

# INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN – VISIÓN DESDE LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 2008.

*Andrea Cristina Assis Fierro\**  
*Carlos Mario Malaver Sandoval\*\**

## **Resumen**

El presente escrito señala los resultados del estudio que tuvo como objeto central la omisión legislativa relativa a la luz de la nueva Constitución de la República del Ecuador, la cual fue proferida el veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) mediante el registro oficial número 449 de la mencionada fecha, por lo cual se evaluó la figura de la omisión desde sus antecedentes en este territorio, así como su normatividad actual, jurisprudencia aplicable y doctrina. Lo anterior con el propósito de realizar un aporte académico sobre una nueva figura de protección constitucional que se ha propagado en países como Costa Rica, Colombia, Venezuela, Brasil, Portugal, Italia, España y Alemania.

## **Palabras clave**

Constitución Política de la República del Ecuador, doctrina, jurisprudencia, omisión legislativa relativa o absoluta, inconstitucionalidad por omisión, IO, sentencia interpretativa constitucional, SIC.

## **Introducción**

El estudio aborda el tema de la omisión legislativa a la luz de la nueva Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 436 numeral 10 establece la facultad para que el Tribunal Constitucional creado en 1998 que ahora se denomina Corte Constitucional conozca de las omisiones de carácter absoluto o relativo en las que incurran las instituciones del estado.

---

\* Abogada Universidad del Rosario, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, estudiante de segundo año de Maestría en Derecho con línea de investigación en Derecho Constitucional de la Universidad Sergio Arboleda. andreaassis1999@hotmail.com

\*\*Abogado Universidad Autónoma de Colombia, Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, estudiante de segundo año de Maestría en Derecho con línea de investigación en Derecho Constitucional de la Universidad Sergio Arboleda. mario03ms@gmail.com

La importancia del tema radica en el estudio de una figura que se ha ido asentando en las constituciones de diferentes países del mundo como lo son Costa Rica, Colombia, Venezuela, Brasil, Portugal, Italia, España, México y Alemania, y que en el presente caso se ahondará en su consagración y efectos en la República del Ecuador.

Por consiguiente, en primer término se analizan los antecedentes de la omisión legislativa, en el segundo apartado se aborda la normatividad en vigencia de la Constitución de la República de Ecuador de 2008, en tercer lugar se relacionan casos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana y finalmente se tocan los postulados doctrinales tanto nacionales como extranjeros de la figura de inconstitucionalidad por omisión.

## **Problema de estudio**

¿Cuál es el panorama actual de la acción de inconstitucionalidad por omisión a la luz de la nueva Constitución de la República de Ecuador, promulgada el veinte de octubre de 2008?

## **Antecedentes de la omisión legislativa en Ecuador**

La inconstitucionalidad por omisión legislativa consagra un control constitucional relativamente nuevo en la República del Ecuador, pues fue hasta la Constitución del 2008 cuando en el numeral 8 del artículo 11 contempla un control de constitucionalidad negativo, evolucionado y contrario a todo lo que se había establecido en las constituciones anteriores donde limitaba su examen constitucional en sentido positivo.

Así, por ejemplo en la constitución expedida en el año 1979 no existía un control constitucional por omisión legislativa en cabeza de alguna institución del estado, pues el mencionado mecanismo lo ejercía la Corte Suprema de Justicia al poder suspender total o parcial los decretos, leyes o disposiciones que fueran contrarias a la Constitución<sup>1</sup>, paralelamente existía también un Tribunal de Garantías Constitucionales con la función de formular observaciones a las disposiciones legales, pero solo limitándose ambos a sugerir o restringir la aplicación o no de las normas, así mismo consagraba que en caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, sólo la Cámara Nacional de

Representantes en pleno poseía la facultad de interpretarlas. Igualmente en la Constitución de 1998 se contemplaba un tipo de control positivo en su artículo 276 parecido al descrito anteriormente, pero mezclado con un exa-

<sup>1</sup> Constitución Política de Ecuador 1979, artículos 137 y 138. [http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion\\_1978.pdf](http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf), consultado marzo 24 de 2015.

men difuso al permitir a los jueces ordinarios inaplicar las disposiciones contrarias a la constitución.

