicha ley, que será enjuiciada en Sentencia antes de la resolución del proceso de amparo (art. 55.2 LOTC). Cabe, en consecuencia, por esta vía, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que hayan dado lugar a omisiones administrativas o judiciales lesivas de derechos fundamentales.¹³⁰

La vía utilizada para recurrir en los casos de inconstitucionalidad por omisión ha sido el recurso de amparo, cuyo objeto es suspender la lesión de derechos fundamentales causada por disposiciones, actos u omisiones de los poderes ejecutivo y judicial, o si no revisten rango o valor de ley también las omisiones causadas por el poder legislativo. Están legitimadas para recurrir ante el Tribunal las personas directamente afectadas, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

A través de la sentencia STC No. 67/1998, de 18 de marzo de 1998, el Tribunal Constitucional, señaló la responsabilidad del deber de legislar conforme la Constitución lo ha determinado. Manifiesta que el amparo va en contra de una omisión del legislador en el Código Penal y señala que no es la regla expresamente contenida en dicho cuerpo normativo por sí misma y aisladamente considerada inconstitucional, sino su imperfección, por no contemplar aquello que, debiendo ser necesariamente incluido por el legislador, fue omitido, ocasionando con ese proceder, una discriminación por defecto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad del hijo de la ahora recurrente en amparo.

Otro caso representativo, fue el de la objeción de conciencia, derecho establecido en la Norma Suprema en su artículo 30.2. En el motivo del amparo se señala que un joven no quería incorporarse a las filas militares por objeción de conciencia, por lo que el Tribunal en su sentencia STC No. 15/1982, de 23 de abril de 1982, aplicó de forma directa de la Constitución y la integración judicial del derecho, al señalar que:

La expresión utilizada en el art. 30.2 de la C. E. («la Ley regulará con las debidas garantías la objeción de conciencia») significa la necesidad de la «interpositio legislatoris» no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para regular el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia.¹³¹

¹³⁰ *Ibíd.* p. 17

¹³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0015>, Acceso: 21 de marzo de 2012, 20h34

Sobre el caso el Tribunal, señaló que:

*La objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 de la C. E., ya que sólo si existe tal regulación podrá producirse la declaración en que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud.*¹³²

En el fallo el Tribunal dispuso: *“Reconocer el derecho del recurrente a que se aplaque su incorporación a filas hasta que se dicte la Ley, prevista en el art. 30.2 de la Constitución, que permita la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia por él alegada.”*¹³³

El Tribunal español ha asumido a través de sus sentencias un activismo judicial necesario para hacer efectiva la norma constitucional y así tenemos en primer lugar los pronunciamientos o sentencias interpretativas, las que por medio de la interpretación conforme de un enunciado legal permiten subsanar inconstitucionalidades por defecto o aparentes exclusiones tácitas.

Las denominadas Sentencias “adjuntivas y reorientadoras” del enunciado legal permiten reparar la infracción constitucional causada por la omisión legislativa excluyente, consiguiendo la anulación de la norma en la parte excluyente. La sentencia STC No. 103/1983, de 22 de noviembre de 1983, anuló la referencia expresa a las viudas como beneficiarias de determinada prestación pública; lo que trajo consigo la inclusión de los viudos como beneficiarios de dicha prestación pública, indebidamente excluidos por omisión.

Víctor Bazán señala otros mecanismos utilizados por el Tribunal Constitucional para suplir las omisiones como son “materializar recomendaciones” al Legislativo y declarar la inconstitucionalidad sin nulidad (como las sentencias Nos.45/1989 y 96/1996), dictar sentencias aditivas, las mismas que al existir un incorrecto desarrollo legislativo *“...habilita que se añada elementos a la norma para superar la situación contraria a la Constitución, causada por la omisión.”*¹³⁴

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ BAZÁN, Víctor, *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales, una visión de derecho comparado*, óp. cit., p. 159

2.3.4. El aporte de la Suprema Corte Mexicana

México durante los últimos años ha venido desarrollando a nivel doctrinario y jurisprudencial la institución de la inconstitucionalidad por omisión. Nos llama la atención que la institución esté consagrada a nivel constitucional en algunos estados y sin embargo de aquello no se ha dado mayor aplicación de la misma, en comparación con la que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus jurisprudencias, pese a que el instituto no está incorporado en la Constitución federal.

Como señala María del Pilar Hernández, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conocido sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa y *“ha extendido en su conocimiento vía las controversias (constitucionales) a una institución que formal y positivamente no se encuentra reconocida en el esquema de control de la constitucionalidad...”*¹³⁵

Revisaremos en esta parte, los aportes de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Aunque el mecanismo jurisdiccional más usado para que la Suprema Corte de Justicia conozca los casos de inconstitucionalidad por omisión es la controversia constitucional, también se han planteado acciones de inconstitucionalidad. Una de las primeras sentencias que trató el tema de la inconstitucionalidad por omisión, fue la del 27 de enero de 2003, en donde el Partido de la Revolución Democrática, promovió acción de inconstitucionalidad No. 7 de 2003, en contra de la omisión del Congreso del Estado de Tabasco, en virtud de que la Constitución del Estado fue reformada en aspectos relativos a materia electoral y ordenó al Congreso adecuar las normas legales orgánicas y secundarias necesarias hasta treinta días después de la

¹³⁵ HERNANDEZ, María, *La Jurisdicción Constitucional*, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDIVAR Arturo (Coords.), *Teoría general del Derecho Procesal Constitucional, la ciencia del derecho procesal constitucional*, Tomo 3, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, editorial Marcial Pons, México, 2008, p. 300

publicación del decreto. El legislativo no adecuó las normas como había sido ordenado.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación negó la acción señalando que “...de un análisis tanto gramatical como teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución federal, no se advierte que la acción de inconstitucionalidad proceda contra omisiones legislativas...”¹³⁶ Uno de los diez votos fue salvado, el del juez Góngora Pimentel, quien en su análisis reconocía la existencia de la omisión legislativa, por cuanto la norma constitucional había previsto un mandato expreso y se encontraba en juego la eficacia de la Constitución.

El argumento que permite plantear una acción de controversia constitucional para enfrentar la inconstitucionalidad por omisión surge debido a que:

*...la inactividad del legislador puede alterar el sistema de distribución de competencias entre diferentes órdenes jurídicos y entre diferentes órganos de un mismo orden jurídico, ello porque la omisión del mandato dirigido al legislador puede impedir que otro órgano realice un acto o desempeñe alguna función que le compete constitucionalmente, lo que acarrearía una afectación directa a la supremacía constitucional.*¹³⁷

Revisemos la controversia constitucional No. 46 de 2002,¹³⁸ que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el 10 de marzo de 2005, promovida por el municipio de San Pedro Garza en contra de la omisión del Congreso de Nuevo León, ya que este último no elaboró las normas que establecieran el procedimiento y funcionamiento para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares, producto de la reforma a la Constitución que mandaba a expedir a cada legislatura las bases de la administración pública y el procedimiento administrativo municipal, quedando supeditado al desarrollo legislativo posterior, cuestión que hasta la fecha en que se dictó la sentencia de la controversia constitucional no realizó el legislativo.

¹³⁶ Cfr. BAEZ SILVA, Carlos y CIENFUEGOS David, óp. cit., p. 607

¹³⁷ Ibíd. p. 609

¹³⁸ SUPREMA CORTE DE MÉXICO, http://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Paginas/pleno_novena_epoca2002.aspx, Acceso: 5 de mayo de 2012, 14h34

La Suprema Corte llevó a cabo un amplio debate sobre el caso y aceptó la controversia, ordenando al Congreso del Estado de Nuevo León que dentro del período de sesiones del 30 de marzo al 30 de junio de 2005, realizara las adecuaciones legales en materia municipal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 115 de la Constitución federal.

La jurisprudencia de la Suprema Corte Mexicana señala dos tipos de casos en los que cabe la revisión judicial de la inconstitucionalidad por omisión y estos son:

- a) Cuando el legislador no observa en un “tiempo razonable” o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto de manera expresa o implícita por la Constitución.
- b) Cuando al expedir una ley, el legislador dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma constitucional exigía, es decir el caso de la inconstitucionalidad por omisión relativa.

En la sentencia de la acción de inconstitucionalidad No. 22 de 2001, además de la declaración de inconstitucionalidad de una norma expresa, la Suprema Corte presentó su pronunciamiento respecto a la omisión de regulación conforme a la Constitución, por lo que:

se resolvió declarar la invalidez del artículo 38, fracción I, inciso h, de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo, en virtud de que dicho precepto no preveía el financiamiento público para los partidos que no tuvieran antecedentes electorales en el estado; en la sentencia se requirió a la legislatura del Estado para que emitiera la disposición correspondiente en donde se previera la dotación del financiamiento público para esos partidos.¹³⁹

En este caso, el Tribunal Supremo señaló que en la ley se omitió algo que debió haberse incorporado, en atención a los principios constitucionales en materia electoral e inclusive indicando que debía constar no porque lo señalaba expresamente la Constitución, sino porque se entendía que el legislador estaba

¹³⁹ BAEZ SILVA, Carlos y CIENFUEGOS David, óp. cit., p. 613

obligado a ser exhaustivo en el tratamiento normativo que daba a esta materia, es decir debía tomar en consideración los mandatos implícitos que la norma constitucional señalaba.

Otro caso relevante que permitió al Tribunal declarar a lugar la omisión inconstitucional fue la sentencia de la controversia No. 326 de 2001.¹⁴⁰ La Constitución federal modificada en su artículo 115, mandaba a que se transfiera a los municipios la competencia de los servicios públicos de seguridad, tránsito y vialidad, señalando como plazo máximo un año para que a nivel estadual se adecuara las normas constitucionales y legales. Al terminar el plazo señalado, el municipio de Toluca solicitó al Estado de México la transferencia de los servicios que hasta el momento no habían sido transferidos, a lo que el omiso, señaló que su inactividad respondía a la falta de ley para hacerlo. Durante el proceso de controversia constitucional se adecuó la legislación para la transferencia de dicha competencia y la Suprema Corte ordenó que en un plazo de 90 días se proceda a la transferencia del servicio público. El tratamiento del tema por parte de la Suprema Corte generó una preocupación de la legislatura por asumir el deber impuesto por la Ley Fundamental.

La Suprema Corte mexicana ha mantenido el criterio de que la Constitución como norma jurídica, vincula e impera sobre todos los sujetos políticos por igual y en el caso analizado, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo estaban obligados a cumplir con el artículo 115 de la Constitución Federal, por lo que con este criterio, el tribunal señaló que los órganos del Estado están obligados a hacer todo lo que estuviera a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo y oportuno del mandato constitucional.

En el caso de inconstitucionalidad por omisión legislativa, de la controversia constitucional No. 4 del año 2005, la Suprema Corte mexicana consideró que el legislativo del Estado de Tlaxcala incurrió en omisión absoluta al no adecuar las

¹⁴⁰ SUPREMA CORTE DE MÉXICO, http://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/Novena%20%C3%A9poca/2001/326_01.pdf, Acceso: 5 de mayo de 2012, 14h34

normas estatales, respecto de la norma constitucional relativa a la independencia del Poder Judicial del Estado. En la sentencia, la Suprema Corte ordenó que a la brevedad posible se cumpliera con el mandato constitucional. Este caso le permitió a la Suprema Corte expedir el 3 de enero de 2006 la Tesis Jurisprudencial P/J. 20/2006 en la que señala:

En ese sentido, la normatividad del Estado de Tlaxcala tiene carencias trascendentales; sin embargo, y no obstante que los aludidos principios constitucionales no se encuentran previstos en la normatividad estatal aludida, ello no significa que en dicha entidad no deban ser cumplidos, pues éstos deben garantizarse siempre por ser obligatorios al estar establecidos en la Constitución Federal.¹⁴¹

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión relativa, la Suprema Corte ha señalado que ésta puede ser revisada mediante acción de inconstitucionalidad, esto consta en la Tesis Jurisprudencial No. 5 de 2008 modificada en el año 2009, en la que se indica que:

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra la omisión de los Congresos de los Estados de expedir una ley, por no constituir una norma general que, por lo mismo, no ha sido promulgada ni publicada, los cuales son presupuestos indispensables para la procedencia de la acción. Sin embargo, tal criterio no aplica cuando se trate de una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas.¹⁴²

En la tesis jurisprudencial No. P/J. 43/2003, la Suprema Corte señaló el plazo con el que se cuenta para recurrir al tribunal ante una omisión:

El artículo 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece plazo específico para la promoción de la controversia constitucional respecto de omisiones, entendiéndose por éstas las que implican un no hacer del órgano demandado y que por su especial naturaleza crean una situación permanente que no se subsana mientras subsista la omisión, de tal suerte que dicha situación se genera y reitera día a día, lo que produce consecuencias jurídicas que se actualizan de igual forma. Esta peculiaridad lleva a considerar que el plazo para su impugnación se actualiza día a día mientras la omisión subsista.¹⁴³

La Suprema Corte considera que el plazo para presentar una controversia constitucional que tenga por finalidad el reconocimiento de la inconstitucionalidad

¹⁴¹ SUPREMA CORTE DE MÉXICO, Tesis Jurisprudencial No. 20/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época t, XXIII, Febrero de 2006, 1529 <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/jrs/jrsVer.htm?id=17630>. Acceso: 6 de mayo de 2012, 23h40.

¹⁴² SUPREMA CORTE DE MÉXICO, <http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nIus=175859>, Acceso: 7 de mayo de 2012, 15h45

¹⁴³ SUPREMA CORTE DE MÉXICO, Tesis P/J. 43/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, agosto de 2003, t. XVIII, p 1296.

por omisión está atado a la expedición de la norma requerida, por lo que en principio se podría plantear en cualquier momento siempre que el legislador no haya desarrollado la norma o lo haya hecho de forma incompleta.

La tesis jurisprudencial No. P/J. 81/99, señala sobre los elementos de la prueba en casos de omisiones, que:

Si bien es cierto que tratándose de omisiones corresponde a la autoridad demandada probar su inexistencia, también lo es que si ésta acredita esa circunstancia, traslada la carga de la prueba a la actora, quien debe desvirtuar las pruebas ofrecidas por aquélla para demostrar que no incurrió en la omisión que se le atribuyó.¹⁴⁴

En la controversia constitucional No. 80/2004, la Suprema Corte mexicana ha señalado las características que debe tener la omisión para ser inconstitucional:

Para que quede demostrada la inexistencia de actos, es menester analizar no únicamente si la autoridad incurrió o no en conductas omisivas, sino también si constitucionalmente existe el deber de realizar esas conductas y, en su caso, si estas fueron acatadas en sus términos, lo que constituye una cuestión relativa al estudio del fondo del asunto.¹⁴⁵

Para concluir debemos señalar que son tres las soluciones que ha brindado la Corte mexicana, a los casos de inconstitucionalidad por omisión a través de sus sentencias. Una primera solución es el de otorgar un plazo al legislativo para que cumpla con su deber de legislar; la segunda vía es ordenar al órgano omiso que cumpla con el mandato expreso; y, la tercera vía es un exhorto a la legislatura para que realice la norma a la brevedad posible.¹⁴⁶

2.3.4. El aporte de la Corte Suprema de Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado a través de su jurisprudencia una línea de respuesta, frente a los casos de omisión legislativa, en un engranaje constitucional en donde brilla el compromiso asumido por el Estado con

¹⁴⁴ SUPREMA CORTE DE MÉXICO, Tesis P./J. 81/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, agosto de 1999, t. X, p 567.

