



Universidad del Azuay.

Facultad de Ciencias Políticas: Área de Derecho.

**“La Corte Constitucional Un Legislador Positivo: La
Inconstitucionalidad Por Omisión.”**

**Programa de Especialización en
Derecho Mención Derecho Constitucional.**

María Fernanda Polo Castro.

Tutor de Tesina:

Ab. Juan Carlos Salazar Icaza.

Cuenca – Ecuador.

2012.

DEDICATORIA.

A mis seres amados:

Diego, que ha sido el apoyo y el corazón en este emprendimiento.

María Joaquina, parte de mí ser que con sus ojos he revertido el tiempo a mis mejores épocas.

Oswaldo, mentor de vida que a la distancia a un guía mi caminar.

AGRADECIMIENTO.

A todos los que velaron las travesuras de mi pequeña y que en su tiempo fueron mis ojos y brazos para cuidarla.

A Dios por la salud y la vida.

Y a mi tutor y amigo de tesis que me ha brindado su apoyo en todo este trabajo de investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO.....	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS	4
RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN.	10
CAPITULO I.....	12
LA CORTE CONSTITUCIONAL UN LEGISLADOR POSITIVO: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.	12
La Superioridad Constitucional.....	12
Tipos de Control Constitucional	13
1.- Control Social:	13
2.- Control Político:.....	13
3.- Control Jurídico	14
Formas de Control.....	14
a. Control Por Acción:	14
b. Control Por Omisión o Inacción:	14
c. Control Por Omisión:	15
¿Qué Es La Inconstitucionalidad Por Omisión?.....	21
Significado de Omisión.....	21
Concepto.	22
Elementos De La Definición.....	23
1. El Quebrantamiento del Texto Constitucional.-.....	23
2. La Pasividad del Legislador	23
3. Un Mandato de Ejecución al Poder Ejecutivo.-	24

4. La Eficiencia dentro del Mandato Constitucional.- Lo que se requiere es hacer efectivas todas las normas constitucionales; para lo cual, se necesita la labor de todas las entidades públicas.	24
La Consecuencia de la Norma por Motivo de la Inconstitucionalidad.- Este es justamente el resultado que se trata de proteger por la inconstitucionalidad por omisión la inacción del legislador.	24
5. La Retraso Insensato.-	24
Tipos De Omisiones.	24
1. La Inconstitucionalidad Absoluta:.....	24
2. La Inconstitucionalidad Relativa.....	26
Escenarios De Inconstitucionalidad Implantados Por El Legislador.	27
1. Inconstitucionalidad por acción:	28
2. Inconstitucionalidad por omisión:	28
Enmiendas.	29
1. Denuncia ante un Órgano Superior.-	29
2. La Recomendación:.....	30
3. Llamado de Atención:	30
4. La Cobertura:	30
5. Compulsión Constitucional:.....	30
Efectos Que Produce La Inconstitucionalidad Por Omisión.	31
1. Efecto Anoticiador:	31
2. Efecto Anoticiador-Imperativo:	31
3. Efecto Supletorio:.....	32
4. Efecto Indemnizatorio:.....	34
Fundamento del art. 436 numeral 10.....	34
Tipos De Sentencias Que Anulan Los Efectos Negativos De Las Omisiones.	36
a) Sentencias Interpretativas.-	36
b) Sentencia Aditiva.-	36
c) Sentencias Sustitutivas.-.....	36
d) Sentencias Exhortativas.-	36
CAPITULO II	38
LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	38
Incorporación de esta Institución Dentro de la Carta Constitucional.....	46

Efectos..... 47

CONCLUSIONES. 49

En base a lo detallado e investigado en páginas anteriores podemos arribar a las siguientes conclusiones: 49

BIBLIOGRAFÍA..... **¡Error! Marcador no definido.**

RESUMEN.

La nueva Constitución ha incorporado dentro de su texto una institución que busca subsanar la pasividad del legislador con la finalidad de proteger los derechos consagrados en la misma y crear una efectiva seguridad jurídica. Esta forma de control ha generado una verdadera intervención de la Corte Constitucional; por lo que, se ha convertido en un legislador positivo al poder declarar la inconstitucionalidad por omisión en que incurran las autoridades públicas y las instituciones del Estado al no considerar los mandatos expresados por la Constitución dentro de los plazos establecidos.

En vista de esta inacción la Corte puede crear la norma o ejecutar los actos omitidos conforme a la ley, de manera provisional, con el propósito de evitar el quebrantamiento de derechos y preservar la Superioridad Constitucional.

ABSTRACT.

The new Constitution has incorporated into its text an institution that seeks to address the passivity of the legislature in order to protect the rights enshrined in it and create an effective legal certainty. This form of control has created a real intervention of the Constitutional Court, therefore, has become a positive legislator the power to declare unconstitutional omissions by public authorities and institutions of the State to consider the mandates expressed by the Constitution within the deadlines. In light of this inaction, the Court may set the standard or run the omitted acts according to law, on an interim basis in order to avoid breaches of rights and preserve the constitutional superiority.

INTRODUCCIÓN.

La Constitución al ser instituida como una norma jurídica fundamental por su jerarquía y fuerza vinculante ha fijado dentro de su texto diversos mecanismos de protección frente a acciones u omisiones presentados por los gobernantes o gobernados. El eminente desarrollo en el cual se ha visto inmerso el texto constitucional ha generado que se impartan nuevas formas de control constitucional.

Pues, en la actualidad, no solo se plantan acciones o recursos en los que se sustente los injustos constitucionales; sino, también, se ha encauzado este control hacia conductas que prescinden el cumplir lo constitucionalmente ordenado.

Esta nueva forma de control constitucional que se encuentra enlazada con la protección de los derechos fundamentales ha sido ampliamente considerada en la nueva Constitución ecuatoriana con la finalidad de protegerla. Por tanto, conviene referirme a este mecanismo de control constitucional que se instituye para remediar la vulneración de la Constitución Política del Estado, provocada por la omisión del desarrollo normativo por parte del órgano legislativo.

Es por esto que en primera instancia me refiero a la supremacía que se imparte en la Carta Magna y a las diferentes formas de control de las omisiones, para luego llegar a un acertado concepto de las omisiones legislativas sostenidas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

En segunda instancia hago alusión a las diferentes visiones de la inconstitucionalidad por omisión dentro del derecho comparado y finalmente se plantea la interrogante: ¿Es la

incorporación en la legislación ecuatoriana de este Recurso dable para generar un positivo desarrollo de la Constitución?

Conforme a lo recalado con anterioridad espero llegar a varias conclusiones y despejar las interrogantes para encuadrar el verdadero sentido del nuevo recurso instaurado en la Constitución de nuestro país.

CAPITULO I

LA CORTE CONSTITUCIONAL UN LEGISLADOR POSITIVO: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.

La Superioridad Constitucional.

La Constitución revela un ámbito de derechos y libertades fundamentales, así como también las obligaciones que el poder constituido debe cumplir en beneficio de la sociedad. En definitiva responde a un todo que ordena la estructura política del Estado estableciendo límites a la actuación del poder.

Estas características hacen que la Constitución no solo sea una norma fundamental, sino un sistema de fuente formal que el poder constituyente ha implantado para ser empleada por todos los operadores jurídicos.