La larga ausencia de esta figura en las disposiciones Ecuatorianas fue quizás la razón que impulsó a los constitucionalistas que participaron en la elaboración del texto normativo de 2008 a ser revolucionarios e innovadores en la protección de su Constitución, dotando de toda autoridad incluso por encima de la teoría de la división de poderes a su guardián principal, la Corte Constitucional, llevándola hasta el punto de ser competente para expedir provisionalmente las normas faltantes.

## **Normatividad aplicable en vigencia de la nueva constitución de la República de Ecuador**

### **Constitución de la Republica de Ecuador 2008**

La constitución de la Republica Ecuatoriana más allá de enunciar y definir los derechos, deberes y principios más importantes de su ordenamiento territorial quiso proteger el desarrollo de los mismos no dejándolo sometido a la voluntad del legislativo, por lo que desarrolló a través de los siguientes artículos Constitucionales un sistema que le permite suplir la falta de las normas:

- ▶ El numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de Ecuador establece: “*Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:...* 8. *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”<sup>2</sup> (subrayado fuera del texto)*
- ▶ “*Art. 436.- 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*

<sup>2</sup> [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf), consultado marzo 25 de 2015.

*plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley (...)*”

## **Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y ontrol constitucional**

En concordancia con lo establecido por la nueva Constitución, en el año 2009 y en pro del cumplimiento de las exigencias de la misma y con la finalidad de ampliar la garantía de derechos concedidos por el nuevo texto, para el fortalecimiento de la justicia constitucional se expidió la presente ley, de la cual se transcriben los artículos pertinentes:

- ▶ Capítulo IX Control constitucional de las omisiones normativas Art. 128.- *“Alcance.- El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad”*<sup>3</sup>
- ▶ Art. 129.- *“Efecto 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 subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada. El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.”*<sup>4</sup>

<sup>3</sup> [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_org2.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf), consultado marzo 30 de 2015.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

- Art. 130.- *“Sentencias de constitucionalidad diferida para evitar la omisión normativa.- 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.”*<sup>5</sup>

En otras palabras, el Tribunal Constitucional hoy Corte Constitucional de Ecuador cuenta con un control de constitucional expreso positivo y negativo que lo faculta para suplir al legislador relativa o absolutamente cuando con su omisión inobserve los mandatos contenidos en la constitución, siendo esta competencia únicamente restringida por la expedición de la norma por el órgano facultado para ello, donde el Tribunal devuelve tal aptitud al legislador primario.

En conclusión, el constituyente consiguió con la expedición de la anterior norma que se desarrollara una herramienta idónea y eficaz que garantizara la existencia de una justicia constitucional como controlador de los demás poderes públicos, indicando en esta ley las posibilidades de omisión de inconstitucionalidad existente y delimitando un claro accionar al respecto.

## **Jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana acerca de la omisión legislativa**

En materia jurisprudencial, se tiene que con el cambio de constitución donde antes Ecuador poseía un Tribunal Constitucional desde 1998, a partir del veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) con la nueva carta de navegación del país, se estableció una Corte Constitucional, corporación que tal como se señaló en el aparte de normatividad de este escrito, mantuvo algunas de sus competencias anteriores y le fueron creadas otras como es el caso de la inconstitucionalidad por omisión que es considerada la gran innovación normativa de la época en este país, ya que el principio constitucional no solo se vulnera por la actuación del legislador, sino por su inacción y en este último caso existiendo el deber legal de expedir la normatividad y cuando esto no sucede la Corte Constitucional queda facultada para proferir la norma de manera provisional.

