



RESUMEN

El Art. 436 de la Constitución numeral 10 establece como atribución de la Corte Constitucional, entre otras, 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 propia Constitución o el que la Corte Constitucional considere razonable. A esta atribución se la conoce en doctrina como inconstitucionalidad por omisión u omisión inconstitucional.

Han sido diversos los ensayos y estudios realizados en torno a esta figura, cuyo debate se centra en la inactividad normativa de los órganos del poder público cuando constitucionalmente se las ha impuesto ese deber, lo cual, podría generar el quebrantamiento de la Constitución. De manera particular ha sido la omisión legislativa la que mayores estudios ha merecido por la trascendencia y el espacio que ocupa dentro de la estructura organizacional de un Estado como un órgano de representación popular.

La presente investigación aborda de manera sucinta el tránsito del control constitucional de las normas positivas al control de las omisiones normativas con énfasis en la ley, lo cual implica un sistema de control constitucional integral y distinto a cómo fue concebido. Así mismo, analiza los aspectos teóricos doctrinarios de la inconstitucionalidad por omisión y los mecanismos de control que a decir de la doctrina sirven para subsanar las omisiones inconstitucionales; y, finalmente, la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con énfasis en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

PALBRAS CLAVE: CONTROL CONSTITUCIONAL, INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, OMISIONES NORMATIVAS, MODULACION DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.



Tabla de Contenido/Índice

Agradecimientos/ 7
Dedicatoria/8
Introducción/9

Capítulo I

La supremacía de la Constitución:

Tránsito del control positivo a la omisión legislativa

1. La fuerza normativa de la Constitución/11
2. Origen del control constitucional sobre la acción legislativa/13
 - 2.1 El Tribunal Constitucional como “legislador negativo”/14
 - 2.2 Un cambio de paradigma: Los tribunales como “legisladores positivos”/16
3. La supremacía de la Constitución y el control de las omisiones legislativas/17
4. Justicia constitucional y democracia/19

Capítulo II

La inconstitucionalidad por omisión:

Aspectos teóricos-doctrinarios

1. Los deberes constitucionales de los poderes constituidos/23
2. Sentido general de la inconstitucionalidad por omisión/25
 - 2.1 Omisiones de los organismos que comprenden el sector público/26
 - 2.2 Omisiones de la función legislativa/28
3. La inconstitucionalidad por omisión legislativa/29
 - 3.1 El control por acción/30
 - 3.2 El control por omisión/31
4. Conceptualización de la inconstitucionalidad por omisión/31
5. Elementos que configuran la inconstitucionalidad por omisión/32
 - 5.1 Mandatos constitucionales concretos/32



5.2 Inobservancia, desacato o inercia total o parcial por parte del poder constituido o una autoridad pública/33

5.3 El plazo que contiene el mandato constitucional/33

5.4 La violación a la Constitución/34

6. Defensa y objeciones sobre la inconstitucionalidad por omisión/36

6.1 Argumentos en defensa de la inconstitucionalidad por omisión/36

6.2 Objeciones a la inconstitucionalidad por omisión/39

7. Los mecanismos de control constitucional de las omisiones legislativas/44

7.1 Los mecanismos de control según Jesús Casal/44

7.1.1 La aplicación directa de la Constitución/45

7.1.2 La jurisdicción normativa/46

7.1.3 El control de constitucionalidad de las leyes/46

7.1.4 El recurso de interpretación constitucional/47

7.2 Los mecanismos de control según Víctor Bazán/47

7.2.1 Apelando a una fuente de derecho internacional/47

7.2.2 Recurriendo a la Constitución/47

7.2.3 Estableciendo plazos al órgano omitente/48

7.2.4 Autoproclamación constitucional de operatividad de los derechos y garantías/49

7.2.5 Constatación de la omisión y comunicación de tal circunstancia al órgano legislativo o competente que corresponda/49

7.2.6 Sentencias intermedias emitidas por las cortes o tribunales constitucionales/50

7.3 Los mecanismos de control según Gerardo Eto Cruz/50

7.4 La acción directa de inconstitucionalidad por omisión/51



Capítulo III

El control de las omisiones según el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1. El control constitucional de las omisiones en el Ecuador/51
2. Diferencias entre la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y otras garantías jurisdiccionales/53
 - 2.1 Con la acción de protección/54
 - 2.2. Con la acción de incumplimiento/54
 - 2.3 Con la acción de acceso a la información pública/55
 - 2.4 Con la acción extraordinaria de protección/55
 - 2.5 Diferencia en razón del órgano que controla la omisión normativa/56
3. La inconstitucionalidad por omisión en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional/56
 - 3.1 De las clases de omisiones/57
 - 3.1.1 Omisiones normativas absolutas/58
 - 3.1.2 Omisiones normativas relativas/58
 - 3.1.3 Otras clasificaciones/60
4. Los efectos de las omisiones normativas inconstitucionales/61
 - 4.1 Tipología de las sentencias constitucionales/62
5. Los efectos de las sentencias aplicadas a las omisiones normativas en la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional/66
- Bibliografía/70



Universidad de Cuenca
Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales.

UNIVERSIDAD DE CUENCA

Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales

**“La inconstitucionalidad por omisión legislativa en la
Constitución ecuatoriana de 2008”**

Autor

Carlos Eduardo Cárdenas Rivera

Director

Dr. Teodoro Verdugo Silva

2010



Al presentar la tesina final como uno de los requisitos previos para la obtención del diploma superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales, autorizo al Centro de Información de la Universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura según las normas de la institución.

Los criterios vertidos en este trabajo de investigación son de absoluta responsabilidad del autor.



Agradezco a mis padres y hermanos por su inagotable apoyo.

De manera particular agradezco al doctor Teodoro Verdugo Silva, profesor y amigo.



Universidad de Cuenca
Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales.

*A todos los colegas que coincidimos en un aula
de clase motivados por una realización profesional
y con quienes se cultivó una relación de amistad.*



INTRODUCCIÓN

La Constitución del Ecuador de 2008 le atribuye varias y novedosas potestades a la Corte Constitucional que denotan la gran importancia del espacio que ocupa este órgano en un Estado que se define como constitucional de derechos y justicia; potestades que recogen estudios que hasta hoy son motivo de debates teóricos entre los estudiosos del Derecho Constitucional y que hoy se aprestan a su aplicación práctica con su reconocimiento constitucional.

El Art. 436 de la Constitución numeral 10 establece como atribución de la Corte Constitucional, entre otras, 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 propia Constitución o el que la Corte Constitucional considere razonable. A esta atribución se la conoce en doctrina como inconstitucionalidad por omisión u omisión inconstitucional.

Han sido diversos los ensayos y estudios realizados en torno a esta figura, cuyo debate se centra en la inactividad normativa de los órganos del poder público cuando constitucionalmente se las ha impuesto ese deber, lo cual, podría generar el quebrantamiento de la Constitución. De manera particular ha sido la omisión legislativa la que mayores estudios ha merecido por la trascendencia y el espacio que ocupa dentro de la estructura organizacional de un Estado como un órgano de representación popular.

La presente investigación se encuentra dividida en tres capítulos: El primero aborda de manera sucinta el tránsito del control constitucional de las normas positivas al control de las omisiones normativas con énfasis en la ley, lo cual implica un sistema de control constitucional integral y distinto a cómo fue concebido. En el capítulo segundo se analiza los aspectos teóricos doctrinarios de la inconstitucionalidad por omisión y los mecanismos de control que a decir de la doctrina sirven para subsanar las omisiones inconstitucionales; y, finalmente, en el capítulo tercero se analiza la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento



jurídico ecuatoriano con énfasis en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

El tema escogido para ésta investigación es, sin duda, complejo; es preciso, por ello, aclarar que el móvil de ésta investigación no ha sido dejar sentado de manera absoluta el momento preciso en que se produce una omisión inconstitucional normativa sino, por el contrario, dejar entrever que el control constitucional no siempre puede ser efectivo si éste es sesgado, pues mientras exista un control constitucional que abarque mayores espacios que han sido considerados tradicionalmente inmunes de dicho control, mayor es el grado de vigencia de la Constitución. Son los jueces constitucionales, entonces, los que marcarán una presencia decisiva para hacer efectivo la realización plena de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. El control de las omisiones normativas es un avance en esta materia y contribuye a ello.



Capítulo I

La supremacía de la Constitución: Tránsito del control positivo a la omisión legislativa

1. La fuerza normativa de la Constitución

No parece infructuoso que desde el inicio del presente trabajo se pretenda volver sobre un tema que ha sido bastante estudiado como lo es el reconocimiento de la Constitución como una verdadera norma jurídica; la norma superior del ordenamiento jurídico. Por el contrario, creo que es oportuno tratarlo sucintamente a fin de canalizar su estudio a la figura de la inconstitucionalidad por omisión; medio de control constitucional reconocido por vez primera en nuestra Constitución de 2008 con competencia de la Corte Constitucional.

Cuando nos referimos a que la Constitución es una norma tenemos que relacionarlo con su aplicabilidad de manera directa; esto es, el descartar aquella teoría por la cual se manifestaba la inoperatividad de la Constitución si no existía una ley que desarrolle las normas constitucionales; lo cual, hoy en día es insostenible. Si la Constitución es una norma puede ser aplicada de manera directa sin necesidad del pretendido “desarrollo” legislativo; “la obligatoriedad y la aplicabilidad de la constitución suprema –que es derecho con fuerza normativa- no tolera el postulado según el cual la legislación debe necesariamente actuar como intermediaria para que las normas de la constitución se hagan exigibles”.¹

Ahora, la aplicabilidad de las normas constitucionales no se la realiza mediante la subsunción de un supuesto de hecho al supuesto abstracto de la norma como ocurre con la ley, debido a que en las normas constitucionales subyacen principios y valores que necesitan del intérprete constitucional para

¹ Germán Bidart Campos, “La fuerza normativa de la constitución”, en: Maximiliano Toricelli Coord., *El amparo constitucional perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, p. 3



“tomar posición” o “reaccionar” ante el caso concreto, no obstante que en la constitución puedan existir también reglas.²

Importa también señalar que la fuerza normativa que tiene la Constitución se la debe entender en su integralidad. Ya no se justifica pues la división entre la parte dogmática de la Constitución y su parte orgánica, pues no tendría sentido que sólo determinada parte de la constitución tiene fuerza normativa y otra no. No obstante, hay que destacar que los derechos fundamentales constituyen, por así decirlo, una función integradora que atraviesan toda la Constitución y son los que informan a todo el andamiaje orgánico en el ámbito de sus competencias. Como lo explica BIDART CAMPOS:

“...En el contenido material de la constitución el sistema de derechos tiene centralidad y mayor valiosidad, y que la parte orgánica o derecho constitucional del poder, sin dejar de compartir la supremacía y la fuerza normativa de la constitución toda, está pensada, diagramada y estructurada con un sentido ministerial o servicial para la persona humana y el bienestar social o bien común público”.³

Todo lo manifestado no implica que el bienestar social se encuentra garantizado por el sólo hecho de que la Constitución lo diga de manera expresa. Las violaciones constitucionales activan precisamente el control constitucional a efecto de lograr la reparación en contra de la arbitrariedad de los poderes constituidos. Sobre esto no escapa la misma realidad social, pues pensar que lo recogido expresamente en las normas constitucionales determina la dinámica social es errado. Por ello, los mecanismos de control también permitirán que la realidad se adecúe a los principios y valores que la Constitución prevé. En

² Sobre la diferencia entre los principios y reglas ver a Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Traducción de Marina Gazcón, Madrid, Trotta, 1995, octava edición, pp. 109-111.

³ Germán Bidart Campos, *Op. Cit.*, p.4



palabras de ZAGREBELSKY, "...ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger".⁴ Y, en este punto, juega un papel importante los mecanismos de defensa que garanticen la supremacía constitucional y su fuerza normativa.

2. Origen del control constitucional sobre la acción legislativa

El problema de garantizar la supremacía de la Constitución como norma, sobre las demás, tiene que ver con el control de constitucionalidad de la ley.⁵ Esta afirmación de JAVIER PEREZ ROYO al parecer responde a una tradición derivada del Estado de legalidad o de Derecho en el que la ley era considerada como la única fuente del derecho e inmune al control judicial. "El Estado de derecho y el principio de legalidad, suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho".⁶

Bajo esta concepción la Constitución no condicionaba la validez las leyes y, por lo mismo, no eran sujetas de control judicial. La actuación del juez se limitaba simplemente a aplicar la ley pero sin posibilidad de cuestionarla o realizar interpretaciones extensivas a la luz de la Constitución.

La supremacía normativa de la Constitución es una creación del constitucionalismo norteamericano.⁷ "La gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento".⁸ El constitucionalismo americano instrumentó así el *judicial review* como una facultad de los jueces de inaplicar las leyes cuando éstas sean contrarias a la Constitución. Esta facultad de los jueces sólo se la podía realizar por vía incidental⁹; esto es, en el curso de un proceso. Si el juez, en

⁴ Gustavo Zagrebelsky, *Op. Cit.*, p. 14

⁵ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2002, p. 100

⁶ Gustavo Zagrebelsky, *Op. Cit.*, p. 24.

⁷ Aquí me he de referir concretamente a la obra de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1985, pp 49-61, 123-134

⁸ *Ibidem.*, p. 53

⁹ Javier Pérez Royo, *Op. Cit.*, p. 160



el conocimiento de un caso concreto, se encontraba con una ley aplicable al caso pero contraria a la Constitución, sólo en esa posibilidad puede plantear la inconstitucionalidad de la ley.