Así entendida podemos sujetarnos a lo afirmado por Néstor Pedro Sagues, cuando refiere que la Constitución “goza de un rango o alcurnia superior al resto del derecho positivo: supremacía, de tal modo que las normas inferiores o las conductas opuestas a él, son jurídicamente inválidas”.¹

La Constitución asegura a todas las personas un refuerzo de legalidad, ya que no solo las leyes que van en contra de la norma madre son inconstitucionales; sino, también, todo acto u omisión contrario a la misma. Esto se cimienta con la finalidad de construir una verdadera integridad y preeminencia dentro de la Constitución; asegurando que todos los poderes públicos como sus funcionarios se sujeten, en todas sus actuaciones, a las normas, valores y

¹ Néstor Pedro Sagues, *Los principios específicos del derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991 p. 27

principios de ésta; con el propósito de resguardar y proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Por lo tanto, el control constitucional forja la idea de Superioridad en razón de “si se le dota deliberadamente de la condición de norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente...”² en nuestro país esa jurisdicción es ejercida por medio de la Corte Constitucional.

Tipos de Control Constitucional

La Constitución debe predecir ciertos mecanismos que tengan como finalidad garantizar su cumplimiento. La doctrina ha considerado que, en algunos casos, salvaguardan a la constitución: la sociedad, es decir, cualquier persona eventual; y en otros casos los órganos o autoridades reconocidas dentro del Estado son las encargadas de la protección de la Carta Fundamental.

Con este enfoque la doctrina reconoce tres tipos de control constitucional:

1.- Control Social: Tiene sus orígenes en Francia, mediante este control cualquier ciudadano sin que posea ningún encargo institucional es el que mediante su opinión pública logra que la Constitución sea respetada por los gobernantes.

2.- Control Político: Este tipo de control es realizado por sujetos u órganos que son parte del Estado, los cuales tiene completa libertad de ejecutarlo e imponer alguna sanción.

² Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 1994, p.176.

3.- Control Jurídico: Se ejecuta a través de órganos imparciales e independientes. Siempre que concurren normas ya establecidas; por lo que, se consuma cuando así lo constituyen las normas jurídicas; incluso, pueden ser sumisos de sanciones cuando se compruebe la presencia de efectos contrarios a lo ordenado.

Con esto se puede determinar que la actividad Estatal se encuentra sometida a un control jurisdiccional cuya finalidad es comprobar si los actos u omisiones se fijan con lo dispuesto en la Constitución. Este control jurisdiccional se efectúa por un órgano único y especializado, como la Corte Constitucional, en definitiva es un control concentrado que difiere del control difuso ya que en éste cualquier juez tiene la competencia para forjarlo.

El control se caracteriza por ser posterior; porque se debe confrontar primero la existencia de una infracción en el desarrollo normativo por parte del legislador o la contradicción existente con las normas Constitucionales.

Formas de Control.

- a. Control Por Acción:** Aquí el órgano encargado de la emisión de normas debe plasmar una total coincidencia con el contenido del texto constitucional; caso contrario se produce una vulneración a la misma.
- b. Control Por Omisión o Inacción:** Este tipo de control tiene como propósito restablecer el orden constitucional, que se produjo por la omisión al cumplir un encargo constitucional. Cuando las normas constitucionales llamadas programáticas (que proponen un programa y son incompletas; puesto que, demandan de otra norma sucesiva que la reglamente); estas normas deben contener un encargo

constitucional expreso, que permita identificar el encargo que se ha conferido al poder legislativo y el tiempo en que deba cumplirse el mismo.

- c. Control Por Omisión:** Aquí el legislador por su inacción produce efectos contrarios al requerido por la Constitución. Es decir, “el control estará enfocado a determinar si el legislador por su inacción produce efectos no queridos por el constituyente; o, cuando una norma jurídica producida por el legislador es contraria o incompatible con el texto constitucional por insuficiencia o por causas sobrevinientes.”³

A esto se puede acortar lo que expresa Salvador Nava Gomar:

“Las instituciones que salvaguardan tanto la idea de democracia como la de Constitución, comenzando por el mandato del poder constituyente, configuran los llamados medios de defensa constitucional... “y por su importancia “... es menester, ultra vires, proteger su texto, eficacia y vigencia, pues de ello dependen la observancia y vigencia del resto del ordenamiento. Los medios de defensa constitucional son entonces la manera que prevé la propia Constitución para mantenerse incólume.”⁴

De esta manera se puede afinar las ideas manifestando que la más importante institución para salvaguardar la Constitución en su acepción fundamental es, definitivamente, la Corte Constitucional. Así, incluso, se pronuncia nuestra Carta Magna en su artículo 429 al expresar:

Art. 429.- “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

³ Germán J. Bidart, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 110.

⁴ Salvador Nava Gomar, *El Estado Constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia* en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2003, p. 27.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.”⁵

Para envolvernos más en el tema considero necesario hacer una breve explicación de lo que es y cuáles son las competencias que posee la Corte Constitucional; para con posterioridad explicar el desempeño de la Corte como un Legislador Positivo.

La Corte Constitucional es un órgano totalmente independiente que administra justicia constitucional, está integrada por nueve miembros los cuales tienen una duración de nueve años sin reelección inmediata. Sin existe responsabilidad penal pueden ser procesados por la Corte Suprema de Justicia. Ejerce jurisdicción en la ciudad de Quito y posee autonomía jurisprudencial; la Ley es quien determina su organización y funcionamiento, según lo que advierte el artículo 429 y 430 de la Constitución del Ecuador.

Las competencias de la Corte Constitucional son las que establece el artículo 436 de la Carta Magna que por ser significativas para la comprensión del presente trabajo me permito transcribirlas.

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

⁵ Constitución del Ecuador, 2008.

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por Incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos

constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.

8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.

9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.

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.”⁶

Todas estas se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Como se puede ver la actual Constitución genera un cambio y moldea el antiguo Tribunal Constitucional ya que amplía su autonomía y robustece sus roles.

⁶ Constitución del Ecuador 2008; p.187.

Dentro del razonamiento que me compete me permito analizar el artículo 436 numeral 10 que sustenta la inconstitucionalidad por omisión ya que propugna que la nueva Corte Constitucional puede:

“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”.⁷

Pueden detallarse las siguientes descripciones de esta norma:

- El control es ejercido por un órgano jurisdiccional, especializado como es la Corte Constitucional.
- La Corte Constitucional procederá como legislador positivo en caso de que el órgano o funcionario omitente persista con su inacción.
- Dentro de un plazo, que no ha sido normado, pero que debe ser razonable se debe dar cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución, esto siguiendo los parámetros establecido por la Corte Constitucional.
- La Corte Constitucional actuará como legislador positivo ya que se encarga de la construcción de la norma cuando el órgano negligente persista en su inacción; esta norma goza de un valor provisional.
- El control recae sobre omisiones de instituciones del estado o autoridades públicas, es decir, conforme manda el artículo 225 de la Constitución ecuatoriana.

⁷ Constitución del Ecuador; 2008.

Se puede observar, entonces, que la Corte tiene la facultad para emitir, de forma provisional, la norma ausente o resolver el acto omitido de conformidad con la ley, siempre que existan omisiones que violen las disposiciones constitucionales.