Por tal motivo, es pertinente abordar el tema con el fin de evaluar los argumentos constitucionales en cuanto a la acción de inconstitucionalidad por omisión consagrada en el artículo 436 numeral 10 de esta norma, toda vez que desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva carta constitucional a la redacción del presente escrito la Corte Constitucional se ha

---

<sup>5</sup> Ibidem.

pronunciado en esta materia en mediante una sentencia interpretativa (SIC) y dos sentencias de inconstitucionalidad por omisión (SIO), estas últimas enmarcadas en cinco casos y cuatro de ellos acumulados en una de las dos sentencias que se mencionan en el presente acápite.<sup>6</sup>

### **Caso número 0019-09-IC, Sentencia número 0001-09-SIC-CC**

Esta sentencia trae una particularidad pues aunque se realizó un trámite diferente al señalado por la constitución de la República del Ecuador, toda vez que fue presentada por acción de interpretación constitucional y no por acción de Inconstitucionalidad por omisión, la corte abordó la solicitud de una ciudadana que consideró que la norma constitucional contenida en la Disposición Transitoria Primera que estableció que en el plazo de 360 días la Asamblea Nacional Legislativa aprobará las siguientes leyes: Ley de Soberanía Alimentaria, Ley Electoral, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley del Consejo de Participación Social y Ciudadanía, Ley de Control Constitucional y Garantías Básicas, Ley de Aguas, Ley de Participación Ciudadana, Ley de Comunicación, Ley de Educación, Ley de Servicio Público, Ley de la Defensoría Pública, Ley de Registro Civil, Ley de Registro de Propiedad y Mercantil, Ley de Descentralización Territorial, Código Penal, Código d Procedimiento Penal, Militar y Policía, y Ley de Seguridad Pública, de lo cual aseguró que solo se han cumplido con cuatro de los proyectos señalados y en el evento de que finalice el plazo sin que la entidad profiera las mencionadas leyes se estaría incurriendo en una inconstitucionalidad por omisión.

De igual manera, solicitó que la Corte establezca un plazo razonable para que se profieran las leyes que regulen las materias contempladas en la disposición transitoria primera, lo anterior con previa evaluación de la complejidad de cada una.

El punto relevante del presente fallo es que la Corte indicó que la Constitución no es una sola norma, sino un conjunto de normas fundamentales que identifican cualquier ordenamiento jurídico, motivo por el cual se sostuvo que en la disposición transitoria que señaló un plazo prudente para la expedición de las leyes en salvaguarda del Estado Constitucional de Derecho y Justicia, lo anterior no quiere decir que *“al vencimiento del plazo caducara la potestad del legislador de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter obligatorio.”*

---

<sup>6</sup> Se señalan mediante captura digital los 16 casos en trámite y los cinco casos de los cuales cuatro fueron acumulados sentencia número 001-13-SIO-CC y el otro en la Sentencia número 001-11-SIO-CC.

Como valor agregado, esta sentencia trae consigo una competencia importante en el artículo 436<sup>7</sup> en el sentido de que *“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”*. (Resaltado fuera del texto)

De lo anterior, se evidencia una atribución en materia constitucional para los casos en que persista una omisión de carácter relativo o absoluto y esta va encaminada a que la Corte de manera provisional expida la norma, lo cual entra en salvaguarda del Estado Democrático y de Justicia del gobierno Ecuatoriano.

### **Caso número 0005-10-IO, Sentencia número 001-11-SIO-CC**

En lo que se concierne al caso de la referencia, se tiene que el ciudadano Jhony Ricardo Firmal Chang, secretario general de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, presentó la acción de inconstitucionalidad por omisión el diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010), en contra de la Asamblea Nacional y del Ejecutivo, pues adujo que esta entidad incurrió en omisión de desarrollar el mandato constitucional establecido en la disposición transitoria primera, inciso primero numeral tres que ordena que:

“(…) el órgano legislativo en el plazo máximo de ciento veinte días aprobará la Ley electoral y en trescientos sesenta días aprobará la ley que regule la participación ciudadana”.

En concreto indicó que la revocatoria del mandato prevista en el artículo 105 de la Constitución de la República es una especie de género de consulta popular, según lo dispuesto en el artículo 75 numeral 3, literal (e) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya que de la misma se ha excluido del control constitucional asignado a la Corte Constitucional, que de manera expresa existe en el artículo 104 de la Constitución, como quiera que el desarrollo previsto en la Ley Orgánica Electoral en su artículo 200 es incompleto e incorrecto porque establece un plazo menor al establecido en el artículo 106.

---

<sup>7</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, Registro oficial número 449 del veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008).