La creación de un órgano único que sea el encargado del control de la constitucionalidad y validez de las leyes es la obra del jurista austriaco HANS Kelsen, reconocida en la Constitución austríaca de 1920, concentrando así en un Tribunal la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley.¹⁰

2.1 El Tribunal Constitucional como “legislador negativo”.

El modelo Kelseniano de control concentrado de constitucionalidad se lo había configurado en Europa confiando la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley a un solo Tribunal. Así se lo diferenciaba del modelo norteamericano quedando los jueces inhabilitados para inaplicar la ley que consideren contraria a la Constitución, debiendo remitirla hasta el Tribunal Constitucional y sea éste órgano quien decida sobre su constitucionalidad.

La distinción que sobresale del modelo de control constitucional creado por Kelsen fue, sobre todo, que el Tribunal Constitucional no juzgaba hechos concretos reservados para los jueces inferiores, sino que se trataba pues de un problema abstracto, suscitado entre la incompatibilidad de una norma abstracta de la ley con otra norma también abstracta de la Constitución; lo cual, no es una función propiamente judicial. Por ello, se dijo que el Tribunal Constitucional actuaba como un legislador negativo, y, mientras éste no se pronuncie sobre su inconstitucionalidad, la ley seguía siendo válida sin que los jueces inferiores tengan la posibilidad de inaplicarla.

En palabras de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA:

“...al vedar cuidadosamente a este Tribunal el enjuiciamiento de supuestos de hecho y casos concretos y limitando su actuación a la descrita función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos

¹⁰ Estos dos modelos –el norteamericano y el austriaco- constituyen lo que se ha denominado “control difuso de constitucionalidad” y “control concentrado de constitucionalidad” respectivamente.



normas igualmente abstractas, evita que el Tribunal entre en apreciaciones de hechos e intereses y en la valoración y la pasión que son inseparables de la decisión de casos concretos, y que en esas apreciaciones y valores pueda enjuiciar las leyes sobre el terreno de la oportunidad, sustituyendo con su juicio el juicio político que sólo al Parlamento pertenece”.¹¹

Esta doctrina del “legislador negativo”, como una función de los Tribunales Constitucionales, fue paradigmática sin duda; no obstante, no configuraba una verdadera supremacía de la Constitución sino un modelo por el cual se garantizaba, por un lado, el evitar un papel más activo de los jueces y, por otro, que la ley no pierda su función con la cual fue concebida. Al respecto, LUIS PRIETO SANCHÍS manifiesta lo siguiente:

“La configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador. Si cabe decirlo así, el sistema norteamericano está diseñado a favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del parlamento ante la actividad libre de los jueces”.¹²

¹¹ Eduardo García de Enterría, *Op. Cit.*, p. 58

¹² Luis Prieto Sanchís, *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*, en: Revista Cathedra, Espíritu del Derecho, Lima, Palestra Editores, 2001, p.140. Sobre las razones políticas por las cuales en Europa se adoptó un modelo concentrado de control constitucional ver a Javier Pérez Royo, *Op. Cit.*, pp. 163-164; Eduardo García de Enterría, *Op. Cit.*, pp. 129-134



2.2 Un cambio de paradigma: Los tribunales como “legisladores positivos”

De la forma en que se lo haya concebido el modelo de control constitucional kelseniano, no cabe duda que el papel que actualmente desempeñan los tribunales constitucionales en un Estado ha sido determinante. Actualmente su actividad, sin prescindir del análisis jurídico, no se limita a la de ser un “legislador negativo”, esto es, expulsando del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional. Los criterios que se versan le atribuyen funciones que sobrepasan de lo eminentemente jurisdiccional a lo político.

Los jueces han sido tradicionalmente “la boca de la ley”. Únicamente se limitaban a su aplicación. Hoy, sin embargo, su rol pretende ser más activo capaz de poder limitar la discrecionalidad legislativa ya sea en la producción de normas o por su omisión. Y ello deviene por cuanto la Constitución ha de ser considerada verdaderamente como norma suprema del ordenamiento jurídico, cuyos principios y valores han de informar la labor legislativa obligando al órgano legislativo a aplicar y cumplir con las normas y principios constitucionales cuya inobservancia justifican el control constitucional.

El peso de la tradición positivista nos hace repudiar las ideas anteriores por las cuales los jueces, amparados en los principios y valores de la Constitución, pudieran colmar jurisprudencialmente vacíos normativos y crear derecho. No obstante, como se manifestó anteriormente, la aplicación de la Constitución obedece a una interpretación distinta de la mecánica con la que generalmente se aplica la ley precisamente por la estructura de sus normas contenidas en principios y no en reglas que permiten interpretar la realidad. Por ello, bajo la lógica del positivismo, los jueces que interpretan la realidad a través de principios y no de las reglas predeterminadas no estarían realizando labor judicial alguna sino una gestión política.¹³

El papel de los jueces precisamente tiene sentido decisivo en la realidad política. ¿Cuántas veces se han observado normas legales u otras de menor jerarquía que no guardan relación con la realidad? La realidad es algo que no

¹³ Sobre los principios constitucionales y política ver a Gustavo Zagrebelsky, *Op. Cit.*, pp. 111-114



puede permanecer ajeno a los operadores de justicia y que no puede esperar indefinidamente a que los parlamentos actúen; aquello puede estar en detrimento de principios constitucionales que informan la realidad.

En palabras de ZAGREBELSKY:

“...La realidad al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla –como razona el positivismo jurídico–, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de ‘tomas de posición’ jurídicas conforme con él [...] El ‘ser’ iluminado por el principio aún no contiene en sí el ‘deber ser’, la regla, pero sí indica al menos la dirección en el que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio...”.¹⁴

La posibilidad de que los jueces constitucionales a través de sus sentencias e interpretación constitucional puedan generar derecho es una realidad. La experiencia en el derecho comparado nos muestra cómo a través de técnicas de modulación de las sentencias han ido colmando vacíos normativos lo que ha hecho que sean considerados como “legisladores positivos”. Sobre esto se volverá más adelante.

3. La supremacía de la Constitución y el control de las omisiones legislativas.

Los intentos de control constitucional en el Ecuador desde 1830 han sido muy dispersos. Las distintas constituciones que hemos tenido han atribuido a órganos de distinta naturaleza, como el Consejo de Estado o el Tribunal de

¹⁴ *Ibidem.*, p. 118



Garantías Constitucionales, tibias competencias de control constitucional, compartidas en unos casos con la Corte Suprema de Justicia, pero siendo el intérprete final de la Constitución el órgano legislativo.¹⁵

Son las reformas de los años 1995 y 1996 las que fortalecieron al órgano de control constitucional otorgándole amplias competencias como conocer la inconstitucionalidad de las leyes y de otras normas jurídicas y de actos administrativos de autoridad pública, dirimir conflictos de competencia, conocer en apelación los recursos de amparo, hábeas data y hábeas corpus. Posteriormente, la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 reestructuró las reformas de 1996 consolidando la evolución de control constitucional en un modelo mixto.¹⁶

La Constitución de 2008 en materia de control constitucional continúa con la aludida evolución y otorga a la Corte Constitucional competencias novedosas. El control de las omisiones legislativas es una de ellas; lo cual, implica que un eventual detrimento a la supremacía constitucional y su fuerza normativa no puede acontecer únicamente mediante la producción del órgano legislativo –la ley- sino también cuando éste omite sus deberes constitucionales.

BIDART CAMPOS manifiesta que:

“...estamos habituados a suponer que la constitución tiene como eje un conjunto de prohibiciones y de impedimentos que, si se trasgreden, originan violación inconstitucional [...] pero también hay que descubrir (y a esto estamos menos habituados) que la constitución manda y ordena a hacer muchas cosas [...] y acá se encuadra la posible violación de la constitución cuando no se hace lo que ella manda, tanto si está claramente establecido cuándo y en qué tiempo hay que hacerlo...”.¹⁷

¹⁵ Sobre la evolución del control constitucional en el Ecuador, ver a Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 31-69

¹⁶ La Constitución de 1998 adoptó en modelo de control de constitucionalidad concentrado en el Tribunal Constitucional, pero a su vez los jueces ordinarios tenían la facultad de inaplicar normas contrarias a la Constitución adoptando así el modelo de control de constitucionalidad difuso y, por ello, un sistema mixto.

¹⁷ Germán Bidart Campos, *Op. Cit.*, p. 7



Subyace en el control de las omisiones legislativas todo lo que se ha venido manifestando en el presente capítulo: Un rol de la Corte Constitucional más activo en defensa de la Constitución como la norma verdaderamente suprema, con posibilidad de juzgar aspectos sociales y no sólo declarar la inconstitucionalidad de la acción del legislador. “La defensa de la Constitución no sólo comporta una legislación negativa que le diga al legislador sólo aquello que no puede hacer, sino que reclama también una legislación positiva capaz de suplir, complementar o corregir al Parlamento en la tarea de hacer realidad el programa constitucional¹⁸”.

Nuestra Constitución ha reconocido expresamente esta figura en su Art. 436 de la siguiente manera:

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.

4. Justicia constitucional y democracia

Conviene finalizar el presente capítulo con un tema no poco controvertido y que tiene que ver con una de las mayores objeciones que se han hecho sobre la legitimidad de la justicia constitucional;¹⁹ esto es, su origen no democrático.

Aunque el tema podría parecer agotado debido a que la mayoría de países cuentan hoy en día con una justicia constitucional, la tensión que existe con la democracia sigue latente. Precisamente, si la discusión se centraba en encontrar un fundamento válido para que jueces constitucionales puedan invalidar una ley sin ser representantes elegidos por el pueblo no debe causar sorpresa si el

¹⁸ Luis Prieto Sanchis, *Op. Cit.*, p. 150

¹⁹ Sobre las objeciones a la legitimidad de la justicia constitucional ver a Eduardo García de Enterría, *Op. Cit.*, pp. 157-196.



cuestionamiento subsiste desde la misma perspectiva, pero esta vez a una Corte Constitucional que, a través de sus sentencias, pueda ir aún más lejos que el expulsar una ley del ordenamiento jurídico.

La pregunta planteada en su momento fue la siguiente: ¿Cómo un órgano de naturaleza jurisdiccional y sin origen democrático puede invalidar una ley o actos emanados por representantes de la población? Y, más aún, podría replantearse así: ¿Qué es lo que le permite a los jueces constitucionales colmar la inactividad u omisiones de éstos órganos representantes de la soberanía popular?

Según lo afirma LUIS FERNANDO TORRES la democracia se mueve entre dos extremos: uno mínimo y otro máximo. Los objetivos de la democracia mínima “no van más allá de la lucha electoral, del mandato popular, de la defensa de las libertades negativas y de los procedimientos”.²⁰

Es obvio que en sociedades pluralistas las demandas sociales no pueden agotarse con la noción de la democracia mínima a la que el autor se refiere, por ello, según lo afirma, es discutible que la justicia constitucional se limite únicamente a garantizar la aplicación de las reglas de juego, de arbitrar las disputas de los órganos de poder y custodiar las libertades negativas por cuanto existen sujetos de derechos económicos y sociales.²¹

Se ha diferenciado también entre la democracia formal o procedimental de la democracia sustancial. La justicia constitucional ha encontrado su espacio en la crisis de la democracia procedimental y, a su vez, el ideal de una democracia sustancial ha encontrado su asidero en la justicia constitucional determinada por los derechos fundamentales.

CLAUDIA ESCOBAR GARCIA, al exponer el modelo del constitucionalismo contemporáneo, manifiesta:

“Por un lado, el modelo plebiscitario supone que la legitimidad de las decisiones depende de que expresen los intereses, deseos y necesidades

²⁰ Luis Fernando Torres, *Legitimidad de la justicia constitucional*, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003, p. 11.

²¹ Afirma el autor que la noción de democracia mínima es protegida por el constitucionalismo clásico en el Estado de Derecho mientras que la noción de democracia máxima se la consagra en el Estado Social de Derecho. *Ibidem.*, p. 14



de la mayoría, independientemente de su contenido; entretanto, para el constitucionalismo contemporáneo la legitimidad viene a depender del respeto de los contenidos mínimos fijados por las Constituciones Políticas. Mientras en un caso el fundamento del sistema radica en la voluntad popular, en el otro radica en el respeto de la supremacía de la Constitución.

Como consecuencia de ello, mientras el modelo 'plebiscitario' hace énfasis en los procedimientos que garantizan la expresión de la voluntad de las mayorías, el modelo 'constitucionalista' hace énfasis en el contenido mínimo al que se debe sujetar cualquier sistema político-jurídico. Es por este motivo que se habla de 'democracias sustanciales', en oposición a 'democracias formales o procedimentales'.²²

¿Es posible que la representación política se agotara en el *procedimiento* democrático hasta el punto de cuestionar a los órganos legislativo y ejecutivo por su insuficiencia en receptar las demandas sociales y, a su vez, la justicia constitucional pueda condicionar la producción jurídica o política?

JUAN PABLO MORALES VITERI, al explicar el modelo garantista al sistema de legalidad, manifiesta lo siguiente:

“La influencia de este cambio de paradigma se traduce en el ámbito político en una afectación a la concepción de la democracia, pues el imperio de los derechos fundamentales implica el paso de una democracia formal a una democracia sustancial que la complementa y que tiene un efecto directo en la correlación de fuerzas entre los poderes del estado, sobre todo entre legislativo y judicial”.²³

²² Claudia Escobar García, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría edit., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, V&M Gráficas, 2008, p. 220.

²³ Juan Pablo Morales Viteri, “Democracia Sustancial: Sus elementos y conflicto en la práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría edit., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, V&M Gráficas, 2008, p. 89.