Es decir, la Corte tiene la facultad para ordenar a las instituciones del Estado o a las autoridades públicas que resuelvan las omisiones, totales o parciales, dentro de un tiempo determinado por la ley o que estos consideren pertinente para que de esta manera se subsanen las violaciones a los mandatos constitucionales. Esto se interpone en vista que la Constitución es susceptible de ser constreñida mediante la confirmación de un hecho que la contradice. Por lo que, se está creando ciertas herramientas de control para garantizar el mandato constitucional.

Y es que los órganos del Estado al desatender cualquiera de los mandatos constitucionales, provocan un quebrantamiento a la Constitución por la vía de la omisión, a esto se lo conoce como “inconstitucionalidad por omisión”

Además, cabe expresar que si, el órgano omisor, no se pronuncia dentro del plazo establecido por la Corte, ésta puede expedir la norma de acuerdo con la ley o ejecutar el acto omitido.

Es esta nueva facultad de la Corte de descubrir la falta de acción del órgano legislativo y declarar de inconstitucional su omisión y de expedir normas provisionales, la que llama la atención y a la que vamos a considerar y estudiar dentro del siguiente análisis.

¿Qué Es La Inconstitucionalidad Por Omisión?

Significado de Omisión.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua, “omisión” proviene del latín *omissio-ōnis*, que significa “abstención de hacer o decir”; “falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”; y “flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto”.⁸

Tornando este concepto al ámbito del derecho podemos manifestar que omisión nace a partir de su reconocimiento en el derecho penal y luego es recogida por el derecho constitucional adhiriendo el adjetivo “legislativa”; así se le conoce como omisión legislativa o como inconstitucionalidad por omisión. Pero algunos doctrinarios señalan que su verdadera fuente de origen es en el derecho Romano en la figura de la preterición que hacía alusión al olvido del testador respecto del heredero legítimo; de tal manera, coincide con la concepción de omisión atribuida por nuestra legislación como la desobediencia de la Ley.

La inconstitucionalidad por omisión tiene sus primeros pasos en la Constitución de Yugoslavia y se incorpora en América Latina en 1988 en la Constitución Brasileña y luego en la de Costa Rica.

A fin de vislumbrar que despliega la inconstitucionalidad por omisión me permito transcribir algunos conceptos; considerando, siempre, que esta figura tiene como potestad la

⁸ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., <http://www.rae.es/rae.html>.

de exigir una acción, es decir, obliga constitucionalmente a accionar para impedir vulnerar derechos.

Concepto.

La Inconstitucionalidad por omisión según Néstor Pedro Sagüés: “se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional; este encargo constitucional puede ser expreso o tácito.”⁹

El argentino Bidart Campos sostiene: “que la inconstitucionalidad por omisión sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo.”¹⁰

José Julio Fernández Rodríguez, afirma: “la inconstitucionalidad por omisión es la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.”¹¹

Por tanto, se puede apreciar que la doctrina ha descrito varias conceptualizaciones unas que anotan a la inconstitucionalidad por omisión como la conducta inactiva del Poder Legislativo, y otras que consideran que pueden generarse por cualquier órgano del Estado a quien la Constitución le ha confiado expedir una norma jurídica para hacer real un principio constitucional. Por lo que, se puede señalar que los silencios legislativos constituyen el objeto de control constitucional.

⁹ Sagüés, Néstor Pedro, Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), Derecho procesal constitucional, op. cit., p. 3127.

¹⁰ Citado por Fernández Rodríguez, José Julio, Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión, op. cit., p25.

¹¹ Fernández Rodríguez, José Julio, Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión, en Carbonell, Miguel (Coord.), En busca de las normas ausentes, México, IJ-UNAM, 2003, p. 29.

En este sentido Carlos Moron señala:

“Por el carácter supremo de la Carta es que desde ella debe descender, gradualmente todo el sistema jurídico de un Estado, y recíprocamente, toda norma o acto público debe encontrar validez y justificación jurídica en la Constitución, gracias a una remisión directa o indirecta entre ellas. Las decisiones incorporadas a la Constitución, por ser embriones de programas socio políticos y jurídicos con vocación de permanencia, siempre exigen la emanación de otras normas de nivel inferior, que las proyecten, precisen y viabilicen [...], esto es, que el poder constituido no pueda traspasar o desobedecer lo dispuesto en la Carta Fundamental sin violar el orden constitucional; la inacción legislativa que impide o dificulta la aplicación de una norma constitucional resulta un acto inconstitucional.”¹²

Así que la producción de normas dentro de un Estado que no cambien lo dispuesto por el constituyente es indiscutible.

Elementos De La Definición.

De la Inconstitucionalidad por omisión se puede desprender algunos elementos que considero importante mencionar para una mayor comprensión.

1. **El Quebrantamiento del Texto Constitucional.-** Si el poder legislativo no trabaja en el plan de desarrollo de la Constitución se está violentado su principio de Supremacía Constitucional lo que provoca la disminución en su fuerza normativa.
2. **La Pasividad del Legislador.-** Se puede considerar como una especie de dolo puesto que es un acto totalmente voluntario y consiente, en el cual, el legislador actúa dejando de cumplir con el mandato impartido por la Constitución dentro de su proyecto. No se puede decir que se trate de una laguna de derecho; puesto que, en

¹² Juan Carlos Morón, “La Omisión Legislativa Inconstitucional y su tratamiento jurídico” en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° I, Lima, 1999, p. 449-450.

este caso el legislador ejerce una actitud voluntaria de rechazo al cumplimiento de lo ordenado por la Carta Política.

3. **Un Mandato de Ejecución al Poder Ejecutivo.-** Se imprime un encargo, un mandato específico de actuar en determinada materia; por lo que, este no puede auto determinarse.
4. **La Eficiencia dentro del Mandato Constitucional.-** Lo que se requiere es hacer efectivas todas las normas constitucionales; para lo cual, se necesita la labor de todas las entidades públicas.

La Consecuencia de la Norma por Motivo de la Inconstitucionalidad.- Este es justamente el resultado que se trata de proteger por la inconstitucionalidad por omisión la inacción del legislador.

5. **La Retraso Insensato.-** Una vez que se ha verificado la existencia de la omisión y que haya transcurrido el plazo que la Constitución ha señalado para ejecución de su mandato y no se ha cumplido con el mismo, surge la inconstitucionalidad por omisión. Si la norma no señala el plazo justo para cumplir con la tarea, se deberá ponderar un “plazo razonable” y no dejarse al árbitro del órgano legislativo.

Tipos De Omisiones.

Existen dos variedades de inconstitucionalidad por omisión:

1. **La Inconstitucionalidad Absoluta:** se genera cuando existe una ausencia total del desarrollo de un precepto constitucional, es decir, inobservancia del precepto constitucional. Es un retardo en la producción de normas generales por inercia de adoptar alguna decisión concreta.

Algunos autores como Troker¹³ han subdividido a las omisiones absolutas en **omisiones puras** cuando no existe regulación anterior en la materia; y **omisiones impuras** cuando si existe la normativa. Esto ha fomentado que varios órganos controladores hayan intervenido para interpretar las consecuencias y soluciones jurídico-constitucionales.

Como ejemplo de esto se puede señalar a Venezuela, que ante la gran confluencia de violaciones de derechos se vio con la obligación de pronunciarse a la falta de producción normativa que debió crear el legislador en un tiempo establecido sobre leyes que reformarían el sistema laboral de este país.