De igual manera, agrega que la Ley Orgánica de Participación Ciudadana en su artículo 27 da un plazo de recolección de firmas de ciento ochenta días, sin determinar más requisitos, por lo cual, se solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa del mandato constitucional contenida en la disposición transitoria primera de la Constitución de la República del Ecuador.

Además el peticionario requirió, una medida cautelar, encaminada a la suspensión de los procesos de revocatoria del mandato, iniciados y dispuestos por el Consejo Nacional Electoral, ya que argumentó que estos son violatorios de los derechos de las autoridades de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados.

Por su parte las entidades demandadas argumentaron la promulgación de diferentes leyes tendientes a la implementación normativa de la disposición primera que se refiere a la participación ciudadana.

Posteriormente, la Corte Constitucional planteó los siguientes interrogantes, con el propósito de resolver la situación planteada por el demandante así:

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

Para desarrollar los cuestionamientos, la corporación en su momento indicó que para que exista omisión de carácter legislativo debe existir un deber de hacer, el cual se encuentre consagrado en la norma constitucional de manera expresa, así como la institución debe asumir esta carga y el plazo para realizarlo. Del mismo modo se hizo énfasis sobre el contenido de la sentencia interpretativa número

0001-009-SIC-CC, en el sentido de indicar que el vencimiento del plazo para expedir las leyes no hace que el legislador pierda su facultad, como quiera que esta no depende del mandato de optimización constitucional, de manera que se concluyó sobre este primer aparte que no existía omisión legislativa absoluta ni relativa en el caso demandado, ya que existían precedentes de que la entidad demandada se encontraba realizando las gestiones para la promulgación de leyes<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia (aprobada y publicada registro oficial número 578 de 2009; Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

Por último, en lo que tiene que ver con la revocatoria del mandato, se concluyó que el legislador no incurrió en inconstitucionalidad por omisión, toda vez que en los presupuestos para la producción de la revocatoria del mandato, se encuentra consagrado en los artículos 105 y 106 de la Constitución de la República del Ecuador, los tiempos, procedimientos, instituciones y requisitos de esta figura. Por lo cual se negaron las pretensiones de la demanda en cuanto a la omisión legislativa.

**Casos número 0001-11-IO; 0002-11-IO, 0003-11-IO, 0004-11-IO  
Sentencia número 001-13-SIO-CC.**

Para desarrollar los siguientes cuatro casos contenidos en la sentencia número 001-13-SIO-CC, proferida por la Corte Constitucional del Ecuador en la ciudad de Quito, D.M., el veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), la cual hace referencia a unas demandas de inconstitucionalidad por omisión presentadas por el licenciado Carlos Humberto Aguirre<sup>9</sup> en calidad de procurador común, Cesar Augusto Almeida González<sup>10</sup> en calidad de procurador común, la licenciada Magdalena del Carmen López Aguilar<sup>11</sup> en calidad de procuradora común los anteriores pertenecientes al Colectivo de Docentes y Jubilados de la República de Ecuador y las licenciadas Martha Yolanda Gudiño Guzmán, Luz Amanda Ramón Hurtado, Martha del Carmen Martínez Camacho y Carmita de los Ángeles Bustos Acosta<sup>12</sup>, quienes demandaron la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión normativa en la que habría incurrido la Asamblea Nacional al desarrollar el contenido del mandato señalado en la Disposición Transitoria Vigésimo Primera de la Constitución de la República de Ecuador.

Los argumentos para los casos con radicados 0001-11-OI, 0003-11-OI y 0004-11- OI, fueron en síntesis que el veinticuatro (24) de enero de dos mil ocho (2008) la Asamblea Nacional Constituyente, expidió el mandato constituyente número 2<sup>13</sup>, que tuvo como finalidad “(...)erradicar los privilegios remunerativos y salariales, eliminando las distorsiones generales por la existencia de remuneraciones diferenciadas que se pagan en algunas entidades públicas”<sup>14</sup>, del mismo modo fue citado el artículo octavo del mencionado mandato en lo que tiene que ver con las liquidaciones e indemnizaciones de los servidores públicos y el personal docente en los

(aprobada y publicada registro oficial número 22 de 2009) y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (aprobada y publicada en el registro oficial número 175 de 2010).

<sup>9</sup> Caso No. 0001-11-IO.