La justicia constitucional respondería, a criterio de los autores citados, a una verdadera materialización de los derechos fundamentales que no han sido capaces de hacer eco en los poderes constituidos de representación popular. O como lo dice LUIS FERNANDO TORRES: “Mientras la estructura del poder casi no ha evolucionado, el campo de los derechos fundamentales ha crecido notablemente. El acercamiento de la justicia constitucional al espacio de los derechos humanos le ha permitido adquirir una legitimidad propia. Y allí, en ese espacio, viene edificando su razón de ser”.²⁴

Todo esto justificaría la afluencia de los Tribunales Constitucionales en la mayoría de países que cuentan con la denominada justicia constitucional. En unos casos ubicados dentro de la función judicial en otros como órganos autónomos de las funciones del Estado. No obstante, nada de lo expresado aquí resulta ser absoluto. El futuro del constitucionalismo es incierto. Tal vez en un futuro los tribunales constitucionales se encuentren ubicados, para salvar su origen no democrático, dentro del mismo órgano legislativo. Quizá no. Lo cierto es que actualmente cumplen un papel determinante en las sociedades como guardianes de la Constitución permitiendo que la realidad política se vaya incorporando en el contenido íntegro de sus normas, principios y valores y, sobre todo, controlando a los poderes constituidos como lo es el parlamento. Dicho esto, conviene, por lo tanto, entrar al análisis del modelo de control constitucional de las omisiones legislativas.

²⁴ Luis Fernando Torres, *Op. Cit.*, p. 14



Capítulo II

La inconstitucionalidad por omisión: Aspectos teóricos-doctrinarios

1. Los deberes constitucionales de los poderes constituidos.

Se había manifestado que la Constitución solía ser dividida teóricamente en dos partes: La dogmática y la orgánica. En su parte dogmática se reconocía la vigencia de los derechos fundamentales y las garantías tendientes a reparar sus violaciones. En la parte orgánica se establecían las competencias y los límites del poder político. Sobre esta diferencia también se manifestaba que la aplicación directa de la Constitución sólo podía materializarse sobre su parte dogmática.

La división teórica anterior no encuentra sustento en la actualidad. La interpretación integral de la Constitución considerada como un todo armónico desvanece aquel razonamiento, pues si la Constitución es una norma debe ser aplicada también en aquella parte denominada por teóricos orgánica. En este sentido, existen deberes que el constituyente ha querido que los poderes constituidos los materialice a efectos de su realización plena. La inobservancia de los deberes constitucionales impuestos a los poderes constituidos podría afectar a la Constitución en su fuerza normativa y supremacía.

GERARDO ETO CRUZ manifiesta que “en el campo del derecho, la desobediencia no sólo se da por vía de hechos; como dar una ley contraria a un mandato expreso o tácito de la Constitución o contradecir algún principio o valor fundamental; sino cuando se omite, o sea, se desobedece el código político que establece una pauta de comportamiento del poder constituido”.²⁵

En este sentido se habla de una soberanía del poder constituyente²⁶ la cual puede verse transgredida no sólo cuando el poder constituido actúa (v.gr., la expedición de una ley, un reglamento, un decreto, una sentencia etc.) sino cuando se omite el deber impuesto constitucionalmente. No queda pues a merced de los poderes constituidos el sobrepasar el límite que el poder constituyente le ha impuesto. “De este modo la Constitución no sólo indica límites a la configuración

²⁵ Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: La inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 810

²⁶ Javier Tajadura Tejada, “Reflexiones en torno a una figura polémica: La inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 824.



legislativa de las relaciones sociales, sino que demanda determinada actividad normativa al poder constituido para que dé operatividad al modelo constitucional preconcebido por el constituyente”.²⁷

Las normas constitucionales que imponen estos deberes han sido también objeto de análisis teóricos respecto a su estructura. GERARDO ETO CRUZ, concretizando su análisis a las omisiones del órgano legislativo, manifiesta lo siguiente: “La doctrina coincide en que la omisión legislativa está vinculada fundamentalmente a la estructura y naturaleza de determinadas normas o cláusulas constitucionales”.²⁸ Por su parte, JESUS CASAL señala que ciertas normas constitucionales contienen “mandatos” de legislar y realiza una distinción entre mandatos “concretos” y deberes “generales” de legislar. La diferencia radicaría, a criterio de este autor, entre la imposición constitucional de las primeras y la libertad normativa del poder constituido en las segundas. Expresamente señala:

“La referencia a un *mandato* constitucional de legislar implica que el legislador carece de libertad en cuanto a la determinación de la necesidad del desarrollo legislativo, pues el mandato entraña una orden o exigencia relativa a la aprobación de una norma. [...] Esta remisión a la ley no cumple sólo la función propia de la reserva legal, cual es habilitar exclusivamente al legislador para regular esta materia, sino que además comporta una orden de proceder en tal sentido. [...] En cambio, a menudo la Constitución remite al legislador la regulación de una materia sin imponerle el deber de hacerlo, por lo que no cabría hablar de mandato”.²⁹

²⁷ Diego Andrés Parra, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: Perspectivas del problema”, en: Ernesto Albán Gómez edit., *Revista de Derecho Foro: Reflexiones sobre la constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, p. 65.

²⁸ Gerardo Eto Cruz, *Op.Cit.*, p. 812

²⁹ Jesús M. Casal H., “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas”, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung editit, Montevideo, 2003, p. 53.



En relación con la estructura de éstas normas, BISCARETTI DE RUFFIA³⁰ las clasifica de acuerdo a un contenido temporal que condicionaría su exigencia, a su contenido explícito o a su contenido implícito. El autor manifiesta lo siguiente:

“Debe observarse que respecto a las normas constitucionales el legislador ordinario deber (sic) emanar para dar plena ejecución a la Constitución. Tales normas en efecto: a. A veces son requeridas directamente por aquella, que establece un término máximo de emanación. b. Otras son exigidas de modo explícito, y sin fijación de términos. c. Otras son, genéricas e implícitamente, requeridas por los artículos programáticos de la Constitución”.

Son estas normas constitucionales, las que contienen deberes impuestos por el constituyente hacia los poderes constituidos, las que eventualmente configurarían una posible inconstitucionalidad por su inobservancia u omisión, pues, al ser imperativos, no puede quedar al arbitrio de estos últimos su cumplimiento. Como lo dice JUAN CARLOS MORÓN URBINA, refiriéndose a la omisión legislativa, “...el constituyente ha querido que exista una determinada realidad en el ordenamiento y le encomienda su concreción de su modo de existencia al legislador”.³¹

2. Sentido general de la inconstitucionalidad por omisión

La figura de la inconstitucionalidad por omisión puede ser concebida desde dos enfoques: uno restringido y otro amplio.³² El enfoque restringido considera que la inconstitucionalidad por omisión se produce únicamente por la inacción de la función legislativa al omitir dictar la norma que la Constitución le obliga. Desde este enfoque, entonces, sólo el órgano legislativo sería sujeto de control constitucional por omisión.

³⁰ Citado por Juan Carlos Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, en: *Revista peruana de derecho constitucional*, Lima, 1999, p. 455

³¹ *Ibidem*, p. 467

³² Iván Castro Patiño, *Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión*, www.revistajuridicaonline.com. Acceso: 04 de marzo de 2010



El enfoque amplio, por el contrario, considera que la inconstitucionalidad por omisión no sólo puede producirse por la inercia de los deberes del legislador sino también cuando en ello incurren otros órganos del poder público y funcionarios públicos. “Se vincula a la inconstitucionalidad por omisión con el genérico incumplimiento de una obligación impuesta por la norma constitucional, sea cual fuere el poder constituido transgresor”.³³

Nuestra Constitución prevé la figura de la inconstitucionalidad por omisión en un sentido amplio. En efecto, en su Art. 436 numeral 10 establece como atribución de la Corte Constitucional 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. Es decir, no restringe únicamente al órgano legislativo como sujeto de control por omisión.

Ahora bien, se debe aclarar desde un principio que la obligación contenida en un mandato constitucional, y que fuere omitida, debe ser de carácter *normativo u organizativo*, debido a que existen otras garantías previstas en la Constitución (v.gr. la acción de protección o la acción de incumplimiento) concebidas también para controlar omisiones y de las cuales se las debe diferenciar. Sobre esto se volverá en el capítulo III. Por ahora conviene establecer una tipología sobre los poderes constituidos que pueden incurrir en inconstitucionalidad por omisión.

2.1 Omisiones de los organismos que comprenden el sector público.

El Art. 436 numeral 10 de nuestra Constitución no establece distinción alguna de cuáles son las instituciones que pueden incurrir en inconstitucionalidad por omisión. La generalidad de la norma constitucional se refiere incluso a cualquier autoridad pública.

Bien podría entenderse, entonces, que son sujetos de control constitucional por omisión cualquier institución a las que se refiere el Art. 225 de la Constitución, sin embargo, con una correcta interpretación de la norma se observa que no todo órgano ni autoridad del poder público incurrirían en este vicio de

³³ *Ibidem.*



constitucionalidad, debido a que son las mismas normas constitucionales (aquellas que imponen deberes a los poderes constituidos) las que se refieren explícita o implícitamente al órgano o autoridad que le corresponde acatar la obligación. En efecto, si El Art. 225 de la Constitución establece que el sector público se encuentra comprendido por los organismos *creados por ley* para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas (numeral 3), y también por aquellas personas jurídicas *creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados* para la prestación de servicios públicos (numeral 4), no podría considerarse que la Constitución impone deberes normativos a organismos que no han nacido a la vida jurídica por que su existencia depende precisamente de un acto normativo infraconstitucional.

Distinto es el enfoque de los organismos a los que se refiere los numerales 1 y 2 del Art. 225, a los cuales la misma Constitución se refiere de manera directa. Ejemplifiquemoslo con algunas normas:

A la función ejecutiva

En el periodo de transición el servicio de defensa penal seguirá a cargo del Ministerio de Justicia, a través de la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, sobre cuya base técnica se organizará la Defensoría Pública, que deberá crearse en el plazo de dos años...” (Disposición transitoria décima); “El Ejecutivo creará una institución superior con el objetivo de fomentar el ejercicio de la docencia y de cargos directivos, administrativos y de apoyo en el sistema nacional de educación...” (Disposición transitoria vigésima); “Dentro del plazo máximo de treinta días a partir de la aprobación de esta Constitución, el Ejecutivo conformará una comisión para realizar una auditoría de las concesiones de las frecuencias de radio y televisión...” (Disposición transitoria vigésimo cuarta); “El Ejecutivo, en el plazo de dos años desde la entrada en vigencia de esta Constitución, revisará la situación de acceso al agua de riego con el fin de reorganizar el otorgamiento de las concesiones, evitar el abuso y las inequidades en las tarifas de uso...” (Disposición transitoria vigesimoséptima).



A la función de transparencia y control social

“El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el plazo de ciento veinte días, contados desde su posesión, preparará el proyecto de ley orgánica que regule su organización y funcionamiento...” (Art. 29 inciso final del régimen de transición).

A la función judicial

“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” (Disposición transitoria novena).

A la función electoral

“El proceso de selección de los dignatarios señalados en estas normas de transición, será organizado y dirigido por el Consejo Nacional Electoral” (Art. 2 del régimen de transición).

“El Consejo Nacional Electoral organizará un sorteo público entre las treinta y uno magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia para escoger las veinte y uno juezas y jueces a quienes se les encargará las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia hasta que se designe a los titulares, con aplicación a los procedimientos establecidos en la Constitución” (Art. 21 inciso segundo del régimen de transición).

Otros organismos

“Dentro del plazo de ciento ochenta días a partir de la aprobación de esta Constitución, se creará la entidad financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, responsable de la administración de sus fondos...” (Disposición transitoria vigésimo tercera).

2.2 Omisiones de la función legislativa

Las obligaciones impuestas al órgano legislativo, ha sido sin duda en donde se ha centrado el análisis mayoritario de la doctrina para explicar la inconstitucionalidad por omisión, y al cual nos hemos de referir en adelante. Para



referirnos a estos deberes debemos advertir, al igual que los otros órganos del sector público, que las normas constitucionales que me permito transcribir son tan solo ejemplificativas y no taxativas.

“La provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial. Su planificación y desarrollo se organizará en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, de conformidad con lo que la ley determine” (Art. 258); En materia de participación en los sectores estratégicos y servicios públicos, la Constitución prevé que “El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley” (Art. 316); “El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley” (Art. 336); “La ley regulará los servicios de asesoría técnica, consultoría y aquellos que involucren fuentes alternativas de ingreso para las universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares” (Art. 357); “Se reconoce la autonomía de las organizaciones deportivas y de la administración de los escenarios deportivos y demás instalaciones destinadas a la práctica del deporte, de acuerdo con la ley” (Art. 382); En relación al sistema de comunicación social la Constitución prevé que “...La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana” (Art. 384). La primera disposición transitoria, además, establece un plazo para que la Asamblea Nacional expida once leyes de manera concreta.

3. La inconstitucionalidad por omisión legislativa

El criterio amplio que nuestra Constitución recoge respecto de la inconstitucionalidad por omisión es sin duda incuestionable en cuanto al ámbito del control constitucional establecido. No obstante, el análisis de las omisiones legislativas ha tenido una mayor acentuación en los distintos estudios que se han realizado sobre el tema. La respuesta a aquello quizá se deba a su rol eminentemente político que se presenta en la producción de leyes, sin que con esto se pretenda afirmar que el ejecutivo no cumpla un rol de la misma naturaleza



en el ejercicio de sus atribuciones ni que los demás órganos del poder público no cumplan funciones de tal trascendencia. “La actividad legislativa ocasional tiene la obligación de proyectar el modelo constitucional decidido con vocación de permanencia mediante la emisión de las disposiciones necesarias para desarrollar suficientemente los principios, derechos, instituciones y, en fin, toda otra decisión por el constituyente consagrada”.³⁴

Aquello implica que la función legislativa no tiene un status de libertad de actuación absoluta, ya que siempre será la Constitución la que determine el ejercicio de sus atribuciones; “las normas constitucionales pueden tener variadas actitudes en relación con el legislador ordinario, limitando su arbitrio legislativo”.³⁵ El control constitucional sobre la función legislativa se presenta entonces de manera *integral* al permitir también sancionar sus omisiones.