En este sentido fue que el mencionado Tribunal colegiado, determinó ante la ausencia de la norma constitucional por el órgano legisferante, que:

“Es el único órgano competente, en virtud del principio de reserva legal, para dictar la legislación laboral, contentiva del régimen del derecho a prestaciones sociales de los trabajadores, sin que se haya dictado todavía la correspondiente normativa en esta materia, lo cual supone una omisión inconstitucional absoluta, que atenta contra el efectivo disfrute por parte de los trabajadores de un derecho social de rango constitucional, como es el derecho a prestaciones sociales que protege el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”¹⁴

Los que asumen la responsabilidad en este caso es el órgano legislativo que no construyeron normas que vayan encadenadas con los derechos establecidos en la Constitución; esta omisión de una acción positiva es la que incurre en una inconstitucionalidad absoluta.

¹³ Trocker, Nicolás, citado por Fernández Rodríguez, José Julio, Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión, op. cit., p. 59.

¹⁴ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1168-150604-03-1745.htm>

2. **La Inconstitucionalidad Relativa:** se produce cuando el órgano estatal ejecuta el mandato constitucional pero lo hace de forma incorrecta o descartando algún derecho que la Constitución otorga. De esta manera la violación de un mandato constitucional se cumplirá dejando de actuar parcialmente lo que ordena la Constitución, logrando con esto vulnerar principios constitucionales.

En el Tribunal Constitucional Español se han emitido sentencias de omisiones relativas, con las que podemos ilustrarnos, como ejemplo podemos anotar:

“La única inconstitucionalidad por omisión que el Tribunal Constitucional admite, es la que se deriva de una actividad incompleta, de una actividad omisiva por parte del legislador... cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir la regulación de determinadas materias produce vulneración de derechos fundamentales, entonces es cuando nos encontramos, según el Tribunal Constitucional, ante una inconstitucionalidad por omisión.”¹⁵

La labor de los legisladores pone en desigualdad a ciertos beneficiarios provocando que el principio de igualdad sea quebrantado. Así Luigi Ferrajoli, se pronuncia manifestando: “es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida.”¹⁶

Con esto el doctrinario quiere decir que existen ciertas personas que por su posición jurídica establecida dentro del texto Constitucional, tiene mayor incidencia en verse afectados por una omisión inconstitucional relativa.

¹⁵ Pérez Royo, Javier, Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión, op. cit., p.59.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos Fundamentales: en los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2001, p. 21.

Escenarios De Inconstitucionalidad Implantados Por El Legislador.

Las formas de contravenir las normas inmersas dentro de la Constitución pueden ser generadas tanto por autoridades públicas como por particulares. Pero dentro de este análisis solo nos referiremos a situaciones de inconstitucionalidad creadas por el legislador.

Al ser la Constitución una frontera entre el derecho y las actuaciones de las autoridades que desempeñan tareas impuestas por la misma, se pueden advertir algunas formas de inobservancia a las normas que se desprenden del texto constitucional. Estas violaciones se dan en mayor grado al momento de crear las leyes, es decir, dentro de la función legislativa la cual debe cumplir sus roles de forma libre pero sin olvidarse de los límites que impone la Constitución.

Así lo expresa Morón Urbina "...la actividad legislativa 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 decisión por el constituyente consagrada..."¹⁷

El control se da no solo a las normas sino a la función legislativa en general, es decir, tiene que ser un control eficiente y completo que debe abarcar todos los supuestos de inconstitucionalidad posibles. Solo así se impediría que el texto constitucional incluya un mecanismo de control ineficiente y fragmentario.

Antes solo se concebía a la inconstitucionalidad desde el punto de vista positivo, es decir, respecto a un acto legislativo concreto a través de la declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma, razonamiento que fue impuesto por Kelsen.

¹⁷ Juan Carlos Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", en Revista Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1999, p. 447.

Sin embargo, en la actualidad se ha venido dado un enfoque distinto; puesto que, la inconstitucionalidad no solo se da por vía de hecho al emitir una ley contraria a un mandato expreso o tácito de la Constitución o al violentar algún derecho fundamental de ésta; sino cuando se omite, se deja de accionar, algún precepto establecido por la Constitución. De esta manera configuramos un control exhaustivo que magnifica la protección constitucional.

Ahora bien, debemos analizar las dos opciones de inconstitucionalidad que se pueden desencadenar como son:

1. **Inconstitucionalidad por acción:** se comete a través del ejercicio efectivo de la función normativa por la cual el legislador incorpora una norma al ordenamiento jurídico a través de un acto legislativo que debe encontrar validez y justificación en la Constitución; de no ser este el supuesto el acto normativo no cumple con el modelo querido por el constituyente.
2. **Inconstitucionalidad por omisión:** se genera cuando el legislador no desarrolla la actividad normativa que la propia Carta Política le exige, por lo que encamina su actuar en una actitud renuente o negativa que deja en suspenso indefinidamente la vigencia y eficacia de la norma constitucional. La misma pasividad se puede generar cuando de todos modos el legislador expide una norma pero ésta es incompleta o insuficiente.

De lo expuesto podemos deducir que la Constitución no solo impone límites y sistematiza el ejercicio de las normas; sino que también impone obligaciones que permitan desarrollar todo el sistema jurídico del Estado para asegurar la vigencia de los derechos y libertades de las personas para la convivencia en común.

En el mismo sentido De Otto, citado por Salvador Nava Gomar, manifiesta que:

”... La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, en cuanto refuta las condiciones de la creación jurídica, sino en el de que contiene el orden jurídico básico de todos los sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, de forma similar a como lo hacen los programas de partido, un modelo de sociedad... La Constitución, en otras palabras, se transforma toda ella en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución impone, sino que es "desarrollo" de la Constitución, del programa que la Constitución contiene. La Constitución ya no incorpora la concepción política de lo que el Estado debe ser, sino el programa de lo que debe hacer...”¹⁸

Con lo expuesto podemos percibir la importancia de la Constitución que constituye el fundamento de todo el ordenamiento jurídico de un país; de ahí que el ideal a decir es el de vivir en la constitución y desarrollar las obligaciones en ella impartidas.

Enmiendas.

Se busca dar una solución a la inconstitucionalidad por omisión y para esto se ha desarrollado algunas formas de poder denunciar las omisiones:

1. **Denuncia ante un Órgano Superior.-** cuando al existir mora legislativa por parte de algún organismo del Estado se denuncia al

¹⁸ Salvador Nava Gomar, "El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)", pp. 26 Y 27.

cuerpo Estatal superior para que este imparta alguna medida sancionatoria.

2. **La Recomendación:** aquí el órgano controlador recuerda al órgano rebelde que sancione las normas faltantes que según la Carta Magna tienen que pronunciarse.
3. **Llamado de Atención:** Cuando se constate el incumplimiento de la Constitución por omisión se deberá notificar al órgano que incurrió en dicha violación.
4. **La Cobertura:** constituye una forma de protección al perjudicado; esto cuando a falta de norma se perjudica el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Esta protección se encuentra prevista en la Constitución de Brasil.
5. **Compulsión Constitucional:** aquí es la propia Constitución que afirma que todas sus cláusulas son operativas; así pues, el artículo 11 numeral 3 afirma: “que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” el precepto también agrega que “no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” Con este tipo de preceptos lo que se busca es que los jueces efectivicen las normas constitucionales de manera total o parcial.