<sup>10</sup> Caso No. 0002-11-IO.

<sup>11</sup> Caso No. 0003-11-IO.

<sup>12</sup> Caso No. 0004-11-IO.

<sup>13</sup> Registro oficial, suplemento, número 261, veintiocho (28) de enero de dos mil ocho (2008).

<sup>14</sup> Ibidem, considerando tercero.

casos de supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación<sup>15</sup>. Así mismo fue citada la norma de la Constitución de la República del Ecuador, en cuyo mandato fue alegada la presunta omisión del legislativo así:

“VIGESIMOPRIMERA.- El Estado estimulará la jubilación de las docentes y los docentes del sector público, mediante el pago de una compensación variable que relacione edad y años de servicio. El monto máximo será de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado, y de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general por un año de servicios. La ley regulará los procedimientos y métodos de cálculo.”

De lo anterior, los demandantes en casa caso argumentaron que a la fecha de presentación de la acción no se ha cumplido con el mandato constitucional, pues así la Asamblea Nacional expidiera la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que en su disposición general novena<sup>16</sup> se refirió al estímulo para la jubilación de los docentes, esto no contempló un desarrollo normativo que regule los procedimientos y métodos de cálculo de la compensación variable como incentivo de jubilación de los docentes que hacen parte del sector público.

Por su parte, la actora en el caso número 0002-11-IO, señaló que no se ha expedido la ley que norme el contenido de la disposición transitoria vigésimo primera de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto el contenido de la disposición general novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (*cita número 18*), no contiene el desarrollo normativo que ordena la constitución.

Por tal razón, los accionantes de manera común señalaron como pretensiones, primero la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa del precepto constitucional establecido en la disposición transitoria vigésimo primera de la Constitución de Ecuador, como quiera que lo dispuesto en la ley Orgánica de Educación Intercultural no desarrolló los preceptos constitucionales de su responsabilidad legislativa, lo anterior aduciendo una omisión legislativa absoluta; segundo que en el caso de que la Cor-

<sup>15</sup> *Ibidem*, artículo 8.

<sup>16</sup> 18 “NOVENA.- Como estímulo para la jubilación de las y los docentes, el Estado les pagará por una sola vez las compensaciones económicas establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público para el efecto.

*Las y los docentes que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán el derecho de recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestales correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente, se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público.”*

te Constitucional estime que la disposición general novena de la ley de Educación Intercultural contiene preceptos que desarrollen lo requerido en la disposición transitoria vigésimo primera, se estaría frente a una omisión legislativa de carácter relativo, y en consecuencia la corporación debe subsanar lo consagrado a través de una sentencia constitucional condicionada.

Del mismo modo, se requirió a la Corte formular por vía interpretativa o jurisprudencia las reglas básicas necesarias para garantizar los preceptos referidos a la compensación variable para los docentes del sector público y que a su vez determine quienes son los acogidos a los beneficios desde el veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008) y que percibieron incentivo de jubilación de acuerdo al contenido del decreto ejecutivo número 1127 (...) <sup>17</sup>, por último se solicitó se declarara la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo número 1127.

Sobre el particular y con oposición de las entidades que intervinieron en el proceso (Asamblea Nacional, Presidencia de la República de Ecuador y Procuraduría General del Estado), la Corte Constitucional en primera medida indicó que de conformidad con el contenido de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la corporación se encuentra facultada para realizar el estudio de dos tipos de omisiones, entiéndase por estas las *omisiones absoluta y relativas*, con lo cual se formularon los siguientes problemas jurídicos:

*“1. ¿Incurrió la Asamblea Nacional en una omisión inconstitucional del mandato contenido en la Disposición Transitoria Vigésimo Primera de la Constitución de la República?”*

*2. ¿Es procedente el realizar el análisis sobre la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 1127, como norma conexas al presente caso?”*

Para abordar el primer cuestionamiento, la corporación señaló que la forma de identificar la inconstitucionalidad por omisión era de acuerdo a los elementos presentados por José Julio Fernández Rodríguez <sup>18</sup>, a) la exigencia constitucional para que el legislador actúe positivamente; b) La inacción o abstención del legislador respecto de dicho deber; c) La generación de un fraude constitucional por el transcurso del tiempo; d) La ineficiencia de la Voluntad constituyente.