Como se había explicado en el capítulo I en la evolución del constitucionalismo el órgano legislativo constituía un espacio inmune al control judicial resultado de una tradición de la ley como única fuente del derecho; sin embargo, su control constitucional sobre la ley nació en Norteamérica a través del control difuso, en tanto que en Europa se lo receptó concentrando en un solo Tribunal la atribución de sancionar leyes con vicios de inconstitucionalidad.

Hoy en día el carácter integral del control constitucional ya no sólo se concibe por la acción legislativa sino también sobre sus omisiones. Veamos brevemente el mecanismo de control constitucional sobre la función legislativa.

3.1 El control por acción

Sin entrar en un análisis particularizado, la inconstitucionalidad por acción legislativa podría definirse como el vicio en que incurre una norma legal cuando de su contenido o interpretación ésta resulta ser contraria a la Constitución. De lo que se trata es que el control se lo ejerce sobre la producción normativa del legislador, actuando el Tribunal o Corte Constitucional, en este caso, como un legislador negativo si la norma es expulsada del ordenamiento jurídico por ser

³⁴ Juan Calos Morón Urbina, *Op. Cit.*, p. 447

³⁵ *Ibidem*, p. 456



contrario a la Constitución u obligando a los poderes constituidos a interpretar la norma en el sentido que el Tribunal o Corte lo establezca bajo advertencia que una interpretación distinta provocaría el vicio de inconstitucionalidad.

3.2 El control por omisión

Es el ejercicio que el máximo órgano de control constitucional ejerce sobre los deberes omitidos por parte del órgano legislativo que generó una situación antijurídica no querida por la Constitución.

Para ampliar aún más la premisa anterior, nos hemos de referir a criterios doctrinarios de los cuales extraeremos algunos elementos que nos permitirán comprender el ejercicio de esta atribución de la Corte Constitucional.

4. Conceptualización de la inconstitucionalidad por omisión

Veamos algunas definiciones doctrinarias a partir de las cuales se establecerán cuáles son los elementos que conforman la inconstitucionalidad por omisión, advirtiendo, sin embargo, que los estudios que sobre esta figura se ha planteado en la doctrina obedecen, más que a conceptualizarla, a identificar el estado del problema de quienes la defienden y de quienes la objetan. Por ahora, me permito tomar tres conceptos doctrinarios a efectos de conocer sus elementos.

IVAN CASTRO PATIÑO nos trae la siguiente definición:

“Inconstitucionalidad por omisión es la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución”.³⁶

³⁶ Iván Castro Patiño, *Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión*, www.revistajuridicaonline.com. Acceso: 04 de marzo de 2010



DIEGO ANDRES PARRA lo define como “aquella que se genera cuando el legislador ordinario no despliega la actividad normativa que la propia Carta Fundamental le exige por lo que incursiona en una actitud renuente o negativa que deja en suspenso indefinidamente la vigencia y eficacia de la norma constitucional”.³⁷

JESUS CASAL señala:

“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 exigía”.³⁸

5. Elementos que configuran la inconstitucionalidad por omisión.

De los conceptos expuestos en el apartado anterior podemos extraer algunos elementos que configurarían la inconstitucionalidad por omisión. Estos son:

5.1 Mandatos constitucionales concretos

Advertimos anteriormente que la estructura de ciertas normas constitucionales fue concebida por el constituyente para imponer mandatos de cumplimiento obligatorio a los poderes constituidos. En el caso que nos ocupa, el mandato concreto tiene que ser el de legislar. Así, la primera disposición transitoria de nuestra Constitución obliga a la Asamblea Nacional a que en el plazo de trescientos sesenta días se aprueben once leyes de manera concreta.

³⁷ Diego Andrés Parra, *Op. Cit.*, p. 63

³⁸ Jesús Casal, *Op. Cit.*, p. 51



Se ha manifestado³⁹ también, a efecto de identificar cuáles son estos mandatos concretos, que la inconstitucionalidad por omisión no se refiere a mandatos abstractos porque es muy difícil considerar si en ellos podría configurarse una inconstitucionalidad por omisión. Por ejemplo, el Art. 3 de la Constitución establece: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes [...] 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”. Nótese como la estructura de éstas normas son diferentes a aquellas que contienen una obligación concreta como las que se ha venido ejemplificando. Sin embargo, la dificultad que se presenta en estas normas no implica que aquéllas no puedan ser también violadas ante la inactividad estatal y se configure una violación constitucional por omisión.

5.2 Inobservancia, desacato o inercia total o parcial por parte del poder constituido o una autoridad pública.

En el caso que amerita el estudio, la omisión legislativa consiste en la inacción por parte del órgano legislativo en expedir la norma con rango de ley, o, una vez expedida, ésta omitió tratar un asunto en concreto que quiebra o viola la Constitución.

Desde el punto de vista amplio se advierte, sin embargo, que la inacción es atribuible a cualquier órgano del poder constituido o autoridad pública.

5.3 El plazo que contiene el mandato constitucional

Con relación a este elemento se debe advertir que los mandatos concretos que contienen plazos expresos dentro de los cuales los poderes constituidos o la autoridad pública debe actuar, nos podría llevar a la conclusión que una vez cumplido el plazo la competencia se perdería.

³⁹ Iván Castro Patiño, *Op. Cit.*



IVAN CASTRO PATIÑO señala: “Cuando el constituyente señala un plazo dentro del cual tiene que desarrollarse una acción que dé cumplimiento a su mandato y los poderes constituidos o funcionarios públicos omiten desarrollarla dentro de ese plazo, no hay discusión: estamos claramente frente a una inconstitucionalidad por omisión”.⁴⁰

Considero que el autor apresura su posición respecto del cumplimiento del plazo; más aún, si lo que se analiza es el plazo que se le concede al órgano legislativo para actuar, en donde la complejidad de los procesos políticos se intensifican cuando el debate no encuentra consenso, lo cual no significa, sin embargo, que el órgano legislativo haya permanecido en inercia. Los plazos pueden vencerse porque el debate democrático se engrandeció, pero no implica necesariamente la desnaturalización del órgano legislativo por omisión. No se pretende decir que los plazos constitucionales no sean importantes; si el constituyente lo estableció precisamente es para que se los cumpla, no obstante, ha de ser la realidad concreta objetiva la que determine si el vencimiento del plazo provoca o no una omisión inconstitucional. El mismo autor reconoce, además, que existen normas con plazos cortos que las denomina “normas utópicas”, lo cual hace que este elemento quede relativizado y no decisivo para hablar de una eventual omisión inconstitucional.

5.4 La violación a la Constitución

Se ha dicho que no toda omisión provoca inconstitucionalidad. En efecto, la omisión tendrá que afectar a la fuerza normativa de la Constitución de tal manera que la postergue y habilite a la Corte Constitucional ejercer sus atribuciones de control. Pero entonces, ¿cómo saber qué omisión es inconstitucional y cuál no?

La reserva legal, por ejemplo, es una atribución discrecional del legislador, a la cual se ha recurrido para explicar que la omisión de esta competencia no provoca vicio de inconstitucionalidad alguno. JUAN CARLOS MORON URBINA respecto de la reserva legal señala que “se trata de una posibilidad permitida por

⁴⁰ *Ibídem.*



la norma constitucional que sólo establece competencias del legislador, atribuyéndole aptitud para hacerlo pero no le impone una conducta”.⁴¹

Otra omisión que no provocaría inconstitucionalidad alguna sería la denominada “situación constitucional imperfecta”⁴² entendida como “la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto” o que no contenga un plazo; pero, esa no realización normativa no es considerada aún como una omisión que provoque inconstitucionalidad debido a que es razonablemente admitida, pero, si dicha situación se prolonga en el tiempo y la negativa de legislar persiste, se configuraría una omisión inconstitucional.

Como se puede observar, entonces, la dificultad que existe en identificar una eventual inconstitucionalidad por omisión es compleja. Sin embargo, la premisa que debe ser tomada en cuenta para identificar en qué casos la omisión provoca la pérdida de la eficacia normativa de la Constitución, la tomamos del autor DIEGO ANDRES PARRA quien, citando a IGNACIO VILLAVERDE, manifiesta:

“Para identificar que silencio es inconstitucional debemos recurrir al elemento normativo que permite su control, es decir, al objeto susceptible de fiscalización, ya que el silencio no se agota en su componente político que es la decisión de no legislar, sino que tiene un elemento normativo que acompaña al político y es este el que interesa como objeto. De esta forma el control constitucional omisivo recae al igual que el control constitucional de la ley en lo que Villaverde denomina ‘la faz normativa del silencio’ consistente en las situaciones o consecuencias jurídicas que dicho silencio conserva o genera. En pocas palabras podemos decir que la infracción constitucional no solo se produce cuando se incumple la obligación expresa y concluyente de legislar, sino cuando el silencio crea una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no la obligación de legislar. Lo que

⁴¹ Juan Carlos Morón Urbina, *Op. Cit.*, p.467

⁴² Francisco Fernández Segado, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en: Víctor Bazán coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, p. 16



debe ser controlado no es el hecho en sí del silencio, sino sus consecuencias normativas”.⁴³

6. Defensa y objeciones sobre la inconstitucionalidad por omisión

La figura objeto de la presente investigación es, sin duda, controversial. En el capítulo I se trató de identificar sucintamente el alcance del problema desde la perspectiva de la tensión que existe entre justicia constitucional y democracia, precisamente porque el control constitucional permite a los jueces sancionar las leyes que son violatorias a la Constitución sin ser representantes elegidos popularmente. De manera sucinta, y sin pretender agotar el tema, se exponen a continuación las objeciones y los argumentos en defensa de la inconstitucionalidad por omisión estudiados por la doctrina.

6.1 Argumentos en defensa de la inconstitucionalidad por omisión

*Permite la realización de los derechos sociales:*⁴⁴ Los derechos denominados sociales exigen una prestación positiva del Estado; se los conocen también como derechos prestacionales. Por ello, un control constitucional que sancione la omisión de legislar sobre materias que tratan sobre los derechos sociales permitiría una oportuna reacción a fin de activar, reglamentariamente, las prestaciones positivas del Estado. Sin embargo es necesario precisar que, si bien éstas prestaciones positivas del Estado necesitan ser particularizadas y contextualizadas normativamente, no por ello se ha de negar la aplicación directa de los derechos sociales por parte de los órganos jurisdiccionales no obstante se haya prescindido de su reglamentación legal. Al respecto, FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO manifiesta lo siguiente:

⁴³ Diego Andrés Parra, *Op. Cit.*, p. 71

⁴⁴ Respecto de este argumento se hace preciso mencionar que ha sido considerado también como un obstáculo para un control judicial de las omisiones legislativas: Jesús Casal manifiesta que “*un primer grupo de argumentos contrarios al control judicial de las omisiones legislativas resalta la imposibilidad o dificultad de articular dicho control en lo que concierne a la capacidad para doblegar una eventual renuencia del legislador a regular alguna materia o a las restricciones económicas que pueden hacer inviables ciertas ‘promesas’ constitucionales*”. *Op. Cit.*, pp. 37-40. En este trabajo lo consideramos como un argumento a favor, debido a que la disponibilidad de recursos económicos del Estado como condicionante para una plena exigibilidad de los derechos sociales no implica que el contenido mínimo del derecho no sea garantizado normativamente.



“[...] De esa primacía en la operatividad real de estos derechos de las medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias promocionales, no debe derivarse que resulte vedado al ciudadano todo tipo de recursos con el fin de hacer frente a aquellas inacciones de los poderes públicos, de resultas de las cuales los derechos que ahora analizamos quedan convertidos *de facto* en meras enteleguias, afirmación *de lege ferenda* verificada con total independencia de los que pueda derivarse de nuestro vigente ordenamiento jurídico[...]”.⁴⁵

Un control integral que garantice la vigencia de los derechos sociales implica también el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión a efecto de instar al legislador a su contextualización reglamentaria. “Las Constituciones han ampliado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y redistribución del bienestar social y económico; en definitiva, las leyes fundamentales han asumido, globalmente consideradas, una función transformadora de la sociedad”.⁴⁶

La supremacía de la Constitución: Como se había manifestado, el control constitucional irrumpe en Norteamérica y se extiende hacia Europa, rompiendo con uno de los mayores paradigmas cual fue la soberanía parlamentaria en el que la ley era considerada como fuente de todo derecho. La supremacía de la Constitución dejará de ser tan sólo retórica para convertirse realmente en la norma suprema que condiciona la validez de todas las leyes en tanto no se opongan a ella.