Con esto se puede decir que la inconstitucionalidad por omisión, en la actualidad, puede verse arremetida por los jueces; puesto que estos tienen la potestad de cubrir dentro de lo razonable y permisible los vacíos lagunosos, es decir, debe la Constitución prevalecer la operatividad y sancionar al órgano moroso para que cumpla con su deber constitucional. Es que la Constitución es norma jurídica obligatoria a la que están sometidos el legislador y el juez.

Efectos Que Produce La Inconstitucionalidad Por Omisión.

De acuerdo a los instrumentos procesales que la Constitución concede la Corte Constitucional, tiene la potestad de emitir sentencias que declaren la inconstitucionalidad por omisión. Esto, sin lugar a duda, produce varios efectos que María Sofía Sagüés los ha clasificado de la siguiente manera.

1. **Efecto Anoticiador:** Se produce cuando el órgano de control Constitucional, al enterarse del descuido, le recomienda acatar el mandato expedido en la Constitución.
2. **Efecto Anoticiador-Imperativo:** Se produce cuando al existir una omisión, se le exhorta al omítete la creación de la medida ausente, confiriéndole un tiempo prudente. Lo que se busca es comunicar al órgano la inconstitucionalidad por omisión que se ha generado por su parte y los efectos que ha producido la misma, para que en un tiempo determinado emita la norma jurídica que ha estado pendiente de regulación.

Se puede entonces advertir, que la acción de inconstitucionalidad por omisión, genera una actividad dentro del órgano que ha prescindido de este actuar; con la finalidad de suprimir la violación constitucional y de generar una solución dentro de la norma omisa. La inconstitucionalidad por omisión en este sentido es de carácter amplio puesto que es responsable de la omisión cualquier sujeto pasivo y cualquier autoridad a la que la Constitución haya otorgado la carga de reglamentar normativamente una ley o la misma Constitución.

En este sentido José Ricardo Carrasco Mayorga manifiesta:

“ha de diferenciarse la figura de la -inconstitucionalidad por omisión- de la figura de la -omisión legislativa-, puesto que la primera se configura cuando el actuar de cualquier autoridad es omisa al mandato constitucional o legal, mientras que la segunda, se actualiza cuando la abstención ha provenido únicamente de los órganos legislativos, denominados comúnmente como parlamentos o congresos.”¹⁹

3. **Efecto Supletorio:** Se genera cuando el órgano omiso a pesar de ser comunicado por la omisión en la que incurrió y de haberle señalado un plazo para que subsane dicha inconstitucionalidad, no la cumple; se genera por parte del órgano controlador de la constitucionalidad el reemplazo de la omisión, es decir, suple la omisión y dicta las reglas pertinentes para hacer ejecutable el precepto Constitucional.

Así está regulado en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, en su artículo 65, que literalmente expresa:

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

¹⁹ Carrasco Mayorga José Ricardo, La Inconstitucionalidad por Omisión, Revista Jurídica No. 67. Año 11. Enero-Marzo 2011, p. 80.

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

- a) El Gobernador del Estado, o;
- b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.²⁰

La jurisprudencia alemana, ha optado por implantar una clausula similar a la que se la denomina -proceso de concretización (Konkretisierung)-. Así como en nuestro país la norma expedida por la reformada Constitución del 2008 ha implantado en su artículo 436 numeral 10.

Lo que ha provocado críticas por parte de algunos doctrinarios, pues señalan que con este sistema, se contraviene el principio de división de poderes que se fundamenta en la repartición del poder entre un órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Por lo tanto, este nuevo sistema invade el terreno de trabajo del poder legislativo; puesto que el órgano de control constitucional puede, en caso de omisión, crear leyes con efectos generales que le son propios. Los que apoyan a estas críticas consideran que:

²⁰ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Veracruz.

“Constituye una grave violación del principio de separación de poderes en tanto en cuanto el Poder Judicial no sólo asumiría la tarea de legislador negativo, sino también la de legislador positivo llegando a una situación en el que prácticamente todo el poder de un órgano (tanto el poder legislativo negativo como el positivo) sería ejercido por quien posee todo el poder de otro órgano (el poder judicial), lo cual subvertiría los principios fundamentales de una Constitución libre.”²¹

4. **Efecto Indemnizatorio:** Aquí el órgano de control constitucional impone una medida indemnizatoria por el perjuicio ocasionado por la omisión o falta de actividad al agraviado.

Como se puede apreciar la Corte Constitucional cumple su función en un sentido más creativo; ya que en nuestro país se le da la posibilidad de convertirse en un “legislador positivo”, pues tiene la atribución de crea leyes bajo la influencia de coexistir normas con carácter inconstitucional o de no existir las mismas.

Fundamento del art. 436 numeral 10.

La intención de este precepto legislativo es, sin duda, afianzar la fuerza normativa de la Constitución y generar seguridad jurídica.²² Y es que la pasividad del legislador o de cualquier autoridad pública es amparada de modo provisional por la Corte Constitucional, para generar, de esta manera, una eficacia jurídica y salvaguardar los derechos establecidos en la Constitución. Lo que se hace es judicializar el conflicto para insertarlo dentro de las competencias de la Corte Constitucional.

²¹ <http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes/7000/7135.doc>

²² Entendida como la medula del derecho se sustenta en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su aplicación como en el ámbito de su publicidad. Es una garantía para los ciudadanos garantizada por la Constitución.

Dentro del artículo 436 numeral 10 , que me he permitido transcribir en líneas anteriores se puede considerar indiscutibles encargos al órgano legislativo luego de verificar que se ha consumado la infracción constitucional como: a) la sujeción de un plazo definitivo para que se corrija, dentro de este, la existencia o inexistencia de la norma jurídica; b) trabajar en acciones positivas con la finalidad de subsanar las omisiones, totales o parciales, realizadas por los responsables; c) la renovación o adhesión que envuelve a través del acto positivo, el deterioro constitucional a cargo de la omisión.

Se puede apreciar, entonces, que la Constitución impone ciertos lineamientos de trabajo a seguir para que el juez Constitucional resuelva las inconstitucionalidades por omisión legislativa; por lo que, en caso de existir la omisión y por ende la afección a la Constitución se dispone que se declare la inconstitucionalidad y se da un plazo para cumplir con lo que dicta la sentencia, esto, sin duda, posibilita la aplicación del derecho.

Nuestro país lleva la posta en la manera de desarrollar esta figura, puesto que ha previsto soluciones efectivas.

La doctrina, también, ha reconocido la importancia de esta figura como un mecanismo de control constitucional y es que dentro de un Estado constitucional de derechos no se puede contener declaraciones que afecten a los principios reconocidos por la carta política. Así lo explica Víctor Bazán al mencionar a Germán Bidart Campos, Martín Lozada y Ezequiel

Lozada:

“El Superior Tribunal acoge la acción, en principio, fija el plazo para que la omisión sea subsanada. En caso de incumplimiento, “integra el orden normativo”, resolviendo la cuestión – reduciendo perímetro y superficie de su sentencia estrictamente al caso concreto-; y, de no ser posible, “determina el monto del

resarcimiento a cargo del estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.”²³

Tipos De Sentencias Que Anulan Los Efectos Negativos De Las Omisiones.