¹⁴⁵ SUPREMA CORTE DE MÉXICO, http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/Novena%20C3%A9poca/2004/Documento_cump_ejec_C_C_80-2004_Parte_1.pdf, Acceso: 7 de mayo de 2012, 23h56

¹⁴⁶ Cfr. BAEZ SILVA, Carlos y CIENFUEGOS David, óp. cit. p. 622

la ciudadanía en el marco de la protección y garantía de los derechos humanos como piedra angular de su desarrollo.¹⁴⁷

Un caso emblemático en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizó una aplicación directa de la Constitución pese a la inexistencia de ley fue la sentencia que permitió hacer efectivo el ejercicio del amparo constitucional, el mismo que se dio con la causa “Siri” del año 1957, fallos Nos. 239:459, en donde el actor era director y propietario del diario Mercedes, que había sido clausurado por la policía de la provincia de Buenos Aires, por lo que interpuso un habeas corpus para que la justicia dispusiera su reapertura; habiendo comprobado la base fáctica de que la medida se había dictado sin justificación, la Corte aceptó la acción, y en la sentencia la Corte Suprema creó el amparo contra actos de autoridad pública, debido a que esta institución no había sido desarrollado en la ley, es decir existía una omisión legislativa, la Corte en la sentencia señaló:

...las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”¹⁴⁸

La Corte ha reconocido la omisión del desarrollo legal, de un deber señalado en un tratado internacional y e inclusive ha realizado la aplicación directa de este tratado internacional, en la causa “Urteaga” del año 1998, caso en que la Corte Suprema reconociendo el derecho de acceso a la información pública, en base a los tratados internacionales vigentes, cuyas normas tenían el mismo alcance que las normas constitucionales, lo que le permitió a la Corte concluir la existencia de una omisión. El caso trataba que el hermano de una persona que supuestamente fue asesinada por las Fuerzas Armadas y de Seguridad, durante el proceso de reorganización nacional, interpuso una acción de habeas data, con la finalidad de obtener información en los bancos de datos de los organismos estatales. En las instancias ordinarias se rechazó la pretensión; la Corte Suprema a través del recurso

¹⁴⁷ Cfr. BAZÁN, Víctor, *Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, 2011, p. 159.

¹⁴⁸ <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/siri-angel-1957.html> Acceso: 20 de marzo de 2012, 16h30.

extraordinario, revocó el pronunciamiento de los inferiores y en la sentencia indicó claramente que corresponde a los órganos jurisdiccionales señalar provisionalmente las características de ejercicio del derecho hasta que el Congreso dicte la norma, pero que este derecho no podía ser conculcado y debía ser efectivo su ejercicio.¹⁴⁹

El caso conocido como Badoro I, resuelto mediante sentencia expedida el 8 de agosto de 2006 fallos 329:388, trata de un jubilado que percibía un salario de 1000 pesos y quien interpuso una acción a fin de obtener un aumento que le permitiera vivir adecuada y dignamente de acuerdo a la norma constitucional que señalaba el deber del legislador de resguardar el derecho a la movilidad jubilatoria. El señor Badoro demandó a la Administración Nacional de Seguridad Social por su bajo salario e indicando que no se había cumplido con el mandato constitucional de desarrollar una norma que permita a los jubilados alcanzar una jubilación digna. El análisis del caso, le permitió a la Corte, considerar que:

... el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla.¹⁵⁰

La Corte, además en atención del artículo 75, numeral 23 de la Constitución, que señala el deber del Congreso Nacional de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato en particular para ancianos, mujeres, y personas con discapacidad, señaló: “*Que no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales...*”¹⁵¹

La Corte encontró la omisión legislativa inconstitucional que se refería a la falta de norma sobre un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del

¹⁴⁹Cfr.http://www.mejordemocracia.gov.ar/archivos/AccesoInfoPub/docs_de_interes/FalloUrteagas.pdf Acceso: 12 de mayo de 2012, 21h23

¹⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, FalloBadoroI,<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFall s.do?method=verDocumentos&id=606670>. Acceso: 12 de mayo de 2012, 21h34

¹⁵¹ Id.

demandante que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Constitución, por lo que la Corte en su sentencia ordenó:

*Comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas a las que se alude en los considerandos. Notificar a la ANSES que deberá dar cumplimiento a la parte consentida del fallo impugnado y a lo resuelto en la presente e informar a esta Corte al respecto.*¹⁵²

La Corte declaró la omisión a lugar, por la falta de disposición de ajuste a la movilidad en el beneficio previsional del actor, no adoptó una decisión supletoria y pidió al legislativo y al ejecutivo que adopten las medidas necesarias para cumplir con el mandato constitucional.

Al poco tiempo de dictarse la sentencia, el gobierno anunció un aumento en las pensiones para jubilados y pensionados del sistema nacional de previsión social del 13%, el que se instrumentaría por medio de la Ley de Presupuesto; sin embargo la ley de 2007 no incluyó un verdadero mecanismo para fijar la movilidad de las jubilaciones y pensiones, ya que solo incluyó un aumento fijo y generalizado para todos los beneficiarios del sistema.

Había pasado quince meses desde que la sentencia fuera dictada por la Corte Suprema, la que volvió a conocer el caso y en una nueva sentencia de 26 de noviembre de 2007 señaló “*Que ese mandato no fue cumplido en las oportunidades y con el alcance exigidos por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.*”¹⁵³

La Corte además manifestó que:

*... por las razones expuestas, y dado que el único aumento en el beneficio jubilatorio del actor que se ha dispuesto durante el período examinado es insuficiente para reparar su deterioro, corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable y ordenar su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes.*¹⁵⁴

¹⁵² Id.

¹⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?Method=verDocumentos&id=635905>, Fallo Badaro II, Acceso: 12 de mayo de 2012, 21h37

¹⁵⁴ *Ibíd.*

En el caso “Halabi”, resuelto mediante sentencia dictada el 24 de febrero de 2009, el actor interpuso demanda de amparo en contra de la ley No. 25.873 y su decreto reglamentario No. 1563/04, ya que consideraba que estas vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, que protegen a las comunicaciones privadas telefónicas y por Internet, en razón de que en las normas impugnadas, no se establecía de manera clara los supuestos en los que éstas comunicaciones podrían ser intervenidas, es decir existía una omisión relativa. Alegó además que esa intromisión constituía una violación a sus derechos de intimidad y privacidad en su condición de usuario y al ser abogado se menoscababa el privilegio de confidencialidad con sus clientes, debiendo además existir una acción de clase establecida en la ley que permita demandar de forma colectiva por el mismo motivo a todos los afectados.

El caso llegó a la Corte Suprema, la que señaló que el artículo 43 de la Constitución Nacional contiene derechos de incidencia colectiva con intereses individuales homogéneos, en donde no hay un bien colectivo, ya que se afecta derechos individuales enteramente divisibles, pero admitió que hay un hecho único o continuado que provoca lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea que lleve a un único juicio, con efectos expansivos de la cosa juzgada que se dicte. El juicio correspondiente a la protección de este tipo de derecho sería la acción colectiva o de clase, que en el momento no estaba regulada en la ley. La Corte Suprema indicó que:

...la disposición constitucional en la que se encuentran previstas es claramente operativa y que es obligación de los jueces darle eficacia, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer, aunque el remedio sea desconocido. Lo anterior pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de encontrarse en la Constitución. La falta de reglamentación, dice la Corte, no podrá nunca constituir un obstáculo para la vigencia efectiva de las garantías fundamentales.¹⁵⁵

En la sentencia la Corte definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas y señaló que:

¹⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?Me th od=verDocumentos&id=156325>, Fallo Halabi, Acceso: 10 de mayo de 2012, 17h30

*...no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.*¹⁵⁶

Finalmente señaló el deber del legislativo de expedir la norma que haga viable las acciones de clase y recalcó que este derecho es inmediatamente aplicable y deberá ser ejercido de acuerdo a los lineamientos dictados por la Corte hasta que el legislativo expida la norma, señalando así que:

*Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.*¹⁵⁷

2.3.5. La Corte Constitucional de Colombia

Colombia ha desarrollado a través de la jurisprudencia soluciones y alternativas para enfrentar los casos de omisión en el dictado de normas que la Constitución mandó a realizar, puesto que en la norma constitucional no se tiene previsto alguna solución o respuesta ante las omisiones inconstitucionales. *“La experiencia colombiana marca que su Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las “omisiones legislativas” y ha acudido a resoluciones “atípicas”... ”*¹⁵⁸.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado en la jurisprudencia que no es competente para conocer demandas de inconstitucionalidad por omisión; sin embargo, como señala el profesor Bazán, la Corte *“ha puesto de manifiesto que en los casos en los que encontró vacíos legislativos realizó “exhortaciones” al Congreso para que expidiera la ley que desarrollara un determinado canon constitucional...”*¹⁵⁹

¹⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTITICA DE LA NACIÓN, <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?Method=verDocumentos&id=662557>. Acceso: 20 de mayo de 2012, 12h34

¹⁵⁷ Id.

¹⁵⁸ BAZÁN, Víctor, *En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas*, óp. cit., p. 165

¹⁵⁹ BAZÁN, Víctor, *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales, una visión de derecho comparado*, óp. cit. p. 262

La Corte ha generado una línea jurisprudencial sobre este tema y la base normativa para la actuación de la Corte es el artículo 241, numeral cuarto, de la Constitución Colombiana que dispone:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.¹⁶⁰

Algunos casos que han llegado a la Corte Constitucional colombiana a través de la acción de cumplimiento, le han permitido a la Corte explorar y resolver situaciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87 de la Constitución que señala:

Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.¹⁶¹

La sentencia C- 543 del 16 de octubre de 1996, tuvo como ponente al magistrado Carlos Gaviria. El caso trata que el ciudadano Hugo Marín, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicitó a la Corte que declare la inconstitucionalidad por omisión en que incurría el Congreso de la República al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución, que consagran la acción de cumplimiento y la acción popular respectivamente. En la sentencia, la Corte se inhibió de dar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por carecer de competencia sobre la inconstitucionalidad por omisión absoluta; sin embargo afirmó que existe dicha omisión si el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente y respecto a los tipos de omisión señaló que el legislador los puede violar de la siguiente forma:

cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución,

¹⁶⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia.pdf>, Acceso: 20 de marzo de 2012, 13h34

¹⁶¹ Id.

*favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella.*¹⁶²

En el primer caso señalado por la Corte, vemos la omisión absoluta, mientras que en los demás casos señalados podemos apreciar la omisión relativa.

La Corte, en esta misma sentencia indicó que no puede realizar control de omisiones absolutas, pero deja la puerta abierta para realizar un control de las omisiones relativas al exponer que:

*La acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales... Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.*¹⁶³

La Corte, manifiesta que ha sido uniforme su criterio al admitir su competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, concretamente para proteger el derecho a la igualdad o el derecho de defensa. En los casos en que la Corte ha encontrado vacíos legislativos ha realizado exhortaciones al Congreso, para que expida la ley que desarrolle un determinado canon constitucional.

El magistrado Alejandro Martínez, realizó una aclaración al voto de la sentencia del caso citado, y realizó un par de apuntes sobre la competencia de la Corte para conocer la omisión inconstitucional:

*...considero que tal facultad la tiene la Corte para aquellos eventos en los cuales surja, de la Constitución Política, de las leyes orgánicas o de los tratados internacionales ya vinculantes para Colombia -especialmente en el campo de los derechos humanos-, la obligación perentoria, incumplida por el legislador, de disponer una regla jurídica inaplazable.*¹⁶⁴

¹⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1996/c-543_1996.html, Acceso: 22 de marzo de 2012, 16h34

¹⁶³ Id.

¹⁶⁴ Id.

La sentencia No. C- 90 de 1999 en la que el juez fue Alejandro Martínez, permitió al profesor Bazán catalogarla como aditiva y a la Corte como integradora.

El caso nace ya que una norma señalaba que las pensiones que se otorgaba por el fallecimiento de un oficial o suboficial de la policía nacional, de un empleado del Ministerio de Defensa, o de la policía nacional se extinguía cuando los hijos cumplían 21 años de edad; sin embargo si estaban estudiando se prolongaba la pensión hasta los 24 años. En la norma que regulaba la pensión de los hijos de agentes de policía nacional no se preveía la época de estudios y se entendía que a los 21 años fenecía el cobro de la pensión. La *litis* se centraba en si existía un trato discriminatorio en la segunda norma, a lo que la Corte determinó que existía discriminación en contra de los hijos de los agentes de policía nacional y en virtud del principio de igualdad, establecido en el artículo 13 de la Constitución cuya aplicación inmediata realizó la Corte, extendió la regulación más beneficiosa a través de una “sentencia integradora,” cuya legitimidad había señalado en la sentencia No. C -109 de 1995.

La Corte declaró exequible la expresión “y los estudiantes hasta la edad de 24 años” que señalaba una de las leyes y en la que no se señalaba el derecho a la pensión de los hijos de los agentes que estudien y dependan económicamente de la persona fallecida se extingan a la edad de 24 años. La Corte dictó la sentencia con efectos retroactivos para los beneficiarios de la ley discriminatoria, a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró a regir la Constitución colombiana vigente.

2.3.6. Las sentencias manipulativas de Italia

Italia es otro de los países que se suma a los que han desarrollado por vía jurisprudencial soluciones a los casos de inconstitucionalidad por omisión y para ello ha utilizado “admoniciones” al legislador en los casos de inconstitucionalidad por omisión relativa, como complemento de las resoluciones que buscan retardar los efectos de la decisión admisorio de la inconstitucionalidad, indicando en esta

“amenaza” al legislador que de permanecer su inactividad declarará la inconstitucionalidad de la norma salvada provisionalmente.

Revisemos algunas de las experiencias más destacadas de la jurisprudencia italiana sobre la omisión. La Sentencia No. 168, de 1963, en la que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley No. 195, de 24 de marzo de 1958, que creaba el “Concilio Superior de la Magistratura”, con fundamento en que, para las deliberaciones atinentes a los magistrados, exigía que sean solicitadas por el Ministro de Justicia, excluyendo de forma indebida la iniciativa del propio Concilio. Este fue el punto de partida para una serie de sentencias que han permitido que la Corte italiana buscar remedios a las omisiones relativas.