La figura de la inconstitucionalidad por omisión tiende también a garantizar esa supremacía reflejada particularmente en la voluntad del poder constituyente que impone deberes al legislador cuya inobservancia produce el vicio de inconstitucionalidad; pues, como lo afirma JUAN CARLOS MORON URBINA “si el sistema jurídico prestara otra alternativa expedita que pese a la inacción legislativa

⁴⁵ Francisco Fernández Segado, *Op. Cit.*, p. 10

⁴⁶ *Ibidem*, p. 11



permita eficacia general e indubitable al precepto constitucional, ocasionaría la inutilidad de la construcción del control constitucional ante omisiones inconstitucionales”.⁴⁷

La supremacía de la Constitución y la voluntad constituyente se potencia, entonces, de mejor manera mientras más espacios que fueron considerados inmunes de control queden cubiertos por un integral control constitucional. “...el legislador puede atentar contra esa voluntad constituyente tanto cuando actúa como cuando no lo hace, porque de su inactividad también puede derivarse consecuencias normativas contrarias a la Constitución, especialmente, cuando de dicha omisión se deriva la falta de efectividad real y plena de la norma constitucional”.⁴⁸

La sujeción por parte de la función legislativa a la Constitución: Se ha manifestado que los legisladores tienen libertad para legislar. Sin embargo, los procesos políticos que convergen en su seno no pueden rebosar los límites que la Constitución ha establecido. DIEGO ANDRES PARRA señala:

“El principio de discrecionalidad política en desarrollar las normas constitucionales en el presente caso no es absoluta en razón de que la primera obligación del legislador es cumplir con el mandato constitucional respetando su fuerza normativa. La actividad legislativa debe sujetarse a las necesidades que el constituyente previó en la Carta Política y que las elevó a rango de norma jurídica suprema, ya que su intención es convertir a la Constitución en un instrumento útil para la anticipación y la construcción del futuro”.⁴⁹

El principio de eficiencia constitucional: Según este principio, la Constitución debe tener una eficacia plena que no pueda ser transgredida por los poderes constituidos. En este sentido, la figura de la inconstitucionalidad por omisión potencia el principio en cuanto permite sancionar con vicio de inconstitucionalidad

⁴⁷ Juan Carlos Morón Urbina, *Op. Cit.*, p. 463.

⁴⁸ Diego Andrés Parra, *Op. Cit.*, p 73.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 74.



a los poderes públicos que la transgredan por omisión de un deber constitucional, “de lo contrario carecería de sentido tener una Constitución si los propios actores políticos, en este caso uno de los poderes del Estado, no la cumplen. Sería inaceptable que la función legislativa mantenga una suerte de anarquía normativa frente a la Constitución...”.⁵⁰ “El valor de la eficacia constitucional exige incorporar al sistema, el control a las omisiones constitucionales de las autoridades, y en particular las del legislador”⁵¹

6.2 Objeciones a la inconstitucionalidad por omisión

La inexistencia de una previsión expresa de la figura en la misma Constitución: Este argumento hace relación a que “la mayor parte de los ordenamientos constitucionales vigentes no recogen mecanismos para proceder al control de este tipo de vulneración de la Norma Suprema”.⁵² En el caso ecuatoriano el argumento no tiene razón de ser pues la Constitución de 2008 la recoge de manera expresa en el Art. 436 numeral 10. No obstante, PABLO SARZOSA JÁTIVA ha manifestado que la Constitución ecuatoriana de 1998, aunque no reconocía de manera expresa un control constitucional sobre las omisiones legislativas, a través de una “aproximación dogmática inductiva comparada realizada sobre el derecho positivo constitucional colombiano y peruano, demostraría, por inferencia lógica vía analogía, que el órgano constitucional no requiere de tal precepto”⁵³ por lo que dicho control pudo ser posible. Así, el autor en cita llegó a la conclusión que un control constitucional sobre omisiones legislativas era factible aunque la Constitución de 1998 no haya previsto la figura de manera expresa, por cuanto la omisión legislativa no implica que no exista regulación sino que el efecto normativo que ésta produce deriva en una regulación diversa. En palabras del mismo autor:

⁵⁰ *Ibídem*, p. 74

⁵¹ Juan Carlos Morón Urbina, *Op. Cit.*, p. 460

⁵² Javier Tajadura Tejada, *Op. Cit.*, p. 826

⁵³ Pablo Sarzosa Játiva, *El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas como estrategia hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Quito, Centro de Publicaciones PUCE, 2003, p. 47



“...la teoría constitucional distingue con claridad entre enunciados normativos (textos legales) y normas o proposiciones jurídicas, éstas últimas que se desprenden vía interpretación de estos textos. Así, un enunciado legal puede contener diversas normas, mientras que una norma puede estar contenida en diversos textos o incluso en ausencia del texto. [...] Bajo esta aclaración teórica, podemos decir, sin temor de equivocarnos, que el control constitucional versa efectivamente sobre normas y no sobre textos normativos, con lo cual queda claro que el ‘no hacer’ del legislador, que puede vulnerar derechos fundamentales como omisión legislativa, sí podría ser objeto de control constitucional, en tanto esta omisión legislativa no implica vacío de regulación sino una regulación diversa.

Justamente, la inactividad del legislador en un tema concreto que requiera de concreción constitucional, no implica que la materia deje de estar regulada, sino que su regulación es distinta a la que existiría de haber sido expedida la correspondiente legislación, siendo la conclusión obvia: ‘las omisiones legislativas absolutas tienen efecto normativo, pues la ausencia del texto legal produce normas’...”.⁵⁴

Acogiendo esta posición se observa entonces que la objeción para no reconocer la figura de la inconstitucionalidad por omisión por falta de previsión en el ordenamiento constitucional pierde peso frente a soluciones jurisprudenciales y doctrinarias que interpreten el alcance que tiene un control constitucional aunque no se haya previsto positivamente determinado control.

La violación al principio de la separación de poderes: Esta objeción tiene mucha relación con la tensión entre justicia constitucional y democracia, pues, aparentemente, se trataría de una invasión de competencias a la función legislativa por parte de un órgano de naturaleza jurisdiccional; “...se ha señalado que atentaría contra la libertad de configuración normativa o discrecionalidad del

⁵⁴ *Ibídem*, pp.50-51



legislador, el cual debe conservar la facultad de determinar el momento en que ha de ser desarrollado un precepto constitucional”.⁵⁵

No puede considerarse que el control constitucional atentaría contra el principio de separación de poderes; por el contrario, el papel que la justicia constitucional despliega en el Estado es resguardar la vigencia y supremacía de la Constitución y reacciona ante cualquier forma que amenace su violación. Si la omisión legislativa es una posibilidad real que atente contra su vigencia, debe ser sujeta de control constitucional en resguardo de la Constitución y no por considerarse una invasión de competencias.

La libertad del legislador en la conformación de las leyes: Como advierte JAVIER TAJADURA TEJADA “la legislación no es en modo alguno mera ejecución de la Constitución”.⁵⁶ Me refiero a ello porque en base al argumento de que el legislador posee libertad para la configuración de las leyes, no por ello significa que pueda sobrepasar los límites que el constituyente le impuso. No se niega el carácter político del órgano legislativo, pero la libertad que tienen para receptar las demandas sociales no implica desbordar los límites constitucionales, y ello se ha de entender también cuando con su omisión transgrede la voluntad constituyente. “Es preciso aceptar desde un principio que la Constitución es obra de un poder constituyente, y que todos los demás poderes son constituidos, es decir, sometidos a sus postulados”.⁵⁷

La vulneración al principio de reserva legal: La reserva legal es un principio por el cual sólo por ley pueden adoptarse determinadas regulaciones. En este sentido correspondería únicamente al legislador, y solo a él, la regulación de determinadas materias que la misma Constitución le asigna. Sobre ello, se ha manifestado por ejemplo que cuando en una norma con rango de ley existen lagunas jurídicas (aspectos particulares no regulados pero que una realidad determinada se presenta) los jueces no podrían colmar dichos vacíos porque precisamente la materia se encuentra reservada para ser regulada por la ley y no

⁵⁵ Jesús Casal, *Op. Cit.*, p. 40

⁵⁶ Javier Tajadura Tejada, *Op. Cit.*, p.827

⁵⁷ Diego Andrés Parra, *Op. Cit.*, p. 78



por los jueces. Sin embargo esto ha sido superado recurriendo a situaciones análogas o a los principios generales del derecho.

El principio de la reserva legal aplicado a la inconstitucionalidad por omisión implicaría que cuando el legislador omite regular materias reservadas a la ley, los jueces constitucionales no podrían sancionar éstas omisiones a través de sus sentencias porque no actuarían con sujeción a la ley, sino, en ausencia de ella, pues estarían aplicando criterios jurídicos en una materia carente de regulación.

No parece que la cuestión sea tan drástica. La reserva legal permite al órgano legislativo precisamente particularizar una realidad, pero no realizarla implica tener una “laguna de legislación”. Por lo tanto, la posibilidad de que los jueces puedan interpretar la Constitución y tutelar aquellas situaciones omisivas violatorias de sus preceptos, para nada contradice el principio de la reserva legal. Como nos explica JESUS CASAL, el *quid* de la cuestión está en “la facultad de los tribunales para colmar una laguna de legislación –que de acuerdo con la Constitución no debería existir-, ante la necesidad de resolver un caso respecto del cual la Constitución sólo establece algunos parámetros de solución, sin descender a todos los detalles, cuya determinación ha sido encomendada al legislador”.⁵⁸ Es decir, que la reserva legal no es violada por los jueces cuando a través de una interpretación constitucional establecen ciertos parámetros de solución a determinada situación omisiva que generó un vicio de inconstitucionalidad, pero que no descende a las particularidades reservadas para que el legislador las contextualice.

El papel de los tribunales constitucionales no puede trascender más allá de ser legisladores negativos: Esta objeción evoca al sistema kelseniano que brevemente lo advertimos en el capítulo I, e implica que el control de los tribunales constitucionales se lo realiza únicamente sobre los textos positivos y que tiene como finalidad el depurar aquel ordenamiento contrario a la Constitución. De allí la ficción de legisladores negativos.

Esta doctrina ha encontrado también sus detractores atribuyendo a los tribunales constitucionales un papel más activo. Se dice incluso, que asumen el

⁵⁸ Jesús Casal, *Op. Cit.*, p. 45



papel de legisladores positivos cuando a través de sus sentencias van mucho más allá que expulsar una norma del ordenamiento jurídico. Sobre esto se volverá más adelante. Sin embargo, lo que necesita ser aclarado es que los argumentos en contra de la inconstitucionalidad por omisión al atribuirle al tribunal constitucional un carácter de legislador negativo, no es un impedimento para ejercer un control sobre las omisiones legislativas porque su naturaleza, por sobre todo, es resguardar la supremacía y eficacia de la Constitución. Como dice DIEGO ANDRES PARRA, los tribunales constitucionales no persiguen “formar parte del proceso de creación del derecho mediante la regulación jurídica de una realidad social específica, sino encontrar el medio procesal más efectivo y razonable para proteger la vigencia de la Constitución”.⁵⁹

La estructura de normas constitucionales programáticas: Esta es una de las objeciones que ya no encuentran sustento al haber reconocido a la Constitución toda como una norma jurídica y, por ello, de aplicación directa. Las normas programáticas fueron concebidas en la teoría sin exigibilidad alguna de aplicación mientras no exista una ley que las “desarrolle”. La Constitución es una norma de aplicación directa; por lo tanto, las normas de las cuales podría configurarse una eventual omisión inconstitucional no implica que sean programáticas, sino, como se manifestó, son mandatos concretos obligatorios a los poderes constituidos; esa misma obligatoriedad nos informan que su aplicación es un deber de los órganos constituidos y no carente de exigibilidad como preconizaba la doctrina de las normas programáticas.

Factores extrajurídicos: Se refiere a que no sería posible ejercer un control sobre las omisiones legislativas por diversos factores como el político, económico sociológico etc. BIDART CAMPOS por ejemplo se refiere a que pueden existir normas constitucionales que imponen al Estado prestaciones positivas en materia de derechos de la salud, la seguridad social, educación etc., que requieren la creación de organismos. A estos factores los denomina como el “impedimento fáctico” con el cual tropiezan los jueces, no solo para controlar las omisiones

⁵⁹ Diego Andrés Parra, *Op. Cit.*, p. 77



legislativas “sino todas las infraestructuras materiales indispensables para la efectividad del derecho de que se trate”.⁶⁰

Ya habíamos advertido⁶¹ que la protección de los derechos sociales podría ser considerada un impedimento para aceptar la figura de la inconstitucionalidad por omisión, sin embargo, la obligación del Estado no puede ser evadida al presentarse factores socioeconómicos adversos; corresponde al Estado agotar todos sus esfuerzos tendientes a garantizar el contenido mínimo del derecho que se trate.

7. Los mecanismos de control constitucional de las omisiones legislativas

Una vez que se ha identificado que las omisiones legislativas podrían en determinado momento afectar la fuerza normativa y supremacía de la Constitución, resta por analizar cuáles son los mecanismos que permiten ejercer un control efectivo sobre dichas omisiones. Se establecerá entonces los mecanismos que doctrinariamente se han esbozado para un efectivo control de las omisiones, y en el capítulo III se analizará por cuál de ellos optó el constituyente ecuatoriano.

La doctrina manifiesta que la acción de inconstitucionalidad por omisión no es la única que permitiría lograr el control sobre las situaciones de inconstitucionalidad creadas como consecuencia de la inercia del legislador. Veamos algunos criterios doctrinarios sobre el tema.

7.1 Los mecanismos de control según JESUS CASAL

Este autor manifiesta que las omisiones legislativas pueden ser controladas mediante instrumentos jurídicos generales tales como: la aplicación directa de la Constitución; la jurisdicción normativa; el control de constitucionalidad de las leyes y el recurso de interpretación constitucional.⁶²

⁶⁰ Germán Bidart Campos, *Op. Cit.*, p. 14

⁶¹ Supra, Nota al pie N° 44

⁶² Jesús Casal, *Op. Cit.*, pp 63 -76



7.1.1 La aplicación directa de la Constitución.

Con la aplicación directa de la Constitución la omisión legislativa podría dejar de producir sus efectos. JOSE JULIO FERNANDEZ RODRIGUEZ nos trae dos ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español de aplicación directa de derechos fundamentales para declarar un vicio de inconstitucionalidad por omisión.⁶³

El primero se refiere al derecho de objeción de conciencia. El mandato constitucional español obligaba al legislador a regular sobre las causas de suspensión provisional de la incorporación a filas. La falta de regulación no podía afectar un derecho constitucional. En palabras del autor:

“El Tribunal consideró que el derecho fundamental a la objeción de conciencia suponía un encargo al legislador, por lo que sobre este pesaba la obligación de llevar a cabo su desarrollo para dotarle de un mayor grado de garantía y, por ende, de eficacia. Mientras semejante desarrollo no se produjese el derecho a la objeción de conciencia no podía permanecer negado por lo que aprovechó el carácter de *inmediatamente aplicable* de que goza, aunque sea de un contenido mínimo, para introducir la objeción de conciencia como causa de suspensión provisional de la incorporación a filas”⁶⁴ (Lo resaltado me pertenece).