- a) **Sentencias Interpretativas.-** Es aquella que se centra en determinar el sentido en el que la norma impugnada por inconstitucional debe ser destinada para impedir la inconstitucionalidad.
- b) **Sentencia Aditiva.-** Expresa todo lo contrario; pues implanta la posibilidad de manifestar la inconstitucionalidad de ciertas expresiones de la norma que resulta fuera del marco constitucional.
- c) **Sentencias Sustitutivas.-** La violación de una norma también podrá darse, cuando se haya producido el buscado desarrollo constitucional, pero este contenga algunas consideraciones contrarias o atentatorias a la Constitución, que identificadas, podrán ser objeto de reemplazo, anulando de esta manera los efectos contrarios que producían.
- d) **Sentencias Exhortativas.-** Se encargan de cumplir los mandatos constitucionales, declarando la inconstitucionalidad de un acto, norma o resolución y disponiendo que sea el órgano del poder público que omitió su responsabilidad el que en un plazo determinado llene el vacío de la norma o resuelva la declaratoria de inconstitucionalidad.

La mayoría de países que no regulan la inconstitucionalidad por omisión legislativa se han enfocado solamente en declarar la simple inconstitucionalidad. Por lo que este tipo se

²³ V. Bazán, *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, 194.

sentencias entran dentro de las llamadas **Sentencias Declarativas.**- Que se encargan de expresar la inconstitucionalidad e incompatibilidad de la norma conforme a la Constitución, sin que exista un análisis previo que explique la anulación de la misma. Quedando el legislador con la capacidad de modificar la norma declarada de inconstitucional.

Es con todas estas sentencias y en especial con la mezcla de las sentencias aditivas con otros elementos que permiten ampliar el enfoque de las normas constitucionales, con las que el juez constitucional puede desempeñar esta función positiva, valiéndose de estas posibilidades para cumplir con su principal objetivo, como es el respeto del principio de supremacía constitucional, al Estado constitucional de derecho y a la vigencia de los derechos fundamentales.

CAPITULO II

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Es entendido por todos que el derecho se encuentra en constante cambio de acuerdo a las exigencias sociales de cada país; por esto, considero importante exhibir una breve reseña de las vías que ofrece el derecho comparado para arremeter la inconstitucionalidad por omisión.

Han sido varios los países que han incluido dentro de sus mandatos este recurso de inconstitucionalidad por omisión; así tenemos a: Portugal, Venezuela, Costa Rica, México (Estado de Veracruz), Argentina (Provincia de Río Negro), Brasil (Sao Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul) y Angola, y la ex Yugoslavia. Se puede percibir que dentro de la normativa constitucional o judicial de estos países, existen mecanismos para afrontar a la inacción de las autoridades competentes.

La ex Yugoslavia es el primer país que interpuso este recurso dentro de sus textos constitucionales (art. 337 de la Constitución) en 1974, en la cual se establecía al Tribunal Constitucional constatar la falta de desarrollo de las normas constitucionales.

En Portugal se observa la inconstitucionalidad por omisión cuando al requerir normas para dar valor a ciertos preceptos constitucionales existe un silencio del legislador. En este país el Tribunal Constitucional ejerce una función coercitiva que obliga al legislador a legislar, la sentencia emitida por este organismo controlador es declarativa de corrección, es decir, recomienda al legislador para que corrija su omisión.

Este control se centra solamente a intervenciones legislativas específicas más no de manera general, el Tribunal al percibir la falta de norma jurídica que impide el efectivo desarrollo de la Constitución, puede declarar la inconstitucionalidad por omisión. Dicho de otra manera, el control solo se da cuando falta una ley específica para dar cumplimiento a una exigencia impuesta por la constitución.

Como nos refiere Miranda mencionado por José Julio Fernández esta función estaba destinada a verificar lo siguiente:

- “que el no cumplimiento de la Constitución consista en la violación de cierta y determinada norma;
- que se trate de la norma constitucional no exigible por sí misma; que, en las circunstancias concretas de la práctica legislativa, falten las medidas legislativas necesarias para convertir en exigible aquella norma [...]
- que se trate de norma no exigible prescriptiva, y no meramente permisiva.”²⁴

En México el problema de la inconstitucionalidad por omisión es abordada por la Corte de Justicia de la Nación, dentro de varios Estados que comprende el país en especial el de Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, y Quintana Roo. Desde el año 2005 es que de forma innovadora se interpuso dentro de la normativa esta figura de inconstitucionalidad. Es necesario manifestar que en México no existe mayor doctrina sobre el tema; pero, sin han logrado diferenciar de forma puntual lo que es la omisión legislativa y las lagunas del

²⁴ José Julio Fernández, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, en Javier Tajadura Tejada, coord. La constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006, p. 235.

derecho; y es que para que exista una laguna debe existir, también, una omisión por parte del legislador, sin embargo, su relevancia jurídica no puede ser comparada.

Se advierte que existe una laguna del derecho cuando el sistema jurídico exhibe un vacío que no puede ser resuelto dentro del marco jurídico ya existente. Estas pueden nacer por situaciones ajenas a la voluntad del legislador o por su negligencia. Como solución a una laguna del derecho se puede concebir la incorporación de una nueva ley al sistema jurídico.

Las lagunas del derecho se diferencian de las omisiones legislativas en que las omisiones son producto del incumplimiento de un mandato constitucional; mientras que las lagunas no siempre tienen que ver con cumplir las normas constitucionales éstas pueden darse dentro de cualquier norma jurídica. Otra diferencia es que las omisiones constituyen actos de voluntad del legislador y las lagunas del derecho, por el contrario, son producto de actos voluntarios o involuntarios del legislador. Y por último, las omisiones legislativas generan sentencias que producen lagunas dentro del ordenamiento jurídico; mientras que las sentencias de las lagunas del derecho ejercen el principio de completar el ordenamiento jurídico.

Con esto se puede percibir que las omisiones legislativas se centran en mantener la integridad del principio de supremacía constitucional con la finalidad de no atentar contra la fuerza normativa de la Constitución; mientras que, las lagunas del derecho se centran en mantener la armonía del ordenamiento jurídico en general con la finalidad de cubrir la vulneración de los principios de seguridad, certeza y continuidad del ordenamiento jurídico.

Luego de hacer esta importante diferencia podemos expresar que en el Estado de Veracruz en el año 2000, ha abierto una nueva etapa dentro de la justicia constitucional mexicana;

puesto que ha construido un sistema de protección y validez constitucional. Con la incorporación de este sistema de justicia constitucional se ha notado la influencia dentro de algunos Estados como el de Chiapas, Tlaxcala, Nuevo León y el Estado de México. Esta figura no ha funcionado con anterioridad dentro del país; por lo que, se le ha caracterizado por ser una figura contemporánea y original dentro del sistema constitucional.

El proceso a seguir por parte de la Constitución del Estado de Veracruz es el de fiscalización a la actividad del legislador para controlar la verdadera naturaleza de la Constitución. Para ellos la constitución debe ser tutelada por aquellos sujetos que por su posición tienen el poder para construir mecanismos que coloquen a la Constitución en un rango mayor que sea el de forjar, siempre, el interés general.

El artículo 65 de la Constitución de Veracruz expresa que al existir una sentencia de inconstitucionalidad por omisión se otorgará un plazo de dos períodos al Congreso del Estado, con la finalidad que se expida la norma de la cual se trata la omisión. Si no se cumple dentro del plazo dado el Tribunal Superior de Justicia será quien decrete los cimientos en los que se deberán construir los parámetros de la ley o decreto que las autoridades estaban llamadas a construir.