Las sentencias que ha utilizado la Corte Constitucional para enfrentar las omisiones legislativas son las llamadas sentencias manipulativas, que como señala el profesor Fernández Segado: *“Son, pues, sentencias de estimación parcial, bien que respecto de la norma deducible del texto, o si se prefiere, de la disposición, no respecto a ésta, que queda intacta, bien que pase a expresar una norma diferente, o lo que es igual, que pase a tener un significado distinto.”*¹⁶⁵

Dentro de las sentencias manipulativas, la Corte ha utilizado dos subtipos de sentencias que son las “sentenze additive” y las “sentenze sostitutive”. Para llegar a dictar una sentencia aditiva el juez constitucional aprecia en la disposición que va a considerar inconstitucional un alcance normativo menor del que debería tener, por lo que este amplía el alcance de la misma, estas sentencias se han vinculado generalmente con el principio de igualdad. También en situaciones de privilegios, se tiende a eliminar los mismos con estas decisiones o en última instancia se busca la generalización del privilegio o beneficio.

¹⁶⁵ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas, Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, Chile, p. 47

Las sentencias sustitutivas son las que la Corte utiliza en aquellos supuestos en que la ley prevé algo, mientras que, constitucionalmente dispuso otra cosa. En tales casos, el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte que contiene la prescripción incorrecta. Un ejemplo de este tipo de sentencias constituye la Sentencia de 17 de febrero de 1969, No. 15, en donde la Corte:

...consideró constitucionalmente ilegítimo el apartado tercero del artículo 313 del Código Penal, que preveía la facultad del Ministro de Justicia para conceder autorización para promover la acción de la justicia por el delito de ultraje a la propia Corte. La declaración de inconstitucionalidad iba a fundamentarse en la consideración de que tal competencia era lesiva de la posición institucional propia del juez constitucional, que exigía que la concesión de dicha autorización correspondiese a la misma Corte. Ello se traducía, primero, en la invalidación de la disposición penal, y después, en la conversión del fundamento mismo de la inconstitucionalidad en norma vinculante, atribuyendo a la propia Corte la competencia atribuida al Ministro por el legislador.¹⁶⁶

La década de los ochenta fue un momento clave y de avanzada para la jurisprudencia de la Corte, se comenzaron a dictar las conocidas “sentencias aditivas de principio”, a través de las cuales la Corte proclama un principio abstracto y general, por el que debe llevarse la construcción de la ley. Existe dos ventajas claras al utilizar los remedios previstos por la Corte italiana; primero que se evita que el juez constitucional se convierta en legislador y en segundo lugar viabilizan la eficacia inmediata del principio reconocido por la Corte.

¹⁶⁶ Id.

CAPÍTULO III: INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL ECUADOR

3.1. DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL INSTITUTO

Un paso importante para enfrentar la inconstitucionalidad por omisión es la inclusión en la Constitución de mecanismos tendientes a controlar, evitar y sancionar las omisiones de los mandatos constitucionales que el constituyente ha estatuido con la finalidad de alcanzar la plena vigencia de la Ley Fundamental. El Ecuador con la entrada en vigencia de la última Constitución, incorporó de forma acertada una acción de inconstitucionalidad por omisión. Para conocer el alcance y los efectos del instituto, revisaremos el tratamiento que recibió en la Asamblea Constituyente y posteriormente el artículo de la Norma Fundamental en el que nace el instituto.

3.1.1. Antecedentes de la institución en la Constitución ecuatoriana

La inconstitucionalidad por omisión legislativa nace en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con su incorporación en la Constitución del año 2008, en un ambiente jurídico que se muestra como la alternativa para un amplio periodo de letargo en el cumplimiento de los mandatos constitucionales. La supremacía de la Constitución y su fuerza normativa, son los elementos que le permiten al constituyente construir una Ley Fundamental garantista, cuya aplicación en materia de derechos fundamentales sea directa e inmediata. Una preocupación surge al verificar que las constituciones anteriores contenían mandatos para el legislador, los mismos que no habían sido atendidos por el Congreso una vez expedida la norma constitucional. La Constitución del año de 1998, señalaba el deber de implementar el sistema oral para todos los juicios, mandato contenido en la disposición transitoria vigésima séptima y el artículo 194 de la Norma Suprema, cuyo cumplimiento nunca se llegó a completar, ya que sólo los procesos penales y laborales se han encaminado por la oralidad de los juicios, por lo que este es uno de

los casos más emblemáticos de omisión legislativa de la anterior Ley Fundamental. Otro caso significativo de omisión legislativa de la Constitución del año 1998 fue el deber de implementar la unidad jurisdiccional, cuestión que tampoco llegó a cumplirse.

Aunque en la Constitución Política de 1998, no se introdujo la institución de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, en la disposición transitoria Vigésimocuarta se incorporó una cláusula encaminada a garantizar la expedición de las leyes cuyo mandato nacía en la Norma Suprema, dejando en manos del Presidente de la República una herramienta para que en última instancia se logre expedir la ley, puesto que si el Congreso Nacional no expedía las leyes en el plazo señalado por la Constitución, el Presidente de la República podía enviar al Congreso dichos proyectos de ley, para que sean tramitados mediante el procedimiento de los proyectos de ley en materia económica urgente. La disposición en mención señalaba: *“Si el Congreso Nacional no expidiere las leyes que prevé esta Constitución en el plazo en ella fijado, el Presidente de la República enviará al Congreso los correspondientes proyectos de ley que seguirán el trámite de aquellos calificados como de urgencia económica.”*¹⁶⁷

Esta potestad entregada al Presidente de la República, tenía como finalidad encontrar el equilibrio de poderes y el control entre ellos, es decir el balance de pesos y contrapesos, considerando que si el Legislativo no emitía las normas necesarias para dar plena vigencia al marco constitucional, el Ejecutivo tenía en sus manos una última carta para asegurar la expedición de la ley, debido a que el Congreso Nacional tenía 30 días contados desde la recepción del proyecto de ley enviado por el Presidente de la República para aprobarlo, modificarlo o negarlo y en el caso de no considerar alguna de estas opciones, el proyecto podía ser promulgado por el Presidente de la República como decreto-ley.

Verificada la experiencia de las constituciones anteriores, la Carta Magna de 1998 incorporó en el artículo 18, la cláusula de auto aplicación de derechos

¹⁶⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, R.O. No. 1, 11 de abril de 1998, disposición transitoria Vigésimocuarta.

establecidos en instrumentos internacionales y en la propia Constitución, señalando 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.”*¹⁶⁸

La norma constitucional señalaba además *“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”*¹⁶⁹

El principio de aplicación inmediata y directa de los derechos constitucionales y de instrumentos internacionales, así como la prohibición de alegar falta de ley o norma para violar o desconocer estos derechos ha sido nuevamente recogido por la Constitución vigente, considerándolo como un principio para el ejercicio de derechos, establecido en el artículo 11 numeral 3. A nuestro juicio además se ha ampliado el principio al resto de normas constitucionales a las que se pueda hacer aplicable, cuando en el título IX de la Supremacía Constitucional, en el capítulo primero, artículo 426 se señala *“Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos...”*¹⁷⁰ La Constitución señala con esta disposición que todas las normas constitucionales son de directa aplicación, lo que supone la eliminación de normas programáticas, cuya consecuencia es que todas las normas pasan a tener aplicación inmediata; cuestión que en la realidad resulta algo complicado de cumplir, ya que en muchos casos se requiere de la participación del legislativo para hacer efectivos los derechos o para implementar el funcionamiento de las instituciones que han sido creadas por la Constitución. Una vez evidenciada la problemática, el constituyente opta por incorporar en el marco constitucional al instituto de la inconstitucionalidad por omisión, no únicamente legislativa, sino que considera a éste desde su visión amplia.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 20 de octubre de 2008, p. 70.

3.1.2.- Trabajo de la Asamblea Constituyente y el espíritu del instituto

Para comprender el concepto del instituto previsto en la Constitución ecuatoriana de 2008, revisaremos el tratamiento que la Asamblea Nacional Constituyente le dio a este y posteriormente analizaremos la norma constitucional vigente para entender el alcance de la figura.

El Acta No. 072 de la Asamblea Constituyente, correspondiente a la sesión del 30 de junio de 2008, tiene como sexto punto del orden del día, el informe de mayoría, presentado por la Mesa Constituyente No. 3, de Estructura e Instituciones del Estado, para el primer debate de los textos constitucionales en los que se encontraba el tema de la Corte Constitucional. En el informe presentado se señala como uno de los principales objetivos para la creación de la nueva Corte Constitucional, el garantizar la supremacía de la Constitución como un mecanismo de fortalecimiento de la democracia a través de una nueva formulación de las atribuciones de la Corte.

El texto del artículo que incorporaba el instituto a la Norma Suprema, para conocimiento en primer debate señalaba que: *“La Corte Constitucional ejerce las siguientes atribuciones: 10. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad por omisión, y proponer las medidas y los plazos necesarios para enmendarlos;”*¹⁷¹

En el texto propuesto inicialmente podemos ver que la Constitución incorporaba la institución en el derecho ecuatoriano y que adoptaba la visión amplia de la omisión inconstitucional, de forma general disponía que la Corte Constitucional señalaría los mecanismos (es decir dejaba una puerta abierta sobre una cantidad de posibles soluciones) para enmendar una omisión inconstitucional y que esta propondría plazos (que serían un planteamiento y no una disposición) para subsanar dicha omisión. Es decir en contexto el articulado era indeterminado, dejaba a criterio del legislador el definir e inclusive el diagramar la inconstitucionalidad por omisión.

¹⁷¹ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta No. 072, 30 de junio de 2008*, pág. 122.

Al revisar las actas de la Asamblea Constituyente en las que se trató el articulado referente a la inconstitucionalidad por omisión vemos que el debate fue pobre, superficial y casi inexistente. Una vez presentado el texto propuesto por la Comisión, en primer debate la única intervención fue del asambleísta Rafael Estévez, quien señaló:

La inconstitucionalidad por omisión que no está adecuada ni debidamente redactada en la parte que lo han hecho y que no va a quedar el tiempo.

Hubo, acuérdense ustedes; inconstitucionalidad por omisión, el estatuto de la oposición, la oralidad de los juicios y otras más que me sería largo, disposiciones que quedaron en la Constitución y decía: “la ley lo regulará”. Nunca se pudo hacer efectivo eso, porque no había un órgano sancionador para el efecto...¹⁷²

Para segundo debate, la Mesa Constituyente No. 3, en su informe de mayoría presentó un texto diferente al que se debatió en primer debate. El texto presentado, fue aprobado por la Asamblea y es el que se ubica en el artículo 436 numeral 10 de la Constitución, que dispone:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.¹⁷³

El texto definitivo es mucho más concreto, coherente y en términos generales señala las principales características y efectos de la inconstitucionalidad por omisión. El asambleísta Rafael Estévez señaló en el debate:

Ahora si existe la inconstitucionalidad por omisión [...] Ya no habrá aquello de que estaba la unidad jurisdiccional en la Constitución y nadie lo cumplió [...] Ahora si existe una norma constitucional que sanciona a quien transgrede preceptos constitucionales, y esto es valioso [...] esto es como que hubiere un guardián de la Constitución en la misma Constitución.¹⁷⁴

¹⁷² *Ibíd.*, p. 144.

¹⁷³ Asamblea Nacional Constituyente, *Acta No. 083, 12 de julio de 2008*, p. 10.

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 92

La segunda y última intervención sobre la inconstitucionalidad por omisión en el debate de la sesión de la Asamblea Constituyente, fue del asambleísta Vicente Taino quien señaló: “... el país tiene que saber que esto no es cuestión de letra de la Constitución, sino de quienes la aplican[...] pero es cuestión de quienes aplican la Constitución, realmente, y que hayan sanciones para la omisión, no simplemente la letra lírica.”¹⁷⁵

Las actas de los debates de la Asamblea Constituyente, demuestran de forma evidente la falta de debate y la pobre intervención de quienes hicieron apuntes sobre la inconstitucionalidad por omisión; sin embargo quedó claramente establecida la institución y se delinea su figura para que el legislador desarrolle sus características de acuerdo al alcance que la propia Constitución le da al instituto.

3.1.3.- Análisis de la norma constitucional

Examinemos el artículo 436, numeral 10, para comprender el alcance de la figura en el derecho ecuatoriano:

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.¹⁷⁶

a) Tipos de omisión que se puede controlar.

La concepción de la inconstitucionalidad por omisión es amplia, ya que no hace referencia exclusiva a omisiones normativas, es decir se entiende a la omisión inconstitucional como el incumplimiento de una obligación de hacer, contenida en un mandato constitucional, cuyo destinatario puede ser cualquiera de las institución del Estado, esto se desprende de la competencia que se le entrega a la Corte para que una vez verificada la omisión, pueda expedir la norma para los casos de

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 93

¹⁷⁶ Constitución de la República, óp. Cit., p. 72.

omisiones normativas o ejecutar el acto en los casos en que la Constitución señala el deber de actuar de alguna institución del Estado.

Citemos un par de ejemplos de mandatos que hasta el momento han sido omitidos, tanto de actos como de normas señalados por la Constitución ecuatoriana. La omisión del mandato constitucional que imponía al Consejo de la Judicatura, la obligación de implementar el nuevo servicio notarial contenido en la Disposición Transitoria novena de la Carta Magna que señala: “*El Consejo de la Judicatura, en un plazo no mayor de trescientos sesenta días a partir de su conformación, implementará el nuevo servicio notarial, de acuerdo con esta Constitución y la ley.*”¹⁷⁷ Ya ha pasado más de tres años de la fecha de cumplimiento del plazo otorgado por la Constitución y todavía el país no cuenta con el nuevo servicio notarial.

Los casos más significativos y representativos de inconstitucionalidad por omisión legislativo, son los señalados en la disposición transitoria primera de la Constitución, como son: la ley de aguas, la ley de comunicación; estas dos debían ser expedidas hasta 360 días de que entrara en vigencia la Constitución, por lo que la falta de expedición de estas leyes en ese plazo, le sitúa al legislativo en una omisión mayor a tres años.

b) Tiempo para que la omisión sea inconstitucional.

Respecto al tiempo que debe transcurrir para que una omisión sea declarada inconstitucional, seguimos la postura del Dr. Juan Pablo Aguilar,¹⁷⁸ quien destaca que la Constitución señala que se presenta la inconstitucionalidad por omisión una vez que ha transcurrido el plazo dispuesto por la Constitución en los casos en que expresamente se ha señalado un plazo perentorio para cumplir con la obligación constitucional; mientras que para los casos en que no existe un plazo expresamente impuesto por el constituyente, se deja en manos de la Corte Constitucional el decidir

¹⁷⁷ Constitución de la República. óp. cit., p. 74

¹⁷⁸ Juan Pablo Aguilar Andrade, docente Universidad San Francisco Quito, “*La inconstitucionalidad por omisión legislativa en Ecuador*”, entrevista, Quito, 2/10/2012, 17h00.

si ha transcurrido o no el tiempo necesario para convertirse una omisión en inconstitucional, estas dos posibilidades existen para los casos de omisiones absolutas. Para el caso de las omisiones relativas el plazo no toma importancia, ya que esta existe desde el nacimiento de la norma o acto incompleto.