El otro ejemplo que nos trae el autor de aplicación directa de la Constitución a efectos de ejercer un control sobre las omisiones legislativas, se relaciona con la televisión por cable. Según el autor, existe una dicotomía en cuanto a la televisión, pues, es considerada como un servicio público lo que determina una concesión o autorización administrativa a los particulares; autorización que no excluye los derechos subjetivos de éste particular. Precisamente, al no existir una legislación

⁶³ José Julio Fernández Rodríguez, “La jurisprudencia del tribunal constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, en: Víctor Bazán coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 138-144

⁶⁴ *Ibidem*, p. 139



que regule la actividad de televisión por cable “la situación inicial del particular frente a ella es de libertad”.⁶⁵

La situación fue la siguiente: La demora del legislador español para regular sobre la gestión indirecta de la televisión local por cable afectó al ejercicio del derecho fundamental de libertad de comunicación en su manifestación de emisiones televisivas, aplicándola de manera directa.

7.1.2 La jurisdicción normativa

El autor explica que la jurisdicción normativa es una “jurisprudencia que tendría el valor de norma jurídica en tanto regulatoria de relaciones o situaciones jurídicas aún no abordadas por el legislador, aunque ostentaría carácter transitorio”.⁶⁶ En este sentido cubre vacíos normativos relacionados con los silencios legislativos por lo que el Tribunal crearía normas. El ejemplo que nos trae el mismo autor es un caso de la Sala Constitucional del máximo Tribunal venezolano que al analizar el contenido del Art. 336 numeral 10 de la Constitución venezolana que disponía la promulgación de una ley orgánica para ejercer la facultad de revisión de sentencias; aunque la ley no había sido aún expedida, se pronunció manifestando que la Sala podía revisar las sentencias de amparo expedidas por los Tribunales de Segunda instancia amparado precisamente en el Art. 336 numeral 10. Es decir, reconoció la existencia de una omisión legislativa y procedió a colmarla.

7.1.3 El control de constitucionalidad de las leyes

El autor se refiere de manera concreta a la denominada “cuestión de inconstitucionalidad” o lo que nosotros denominamos control difuso. Es decir, la posibilidad que los jueces ordinarios, en el asunto concreto que conocen, inapliquen una norma legal que la considere inconstitucional o la eleven a consulta al máximo órgano de control. Este control difuso podría identificar que la ley aplicable al caso otorga beneficios pero excluye de manera discriminatoria a otras

⁶⁵ *Ibidem*, p. 140

⁶⁶ Jesús Casal, *Op. Cit.*, p. 69



personas. En este sentido el control difuso de constitucionalidad puede identificar silencios del legislador.

7.1.4 El recurso de interpretación constitucional

El recurso de interpretación constitucional “serviría para determinar el alcance de los preceptos constitucionales que reclaman desarrollo legislativo, con lo cual se aseguraría su aplicabilidad ordenada hasta la intervención del legislador”.⁶⁷ Fue concebido en la jurisprudencia venezolana al considerar que las normas constitucionales tienen plena aplicación desde que se publicó la Constitución; pero, según esa jurisprudencia, aquéllas normas que aún no han sido objeto de desarrollo legislativo no pueden quedar en espera porque quedarían en suspenso indefinido, por lo que el paliativo sería un recurso de interpretación.

7.2 Los mecanismos de control según VÍCTOR BAZÁN⁶⁸

Este autor ejemplifica varios mecanismos de control sobre las omisiones legislativas, fijando su atención en la jurisprudencia y el ordenamiento constitucional comparado. Entre estos mecanismos destaca los siguientes:

7.2.1 Apelando a una fuente de derecho internacional

En este caso se trata de una aplicación directa de un tratado internacional de derechos humanos, cuando normas internas prescriben una conducta manifiestamente contraria al tratado, así como por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento.

7.2.2 Recurriendo a la Constitución.

⁶⁷ *Ibídem*, p. 75

⁶⁸ Víctor Bazán, “Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales”, en: en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 834-842



Este el mecanismo, al igual como lo advirtió JESUS CASAL, se refiere a la aplicación directa de la Constitución, y consiste, a decir de BAZÁN, en “la innecesariedad de la existencia de ley reglamentaria cuando de viabilizar el ejercicio de un derecho o de una garantía deparados constitucionalmente se trata”.⁶⁹ En definitiva, a lo que se refiere es que ante la ausencia de normas que deban regular un caso concreto, los derechos fundamentales involucrados tienen que ser protegidos constitucionalmente como ya lo habíamos advertido en los ejemplos jurisprudenciales del tribunal constitucional español.⁷⁰

7.2.3 Estableciendo plazos al órgano omitente

En este caso el órgano judicial que declara la inconstitucionalidad por omisión exhorta al poder constituido a adoptar medidas necesarias que superen la situación inconstitucional creada y, para ello, se dispone que esas medidas sean adoptadas dentro de un plazo.

VICTOR BAZÁN establece variantes a este mecanismo de control. En efecto nos enseña que dicha exhorto puede contener:

Una fijación exclusiva de un plazo.

La fijación de un plazo pero también los lineamientos para la corrección de la omisión inconstitucional.

La fijación del plazo; en caso de incumplimiento, una integración del orden normativo, y, en caso de imposibilidad material de la integración normativa, se determina una indemnización.

Por este mecanismo se establecen variantes subsidiarias de la siguiente manera: i) Si se declara la inconstitucionalidad por omisión se fija un plazo para que la omisión sea subsanada; ii) Si se incumple el plazo el Tribunal puede integrar el orden normativo, es decir, resuelve la cuestión para el caso concreto dictando una sentencia en la que, mediante norma individual, colma la laguna

⁶⁹ *Ibídem*, p. 835-836

⁷⁰ *Supra*, 7.1.1



normativa existente; y, *iii*) En el caso de que no se pueda realizar una integración normativa determina el monto de una indemnización por el perjuicio que se cauce.

La fijación del plazo, y, ante su incumplimiento, la autorización para la directa promulgación de la norma.

Para explicar este mecanismo, el autor cita la Constitución de la provincia argentina de Tucumán que concede al Tribunal Constitucional, ante la demora del poder legislativo en pronunciarse sobre los proyectos de ley enviados por el Ejecutivo, la atribución de fijar un plazo para que se expida la ley. Si vencido el plazo el poder legislativo no ha expedido la ley el Tribunal puede autorizar al ejecutivo la directa promulgación de la norma que se trate.

7.2.4 Autoproclamación constitucional de operatividad de los derechos y garantías

Por este modo de control “confluye una especie de autodeclaración –ex Constitutione- de operatividad (y, por tanto, de justiciabilidad) de los derechos y garantías contenidos en las respectivas cartas fundamentales, por lo que -ante la ausencia o insuficiencia de reglamentación por vía legal- quedarían los jueces constitucionalmente habilitados para diseñar las vías pertinentes en orden a la efectivización del derecho o la garantía contenidos en la norma constitucional en cuestión”.⁷¹

7.2.5 Constatación de la omisión y comunicación de tal circunstancia al órgano legislativo o competente que corresponda.

Se trata en definitiva de la constatación de omisiones inconstitucionales en el que se debe poner en conocimiento de tal situación al órgano omitente. Al parecer no se tratan de imposiciones sino más bien de admoniciones o llamados de atención. VICTOR BAZAN cita el caso de la Corte Constitucional colombiana (Sentencias N° 90/92, 24/94, 473/94, 285/96) la cual se había declarado incompetente para conocer las demandas de inconstitucionalidad por omisión

⁷¹ Víctor Bazán, *Op. Cit.*, p. 839



legislativa absoluta, pero, en los casos en que encontró vacíos normativos, realizó exhortaciones al Congreso para que expidiera la ley.⁷²

7.2.6 Sentencias intermedias emitidas por las cortes o tribunales constitucionales.

El autor señala que sentencias intermedias son “aquellas expedidas por las Cortes o Tribunales Constitucionales que no son puramente estimatorias o desestimatorias, esto es, que se apartan del modelo más simple de constitucionalidad-inconstitucionalidad con nulidad”.⁷³

Al manifestar el autor que estas sentencias no son puramente estimatorias o desestimatorias, y que su contenido se apartan del modelo más simple de considerar un asunto inconstitucional o no, nos insinúa que el papel de estos tribunales ha dejado de ser concebido como un legislador negativo. En este sentido, se han establecido una tipología de sentencias, las cuales las analizaremos en el capítulo siguiente cuando estudiemos la facultad de la Corte Constitucional ecuatoriana para resolver sobre las acciones de inconstitucionalidad por omisión.

7.3 Los mecanismos de control según GERARDO ETO CRUZ⁷⁴

El autor habla de mecanismos de fiscalización contra las omisiones inconstitucionales y los clasifica en dos grupos: La fiscalización indirecta y la fiscalización directa.

Manifiesta que la fiscalización indirecta se presenta a través de dos institutos: A través del *derecho de petición*, aunque se reconoce la relatividad del mecanismo por cuanto éste derecho debería ser redimensionado; y, a través de *la iniciativa popular en la formación de las leyes*, que resulta un “mecanismo más real en sus presuntas consecuencias, dentro de los marcos de una *democracia semidirecta*”.

Por otro lado la fiscalización directa de las omisiones inconstitucionales se configura a través de una acción *directa* de inconstitucionalidad por omisión.

⁷² Sentencias citadas por Víctor Bazán, *Ibídem*, p. 840

⁷³ *Ibídem*, p. 841

⁷⁴ Gerardo Eto Cruz, *Op. Cit.*, pp. 817-818



7.4 La acción directa de inconstitucionalidad por omisión

No todas las Constituciones han reconocer de manera expresa la figura de la inconstitucionalidad por omisión y una acción exclusiva para activar el mecanismo de control constitucional. El control de constitucionalidad sobre la acción legislativa es importante, sin duda, pero no por ello integral. Como bien lo dice DIEGO ANDRES PARRA:

“...no se puede concebir una jurisdicción constitucional que ejerza el control de la Carta Fundamental solo previendo el control de la inconstitucionalidad por acción, lo que resultaría de por sí incompleto y fragmentario, por lo que la única solución que la metodología del derecho nos entrega, a base de la ausencia de una normativa constitucional que la prevea, es la jurisprudencia progresista de los tribunales constitucionales, los cuales se ven obligados a construir, a base de su carácter general de garantes de la vigencia normativa de la Constitución, una garantía constitucional específica como es la acción de inconstitucionalidad por omisión”.⁷⁵

La Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce de manera expresa la figura en su Art. 436 numeral 10 entre las atribuciones de la Corte Constitucional, dando un gran paso en cuanto a mecanismos de control integral constitucional se trata.

En el siguiente capítulo analizaremos la forma en que se ha concebido esta figura en nuestro país y la manera de cómo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional particulariza los aspectos más relevantes sobre esta figura.

⁷⁵ Diego Andrés Parra, *Op. Cit.*, p. 88



Capítulo III

El control de las omisiones según el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1. El control constitucional de las omisiones en el Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce por vez primera un control de constitucionalidad sobre las omisiones normativas de manera amplia, ya que no limita el ejercicio de esta competencia únicamente para controlar las omisiones legislativas. Es preciso, sin embargo, mencionar que las omisiones en general si han sido objeto de control constitucional en el Ecuador. En efecto, el amparo constitucional, garantía judicial reconocida en la Constitución de 1998 (Art. 95), podía ser interpuesto ante cualquier órgano de la Función Judicial para la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u *omisión ilegítimos* de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente.

La cobertura de garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución de 2008 permite ejercer un control sobre las omisiones de los poderes públicos aún más amplio si consideramos a esta forma de inactividad como genérica. La acción de protección, por ejemplo, puede interponerse cuando exista la vulneración de derechos constitucionales, por actos u *omisiones de cualquier autoridad pública no judicial* (Art. 88). De igual manera, la acción de acceso a la información pública tiene por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido negada expresa o *tácitamente o cuando la que se ha proporcionado no sea completa* o fidedigna (Art. 91). Nótese cómo la negación tácita de la información pública, o la proporcionada de manera incompleta, se refieren a omisiones del órgano público tenedor de dicha información. La acción de incumplimiento es otro ejemplo de cobertura constitucional de control sobre las omisiones; su objeto, es garantizar la aplicación de normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer nada, clara, expresa y exigible (Art. 93). Precisamente el incumplimiento de dichas obligaciones configura la omisión objeto



de control a través de esta garantía. Y finalmente la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u *omisión* derechos reconocidos en la Constitución.

La acción directa de inconstitucionalidad por omisión, sin embargo, denota una naturaleza distinta; la cual, es preciso diferenciarla de las otras garantías de control constitucional de omisiones genéricas. Se advierte que el tema es un tanto complejo en particular cuando de las omisiones relativas se trata y que serán objeto de estudio más adelante, pues, como lo advertimos en el capítulo II, han sido diversos los remedios constitucionales aplicables a la inconstitucionalidad por omisión, al menos en ordenamientos jurídicos constitucionales extranjeros.