Una ley como la anotada anteriormente nos hace pensar que el sistema expedido dentro del Estado de Veracruz es uno de aquellos que no solo declaran la inconstitucionalidad de la norma producto de la inercia del legislador; sino que, se convierte en un actor del proceso; puesto que, expide normas de eficacia temporal con carácter vinculante que guían en sentido positivo la actuación del legislador en la producción de la nueva norma.

Venezuela, por su parte, ha incorporado en su Constitución que al verificar la inconstitucionalidad por omisión en la creación de normas por parte del poder legislativo nacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consignará el plazo; e incluso, de ser necesario los lineamientos a seguir por parte del órgano omisor para solucionar la inconstitucionalidad. Con esto se puede percibir la intromisión de la Sala Constitucional al interponer los parámetros y los contenidos que se deberán incorporar en la formación de la nueva norma a dictarse.

La Constitución venezolana establece los plazos para ejercitar la acción; es así, que la Asamblea Nacional dispone de seis meses para aprobar una ley orgánica sobre estados de excepción y el término de un año para aprobar la legislación sobre tortura, sistema electoral, sistema judicial y administración pública. La Constitución de este país, también, ordena a la Asamblea Nacional en un plazo no mayor de dos años a elaborar todas las normas impuestas por ésta.

Brasil es otro de los países que de forma muy amplia ha desplegado la inconstitucionalidad por omisión; aquí, el Tribunal Supremo es el que dicta la sentencia que imprime la presencia de una omisión; para corregir la inconstitucionalidad.

El artículo 103 de la Constitución de Brasil establece:“(…) declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.²⁵

²⁵ Constitución de la Republica de Brasil.

Dentro de este artículo podemos percibir que la omisión tiene que ser, específicamente, de una medida necesaria para que se concrete la inconstitucionalidad por omisión. Dejando a un lado que deben ser mandatos expresamente establecidos por la Constitución. Con esto lo que se provoca es dar un mayor alcance a la protección constitucional; puesto que, no se califica que tipo de medida debe estar ausente para ejercitar la acción.

Demostrada la existencia de inconstitucionalidad por omisión la Constitución de Brasil concede un plazo de treinta días para subsanar la misma. Esto cuando el órgano administrativo sea el que omitió la acción.

La inconstitucionalidad por omisión dentro de este país puede ser ejercida por:

- El presidente de la Republica
- El Procurador General del Estado
- El Senado
- El Consejo Federal de Brasil
- Cámara de Diputados
- Los Partidos Políticos con Participación en el Congreso
- Asamblea de Representantes
- El Gobernador Estatal.

Con la amplia gama de las entidades y autoridades que pueden suscitar la inconstitucionalidad por omisión podemos percibir que el propósito del Constituyente es resguardar la Constitución. Es por esto, que en Brasil a más de la acción de inconstitucionalidad por omisión existe la acción de mandato de *injuncao*.

Este mandato puede ser solicitado por cualquier persona que se sienta perjudicada de no poder ejercer algún derecho constitucional por falta de reglamentación; para lo cual, debe hacer uso de esta herramienta con la espera de que sus derechos sean protegidos. Esta petición debe ser presentada ante el Supremo Tribunal Federal, en contra de la persona que impide el ejercicio del derecho en cuestión. Lo que se quiere alcanzar es la realización de un acto concreto con el fin de transformar un derecho abstracto en algo concreto. Su objetivo es proteger derechos constitucionales.

La omisión legislativa en Alemania, en cambio, presenta otros parámetros; puesto que no está regulada todavía por la Carta Fundamental. A pesar de lo expresado el Tribunal Constitucional ha implando diversas modalidades para proteger las inconstitucionalidades por omisión con la finalidad de mantener un verdadero Estado de derechos. Este Tribunal ha incorporado el llamado Recurso de Queja que se centra en las omisiones cometidas por los legisladores que deterioren los derechos fundamentales; pero, solo si se trata de omisiones relativas más no de absolutas.

Un ejemplo de esto se puede ver en el artículo 6 de la Constitución alemana que sostenía que para los hijos ilegítimos se tenía que proporcionar las mismas condiciones tanto físicas como sociales que para los hijos legítimos. El legislador, por más de veinte años, omitió esta norma; por lo tanto, la Corte dispuso que este artículo sea aplicado de forma directa, aunque no exista la legislación necesaria.

Esta sentencia abrió camino para que el Tribunal Constitucional genere en los casos en los que se presenten omisiones en las normas de desarrollo eficacia a los preceptos constitucionales mediante el proceso de concretización.

Dentro de las sentencias que el Tribunal Constitucional esta llamado para actuar según Díaz Revorio están: “Las de mera incompatibilidad, que se trata de los fallos en que no se declara la nulidad de la ley incompatible con la Constitución. Este tipo de fallos es consecuencia de dar respuesta a los casos en que la ley no incluye arbitrariamente a ciertas categorías en una situación de ventaja que la misma prevé (omisión relativa)”.²⁶ Un ejemplo de esto sería que se de ventaja con una la Ley como la del impuesto a un grupo de ciudadanos y sin motivo alguno se excluya a otros ciudadanos de las mismas ventajas.

Pero este tipo de soluciones son pasajeras ya que, generalmente, el Tribunal Constitucional Alemán suele obligar al legislador a suprimir la inconstitucionalidad de la norma; por lo que, señala un plazo para que éste convierta la parte de la norma inconstitucional en constitucional, es decir, la parte declarada inconstitucional no se aplica y se conserva la parte aplicable de acuerdo con la Constitución.

Otro tipo de sentencias que pueden ser emitidas por el Tribunal son aquellas que declaran que la norma es Constitucional pero que el futuro pueden ser inconstitucionales; por tal motivo, le alerta al legislador para que trate de evitar, a través de ciertos mecanismos, la inconstitucionalidad futura.

España es otro país, que podemos analizar dentro de esta temática, aquí se convierte la omisión en una, verdadera, violación constitucional por la falta de cumplimiento de un manato constitucional expreso; falta que la comete el legislador inactivo.

²⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier. “El control constitucional de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, España: Revista española de derecho constitucional, año 21, núm. 6, pp. 91 y ss., enero-abril de 2001.

El Tribunal Español no cumple solo con la función de decretar la nulidad de la norma dictando conceptos; sino que, actúa como un verdadero órgano legislativo prescribiendo sentencias que retoquen las normas en toda su figura, es decir, suple al legislador.

El Tribunal Español, también cumple con la función de proveer recomendaciones al legislador. En la sentencia 3/1983, que resuelve la inconstitucionalidad instituida en contra del artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, el Tribunal implantó que “sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y conexos...”. Con esto se puede observar el alcance que ha tenido el Tribunal Español extralimitándose en sus actuaciones interpretativas y convirtiéndose en legislador.

Sin embargo, España no contempla dentro de su jurisprudencia esta institución de control de las omisiones legislativas, es decir, no está expresamente señalado que el Tribunal Constitucional tiene la potestad para convertirse en un controlador de las omisiones. Es la jurisprudencia la que nos deja percibir y analizar la manera de actuar de la Corte Española frente a las inconstitucionalidades relativas dentro de las normas que han sido creadas por disposición expresa de la Constitución; pero no logran atender todos los supuestos requeridos por ella.

Incorporación de esta Institución Dentro de la Carta Constitucional.