Señalemos dos casos de omisiones con y sin plazo, de los mandatos establecidos por la Constitución. La disposición transitoria cuarta de la Constitución señala que la Editora Nacional y el Registro Oficial se transformarán en una empresa pública del Estado que será autónoma, cosa que hasta el momento no se ha cumplido.

Otro caso de omisión es el deber del Estado de establecer el Seguro Universal Obligatorio, contenido en el artículo 369 de la Constitución; derecho que *“...se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral”*¹⁷⁹. Este seguro debe cubrir a toda la ciudadanía, incluyendo por ejemplo a amas de casa y personas desempleadas, cuestión que hasta el momento no se ha llevado a cabo, por lo que es evidente la omisión y es competencia de la Corte Constitucional, determinar frente a una acción de inconstitucionalidad por omisión, si esta ya es inconstitucional por el plazo transcurrido.

Siguiendo con esta línea, el artículo en mención también señala: *“Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente.”*¹⁸⁰ La Constitución deja en manos de la ley el determinar los mecanismos para que los aportes del Estado permitan brindar las prestaciones a las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado, por lo que en principio sería la Corte Constitucional la que señalaría cuándo el legislativo ha caído en omisión inconstitucional; sin embargo si interpretamos la Constitución de forma integral podemos recurrir nuevamente a la disposición transitoria primera cuyo último inciso señala: *“El ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución*

¹⁷⁹ Constitución de la República del Ecuador, óp. cit., p. 63.

¹⁸⁰ Id.

será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional.”¹⁸¹ El artículo citado sobre el Seguro Universal Obligatorio concede el derecho de las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado a estar asegurados, por lo que aunque no exista la ley, este debería ser ejercido de forma directa y por la disposición existente, a nuestro juicio la norma no podría dejar de expedirse hasta finalizar el primer mandato de la Asamblea Nacional.

Un ejemplo de una omisión de actuación, con un plazo perentorio es el de la disposición transitoria decimoséptima de la Constitución, que señalaba:

El Estado central, dentro del plazo de dos años desde la entrada en vigencia de esta Constitución, financiará y, en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados, elaborará la cartografía geodésica del territorio nacional para el diseño de los catastros urbanos y rurales de la propiedad inmueble y de los procesos de planificación territorial, en todos los niveles establecidos en esta Constitución.¹⁸²

c) Las omisiones relativas.

Como señalábamos anteriormente también puede haber omisiones relativas, como es el caso de la omisión contenida en la Ley Orgánica de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 796, del martes 25 de septiembre del 2012, en donde se omitió el deber señalado por la Constitución en el artículo 48, numeral siete, respecto a que: *“La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso...”¹⁸³* En la Ley, a lo largo de sus 117 artículos no se menciona las sanciones para el abandono de este grupo de personas, es decir el legislador ha omitido regular una situación que la Constitución preveía. Para el caso de omisiones relativas, la inconstitucionalidad por omisión a nuestro juicio surge con la expedición de la norma o acto incompleto y la Corte Constitucional deberá señalarlo como tal.

Otro caso que podemos mencionar es el del ejercicio del derecho a la participación ciudadana a través de la silla vacía en los gobiernos autónomos

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 73

¹⁸² *Ibíd.* p. 74

¹⁸³ Ley Orgánica de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 796, del martes 25 de septiembre del 2012.

descentralizados, conforme al artículo 101 de la Constitución, que estableció un mandato implícito para el legislador y dispone:

Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones.¹⁸⁴

El encargado de normar la forma en que se ejercería este derecho era el legislador; sin embargo revisando el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), encontramos que el legislador no desarrolló algo adicional frente a lo que la Constitución señala y en su artículo 311 dispone:

Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados son públicas y en ellas habrá una silla vacía que será ocupada por un representante de la ciudadanía en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en el debate y en la toma de decisiones en asuntos de interés general. Las personas que participen con voto serán responsables administrativa, civil y penalmente.

El ejercicio de este mecanismo de participación se regirá por la ley y las normas establecidas por el respectivo gobierno autónomo descentralizado¹⁸⁵.

Tampoco existe desarrollo adicional en el artículo 77 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, que repite y recoge lo que establecido por la Constitución de la República y el COOTAD; sin mayor desarrollo de la institución, por lo que consideramos existe omisión relativa sobre el derecho en mención.

d) Legitimación activa y pasiva.

La legitimación activa para plantear la acción, no está establecida en la Constitución, por lo que revisaremos en la Ley el desarrollo de este punto fundamental. Sobre la legitimación pasiva, la Constitución es clara al incorporar la inconstitucionalidad por omisión desde su visión más amplia, por lo que cualquier función u organismo del Estado podría incumplir un mandato constitucional y por lo tanto el legitimado pasivo.

¹⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador, *Ibíd.*, p. 26

¹⁸⁵ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, *óp. cit.*, p. 64.

e) Sentencia y efectos del control.

Sin duda el alcance de la sentencia que dicte la Corte Constitucional al resolver la acción de inconstitucionalidad por omisión, es un punto fundamental del instituto. La Constitución le da competencia a la Corte para que una vez que se ha verificado la omisión y en el caso de que la Corte otorgue un plazo adicional al órgano omiso, una vez que este se haya cumplido y persista la omisión, el órgano jurisdiccional tenga la facultad de expedir la norma o ejecutar el acto omitido. La Constitución es clara y le entrega a la Corte Constitucional la competencia para dictar la norma omitida, sea esta una ley, un decreto, ordenanza, o cualquier otra norma que el competente no ha realizado en el tiempo debido y cuya inconstitucionalidad ha sido sancionada por la Corte. Para el caso de las omisiones normativas relativas, la Corte podría utilizar las sentencias manipulativas o en un caso grave, podría inclusive reformar la ley incluyendo en su articulado lo que el legislador olvidó. En casos de omisión de actuación, la Corte podrá ejecutar el acto sin necesidad de recurrir a otro organismo del Estado para su ejecución.

El Dr. Juan Pablo Aguilar¹⁸⁶ considera que para los casos en que la Corte debe expedir la norma no deberá necesariamente expedir una sentencia, sino que podrá expedir directamente la norma. Creemos que el camino indicado sería que primero la Corte verifique y señale la omisión inconstitucional a través de sentencia estimatoria y posteriormente dicte la norma omitida, en fase de ejecución, sin necesidad de seguir otro procedimiento.

El profesor Sagüés, al respecto señala que: “...de haber una intimación por parte de la Corte Constitucional para que el órgano renuente se expida, la cláusula habilita a la misma Corte para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ Juan Pablo Aguilar Andrade, óp. cit.

¹⁸⁷ SAGÜÉS Néstor, Revista Estudios Constitucionales, *Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario*, Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 7, Núm. 2, 2009, Talca, p. 72.

No cabe la menor duda de que la Carta Magna le entregó la facultad legislativa a la Corte Constitucional para los casos de omisión inconstitucional cuando el órgano remiso no ha cumplido con su obligación dentro del tiempo señalado por la propia Constitución o por la Corte Constitucional. En los casos de las normas expedidas por la Corte, tendrán vigencia hasta que el órgano que tiene la competencia normativa originaria expida o reforme la norma, por lo que con mucha razón el jurista Sagüés señala que: “...la Constitución programa a la Corte Constitucional como un legislador suplente y precario...”¹⁸⁸ La *última ratio*, será que la Corte Constitucional tome la decisión de legislar en el caso de omisiones inconstitucionales de carácter legislativo, cuya legislación tendrá el carácter de provisional, emitida de forma suplente y precaria, ante la omisión del titular.

A la competencia que tiene la Corte Constitucional de expedir normas en el caso de que el órgano competente no lo haya realizado y se ha declarado la omisión inconstitucional, es criticada por la posible violación del principio de separación de poderes:

*...dado que la Corte Constitucional estaría cumpliendo aquí funciones nomogénicas encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos. Vale la pena observar que se trata aquí de una impugnación de tipo académico y conceptual, ya que no es una violación de la Constitución, desde el momento en que es la misma carta política la que programa al sistema que analizamos.*¹⁸⁹

Como vemos la crítica es de índole académica, puesto que el propio constituyente ha entregado una competencia tan significativa a la Corte, como guardián de la supremacía constitucional y del cumplimiento de sus mandatos.

Tres aspectos fundamentales al expedir la norma, dan pie a la crítica de la doctrina, frente a la posibilidad de que la Corte Constitucional expida la ley que el órgano omiso no expidió en el momento oportuno, estos tres aspectos son el técnico, el funcional y el político. El aspecto técnico señala que al momento de dictar una norma, se debe verificar todo el ordenamiento jurídico y la conexión de la norma que se desarrollará con las vigentes, lo que requiere de un análisis profundo dentro

¹⁸⁸ SAGÜÉS Néstor, *Ibíd.*, p. 73.

¹⁸⁹ *Ibíd.* p. 74

del procedimiento de formación de la ley. El aspecto funcional representa la capacidad que tiene el órgano para asumir la competencia, en este punto se debe analizar si por expedir una ley, la Corte podría dejar de hacer o cumplir con el resto de sus funciones, ya que el legislativo es quien tiene un andamiaje previsto para llevar a cabo procesos de legislación. Finalmente el aspecto político señala que al ser el legislativo el órgano que representa a la población para el dictado de leyes, no sería óptimo que un órgano técnico-jurídico emita una norma sin el debido consenso y debate que la misma requiere.

Para concluir podemos indicar que el fundamento de la competencia entregada por la Constitución a la Corte Constitucional es la intención o el deseo de brindar plena vigencia y efectividad a la fuerza normativa de la Constitución.

3.2. EL INSTITUTO EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Al revisar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante Ley o LOGJCC), podemos notar que el tratamiento que esta brinda al instituto se diferencia de la visión planteada por la Constitución. El legislador, con su intervención desarrolló al instituto, señalando el camino que deberá transitar a través de las sentencias que expida la Corte Constitucional frente a los casos de omisión tanto de actos como de normas, provenientes de los mandatos de la Ley Fundamental. Revisaremos el contenido de la ley sobre el instituto, la relación que guarda con el texto constitucional y los lineamientos que contiene la figura en la ley.

3.2.1. Debates y análisis del instituto en la formación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

El Presidente de la República presentó ante la Comisión Legislativa y de Fiscalización, el 10 de Junio de 2009, el proyecto de Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional, que desarrolló con mayor detenimiento la inconstitucionalidad por omisión, así como la Constitución lo ordenaba. El proyecto incluyó dentro del título tercero, el capítulo noveno referente al control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, en donde se señala que el control de las omisiones normativas se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad. Se establece que para las omisiones normativas absolutas, la Corte Constitucional concederá un plazo para que se expida la norma y en caso de no hacerlo, esta formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes indispensables para garantizar la aplicación y acatamiento de las normas constitucionales, reglas que tendrán vigencia hasta que la institución omisa expida la norma.

El proyecto de ley, entiende a la omisión relativa, como la exclusión arbitraria de beneficio y se dispone el deber de la Corte Constitucional, de subsanar directamente la omisión a través de sentencia de constitucionalidad condicionada de la norma. Un artículo final señala que cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica ocasione una omisión normativa que pueda vulnerar derechos constitucionales o produzca graves daños, podría postergarse los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad conforme el plazo que señale la Corte.

Durante su trámite en la Comisión Legislativa y de Fiscalización, previo a primer debate del pleno, la Comisión Especializada de lo Civil y Penal en su informe de mayoría señala:

...se extiende la posibilidad de control constitucional a toda la normativa, y en especial a ciertos actos que en la Constitución de 1998 estaban exentos de control, como son: las omisiones normativas inconstitucionales, regulación esta última que al no haber sido desarrollada impedía su ejercicio y aplicación directa.¹⁹⁰

El texto sobre la inconstitucionalidad por omisión, objeto del primer debate fue el mismo que envió el Presidente de la República, salvo una variación en el artículo 130 del proyecto, en donde en la parte final se cambió la palabra plazo por

¹⁹⁰ Comisión Especializada de lo Civil y Penal, Comisión Legislativa y de Fiscalización, *Oficio. No. Oficio No. CCP-MPR-2009-327 de 9 de julio de 2009*, p. 4

término; respecto al tiempo que la Corte Constitucional podrá diferir el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad para evitar omisiones normativas.

En primer debate, pocos legisladores se pronunciaron sobre el tema, aquí recogemos las pocas opiniones expresadas. El Doctor Mauro Andino destaca la inclusión del instituto en la legislación ecuatoriana y señala: “Consta además el control constitucional de las omisiones normativas que causan lagunas jurídicas que afectan los derechos subjetivos de las personas.”¹⁹¹

De la opinión del legislador Andino podemos destacar el criterio de que las omisiones inconstitucionales en general y sin duda alguna las legislativas vulneran derechos subjetivos. Hemos señalado las diferencias entre las omisiones normativas y las lagunas jurídicas, ya que una omisión normativa no necesariamente tiene como consecuencia una laguna jurídica.

Así mismo la asambleísta Aminta Buenaño, refiriéndose a la falta de regulación anterior para superar las omisiones inconstitucionales indicó: “...*tampoco se garantizó de una manera real la verdadera protección sobre los derechos de las personas que podrían verse vulnerados por diferentes acciones y omisiones.*”¹⁹²

La primera crítica sobre la forma en que se desarrolla en la Ley la inconstitucionalidad por omisión es del legislador Rafael Estévez, quien señaló:

*...pero aquí no veo en este texto, en este proyecto, que se halle un capítulo, una excepción, en que hable expresamente de la inconstitucionalidad por omisión. Ahí se ha metido un término abstracto, seamos claros en la redacción de las leyes, la ley tiene que ser de conocimiento claro del pueblo [...] pero se requiere que la inconstitucionalidad por omisión tiene que estar señalada como tal.*¹⁹³

La observación del legislador Estévez tiene mucho sentido, ya que en la Ley se altera la visión plasmada en la Constitución para el instituto, se evadió legislar

¹⁹¹ Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, *Acta No. 053, de 16 de julio de 2009*, p. 45

¹⁹² *Ibíd.*, p. 58.

¹⁹³ *Ibíd.*, pp. 79, 80.

sobre aspectos fundamentales para una correcta aplicación del instituto y se incorpora aspectos que no son primordiales.

En el segundo debate del proyecto de ley, contenido en el Acta No. 056 de la Comisión Legislativa y de Fiscalización del 28 de julio de 2009, podemos ver que no hubo cambios en los textos respecto al instituto y en el debate no se trató ningún aspecto adicional sobre la inconstitucionalidad por omisión, por lo que el texto aprobado, prácticamente es el mismo que envió el Presidente de la República y la Ley fue publicada en el Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre de 2009.