2. Diferencias entre la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y otras garantías jurisdiccionales.

CLAUDIA ESCOBAR GARCIA advierte que en la Constitución ecuatoriana de 2008 existe un error conceptual en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, pues parecería que la atribución de la Corte Constitucional contenida en el Art. 436 numeral 10 se refiere a un control abstracto de todo tipo de incumplimiento y no exclusivamente a las omisiones normativas inconstitucionales. Manifiesta la autora:

“Esta confusión conceptual en la Constitución Política impide determinar con precisión el campo de acción de ésta y de las demás garantías constitucionales, como son las acciones de incumplimiento y las acciones ordinarias y extraordinarias de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información. Una interpretación literal del texto constitucional podría dar lugar a pensar que el artículo 436.10 de la Constitución Política consagra una nueva acción sustitutiva de las demás garantías judiciales, con la ventaja de que se ejerce directamente ante la Corte.”⁷⁶

⁷⁶ Claudia Escobar García, “Del tribunal a la corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en: Ramiro Ávila Santamaría edit., *La constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, V&M Gráficas, 2008, pp. 336-337



Realicemos pues las diferencias que existen entre las garantías jurisdiccionales y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

2.1 Con la acción de protección

La omisión que puede ser objeto de control constitucional mediante una acción de protección se refiere a una situación concreta del titular del derecho constitucional violado. Su protección reparará el derecho violado declarando inconstitucional la situación concreta generada por la omisión. La inconstitucional por omisión en cambio se refiere a un control abstracto de los efectos normativos que genera.

La cuestión sin embargo no es tan fácil de advertir cuando de omisiones relativas se trata; es decir, aquellas situaciones en que el legislador si bien expide la norma legal, omite regularlas de forma completa o excluye de su ámbito de aplicación a personas de manera discriminada. En este caso la acción de protección podría perfilarse como un mecanismo de controlar estas omisiones con la aplicación directa del derecho constitucional involucrado.

2.2 Con la acción de incumplimiento

La acción de incumplimiento según la Constitución ecuatoriana tiene como propósito controlar las actitudes renuentes de los poderes públicos o particulares en dos supuestos:

En la aplicación de normas que integran el sistema jurídico: Estas normas deben contener una obligación de hacer o no hacer; a su vez, la obligación debe tener las características de clara, expresa y exigible. La dificultad que presenta esta posibilidad de control es determinar si la acción de incumplimiento se refiere sólo a la omisión en la aplicación de normas infraconstitucionales, o si se refiere también a las normas constitucionales, pues, al integrar también el sistema jurídico, bien podría intentarse una acción de incumplimiento e instar al legislador a expedir una norma que la Constitución le obliga a hacerlo.



El Art. 56 de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional al parecer realiza un paliativo a ésta interrogante al señalar que la acción de incumplimiento no procede si se trata de omisiones de mandatos constitucionales (numeral 2).

De nuestra parte advertimos que la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico a las que se refiere el Art. 93 de la Constitución, pueden contener una obligación de hacer o no hacer; mientras que en la inconstitucionalidad por omisión los mandatos constitucionales concretos siempre contendrán una obligación de normar algo (obligación positiva) y no de abstenerse de normar (obligación negativa).

En el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos: En el primer caso (incumplimiento de sentencias) la acción encuentra una diferencia marcada con la inconstitucionalidad por omisión, pues en ésta última las omisiones tienen que ser normativas y el sujeto de la omisión puede ser una institución del Estado o una autoridad pública; mientras que en la acción de incumplimiento la omisión se configura no para normar algo sino en el desacato de una sentencia que bien puede atribuírselo a una institución estatal pero también a los particulares.

Mayor dificultad se presenta en los informes de organismos internacionales de derechos humanos, debido a que la característica que acompaña a la acción de incumplimiento, como se vio, es que las normas, las sentencias o los informes de organismos internacionales deben contener una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. En este último caso, bien podría el informe de un organismo internacional de derechos humanos obligar al Estado a dictar normas infraconstitucionales por considerar que determinado derecho fundamental necesita ser reglamentado en algunos aspectos a efectos de garantizar su contenido mínimo como ocurre por ejemplo en los derechos sociales, habilitando el ejercicio de la acción de incumplimiento para el control de una omisión normativa.



2.3 Con la acción de acceso a la información pública.

La actitud renuente del órgano que tácitamente niega la información pública o la proporciona de manera incompleta configura una omisión pero que tiene que ver con obligaciones que no son normativas. Se trata por su puesto de obligaciones constitucionales cual es el garantizar el derecho a la información (Art. 18 numeral 2), pero no de una obligación normativa como en el caso de la inconstitucionalidad por omisión.

2.4 Con la acción extraordinaria de protección.

La diferencia que se presenta en este caso se produce en la actividad jurisdiccional y no normativa; es decir, de los actos jurisdiccionales que los jueces expiden a través de sentencias y autos definitivos y que por omisión hayan violado derechos constitucionales. No se trata pues de una omisión normativa sino, por el contrario, de una omisión que en el ejercicio jurisdiccional no se previó la vulneración de un derecho constitucional.

2.5 Diferencia en razón del órgano que controla la omisión normativa.

Esta diferencia nos trae CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA al manifestar que existen normas de carácter particular y concreto y que el control sobre sus omisiones no es competencia de la Corte Constitucional debido a que la Corte ejerce un control abstracto de constitucionalidad. "...si se fuese consecuente con el esquema general del control abstracto de constitucionalidad, se tendría que aceptar que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a resolver las inconstitucionalidades normativas por omisión de normas jurídicas de carácter particular y concreto".⁷⁷

3. La inconstitucionalidad por omisión en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

La inconstitucionalidad por omisión se encuentra regulada en el capítulo IX del título III de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional,

⁷⁷ *Ibidem*, p. 338



bajo el epígrafe “control constitucional de las omisiones normativas”. Constituye un procedimiento de control constitucional abstracto. En efecto el Art. 128 de la ley establece lo siguiente:

“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 de control abstracto de constitucionalidad”.⁷⁸

La finalidad del control abstracto de constitucionalidad (Art. 74) es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. Su competencia es de la Corte Constitucional (Art. 75).⁷⁹

3.1 De las clases de omisiones

El Art. 129 de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, reconoce en sus numerales 1 y 2 un control constitucional sobre omisiones normativas absolutas y relativas.

Esta es la clasificación que ha sido aceptada generalmente en la doctrina sobre las omisiones normativas. La diferencia es útil no sólo doctrinariamente sino en cuanto a los efectos que puede producir una inconstitucionalidad declarada en sentencia. Por ello, nos hemos de referir en primer lugar a identificar la diferencia que existe entre omisión absoluta y relativa, para luego analizar los efectos que las sentencias en uno u otro caso producen.

⁷⁸ El control concreto de constitucionalidad (Art. 141) tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Se debe advertir, sin embargo, que no es desatinada la idea de que a través del control concreto los jueces puedan advertir una omisión relativa, suspenda la tramitación de la causa y remita en consulta a la Corte Constitucional.

⁷⁹ No es interés de esta investigación el realizar un análisis exhaustivo sobre el procedimiento para interponer una demanda de inconstitucionalidad. En todo caso, cualquier aspecto relacionado con la legitimación activa, el contenido de la demanda y demás cuestiones procesales se encuentran reguladas desde el Art. 77 al 94 de la ley.



3.1.1 Omisiones normativas absolutas

Esta clase de omisión normativa se refiere simple y llanamente a la no emisión de la norma por parte del poder constituido obligado constitucionalmente a dictarlo. Estas se producen “en virtud de la total ausencia de desarrollo legal de la norma constitucional”.⁸⁰ “La omisión absoluta lesiva de la Constitución presupone un deber de legislar no desarrollado”.⁸¹

Esta clase de omisión implica que el legislador no ha expedido norma alguna a pesar de la obligación que le imponía la norma constitucional. Es una omisión completa al no realizarse acto alguno de legislar. No obstante, la omisión absoluta no sólo se configura con la inercia del legislador en expedir la norma sino que aquella también podría producirse cuando normas preconstitucionales; esto es, expedidas antes de la aprobación o reforma de una Constitución, generan situaciones jurídicas que no guardan relación con el actual ordenamiento constitucional. Este es el criterio de IGNACIO VILLAVÉRDE, citado por JUAN CARLOS MORÓN URBINA, quien señala que “son silencios totales (...) que pueden transformarse en omisiones absolutas en la medida en que conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Se trata de los casos en los que falta la norma legal que puede o debe regular una determinada situación jurídica permitida o mandada por la Constitución”.⁸² O como lo explica DIEGO ANDRÉS PARRA: En la primera posibilidad “existe una inactividad que lesiona el deber jurídico de legislar (que genera laguna) o de depurar (que mantiene situaciones jurídicas no queridas por el legislador) el ordenamiento jurídico que defraudan la voluntad soberana del pueblo” en la segunda posibilidad.⁸³

3.1.2 Omisiones normativas relativas

Previo a entrar en el análisis de las omisiones normativas relativas, es necesario manifestar que no se trata de las conocidas lagunas jurídicas que

⁸⁰ Jesús Casal, *Op. Cit.*, p. 56

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² Juan Carlos Morón Urbina, *La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico*. Citado, p.469

⁸³ Diego Andrés Parra, *Op. Cit.*, p. 84



comúnmente se encuentran en las leyes o reglamentos. Todos sabemos que la estructura de las reglas infraconstitucionales contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Pues bien, “no existe un deber jurídico de regular todos los supuestos posiblemente comprendidos dentro del plan de ley. La existencia de lagunas es, más bien, un fenómeno absolutamente normal en la dinámica del Derecho que no merece en sí mismo censura alguna”.⁸⁴

La omisión normativa relativa implica “la regulación parcial de una materia, con exclusión de supuestos o relaciones que no debían ser omitidas en atención al principio de igualdad”.⁸⁵ A diferencia de la omisión normativa absoluta en la cual la norma que debía ser dada por un mandato constitucional concreto no se la expide, en la omisión relativa la norma si es expedida pero omitiendo normar alguna situación de tan relevancia constitucional que la corrompe de inconstitucionalidad. “En estos casos no existe ningún sigilio legislativo, sino más bien una afirmación excluyente o declarativa que resulta contraria a la Carta”.⁸⁶

A decir de PABLO SARZOSA JÁTIVA, la omisión relativa puede producirse:

“Cuando la desobediencia de la imposición constitucional deriva de un desarrollo normativo que favorece a unos grupos en perjuicio de otros; cuando e desarrollo del mandato constitucional, el legislador excluye a un grupo de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular una institución omite una condición constitucional que sería exigencia esencial para armonizar con ella”.⁸⁷

Ahora, una diferencia importante que nos trae IGNACIO VILLAVERDE⁸⁸ es la forma en que la ley realice esa exclusión; pues, si es expresa no constituye silencio pero si es tácita estaríamos hablando de una inconstitucionalidad por omisión.

⁸⁴ Jesús Casal, *Op. Cit.*, p. 60

⁸⁵ *Ibidem*, p. 56

⁸⁶ Juan Carlos Morón Urbina, *Op. Cit.*, p. 471

⁸⁷ Pablo Sarzosa Játiva, *Op. Cit.*, p. 16

⁸⁸ Citado por Juan Carlos Morón Urbina, *Op. Cit.*, p. 471



Un ejemplo en la legislación ecuatoriana sobre la distinción anterior podría ser el Art. 4 de la Ley de Cámaras de Comercio, que otorga beneficios a sus afiliados como propender al desarrollo del comercio nacional en sus relaciones internas y externas, fomentar la realización de ferias, exposiciones y convenios comerciales, efectuar propaganda de los productos del país, estudiar los medios que puedan ponerse en práctica para mejorar la producción y el comercio de exportación (Arts. 4 y 5); beneficios que de manera expresa se establecía una exclusión a los propietarios de venta situados en mercados públicos (Art. 8) pero se obligaba a todos los demás comerciantes a que se afilien a las Cámaras de su respectiva circunscripción territorial.⁸⁹

3.1.3 Otras clasificaciones

Existen otras clasificaciones de omisiones normativas estudiadas en doctrina. Sin embargo, hay que advertir que las omisiones absolutas y relativas han sido las más aceptadas y, de hecho, podrían ser consideradas como genéricas, por lo que una u otra de las clasificaciones que se van a exponer están de alguna manera incursas dentro de las dos categorías mencionadas en los apartados anteriores.

JESUS CASAL⁹⁰ nos trae la siguiente clasificación según sus causas:

Por inobservancia de mandatos concretos de legislar.- “Suponen la falta de desarrollo legal de algún precepto constitucional dentro del plazo establecido por la Constitución o dentro del plazo razonable que se puede deducir de las circunstancias”. Podría decirse que esta clasificación, al hablar de falta de desarrollo legal, se trata de una omisión absoluta.

Por violación (omisiva) de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes.- Se trataría de “los casos en que los preceptos constitucionales enuncian directrices sobre el contenido de las leyes que sean dictadas para desarrollarlos, cuyo incumplimiento puede revestir la forma de omisión legislativa”. En este caso se trata de una omisión relativa.

⁸⁹ La afiliación obligatoria fue declarada inconstitucional mediante resolución N° 0038-2007-TC por atentar contra la libertad de asociación.

⁹⁰ *Op. Cit.*, pp. 56-59



Por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales.- Se refiere el autor citado a los deberes prestacionales que los Estados tienen para la protección de derechos fundamentales; deberes que tienen por objeto proteger el derecho de las amenazas o daños que puedan sufrir por las acciones de los órganos del poder público o los particulares. Por ello, “la ley que regule o afecte un derecho constitucional puede derivarse del incumplimiento de ese deber de protección, que frecuentemente se originará en una omisión de la ley correspondiente, aunque no exista una directriz específica en el artículo que consagra el derecho de que se trata”. Se trata de una omisión relativa y su control al menos está orientado a garantizar por lo menos el contenido mínimo del derecho.