Comenzare señalando que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incorpora dentro de su texto algunos principios constitucionales en los que plantea la necesidad de aplicar de forma inmediata los derechos y garantías constitucionales por y ante cualquier servidor público, administrativo y judicial ya sea a petición de parte o de oficio. Corresponde a los jueces constitucionales la labor de garantizar estos derechos.

Se desprende entonces que el análisis de las omisiones legislativas debe ser controlado por los órganos respectivos para la protección de los derechos garantizados por la Constitución, este control se sujeta a un régimen de competencia abstracto de constitucionalidad. Es misión de la Corte Constitucional vigilar el procedimiento.

Efectos.

Al existir las omisiones normativas Absolutas la Corte Constitucional concede un plazo determinado para que se proceda a la respectiva subsanación. Si la alerta emitida no tiene respuesta la Corte tiene la potestad para formular las reglas básicas que sean indispensables para garantizar la pura aplicación y acatamiento de las normas constitucionales.

Estas reglas formuladas por la vía jurisprudencial quedarán en vigor hasta que el órgano o institución correspondiente dicte las normas reguladoras pertinentes correspondientes a la materia en conflicto.

En el caso de las omisiones normativas Relativas se da un procedimiento diferente; puesto que aquí, si existe regulación pertinente, pero se omite ciertos elementos normativos constitucionalmente substanciales; por lo que, la Corte Constitucional a través de las respectivas sentencias constitucionales, que gozan de carácter condicional, rectifica estos inconvenientes jurisprudenciales.

No hay como dudar que la nueva Corte Constitucional goce de ser un legislador positivo puesto que emite normas que regularan las situaciones en riesgo hasta que el legislador ordinario lo resuelva. Con la finalidad de afianzar la fuerza normativa de la Constitución; esto para que el legislador no sea el único capaz de emitir las normas y que la vigencia de

los derechos consagrados en la Carta Magna queden a su voluntad y puedan ser mártires de violación.

Con este nuevo sistema de resguardo a la Constitución no se puede decir que se viola las atribuciones del legislador ya que éste al no resolver los conflictos ocasionados por falta de norma está afectado derechos; que se hubiesen desarrollado, sin problema alguno, con la emisión de la norma correspondiente.

Es evidente que el legislador no va alegar su pasividad; por lo que, la Corte Constitucional genera la norma que no va a ser definitiva sino transitoria hasta que el legislador trabaje en la creación de la norma que desee aprobarla. Esto justifica que la Corte Constitucional no se transforma en un órgano usurpador; sino, en todo lo contrario en un órgano preventivo.

En definitiva no se invade la competencia del legislador, puesto que éste es cabalmente autónomo para crear, cuando así lo resuelva, la ley concerniente o emitir el decreto que corresponda, situación que deja de ajustar las bases, reglas o principios generales de acción establecidos por la Corte Constitucional.

Entonces, resulta, evidente que la nueva Constitución busca corregir las falencias del órgano legislativo y proteger la existencia de vacíos legales; pero, este nuevo mandato, incluido en la Carta Magna, implica para la Corte Constitucional un mayor desempeño laboral puesto que tendrá que analizar y asimilar la creación de la norma faltante de acuerdo a las bases generales de operación que permitan que la Constitución goce de eficacia y se ajuste a la realidad social que se presente.

CONCLUSIONES.

En base a lo detallado e investigado en páginas anteriores podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- a. La Constitución Política del Ecuador corresponde la norma jurídica suprema de nuestros ordenamientos jurídicos lo que vincula a todos los órganos de poder.
- b. El Estado Constitucional de derechos, al que pertenecemos, debe contar con mecanismos necesarios de control de constitucionalidad para la existencia de una efectiva defensa de la supremacía de su Constitución.
- c. El legislador se encuentra inmerso en quebrantar la Carta Magna emitiendo leyes contradictorias a lo que dispone la misma. Y al no trabajar en la creación de normas secundarias exigidas para el pleno desarrollo del texto fundamental, también, la está vulnerando.
- d. Sobrevienen varios tipos de clasificaciones de las omisiones legislativas, pero las más comunes se dividen en absolutas y relativas. Relatándose las primeras a la ausencia total de reglamentación; en tanto las relativas apuntan a los procesos en que el legislador, al momento de desarrollar la Constitución, no encierra todos los supuestos requeridos por la Carta Suprema.
- e. Con respecto a la investigación en el derecho comparado son pocos los estados que han establecido en sus constituciones los medios necesarios para el debido control de las omisiones del legislador; sin embargo, otros aun cuando no prevén en forma positiva la institución, han desarrollado a través de sus

respectivos órganos de justicia constitucional, técnicas necesarias para hacer frente a las omisiones legislativas relativas.

- f. En caso de no existir un control por parte de nuestro órgano jurisdiccional, con la nueva institución de la inconstitucionalidad por omisión, se estaría otorgando un poder ilimitado al legislador, lo que provocaría la posible vulneración de lo establecido en la Constitución.
- g. Han sido varias las críticas que se han dado a la incorporación de esta forma de control de las omisiones legislativas en nuestra nueva Constitución; por considerar que se estaría lesionando al principio de división de poderes. Empero esto limitaría al órgano encargado de la jurisdicción constitucional a sujetarse estrictamente a sus facultades.

BIBLIOGRAFIA.

- BAZÁN, Víctor, *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, 2009.
- BIDART, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1994.
- CARRAZCO MAYORGA, José Ricardo, *La Inconstitucionalidad por Omisión*, *Revista Jurídica No. 67. Año 11. Enero-Marzo*, 2011.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. “El Control Constitucional de las Omisiones Legislativas Relativas en el Derecho Comparado Europeo”, España: *Revista española de derecho constitucional*, año 21, núm. 6, pp. 91 y ss., enero-abril de 2001.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión*, en Carbonell, Miguel (Coord.), *En Busca de las Normas Ausentes*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por omisión*, en Carbonell, Miguel (Coord.), *En Busca de las Normas Ausentes*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- FERNÁNDEZ, José Julio, “La Figura de la Inconstitucionalidad por Omisión Portuguesa ante el Siglo XXI”, en Javier Tajadura Tejada, coord. *La Constitución Portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos Fundamentales: en los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, España, Trotta, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La Omisión Legislativa Inconstitucional y su Tratamiento Jurídico”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 1999.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La Omisión Legislativa Inconstitucional y su Tratamiento Jurídico” en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° I, Lima, 1999.
- NAVA GOMAR, Salvador Olimpo, *El Estado Constitucional: Sinonimia Positivísima entre Constitución y Democracia Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2003.
- NAVA GOMAR, Salvador, “El Estado Constitucional: Sinonimia Positivísima entre Constitución y Democracia”, Buenos Aires, 2003.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, España, Marcial Pons, 2011.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Instrumentos de la Justicia Constitucional Frente a la Inconstitucionalidad por Omisión*, Bogotá, 1991.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Los Principios Específicos del Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.
- TROCKER, Nicolás, citado por Fernández Rodríguez, José Julio: *Aproximación al Concepto de Inconstitucionalidad por Omisión*, en Carbonell, Miguel (Coord.), *En Busca de las Normas Ausentes*, México, IIJ-UNAM.

Textos Adicionales.

- Constitución del Ecuador, 2008.
- Constitución de la Republica de Brasil.

Portales de Internet.

- <http://www.rae.es/rae.html>.
- <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1168-150604-03-1745.htm>
- <http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes/7000/7135.doc>