3.2.2. Configuración, elementos y efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión

A continuación revisaremos el Capítulo IX, del Tercer Título, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, referente al control constitucional de las omisiones normativas. El primer artículo es el 128, relativo al alcance del control de las omisiones inconstitucionales que señala:

El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad.¹⁹⁴

En el artículo 128, de la LOGJCC, el legislador considera como inconstitucionalidad por omisión únicamente a las omisiones normativas, reduciendo de forma evidente la visión y el alcance que la Constitución le da al instituto, en donde se señala que las omisiones inconstitucionales pueden producirse también por la falta de ejecución de actos dispuestos por la Constitución, por lo que consideramos que en esta Ley se presenta una omisión relativa. Una vez que se reduce la inconstitucionalidad por omisión a la omisión inconstitucional normativa,

¹⁹⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. No. 52 del 22 de octubre de 2009.

indicando que esta se presenta cuando un órgano competente no desarrolla una norma, cuyo deber de desarrollo debe ser claro y concreto.

El artículo 129 de la LOGJCC, señala la solución frente a las omisiones normativas, es decir la respuesta que debe dar la Corte Constitucional ante las omisiones inconstitucionales y el numeral primero dispone:

En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia.¹⁹⁵

La norma determina que frente a los casos de omisión absoluta la Corte Constitucional concederá un plazo al órgano competente para que subsane la omisión. A nuestro juicio es correcto y razonable que en primer término la Corte verifique la existencia de la omisión y una vez que se ha declarado su existencia conceda un plazo adicional al órgano competente para que desarrolle la norma y se pueda continuar con el procedimiento ordinario de formación de la norma, según sea el caso de leyes, ordenanzas, reglamentos, entre otras.

La Ley dispone que si no se legisló en el plazo que la Corte señaló, esta formulará por vía jurisprudencial las “reglas básicas indispensables” para garantizar la aplicación y cumplimiento de la norma constitucional. A nuestro juicio la Ley cambia el mecanismo de solución frente a las omisiones normativas planteado por la Constitución, ya que la Norma Suprema dispone de forma clara que la Corte expedirá de forma provisional la norma que el omiso no ha expedido, mientras que la Ley restringiendo y violando la Constitución, ordena que a través de sentencia la Corte expida reglas básicas. Con el cumplimiento de la Ley surgirá algunos problemas, que hoy son inquietudes del desarrollo del instituto: ¿qué jerarquía normativa tendrían las reglas que la Corte expediría?, ¿podrían ser modificadas a

¹⁹⁵ *Ibíd.*

través de un decreto ejecutivo u otro acto normativo?, estas entre otras inquietudes que generan desconcierto sobre la aplicación del instituto conforme lo establecido en la Ley. El profesor Sagüés ve con buenos ojos esta limitación de la Ley y manifiesta:

De alguna manera, pues, la ley reglamentaria ha circunscripto la facultad de la Corte Constitucional de dictar la “norma” omitida (art. 436 inc. 10 de la Constitución) a emitir “las reglas básicas correspondientes que sean indispensables”, limitación que parece razonable, ya que alude a una actividad legisferante más modesta y elemental, de tipo indispensable para cumplir con las promesas constitucionales.¹⁹⁶

No compartimos el criterio del maestro Sagüés, pese a que desde la academia tiene un gran peso el criterio del citado maestro, con la posibilidad de dictar estas normas, para hacer efectivos los mandatos constitucionales, evitando así que el órgano de control constitucional se convierta en legislador; sin embargo la Norma Suprema, le da competencia de expedir la norma a la Corte, normas que serán provisionales y con la jerarquía que tendría la norma que el competente debía expedir. Lo que si nos parece razonable, es la limitación temporal de la norma que expida la Corte, la que tendrá vigencia hasta que el órgano omiso expida la norma definitiva.

El numeral segundo del artículo 129 de la LOGJCC, señala:

En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada.

El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omite hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.¹⁹⁷

El numeral segundo de la ley nos deja inquietudes y preocupación por la forma en que el legislador trata a las omisiones relativas. El legislador acertó al señalar que las omisiones relativas se presentan cuando se ha omitido normar aspectos que conforme a la Constitución deberían estar regulados; el error es

¹⁹⁶ SAGÜÉS, Néstor, *Nuevas Fronteras de la Inconstitucionalidad por Omisión. los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica como legisladores suplentes y precarios*, en www.juridicas.unam.mx-wccl-ponencias-13-238.pdf, p. 16

¹⁹⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, óp. cit.

señalar que la Corte los subsanará a través de una sentencia de constitucionalidad condicionada, sentencias que en el derecho comparado son utilizadas en los casos en que una disposición existente puede convertirse en inconstitucional y por lo tanto la Corte anuncia de forma sutil la necesidad de una modificación de la misma, caso en el que no se encuentra la omisión relativa.

En el último inciso del artículo 129, se indica que el control de las omisiones normativas relativas comprende la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, regulación en la que nuevamente se equivocó el legislador, ya que como hemos visto a lo largo de esta disertación existe una serie de casos en lo que se puede presentar las omisiones inconstitucionales relativas y la “exclusión arbitraria de beneficios” o discriminación en la ley, es solamente uno de los posibles casos de este tipo de omisiones, puesto que las omisiones relativas se presentan cuando se ha dejado de normar algo que debía estar desarrollado en la ley y no se ciñe únicamente a los casos en que un grupo de personas ha sido excluidos de la norma.

El artículo 130 de la LOGJCC, dispone que:

Quando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca una omisión normativa que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.¹⁹⁸

El artículo citado tiene como antecedente el criterio del legislador, de que la declaratoria de inconstitucionalidad por acción puede generar una omisión legislativa y la solución prevista es que la Corte Constitucional pueda postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Desde un punto de vista técnico la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica existente nunca podría generar una omisión normativa, ya que por definición las omisiones normativas nacen cuando no ha sido expedida una norma; pero lo que podría producir la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica es una laguna jurídica o vacío normativo, que evidentemente tendrá un tratamiento diferente al de las omisiones normativas.

¹⁹⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, *Ibíd.*

3.2.3. Procedimiento de la acción, según la Ley.

El artículo 127 de la LOGJCC, señala que el procedimiento de control de las omisiones normativas se regirá por las normas de procedimiento del control abstracto de constitucionalidad, dentro del que se encuentran los casos del artículo 75 de la LOGJCC en donde se incluyen todos los casos del control de actos normativos existentes o de proyectos de este tipo; es decir se da un tratamiento igual a las omisiones normativas y al control por acción, lo que nos parece un error del legislador y una falta de capacidad técnica para legislar, ya que el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión debería ser diferenciado, dada la naturaleza de la acción.

El artículo 77 de la LOGJCC, señala que la legitimación activa, recae en cualquier persona o grupo de personas, quienes pueden plantear la acción pública de inconstitucionalidad por omisión. Respecto al plazo para plantearla se entendería que esta puede ser presentada en cualquier momento hasta antes de la expedición de la norma.

Sobre el contenido de la demanda, esta se sujeta a lo dispuesto por el artículo 79 de la LOGJCC, que dispone el deber de señalar la autoridad ante la que se interpone la acción, los datos del accionante, el señalamiento del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso (en nuestro caso el órgano omitente), la indicación de las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad (para nuestro caso los mandatos incumplidos), los fundamentos de la pretensión en donde se incluirá las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, los argumentos por los cuales se considera que existe incompatibilidad normativa, la solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada, casillero judicial; y, la firma del demandante y su abogado patrocinador. Como podemos ver, el artículo 79 señala los requisitos de una demanda de inconstitucionalidad por acción y para el caso de las omisiones normativas los requisitos deberían ser los comunes a todos los

procesos y los específicos de la acción, por ejemplo debería señalarse el mandato constitucional vulnerado, el requerimiento a la Corte, entre otros requisitos.

El artículo 80 de la LOGJCC, señala que la Sala de Admisibilidad de la Corte tendrá 15 días para admitir o inadmitir la demanda a trámite; conforme al artículo 83 de la LOGJCC, en caso de ser incompleta se concederá el término de 5 días para completarla. Una vez admitida la demanda se correrá traslado al órgano emisor de la disposición demandada concediéndole el término de 15 días para que intervenga cuando lo considere necesario, defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma demandada; deberá además enviar el expediente con informes y documentos que dieron origen a la norma. Se pondrá en conocimiento de la ciudadanía la existencia del proceso, a través de la publicación de un resumen de la demanda en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional.

Una vez admitida la demanda se sorteará el juez ponente, conforme lo determina el artículo 81 de la LOGJCC y el artículo 82 de la LOGJCC señala el deber de acumular las demandas en la que exista coincidencia total o parcial de normas impugnada.

De conformidad con el artículo 85 de la Ley, el juez iniciará la sustanciación del proceso y en el término de diez días después del sorteo el órgano emisor de la disposición demandada, (en nuestro caso el omiso) o cualquier otra persona intervendrá para defender o impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas demandadas.

En virtud del artículo 86 de la LOGJCC, el juez podrá invitar a entidades públicas, Universidades, organizaciones privadas y expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso para que presenten informes técnicos sobre puntos específicos relevantes para el análisis del caso, esto deberá permitir la

diversidad de criterios y pareceres, en estos casos el juez ponente tendrá el término de quince días adicionales para presentar el proyecto de sentencia.

Cualquiera de los intervinientes o cualquiera de los jueces de la Corte podrán solicitar una audiencia pública ante el Pleno, para que las partes expongan y sustenten su criterio, siempre y cuando el juez ponente lo considere necesario. La audiencia podrá ser solicitada hasta cinco días después de vencido el término para recabar información si se solicitó o de las intervenciones públicas y oficiales, por lo que se deberá realizar hasta cinco días después de haber sido solicitada.

El juez ponente de conformidad con el artículo 89 de la LOGJCC, elaborará un proyecto de sentencia y lo presentará para conocimiento del resto de jueces dentro del término de 15 días a partir del vencimiento del término para la presentación de criterios de los jueces de la Corte. Cualquiera de los jueces podrá en el término de 5 días presentar observaciones al proyecto.

El artículo 90 de la LOGJCC, numeral primero señala que la decisión de la Corte deberá adoptarse dentro del término de 10 días a partir del vencimiento del término para la presentación de observaciones de los miembros de la Corte Constitucional, decisión que de conformidad con el numeral segundo deberá ser adoptada por la mayoría absoluta de los miembros de la Corte.

El artículo 91 de la Ley señala el contenido que debe tener la sentencia de este procedimiento, pero no se indica qué debe señalar la sentencia en los casos de inconstitucionalidad por omisión y la forma en que la Corte expedirá la norma o ejecutará el acto omitido en caso de haber aceptado la demanda.

En el artículo 93 de la Ley, se dispone que las sentencias deben ser publicadas en el Registro Oficial dentro del término de 10 días a partir de la adopción de la decisión.

El artículo 94 señala que las partes procesales podrán solicitar la aclaración o ampliación de la sentencia en el término de 3 días a partir de su notificación y deberá ser resuelta dentro del término de 8 días a partir de su presentación.

Los efectos que produce la sentencia, lo señala el artículo 95 de la LOGJCC en donde se dispone que surtirá efectos de cosa juzgada y producirá efectos generales hacia el futuro y de manera excepcional se podrá diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, con la finalidad de preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos, siempre y cuando no se afecte la seguridad jurídica y el interés general.

El artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala los efectos del control de las omisiones y dispone que cuando la sentencia deseche la demanda y se ha realizado el control integral, no se podrá formular nuevas demandas contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia y cuando no ha existido control integral no se podrá formular nuevas demandas contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.

Consideramos que en los casos de omisiones normativas relativas e inclusive en las propias omisiones absolutas las sentencias inadmisorias tendrán efectos de cosa juzgada formal pero no material, si la razón de la inadmisión es que no existe omisión inconstitucional en ese momento, pero que esta podría presentarse en cualquier momento.

3.2.4. Normas del Reglamento de sustanciación de procesos en la Corte Constitucional

El Reglamento expedido por la Corte Constitucional para la sustanciación de procesos, publicado en el Registro Oficial el 10 de febrero de 2010, contiene el capítulo VI dentro del título V; capítulo referente a la inconstitucionalidad por omisión, en donde se desarrolla algunos aspectos importantes del instituto.

El artículo 75 dispone:

La inconstitucionalidad por omisión, prevista en el artículo 436, numeral 10 de la Constitución, será declarada por el Pleno de la Corte Constitucional a petición de cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivos, bajo las mismas reglas de la acción pública de inconstitucionalidad.

Además de los requisitos establecidos para la acción de inconstitucionalidad, la demanda de inconstitucionalidad por omisión, contendrá los siguientes:

- a) El señalamiento de las normas constitucionales presuntamente violadas por omisión;*
- b) La identificación de la autoridad renuente a cumplir con los mandatos de la Constitución;*
- c) La petición concreta de declaratoria de inconstitucionalidad por omisión señalando con claridad los efectos de la pretensión.¹⁹⁹*

El reglamento retoma la concepción del instituto planteada por la Constitución y en el artículo citado completa los requisitos para presentar una acción de inconstitucionalidad por omisión, estos son el señalar la norma constitucional presuntamente violada por omisión, la autoridad que no ha cumplido con el mandato constitucional y finalmente la petición concreta a la Corte, requisito que no estaba considerado en la ley y es necesario establecerlo, ya que es lo que el accionante solicita a la Corte.

El artículo 77, clarifica el efecto de las sentencias que dicte la Corte Constitucional para los casos de omisión y señala que:

Transcurrido el plazo concedido en sentencia y si la omisión persiste, el Pleno de la Corte solicitará a la autoridad pública u órgano encargado de su cumplimiento que informe acerca de la misma.

¹⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Reglamento de sustanciación de procesos en la Corte Constitucional, R.O. 10 de febrero de 2010, Suplemento 127.

En este caso la juez o juez que sustanció la causa, preparará el proyecto de conformidad a lo establecido en el numeral 1) del artículo 129 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a fin de que el Pleno de la Corte expida provisionalmente la norma correspondiente o ejecute el acto omitido.²⁰⁰

Nos parece correcto que una vez transcurrido el plazo señalado por la Corte, se pida un informe al órgano omiso sobre el cumplimiento del mandato constitucional, ya que así se podrá verificar formalmente el cumplimiento del mandato.

El juez ponente preparará el proyecto de sentencia con la finalidad de que el pleno de la Corte expida de forma provisional la norma en los casos de omisión normativa o ejecute el acto omitido en cualquiera de los mandatos que exigen la actuación de algún órgano del Estado. El Reglamento deja la incertidumbre de cómo se realizará la norma, su procedimiento, la necesidad en el caso de leyes de la objeción presidencial, entre otras inquietudes que sólo la jurisprudencia constitucional podrá ir aclarando en el camino.