Por desconocimiento del reparto constitucional de competencias.- Esta clasificación se perfila también como una omisión relativa, cuando la ley no reconoce la participación de ciertos órganos en la distribución de competencias.

Por vulneración del principio de igualdad.- Se relaciona con “la exclusión (silente) de algunas categorías de personas o situaciones del ámbito de aplicación de un precepto que concede algún beneficio, contraviniendo el principio de igualdad, que también representa un derecho constitucional”. Esta clasificación se la conoce también como la exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio.

4. Los efectos de las omisiones normativas inconstitucionales.

La Corte Constitucional es un organismo jurisdiccional nacional. Es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (Art. 429). Sin embargo, su naturaleza jurisdiccional es distinta a la de los jueces ordinarios, pues su labor implica realizar un control judicial sobre el contenido de las normas infraconstitucionales para asegurar que éstas no sean violatorias de la Constitución. Una ley inconstitucional puede ser declarada nula y expulsada del ordenamiento jurídico, ante lo cual la Corte actúa como un “legislador negativo”, es decir, depura el ordenamiento jurídico pero no crea normas a efecto de no invadir las competencias legislativas.



El matiz de las sentencias de los jueces en este caso era simple: declaraba la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la norma cuestionada. Las normas inconstitucionales quedaban fuera del ordenamiento jurídico sin que exista otra posibilidad. No obstante, hoy en día los jueces cumplen un papel más activo al haber evolucionado de legisladores negativos a creadores de derecho.

El Art. 76 de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional establece varios principios que indican que el papel de los jueces evolucionó de esa simplicidad de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma a asumir un rol más trascendente. En efecto, el principio *In dubio pro legislatore*, la presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas, la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico, el principio de la interpretación conforme, la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso etc., nos confirman una labor más activa que negativa.

La técnica por la cual los jueces han irrumpido en este nuevo escenario lo encontramos en el Art. 5 de la ley mencionada: La modulación de los efectos de las sentencias, que expresamente establece: “Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional”.

4.1 Tipología de las sentencias constitucionales.

En el capítulo II, cuando hablamos de los posibles mecanismos de control de las omisiones, habíamos dejado pendiente, de manera intencional, el tema de las sentencias constitucionales para tratarlo ahora. En efecto VICTOR BAZÁN dándole el nombre de sentencias intermedias explicaba que son aquellas que no son puramente estimatorias o desestimatorias.

El autor establece la siguiente clasificación:⁹¹

Sentencias aditivas.- Que a decir de BAZÁN “quedan subsumidas en el modelo unilateral, introduciendo una regla directamente aplicable”.

⁹¹ *Op. Cit.*, pp. 841-842



Sentencias aditivas de principio y sentencias-delegación.- Son la que “no introducen una regla inmediatamente actuante e imperante [...] sino que fijan un principio general que debe ser implementado por medio de la intervención del legislador, pero al que puede ya –con ciertos límites- hacer referencia el juez ordinario en la resolución de casos concretos” (modelo bilateral).

Sentencias sustitutivas.- Estas “se emiten con el objeto de declarar la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que prevé una determinada cuestión en vez de prever otra”.

Sentencias apelativas.- Estas sentencias son útiles cuando “una ley puede ser transitoriamente mantenida en vigencia si, por caso, la inconstitucionalidad que ostenta no es evidente, o bien, sobreviene con el transcurso del tiempo (por un cambio de circunstancias y/o por omisión del legislador), caso en el que emite una ‘resolución de recomendación’ [...] por la que – pese a desestimar la demanda- en sus considerandos ‘encarga’ al legislador –con o sin fijación de plazos- que encare una nueva redacción de la norma de acuerdo con la concepción jurídica trasuntada por el tribunal”.

Retraso de la entrada en vigor de la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional y simple incompatibilidad sin declaración de nulidad.- Por esta técnica, se aplaza en el tiempo los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad o simplemente se verifica la inconstitucionalidad pero no la declara.

Este tipo de sentencias transfieren el papel del legislador a los jueces, y no se limita únicamente en los procesos en los que se demanda la inconstitucionalidad de normas expresas, sino también cuando lo que se demanda es la inconstitucionalidad de las omisiones normativas. En efecto, cuando uno repasa el contenido del Art. 436 numeral 10 de la Constitución ecuatoriana observamos la habilitación constitucional a la Corte para dictar normas frente a las omisiones normativas inconstitucionales. NESTOR PEDRO SAGÜES, refiriéndose a esta atribución, ha manifestado que en la receta ecuatoriana prevalece la intención de afirmar la fuerza normativa de la Constitución. Agrega que “es visible asimismo que la Constitución ha querido que la vigencia de los derechos



enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas, de sancionarlas o no sancionarlas”.⁹²

Llegado a este punto es necesario explicar, entonces, los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad por omisión reguladas en el Art. 129 de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, y, para ello, nos hemos de referir a una clasificación del doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.⁹³

El autor colombiano distingue básicamente dos tipos de modulación de las sentencias: i) Las modulaciones que afectan al contenido y ii) las modulaciones relativas al efecto temporal.

Respecto de las primeras el autor manifiesta que “tienen que ver con el contenido de lo acusado, y en ellas la Corte, en vez de retirar del ordenamiento la disposición acusada (inconstitucionalidad) o mantenerla sin modificaciones (constitucionalidad), emite un fallo que altera parcialmente ese contenido”. Agrega el autor que esos fallos son de tres tipos que los vemos a continuación.

Las sentencias interpretativas.- A través de ellas “el tribunal restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación (no se aplica en tales casos), ya sea limitando sus efectos (no se aplica tal o cual consecuencia). Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero mantiene una eficacia normativa de la misma”.

Sentencias aditivas o integradoras.- “Corresponde aquellos eventos en donde el tribunal no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional [...] En estos casos, el tribunal constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena, sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución”.

⁹² Néstor Pedro Sagües, Novedades sobre la inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional del Ecuador como legislador suplente y precario. www.scielo.cl, PDF. Acceso: 06 de marzo de 2010.

⁹³ Alejandro Martínez Caballero, Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. Conferencia dictada por el autor, dentro de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal.



Sentencias sustitutivas.- “Hace referencia a aquellos eventos en donde la Corte expulsa del ordenamiento una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene raigambre constitucional directa”.

En relación a las modulaciones temporales, ésta técnica “hace referencia esencialmente al efecto temporal de la decisión”. El ejemplo característico son las sentencias con efectos para el futuro (ex nunc) por la cual la disposición declarada inconstitucional sale del ordenamiento jurídico pero no modifica situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada. Sin embargo a través de la modulación de los efectos temporales de las sentencias también se puede dar efecto retroactivo (ex tunc).

El autor en cita nos da otro ejemplo de modulación temporal de la sentencia denominándolo *constitucionalidad temporal o inconstitucionalidad diferida*: A través de esta modulación, “se ha constatado la inconstitucionalidad de una regulación, pero se ha abstenido de anularla, pues ha considerado que el vacío normativo genera una situación muy compleja, por lo cual es necesario permitir que el legislador corrija la situación”.

Otra clasificación de estas sentencias nos la trae HERNAN ALEJANDRO OLANO GARCÍA,⁹⁴ quien otorga un nombre genérico a aquellas sentencias por las cuales se modula su contenido denominándolas *manipulativas*, y dentro de ellas las clasifica en:

Sentencias interpretativas o condicionales.- El autor manifiesta que por estas sentencias “la Corte restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación, ya sea limitando sus efectos. Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella”.

⁹⁴ Hernán Alejandro Olano García, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, www.javeriana.edu.co, PDF, Acceso: 20 de junio de 2010.



Sentencias integradoras o aditivas.- En palabras del mismo autor:

“Son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera constitucional. En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios. En estos casos, el tribunal constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución”.

Sentencias sustitutivas.- Estas sentencias “hacen referencia a aquellos eventos en donde la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene raigambre constitucional directa”.

Sentencias apelativas o exhortativas.- “Son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva”.

5. Los efectos de las sentencias aplicadas a las omisiones normativas en la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

Para explicar qué tipos de sentencia se aplicarían a las omisiones normativas inconstitucionales, se transcribirá el contenido íntegro del Art. 129 de la ley que dice:



Efectos de las omisiones normativas.- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:

1. 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.
2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanados 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 omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión”.

En primer lugar, en el caso de las omisiones absolutas a las que se refiere el numeral 1 del Art. 129, se observa que la Corte Constitucional, al detectar la inconstitucionalidad que provoca la omisión absoluta, como medida de subsanación otorgaría un plazo al órgano omiso lo cual implica la posibilidad de que la función normativa sea ejercida por el mismo órgano que constitucionalmente se encuentra obligado a cumplirla. No obstante, aquello, desde mi punto de vista, no implicaría que no exista inconstitucionalidad; de hecho, la omisión se dio pero la subsanación se la encarga al mismo órgano.

De persistir el vacío normativo una vez expirado el plazo concedido, será la misma Corte la que vía jurisprudencial formule reglas básicas que sean



indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. No se trata pues de que la Corte Constitucional prevea todos los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas que la materia a regular deba contener. La acentuación en la frase “reglas básicas” sugiere más bien una serie de principios generales.

Lo trascendente en esta norma es la *vigencia* de éstas reglas básicas, que implica su aplicación por todos los operadores de justicia, órganos y hasta por los particulares. Finalmente la vigencia en el tiempo se encuentra limitada hasta que la función o el órgano correspondiente emitan las normas respectivas; es decir, la competencia del órgano no se pierde pero la subsanación constitucional encuentra el resguardo en el órgano jurisdiccional.

Esta clase de sentencia se ubica dentro del tipo que VICTOR BAZÁN las denomina sentencias aditivas de principio y sentencias-delegación.

Con relación al numeral 2 del Art. 129, la norma establece claramente la tipología de la sentencia a aplicar en caso de que la Corte Constitucional identifique una omisión normativa relativa. Se refiere a la sentencia constitucional condicionada en su versión integradora o aditiva.

Finalmente el Art. 130 de la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional señala: “Cuando 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”.

Esta norma hace referencia a una modulación de la sentencia en relación a los efectos temporales que MARTINEZ CABALLERO la denomina de constitucionalidad temporal o inconstitucionalidad diferida. En este caso, la omisión normativa se produce dentro de un procedimiento en el que se acusa la inconstitucionalidad de una norma expresa, que precisamente, al estar viciada de inconstitucionalidad, la Corte identifica que su expulsión del ordenamiento jurídico podría provocar o desembocar en otra inconstitucionalidad pero esta vez generada por el vacío normativo.



Nuestra ley establece dos posibilidades: *i)* Que la omisión generada por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma inconstitucional sea fuente potencial de violación de derechos constitucionales o *ii)* que produzca graves daños. En realidad la violación de un derecho constitucional provoca un daño grave de por sí; sin embargo, lo que la norma se refiere es a un ejercicio de cautela por parte de los jueces para identificar las consecuencias que el vacío normativo podría provocar. En este caso los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad pero diferir sus efectos hasta que la omisión normativa sea subsanada, lo cual podría realizarlo la misma Corte o el órgano competente para cumplir con esa función normativa.



Bibliografía

BAZAN Víctor, “Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales”, en: en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

BIDART CAMPOS Germán, “La fuerza normativa de la constitución”, en: Maximiliano Toricelli Coord., *El amparo constitucional perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999.

CASAL H. Jesús M., “La protección de la constitución frente a las omisiones legislativas”, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung editit, Montevideo, 2003.

ESCOBAR GARCIA Claudia,

- “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría edit., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, V&M Gráficas, 2008.
- “Del tribunal a la corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en: Ramiro Ávila Santamaría edit., *La constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, V&M Gráficas, 2008.

ETO CRUZ Gerardo, “Una defensa constitucional: La inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ José Julio, “La jurisprudencia del tribunal constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, en: Víctor Bazán coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en: Víctor Bazán coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.

GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1985.

MARTÍNEZ CABALLERO Alejandro, Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. Conferencia dictada por el



autor, dentro de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal.

MORALES VITERI Juan Pablo, "Democracia Sustancial: Sus elementos y conflicto en la práctica", en Ramiro Ávila Santamaría edit., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, V&M Gráficas, 2008.

MORON URBINA Juan Carlos, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", en: *Revista peruana de derecho constitucional*, Lima, 1999.

PARRA DIEGO Andrés, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: Perspectivas del problema", en: Ernesto Albán Gómez edit., *Revista de Derecho Foro: Reflexiones sobre la constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.

PEREZ ROYO Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2002.

PRIETO SANCHIS Luis, *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*, en: Revista Cathedra, Espíritu del Derecho, Lima, Palestra Editores, 2001.

SALGADO PESANTES Hernán, *Manual de Justicia Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

SARZOSA JATIVA Pablo, *El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas como estrategia hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Quito, Centro de Publicaciones PUCE, 2003.

TAJADURA TEJADA Javier, "Reflexiones en torno a una figura polémica: La inconstitucionalidad por omisión", en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

TORRES Luis Fernando, *Legitimidad de la justicia constitucional*, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003

ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, octava edición, 1995.



Enlaces a internet

CASTRO PATIÑO Iván, *Definición y elementos de la inconstitucionalidad por omisión*, www.revistajuridicaonline.com. PDF

OLANO GARCIA Hernán Alejandro, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, www.javeriana.edu.co, PDF.

SAGÜES NESTOR Pedro, *Novedades sobre la inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional del Ecuador como legislador suplente y precario*. www.scielo.cl, PDF.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.