3.3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL INSTITUTO EN EL ECUADOR

Hemos revisado la regulación del instituto desde su marco constitucional hasta el desarrollo legislativo del mismo. La mejor forma para dilucidar las interrogantes que todavía nos quedan sobre la aplicación del instituto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la revisión de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional (en adelante Corte). Al tiempo de elaboración de la presente disertación la Corte ha dictado una sentencia de inconstitucionalidad por omisión legislativa y además ha resuelto a través de sentencia interpretativa una de las interrogantes que se vincula directamente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, esto es los plazos señalados por la propia Constitución para que se expidan las leyes. Revisaremos primero la sentencia interpretativa que marca la cancha para los casos de omisión legislativa absoluta que el legislador tenían plazo

²⁰⁰ *Ibíd.*

perentorio y posteriormente revisaremos la sentencia relativa a la inconstitucionalidad por omisión legislativa propiamente dicha.

3.3.1 Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC

La sentencia interpretativa No 0001-09-SIC-CC del caso No. 0019-009- IC, cuyo juez sustanciador fue el Dr. Edgar Zárate, marca un hito en el desarrollo jurisprudencial de la inconstitucionalidad por omisión. Tan importante es esta sentencia, que en base a ella, la Corte Constitucional dio un giro a la visión establecida por la Ley Fundamental de los plazos para la configuración de la inconstitucionalidad por omisión.

a) Hechos del caso:

La asambleísta, Dra. Lourdes Tibán, planteó ante la Corte Constitucional para el período de transición, el 12 de octubre de 2009, una acción de interpretación constitucional en base al artículo 436 numeral 1, de la disposición transitoria primera de la Constitución de la República, ya que la norma a interpretarse señala los plazos para que la Asamblea Nacional expida cierto grupo de leyes primordiales para alcanzar la plena vigencia de la Ley Fundamental; indica además que al no poder cumplirse con el plazo impuesto por la Constitución, se vuelve necesario que el órgano de control constitucional señale un plazo razonable para que la Asamblea pueda expedir dichas leyes sin caer en la inconstitucionalidad por omisión, por lo que solicita a la Corte que en la sentencia determine un plazo para que las normas de la disposición en mención puedan ser expedidas.

La Corte Constitucional identificó dos problemas jurídicos; el primero, determinar el sentido razonable de la disposición transitoria primera de la Constitución y el segundo, poder determinar el objeto que persigue la accionante al plantear una acción de interpretación constitucional.

b) Consideraciones de la Corte:

La Corte expone las consideraciones jurídicas que realiza y se pronuncia respecto del tiempo señalado por la Constitución para elaborar las leyes y manifiesta:

*Sin embargo, el mandato contenido en la referida disposición transitoria establece un lapso prudente a juicio del constituyente, para la aprobación de un conjunto de cuerpos legales necesarios para adaptar o desarrollar los preceptos constitucionales, en su afán de procurar que el tránsito a un Estado constitucional de derechos y Justicia se realice con relativo orden; pero ello no significa que al haber fenecido el mencionado plazo haya también caducado la potestad del legislador de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio...*²⁰¹

Nos parece que la Corte Constitucional confunde la posibilidad de que una vez culminados los plazos señalados por la Constitución para expedir las leyes, la Asamblea Nacional caiga en omisión inconstitucional, con la posibilidad de que caduque su competencia de expedir la ley, cuestión que no fue planteada por la actora y que el simple hecho de mencionarlo demuestra la falta de análisis riguroso al interpretar una norma tan importante como es la que fija los plazos para que una omisión del legislativo se convierta en inconstitucional.

La Corte nos sorprende cuando señala que: “... al haberse extinguido dichos plazos, (los señalados por la disposición transitoria primera) la referida norma transitoria perdió vigencia y por lo tanto, no cabe ser invocada, y peor aún esperar que ésta produzca efectos materiales.”²⁰²

Si bien es cierto la disposición transitoria primera de la Constitución es una norma con un tiempo de vigencia definido, este concluirá cuando se cumpla lo dispuesto en la misma; por lo que no es correcto el argumento de la Corte Constitucional, al señalar que como ha transcurrido más tiempo del señalado por la norma, pese a que se ha incumplido su mandato esta ya no tiene vigencia. Este

²⁰¹ Corte Constitucional para el período de transición, *Sentencia Interpretativa No 0001-09-SIC-CC*, 25 de febrero de 2010, pp. 6,7.

²⁰² *Ibíd.*, p. 7

criterio aplicado por la Corte no garantiza el efectivo cumplimiento de la norma constitucional y viola el principio de supremacía constitucional.

c) Decisión de la Corte:

Finalmente en la *ratio decidendi*, la Corte señala que los plazos señalados por la disposición transitoria primera de la Constitución comienzan a correr el día de publicación de la Constitución, es decir el 20 de octubre de 2008. En segundo lugar la Corte señala que:

La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos establecidos por la norma constitucional transitoria; por el contrario el poder del legislador de aprobar leyes, es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana²⁰³.

La Corte manifiesta que la accionante buscaba que la Corte declare la inconstitucionalidad por omisión, por lo que debía haber planteado la acción que permita a la Corte resolver dicha situación, cuestión en la que estamos de acuerdo; sin embargo esta es una sentencia interpretativa que tiene como finalidad conocer el sentido y alcance de una disposición constitucional, algo que la Corte no realizó.

La Corte en su sentencia no realiza una interpretación del artículo en mención, ya que debía pronunciar su criterio jurídico respecto del plazo señalado por la disposición transitoria primera de la Ley Fundamental, exponer si el plazo señalado por la Constitución es perentorio y si al superarlo existe la omisión inconstitucional. Lamentablemente la Corte se desvía del tema de la *litis* y señala algo obvio, como es que la Asamblea Nacional no pierde su competencia para legislar, una vez que se haya cumplido el tiempo señalado por la Constitución para expedir la ley, ya que ni en el peor de los casos, que es la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa y el dictado de la ley por parte de la Corte, perdería la Asamblea su competencia de legislar, puesto que frente a una ley

²⁰³ *Ibíd.*, p. 10

expedida provisionalmente por la Corte en los casos de omisión, el legislativo en cualquier momento podría derogar dicha norma y expedir la norma definitiva.

3.3.2.- Sentencia No. 001-11-SIO-CC, Proceso de Revocatoria del Mandato:²⁰⁴

Revisemos la primera sentencia sobre inconstitucionalidad por omisión legislativa resuelta por la Corte Constitucional, que corresponde al caso No. 0005-10-IO cuyo juez ponente fue el Dr. Patricio Herrera y sustanciador el Dr. Manuel Viteri.

a) Hechos del caso y petición del accionante:

El señor Jhony Ricardo Firmal Chang, Secretario General de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), presentó una acción de inconstitucionalidad por omisión, con fecha 10 de noviembre de 2010, en contra de la Asamblea Nacional y del Ejecutivo, puesto que según su criterio incurrieron en la omisión de desarrollar el mandato constitucional establecido en la disposición transitoria primera, inciso primero, numeral tres, que ordena: *“el órgano legislativo en el plazo máximo de ciento veinte días aprobará la Ley electoral y en trescientos sesenta días aprobará la ley que regule la participación ciudadana.”*²⁰⁵ El accionante señala que la revocatoria del mandato prevista en el artículo 105 de la Constitución de la República es una especie de consulta popular, según lo dispuesto en el artículo 75 numeral 3, literal e, de la LOGJCC, y que ha sido excluida del control constitucional por parte de la Corte Constitucional, que por mandato expreso siendo consulta popular, debería existir un dictamen previo de la Corte conforme el artículo 104 de la Constitución. Considera el recurrente que el desarrollo previsto en la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, en su artículo 200 es incompleto e incorrecto porque establece un plazo menor al plazo establecido en el artículo 106 de la Constitución. La Ley Orgánica de Participación Ciudadana, en el artículo 27 señala que existirá

²⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA, sentencia de inconstitucionalidad por omisión No. 001-11-SIO-CC, de 26 de enero de 2011, Publicada el viernes 04 de Febrero de 2011, R.O. No. 37.

²⁰⁵ Constitución de la República, óp. cit.

un plazo de recolección de firmas de ciento ochenta días, sin determinar más requisitos.

A criterio del accionante, falta regulación sobre el procedimiento y requisitos de la revocatoria del mandato, que señalen con claridad ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿bajo qué requisitos?, y ¿con qué efectos? procederá un proceso de revocatoria del mandato. En virtud de todos estos argumentos solicita la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa del mandato constitucional, contenido en la disposición transitoria primera de la Constitución.

Solicita como medida cautelar, que se suspendan los procesos de revocatoria de mandato, ya iniciados y dispuestos por el Consejo Nacional Electoral por cuanto a su juicio violentan los derechos de las autoridades de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados.

b) Legitimados pasivos y su contestación:

Los demandados en la presente acción son la Asamblea Nacional, que remitió a la Corte Constitucional un escrito con fecha 12 de enero de 2011, en donde manifiesta que la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, fue aprobado en abril de 2009; la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana en agosto de 2009; y, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana en abril de 2010, buscando la Asamblea demostrar que todas las normas que regulan los procesos electorales, con especial atención de la revocatoria del mandato, fueron publicadas dentro del tiempo previsto por la Constitución.

La Presidencia de la República señala que el proceso de revocatoria de mandato permite que la ciudadanía decida si la autoridad elegida por votación popular sigue o no en el cargo, por lo que se debe hacer una sola pregunta encaminada a conocer la voluntad de los ciudadanos y sería inoportuno e impertinente que la Corte Constitucional entre a analizar si la pregunta es o no

constitucional o legal y por eso el literal e del numeral 3 del artículo 75 de la LOGJCC excluye el dictamen previo en los casos de revocatoria de mandato.

Sobre el referente temporal desde que se debe contar el plazo en la revocatoria de mandato, este se halla previsto en la propia Constitución, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y la Ley Orgánica Electoral que explica cuándo se comienza a contar los plazos para la revocatoria de mandato.

Finalmente, señala que la pretensión del accionante sobre incorporar requisitos o condiciones para solicitar la revocatoria del mandato coartaría la democracia directa. Expone además que el artículo 106 de la Constitución determina el plazo de quince días, una vez aprobada la solicitud para iniciar el proceso de revocatoria de mandato, mientras que el artículo 200 de la Ley Orgánica Electoral y el artículo 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, determinan el plazo de siete días, por lo que ante la evidente inconstitucionalidad de fondo de dichas normas, se allana parcialmente a lo solicitado por el accionante.

c) Problemas jurídicos tratados por la Corte:

La Corte analiza tres problemas jurídicos en su sentencia, estos son:

- ¿Cuál es la naturaleza y el objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión?
- ¿La Asamblea Nacional ha incurrido en inconstitucionalidad por omisión al no desarrollar normativamente los preceptos constitucionales contenidos en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República?
- ¿La Asamblea Nacional ha omitido elementos normativos constitucionalmente relevantes al no regular la revocatoria de mandato?

- **¿Cuál es la naturaleza y el objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión?**

La Corte Constitucional, en virtud del artículo 436 numeral 10 de la Constitución, señala que entre sus competencias está el control abstracto de constitucionalidad y dentro de este las omisiones normativas, por lo que le corresponde a la Corte determinar si el legislativo ha inobservado o no la disposición constitucional por omisión. La Corte manifiesta que se debe diferenciar entre la obligación jurídica de legislar y la obligación de legislar cuando existe un deber claro y concreto constitucionalmente ordenado, existiendo en el segundo caso la obligación de desarrollar los preceptos constitucionales para alcanzar su plena vigencia.

La Corte cita al autor Gomez Canotilho, para encontrar el concepto de inconstitucionalidad por omisión y a la luz del texto constitucional, la Corte señala:

Es por ello que dentro del propio texto constitucional, esta obligación de hacer normativa debe estar señalada expresamente, así como las instituciones del Estado o autoridades públicas que deben dar cumplimiento a ese mandato constitucional, dentro de los plazos determinados en la propia Constitución, o de no existirlos, dentro del plazo considerado razonable por la Corte Constitucional.²⁰⁶

Consideramos que la Corte al resolver el primer problema jurídico, tuvo la posibilidad de identificar el alcance de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Pudo señalar con detenimiento el marco en el que se desenvuelve el instituto y los rasgos más importantes del mismo, cuestión que lamentablemente no se desprende de la sentencia.

- **¿La Asamblea Nacional ha incurrido en inconstitucionalidad por omisión al no desarrollar normativamente los preceptos constitucionales contenidos en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República?**

²⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA, sentencia de inconstitucionalidad por omisión No. 001-11-SIO-CC, de 26 de enero de 2011, p. 12.

La Corte señala que de la supremacía de la Constitución se deriva un mandato general a todos los poderes y autoridades públicas y privadas, que obliga tomar acciones para hacer efectivas todas las normas constitucionales, más aún cuando estos mandatos son disposiciones normativas constitucionales expresas, como el caso de la disposición transitoria primera de la Constitución. La Corte repite lo señalado en la sentencia interpretativa que analizamos anteriormente; es decir que la facultad legislativa no se coarta con el plazo establecido en la disposición mencionada, sin embargo señala que: “...para que el legislador no incurra en inconstitucionalidad por omisión, debe demostrar que ha tomado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la obligación constitucional contenida en la Disposición Transitoria objeto del presente control.”²⁰⁷

El criterio señalado por la Corte es aceptable para los casos en que no existe un plazo expresamente señalado por la Constitución, ya que cuando la Norma Suprema da un plazo expreso al legislador, sabe el legislativo cuál es el plazo límite para su actuación sin incurrir en omisión inconstitucional, por lo que no cabría señalar que el legislativo ha actuado para evitar la inconstitucionalidad.

La Corte considera que la Asamblea Nacional dio cumplimiento a la disposición transitoria primera de la Constitución y señala que:

*...bajo una interpretación integral del texto constitucional y aplicando una interpretación teleológica de la norma en cuestión, se desprende que más allá de los plazos establecidos en la disposición constitucional, lo que el constituyente buscó como fin fue que el órgano legislativo implemente el ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución, lo cual está acorde con uno de los objetivos primordiales de la Función Legislativa, como es el crear leyes.*²⁰⁸

La Corte indica que no cabe considerar que el legislador ha incurrido en una omisión legislativa, puesto que las leyes cuya inconstitucionalidad por omisión se demanda, han sido debidamente aprobadas y publicadas. Algo que nos preocupa es que la Corte no le da la importancia que merecen los plazos señalados por la Constitución para elaborar las leyes. Siguiendo la postura general de la doctrina,

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 13

²⁰⁸ *Ibíd.* p. 14

cuando la Constitución señala plazos para elaborar las normas de forma expresa, estos fenecen con dicho cumplimiento, es decir si una vez transcurrido el plazo señalado por la Constitución la Corte avoca conocimiento de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, tiene que declarar su existencia y conforme a la ley señalar un plazo final para la expedición de la norma. En caso de incumplimiento de la sentencia, ella misma expedirá la norma de carácter provisional.

Respecto a la utilización del instituto de la inconstitucionalidad por omisión para superar las omisiones del legislador, señala que: “...será la ultima ratio, ya que el órgano de control constitucional previo a declararla, debe exhortar al órgano competente para que dicte la norma en un plazo razonable.”²⁰⁹

Sin duda que la Corte dicte la norma o ejecute el acto omitido debe ser la última opción, pero a la vez, la Corte velando por el cumplimiento de la Constitución debe tomar todas las medidas que la Ley Fundamental le permite para garantizar el cumplimiento de sus mandatos y si es necesario que la Corte legisle provisionalmente, con la finalidad de que el legislativo tome la decisión de expedir la ley definitiva, deberá hacerlo.

- **¿La Asamblea Nacional ha omitido elementos normativos constitucionalmente relevantes al no regular la revocatoria de mandato?**

La Corte señala que frente a la disposición transitoria primera de la Constitución de la República, surge la inquietud de si producto de una aparente omisión legislativa existen lagunas o antinomia en el marco constitucional y legal vigente, por la inobservancia de este deber por parte del legislador, por lo que siguiendo a Manuel Peña Freire diferencia las lagunas de las antinomias. La Corte indica que debido a la omisión legislativa se tiende a crear un vacío normativo que no ha sido subsanado por disposición normativa alguna, es decir, una laguna, pero en el caso de análisis, el legislador ha desarrollado las disposiciones normativas a

²⁰⁹ Ibíd. p. 15

través de las leyes citadas por la Asamblea Nacional, por lo que a juicio de la Corte no existe laguna ni vacío normativo.

Respecto al tiempo para expedir la norma, la Corte manifiesta que:

...si el legislador ha demostrado que ha emprendido en los esfuerzos para la promulgación de determinada norma, pero las circunstancias políticas o sociales se lo han impedido, habrá de entenderse que no ha incurrido en omisión legislativa, ya que circunstancias ajenas no le han permitido dar cumplimiento al mandato constitucional en el lapso determinado, sin que ello comporte una conducta omisiva del legislador.²¹⁰

Este criterio de la Corte merece un comentario, ya que si bien es cierto, pueden presentarse casos en que el legislador no puede cumplir con el plazo señalado por la Ley Fundamental, es tarea del órgano de control constitucional el determinar la existencia de la omisión inconstitucional y fijar un plazo definitivo, para que el legislativo expida la norma omitida, debido a que siempre se podrán presentar situaciones que le impidan o dificulten a la Asamblea cumplir con su deber de legislar y de no realizarse un control constitucional efectivo, las omisiones inconstitucionales se podrían postergar por un tiempo indefinido.

Queremos destacar en este punto del análisis, que la Corte señala “*Se puede colegir que el legislador tampoco ha incurrido en inconstitucionalidad parcial por omisión...*”²¹¹, por lo que si no hay omisión, ni absoluta ni relativa, es inconcebible que se suspenda el ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución, ya que eso resolvió la Corte, aceptando implícitamente la existencia de la omisión.

La Corte más adelante señala que la institución de la revocatoria del mandato debe normarla el legislador, por lo que la Asamblea Nacional debe actuar con celeridad, ya que a criterio de la Corte esta es una “*...situación que aparentemente no ha sido desarrollada en las leyes cuya inconstitucionalidad por omisión se demanda.*”²¹²; es decir por la resolución de la Corte, queremos entender que la Corte considera que si hay omisión, aunque no lo reconoce expresamente en el fallo. La Corte Constitucional

²¹⁰ *Ibíd.* p. 17

²¹¹ *Ibíd.* p. 17

²¹² *Ibíd.* p. 18

ecuatoriana se contradice a párrafo seguido, señalando primero que no hay omisión pero manifestando posteriormente que la institución no ha sido desarrollada en la ley y vislumbra que se puede observar la intención del legislador de implementar reformas a la Ley Electoral y a la Ley que regula la Participación Ciudadana, encaminadas a un desarrollo normativo de la revocatoria de mandato, cuya prueba es la certificación extendida por la Secretaría General de la Asamblea Nacional, en donde el Consejo de Administración Legislativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, ha dado trámite a las normas legales tendientes a una regulación de la revocatoria de mandato en sesión efectuada el 12 de enero del 2011, calificando los proyectos de Ley de Reformas a la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social y a la Ley Orgánica Electoral, cuya iniciativa la ha planteado la asambleísta Rocío Valarezo; por lo que la Corte señala que no existe inconstitucionalidad parcial por omisión legislativa.

d) Conclusiones finales de la Corte Constitucional

La Corte concluye que la Asamblea Nacional no ha incurrido en omisión legislativa respecto a la inobservancia del precepto constitucional contenido en la disposición transitoria primera de la Constitución y señala que el órgano legislativo se encuentra cumpliendo su deber de desarrollar normativamente la institución de revocatoria de mandato.

La Corte expone las diferencias entre la consulta popular y la revocatoria del mandato y manifiesta que considerar a la revocatoria como una especie de consulta popular no tiene asidero. La Corte encuentra un conflicto normativo entre disposiciones constitucionales y legales, entre el artículo 106 de la Constitución de la República y el inciso primero del artículo 200 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, en concordancia con el segundo inciso del artículo 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, respecto del plazo para que el Consejo Nacional Electoral realice la convocatoria a la revocatoria del mandato, por lo que, aplicando la competencia de la Corte contenida en el artículo 436, numeral 3 de la

Constitución, declara por conexidad la inconstitucionalidad de la frase “*por el plazo de siete días*” contenida en el inciso primero del artículo 200 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, y el segundo inciso del artículo 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

La resolución de la Corte que vamos a presentar, realmente sorprende cuando manifiesta:

Debido a que en el país se han iniciado varios procedimientos de revocatoria de mandato, y con el objeto de evitar o cesar la amenaza o violación de derechos reconocidos en la Constitución, los mismos que pueden ocasionar daños irreversibles a quienes se encuentren dentro de un proceso de revocatoria de mandato, y para asegurar, por otra parte, no lesionar el derecho que tiene la ciudadanía a ejercer la revocatoria del mandato como derecho político, esta Corte considera pertinente adoptar como medida cautelar la suspensión de los procesos de revocatoria iniciados y los que se iniciaren en contra de las autoridades de elección popular, hasta que la Asamblea Nacional regule el procedimiento y requisitos de la revocatoria de mandato, bajo las estipulaciones de la parte resolutive que se detalla en la sentencia.²¹³

La Corte reconoce de forma implícita la existencia de la omisión legislativa sobre la revocatoria del mandato, cuando señala que la Asamblea Nacional debe regular el procedimiento y requisitos para hacer efectivo el derecho de participación ciudadana de revocatoria del mandato, ya que a su juicio se podrían ocasionar daños irreparables a quienes son sujeto de la revocatoria de mandato, por lo que de forma anti-garantista y en contra del principio de directa e inmediata aplicación y ejercicio de los derechos constitucionales, de forma paradójica suspende los procesos vigentes y futuros de revocatoria del mandato. No cabe duda de que la Corte al hacer su análisis omitió revisar y aplicar el segundo inciso del artículo 426 de la Constitución, que dispone:

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.²¹⁴

²¹³ *Ibíd.*, pp. 20, 21.

²¹⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, *Ibíd.*

Es inverosímil la decisión de la Corte, ya que no reconoce la existencia de la omisión, no le da un plazo al legislativo para que desarrolle el derecho de revocatoria del mandato y a través de su sentencia impide el ejercicio del derecho a la revocatoria del mandato, siendo este uno de los principales derechos de participación establecido en el artículo 104 de la Constitución ecuatoriana cuyo ejercicio jamás podía haber sido conculcado y menos aún alegando falta de norma procedimental.

En la parte resolutive la Corte niega la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada por el accionante y como medida cautelar suspende el ejercicio de revocatoria del mandato. En el tercer punto resolutive declara por conexidad la inconstitucionalidad la frase siete días del artículo 200 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, y el segundo inciso del artículo 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

e) **Voto Salvado del magistrado Manuel Viteri**

El juez Manuel Viteri, presentó su voto salvado en el que acepta la demanda del accionante y declara la inconstitucionalidad por omisión normativa relativa, por una inobservancia constitucional relevante, parcial y materialmente considerada, imputable a la Asamblea Nacional. El juez Viteri señala que:

...al haber omitido expedir en los textos secundarios desarrollados sobre la revocatoria del mandato, reglas básicas indispensables que garantizan la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales, de las establecidas en el artículo 85 de la Constitución de la República, es decir, para garantizar sustancialmente la dignidad del ser humano.²¹⁵

En su voto salvado además declara la inconstitucionalidad, por el fondo, de la frase “siete días” contenida en el inciso primero del artículo 200 de la Ley Orgánica Electoral e inciso segundo del artículo 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social y condiciona los efectos de esta declaratoria de inconstitucionalidad por omisión normativa relativa, por mandato del artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

²¹⁵ *Ibíd.*

Constitucional, de los textos desarrollados en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social y en la Ley Orgánica Electoral a la expedición y promulgación de las leyes reformativas por lo que la Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos, Descentralización, Competencias y Organización del Territorio de la Asamblea Nacional, dará trámite urgente para conocimiento del Pleno de la Asamblea Nacional, según lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Suspende además todos los procesos de revocatoria de mandato hasta que la Asamblea Nacional reforme la Ley. Cumplida la disposición por parte de la Asamblea, los procesos iniciados antes de la vigencia de esta sentencia deberán adecuar su procedimiento a la ley reformada.

El voto salvado nos parece mucho más razonable que la sentencia; sin embargo también adolece de errores en la interpretación de la inconstitucionalidad por omisión y en el grave defecto de suspender el ejercicio de un derecho constitucional a través de dicha sentencia, además tampoco fija un plazo para que el legislativo realice las reformas a la ley, cuestión que en el futuro será primordial al aceptar una omisión legislativa.

Siendo esta la primera sentencia de la acción inconstitucionalidad por omisión legislativa dictada por la Corte Constitucional, nos deja más interrogantes que respuestas sobre el instituto y en dicha sentencia se ha reducido el principio de supremacía constitucional que ha sido desenfocado por la forma de tratamiento y resolución, desvirtuando las características y la finalidad de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Queda el trabajo para que una nueva Corte Constitucional rescate el espíritu señalado por la Constitución sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

IV. CONCLUSIONES

1. La inconstitucionalidad por omisión es una herramienta para alcanzar la plena vigencia de la Constitución.

Un reto del constitucionalismo moderno es lograr que los derechos y principios de la Constitución, puedan efectivizarse en el ordenamiento jurídico, debido a la conducta pasiva de las instituciones del Estado frente a los mandatos señalados por el constituyente.

Los mandatos y obligaciones de actuación impuestos por la Constitución, tienen por finalidad alcanzar la plena vigencia de los derechos señalados en la Noma Suprema, además del despliegue de las instituciones previstas en esta. Surge ante la inercia y silencio de las instituciones y organismos del Estado, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión como un mecanismo que permite preservar el ordenamiento jurídico a través del control constitucional de la falta de actuación de estos organismos, para sancionar su inercia y buscar mecanismos que tiendan a la realización de los actos y normas señalados en la Ley Fundamental.

2. Con el instituto se supera la etapa que señalaba como objeto del Derecho Procesal Constitucional al control por acción y se abre la puerta al control de las omisiones de las instituciones del Estado.

En el largo proceso atravesado por el Derecho Procesal Constitucional, tanto el desarrollo doctrinario como jurisprudencial, han logrado tener éxito al realizar el control de las actuaciones que van en contra de la Constitución, con el órgano de control constitucional actuando como legislador negativo; sin embargo estos mismos tribunales, vienen dando señales de que no solamente se vulnera la Carta Magna por acción, sino también por omisión, debido a la falta de actuación conforme lo ordena la Constitución, lo que puede impedir la plena vigencia del marco constitucional, alterando el ordenamiento jurídico del Estado. Frente a la falta

de actuación conforme los mandatos impuestos por la Norma Suprema, se ha tomado resguardo con la inclusión de instrumentos de defensa de la Ley Fundamental ante las omisiones de cualquiera de las instituciones y organismos del Estado.

Conocido es que hasta hace poco tiempo se consideraba que no cabía el control de las actuaciones del legislativo, ya que este representaba al soberano y tenía en sus manos la capacidad de decidir en qué momento y de qué forma brindar el despliegue de la norma constitucional; asumiendo su discrecionalidad para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales. El ver que la norma constitucional señala obligaciones para todas las instituciones del Estado y el órgano de control es su guardián, permite comprender que la falta de cumplimiento de sus disposiciones es el plazo señalado vulnera la Norma Suprema, por lo que vuelve indispensable encontrar caminos y mecanismos que permitan controlar la falta de actuación de cualquiera de los organismos del Estado.

3. Pese a la aplicación directa de las normas constitucionales, no alcanza plena vigencia la Constitución, si persiste la inconstitucionalidad por omisión.

La fuerza normativa de la Ley Fundamental, trae con ella la vocación de operatividad de las normas constitucionales, las que gozan de eficacia, pero en muchos casos está limitada y condicionada a la expedición de normas de desarrollo para que su eficacia sea plena. Para impedir la vulneración de derechos consagrados en la Norma Suprema se han aplicado de forma directa e inmediata las normas constitucionales; sin embargo, la obligación de legislar o de expedir la norma no queda subsanada hasta el momento en que se expida la norma conforme al mandato constitucional, cuando tendrá validez plena el diseño constitucional previsto por el constituyente.

4. La inconstitucionalidad por omisión tiene dos visiones; mientras más amplia la postura, mayor protección de la Constitución.

La inconstitucionalidad por omisión tiene dos visiones, una amplia que supone entender a esta como la falta de actuación de cualquiera de los órganos del Estado en su deber de legislar y de actuar, frente a cualquier obligación impuesta por la Ley Fundamental. Una segunda visión más limitada señala a la inconstitucionalidad por omisión como la falta de actuación del legislativo en la expedición de leyes. Consideramos que mientras mayor protección y control se preste a los mandatos constitucionales, más rápidamente el diseño constitucional tendrá eficacia plena en el Estado, sin dejar de mencionar que será más complejo realizar el control de todos los tipos de inconstitucionalidad por omisión posibles. La Norma Suprema ecuatoriana plasma en nuestro ordenamiento jurídico, la visión amplia del instituto.

5. Falta de tratamiento uniforme por parte de la jurisprudencia, la doctrina y las normas que regulan el instituto en los Estados en donde se ha incorporado el instituto.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa ha tenido diverso tratamiento por parte de la doctrina, la jurisprudencia y más aún de las respuestas normativas que han introducido el instituto en ciertos Estados. Se ha definido diversos tipos de respuestas para enfrentar las omisiones, de acuerdo a la realidad de donde se aplica el instituto. La doctrina no ha alcanzado uniformidad de criterio respecto a los mecanismos idóneos para solventar la inconstitucionalidad. Las cortes y tribunales han debido en muchos casos ir creando con el tiempo a través de la jurisprudencia soluciones para resolver los problemas generados por la falta de cumplimiento de los mandatos constitucionales, ampliando cada vez más su visión del instituto; mientras que las respuestas de las normas que regulan el instituto en los Estados donde se ha incorporado en su legislación, son muy tibias y no han logrado alcanzar el éxito esperado.

Las respuestas encontradas para los casos de omisión en resumen podrían ser: la denuncia ante un órgano superior, la recomendación al órgano omiso, el llamado de atención o intimación, la cobertura, el resarcimiento y finalmente la compulsión constitucional.

El tipo de solución que se ha propuesto, responde a la visión que cada Estado tiene respecto del papel y el nivel de intervención que puede tener el órgano de control constitucional, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la Norma Suprema.

6. Cada tipo de inconstitucionalidad por omisión legislativa merece un tratamiento específico.

Hay diversos tipos de omisión legislativa, entre los que están por ejemplo la omisión relativa y la absoluta; cada una debe tener una solución apropiada, ante el silencio existente. Por ejemplo para la omisión relativa el plazo o tiempo en que no ha actuado el órgano omiso no será un elemento primordial; mientras que para la absoluta, el tiempo de inercia del órgano omiso es un elemento fundamental, para constatar la inconstitucionalidad producida por este silencio.

Frente a los diversos tipos de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la norma debe tener una respuesta que permita subsanar de forma ágil y eficiente la omisión, ya que la falta de expedición de una ley, no tendrá un tratamiento igual a la omisión relativa producida por haber excluido en una norma vigente ciertos beneficios a un grupo de la población.

7. Los resultados no son muy alentadores en los estados que han incorporado el instituto a través de la legislación y han tenido mayores avances, donde se ha incorporado por vía jurisprudencial.

La experiencia de los países que han incorporado en su legislación el instituto lamentablemente no ha alcanzado el éxito esperado para solucionar los casos de inercia del legislador. Una de las probables causas es la novedad del instituto y su escaso desarrollo alcanzado hasta el momento, sumado a la aplicación tibia de las normas que lo regulan. En los países donde se ha desarrollado durante un mayor tiempo respuestas a al silencio del legislativo, a través de la vía jurisprudencial, se ha alcanzando una serie de logros encaminados a generar una conciencia constitucional del cumplimiento de los mandatos de la ley Fundamental. Jurisprudencia como la alemana, española e italiana son ejemplos, de la utilización de sentencias manipulativas que han permitido resolver con asertividad y de forma directa los casos de omisión relativa. Ante las omisiones absolutas, estos tribunales no han logrado tener el éxito esperado y han utilizado la intimación al órgano omiso para que expida la norma. Algo que nos llama la atención es el respeto y acatamiento que se ha dado a los pedidos de las decisiones de los órganos de control con tanta jerarquía, frente al escaso o pobre cumplimiento de los pedidos de los órganos de control constitucional en donde recientemente se ha incorporado el instituto y estos tribunales todavía no han alcanzado la jerarquía a la que han llegado los tribunales europeos gracias a su jurisprudencia.

8. En el Ecuador la visión del instituto de acuerdo a la Constitución es amplia.

En el Ecuador el desarrollo del instituto es nuevo, se incorporó en la Constitución del año 2008. La visión del instituto prevista por la Constitución es amplia, es decir el constituyente consideró que la inconstitucionalidad por omisión se presenta por la falta de actuación conforme a un mandato constitucional que imponga el deber de cualquier actuación a un organismo del Estado y dentro de esto, la falta de expedición de normas por parte de cualquiera de los órganos con

competencia legislativa-normativa. En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se señala de forma acertada que la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se interpone a través de una acción con legitimación activa amplia, cuya competencia recae en manos de la Corte Constitucional.

El error gravísimo contenido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es desarrollar únicamente al instituto desde la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Es evidente que la Ley que tiene una omisión relativa, ya que no señala el tratamiento, ni efectos de la decisión de la Corte Constitucional para los casos de omisiones de actuación de los organismos del Estado.

9. Existe contradicciones entre las soluciones previstas por la Constitución y las que prevé la Ley.

La solución prevista en la Constitución, ante el incumplimiento de los mandatos constitucionales nos parece acertada para la realidad jurídica que vive el Ecuador, debido a que las omisiones legislativas han sido evidentes y permanentes durante todas las etapas del constitucionalismo ecuatoriano. En la Constitución se prevé que en el caso de verificarse y no ser expedida la norma, la Corte Constitucional podrá dictar una norma con el carácter de provisional, es decir asumiendo competencia de legislador precario y provisional, hasta que el competente expida la norma definitiva. En la ley se dispone una solución diferente, al señalar que la Corte Constitucional una vez verificada la omisión y comprobado el incumplimiento del plazo que la Corte le otorgue al omiso, expedirá *reglas básicas* para el cumplimiento de la norma constitucional, vulnerando lo que señala la Constitución, ya que la Ley Fundamental claramente señala que la Corte, verificada la omisión expedirá la norma que el competente no ha expedido. Las reglas básicas de las que habla la ley no tienen un espacio dentro del cuerpo normativo señalado por la Constitución.

El procedimiento dispuesto por la ley, es el mismo que se ha previsto para el resto de acciones del control abstracto de constitucionalidad, en donde se busca verificar violaciones de la Norma Suprema por acción, por lo que nos parece un error el que la acción pública de inconstitucionalidad por omisión tenga que atravesar un procedimiento previsto para el control de constitucionalidad por acción, puesto que los requisitos, plazos y características del control abstracto de inconstitucionalidad, están previstos para casos de acción y nuestro instituto tiene características diferentes, por lo que es indispensable normar un procedimiento con otras características, tendiente a encontrar y sancionar las omisión.

10. Desarrollo jurisprudencial escaso y con una deficiente aplicación de la norma constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre el instituto es realmente escasa y su actuación hasta el momento es el más claro ejemplo de una Corte que reduce y confunde el alcance del instituto previsto por la Ley Fundamental al momento de llevarlo a la práctica. El único caso que ha llegado a sentencia, permitió a la Corte analizar un derecho tan importante como el de revocatoria del mandato, en donde esta señala la inexistencia de la omisión legislativa, pero en su decisión suspende el ejercicio del derecho, argumentado la falta de reglamentación para ejercerlo, lo que sin lugar a dudas es inadmisibles, considerando que si se verifica la omisión como implícitamente la Corte lo reconoció, se debía conceder un plazo al legislativo para que subsane dicha omisión de acuerdo a lo previsto en la Ley. En el caso señalado no se otorgó plazo para hacerlo, evidentemente porque la Corte señaló la inexistencia de la inconstitucionalidad por omisión. Otro factor que la Corte olvidó, es que por disposición constitucional no se puede impedir el ejercicio de un derecho, alegando la falta de norma que lo regule, por lo que, de forma evidente hemos visto dos vulneraciones a disposiciones constitucionales claras y concretas, en la misma sentencia.

V. RECOMENDACIONES

1. Reforma de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Consideramos que es indispensable una reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que regula el instituto; debido a que el legislador olvidó señalar aspectos fundamentales para una correcta aplicación de la inconstitucionalidad por omisión. Es necesario que la visión y alcance que tiene la ley sobre el instituto esté conforme a la visión que le dio la Constitución. El legislador debe señalar el tratamiento que la Corte Constitucional dará a las omisiones por falta de actuación de los órganos y organismos del Estado y debe además enmarcar los mecanismos y el procedimiento que le permita a la Corte Constitucional en los casos de omisión absoluta expedir la ley que el órgano omiso no expidió.

Otro aspecto a ser tratado en la reforma de la Ley, debe ser el procedimiento que la Corte siga para realizar el control de la existencia de omisiones inconstitucionales. El procedimiento que actualmente está previsto en la Ley, es el genérico para el control abstracto; sin embargo todos los casos de control abstracto previstos por la ley, salvo el del nuestro estudio, buscan controlar una inconstitucionalidad por acción; mientras que en nuestro caso se realiza el control de una omisión o falta de actuación; por lo que los requisitos y características del procedimiento del control abstracto previsto por la Ley, no se ajustan a la realidad de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

2. La Corte Constitucional deberá hacer una interpretación integral de la norma constitucional y analizar en detalle el espíritu de la inconstitucionalidad por omisión en su jurisprudencia.

Un tratamiento jurisprudencial ajustado a la luz de la visión de la Ley Fundamental, será vital para que la inconstitucionalidad por omisión pueda alcanzar los resultados previstos por el constituyente, por lo que es inaplazable que el órgano de control constitucional identifique el espíritu de la inconstitucionalidad por omisión prevista en la Norma Suprema y realice una aplicación del mismo en conjunto con las demás normas constitucionales, a través de una interpretación sistemática e integral de la Ley Fundamental.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

Libros:

BAZAN, Víctor (Coord.) *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1997.

BAZÁN, Víctor (Coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2003.

BAZÁN, Víctor, *En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, editorial Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán, *La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión*, Anuario Jurídico, Universidad Nacional Autónoma de México, No. VI, México, 1979.

BREWER, Allan, *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007, Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2007.

CARBONELL, Miguel (Coord.), *En Busca de las Normas Ausentes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2^{da} edición, México DF, 2007.

CASAL, Jesús, *La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003.

CASTRO PATIÑO, Iván, *Inconstitucionalidad por Omisión*, Editorial Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2006.

DERMIZAKY, Pablo, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, numero 6, 2002.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas*, Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, Chile, 2009.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDIVAR Arturo (Coords.), *Teoría general del Derecho Procesal Constitucional, la ciencia del derecho procesal*

constitucional, Tomo 3, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, editorial Marcial Pons, México, 2008.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo y ZALDIVAR Arturo (Coords.), *Teoría general del Derecho Procesal Constitucional, la ciencia del derecho procesal constitucional*, Tomo 8, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, editorial Marcial Pons, México, 2008.

GOMEZ CANOTILHO, Jose Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

SANTOS, Israel, *La omisión legislativa en materia tributaria. El caso de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008.

VILAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, Ed. Mc. Graw-Hill, Madrid, 1997.

Revistas jurídicas:

AGUIAR DE LUQUE, Luis, *El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa: El control del procedimiento legislativo y la inconstitucionalidad por omisión*”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, Numero 24, 1987.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas*, *Revista Estudios Constitucionales* Año 7, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Talca, 2009.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La Omisión Legislativa como un caso de Inconstitucionalidad*, *Revista Jurídica del Perú*, numero III y IV, 1988.

MORÓN, Juan Carlos, La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico, Revista Peruana de Derecho Constitucional, No. 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999.

REQUEJO, Juan Luis, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*, Ponencia del Tribunal Constitucional de España, Madrid, Octubre de 2007.

RUIZ MIGUEL, Carlos, *Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión*, Revista de las Cortes Generales, No. 51, 2000.

SAGÜÉS Néstor, Revista Estudios Constitucionales, *Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario*, Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 7, Núm. 2, Talca, 2009.

Entrevista:

AGUILAR ANDRADE Juan Pablo, docente Universidad San Francisco Quito, “*La inconstitucionalidad por omisión legislativa en Ecuador*”, entrevista, Quito, 2/10/2012.

Internet:

CEA EGAÑA, José, *Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico*, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/.../pr7.pdf,

FERNÁNDEZ, José Julio, *La Inconstitucionalidad por omisión legislativa en Portugal*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), No. 101, julio-septiembre 1998, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27495&orden=0..>

FERNÁNDEZ, José Julio, *Revista de estudios políticos*, N° 101, 1998 , págs. 335-359 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27495&orden=0..>

SAGÜÉS, María Sofía, *Garantías de Control de la Inconstitucionalidad por Omisión*, <http://www.uned.ac.cr/possoc/revista/documentos/REVISTA%20VIRTUAL/2002/La%20inconstitucionalidad%20por%20omision.pdf>,

SAGÜÉS, Néstor, *Nuevas Fronteras de la Inconstitucionalidad por Omisión. los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica como legisladores suplentes y precarios*, en www.juridicas.unam.mx-wccl-ponencias-13-238.pdf,

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_es_es&idConteudo=115670.

Jurisprudencia:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparación y costas, 26 de septiembre de 2006, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO, http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=19804&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0045>,

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0024>,

SUPREMA CORTE DE MÉXICO, http://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Paginas/pleno_novena_epoca2002.aspx,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Fallo Badaro I, <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=606670>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1996/c-543_1996.html,

CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA, Sentencia Interpretativa No 0001-09-SIC-CC, 25 de febrero de 2010. <http://www.corteconstitucional.gob.ec/>

CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA, sentencia de inconstitucionalidad por omisión No. 001-11-SIO-CC, de 26 de enero de 2011. <http://www.corteconstitucional.gob.ec/>

Normativa:

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL, 1979, http://www.redipd.org/documentacion/legislacion/common/legislacion/portugal/Constitucion_Portugal.pdf.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL, www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, año 1988, www.cepal.org/oig/doc/BRA1988ConstitucionFederal.pdf,

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, publicada en la Gaceta Oficial de 24 de marzo de 2000.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE, www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/.../Veracruz/wo21745.pdf.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/.../Tlaxcala/wo25815.doc>.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS, www.iepc-chiapas.org.mx/nw.../archivos/.../constitucion_chiapas.pdf.

CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO, http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/File/Contituciones/cp_rionegro.pdf

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia.pdf>,

LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, Bundestag Alemán, Sección de Relaciones Públicas, Berlín, 2009.

CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN, R.O. No. 303, del 19 de octubre de 2010.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, R.O. No. 52 del 22 de octubre de 2009.

REGLAMENTO DE SUSTANCIACIÓN DE PROCESOS EN LA CORTE
CONSTITUCIONAL, R.O. 10 de febrero de 2010, Suplemento 127.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Carlos Fernando Alomoto Rosales**, C.I. **171607971-8**, autor del trabajo de graduación intitulado: **“La Inconstitucionalidad por omisión legislativa en el Ecuador”**, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 6 de marzo de 2013,

Carlos Fernando Alomoto Rosales

CC. 171607971-8


 REPUBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACION Y CEDULACION

CÉDULA DE CIUDADANIA No. 171607971-8

ALDMTO ROSALES CARLOS FERNANDO
 PICHINCHA/QUITO/SANTA BARBARA

25 JUNIO 1988
 FECHA DE NAC. 008- 0382 06393 M
 PICHINCHA/ QUITO
 GONZALEZ SUAREZ 1988


 CENTRO DE CEDULADO



ECUATORIANA***** V3343V3244
 SOLTERO ESTUDIANTE
 SUPERIOR PROF.OCCUP
 CARLOS FERNANDO ALDMTO
 MARTHA ELIZABETH ROSALES
 QUITO 08/10/2006
 FECHA DE NAC. 08/10/2018
 FECHA DE CANCELACION
 REN 2093297
 Pch