<sup>17</sup> Apartes de la pretensiones contenidas en la sentencia 001-13-SIO-CC del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

<sup>18</sup> Juan Carlos Morón Urbina, la omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico, en Revista peruana de Derecho Constitucional 1, ENMARCE, Lima, 1999, p. 460 a 463, en uso de la definición de José Julio Fernández Rodríguez, la inconstitucionalidad por omisión, Civitas, 1998.

De lo mencionado se tiene que del primer elemento la corte encontró que existía un deber positivo del legislador, lo cual se encontraba en la disposición transitoria vigésimo primera de la constitución, por lo que se cumplía el primer elemento de la omisión constitucional; en cuanto al segundo hizo un bosquejo de las definiciones de omisión legislativa absoluta y relativa<sup>19</sup> y argumentó que respecto a un mismo mandato establecido en la Constitución no era posible que concurrieran los dos tipos de omisiones, por lo cual no se puede sostener que no se ha promulgado una norma que desarrolle la disposición transitoria vigésimo primera de la Constitución y a su vez manifestar que se ha promulgado pero sin cumplimiento de los prescrito en la norma constitucional, por lo cual se excluyó la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión absoluta y en consecuencia se traslada el problema jurídico al determinar si se normo de manera efectiva los ordenado en la disposición transitoria demandada. De lo cual, se tuvo que el procedimiento se encontraba regulado en la disposición general novena, en concordancia con los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público preceptuó el método de cálculo del monto de compensaciones en razón a la edad y años de servicio, así como el procedimiento para acceder al beneficio.

De lo señalado, se concluyó que fueron satisfechos los elementos contenidos en la Disposición Transitoria Vigésimo Primera, y en consecuencia no se configuró el segundo elemento para calificar la omisión por inconstitucionalidad, por cuanto no se pudo verificar una inacción o abstención del deber de actuar del legislador.

Sin embargo, como punto característico de esta jurisprudencia, debido a la magnitud del caso la corte decidió abordar los elementos restantes de calificación de la omisión legislativa, por lo cual en cuanto al tercer elemento que está dirigido a la temporalidad, dijo que este era propio de las omisiones absolutas, pues el caso de la relativa el tiempo anterior a la promulgación normativa pasa a segundo plano. Sobre el punto se trajo a colación al doctrinante Morón Urbina, quien ha dicho que “(...) *la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional, sino sólo a partir del trascurso del tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reprochable o que se verifique que la omisión está generando afectaciones a derechos humanos*”<sup>20</sup>, en este tema la corporación manifestó que la omisión ya había sido subsanada, como quiera que se promulgó la Ley Orgánica de Educación Intelectual.

---

<sup>19</sup> Véase 4. Doctrina aplicable en este artículo.

<sup>20</sup> Argumento doctrinal sentencia número 001-13-SIO-CC, Quito, D.M., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), p. 23.

Para cerrar la evaluación de los elementos de la inconstitucionalidad por omisión la Corte se refirió al cuarto de estos, que como quiera que ya fue regulada la materia que fue demandada en el caso, no se puede considerar que esta adolece de un vicio constitucional, toda vez que la voluntad del constituyente no se vio frustrada en ese sentido.

En cuanto al segundo problema jurídico que debía resolverse en esta sentencia, se dijo que no había lugar a realizar un análisis de constitucionalidad del decreto ejecutivo número 1127 como norma conexa al caso, como quiera que no se puede realizar este tipo de control sobre normas ya derogadas.

Con todo, se debe dejar claro que en materia jurisprudencial la Corte Constitucional de la República del Ecuador, al realizar un derecho comparado como en el caso Colombiano que solo contempla la figura de la omisión legislativa de manera relativa<sup>21</sup>. En este evento su consagración constitucional prevé los dos tipos de omisión siendo estos la absoluta y relativa. Como valor adicional se dejó dicho que en el caso de no subsanarse la omisión la Corte Ecuatoriana posee la facultad de proveer el ordenamiento jurídico con una normatividad transitoria con el fin de salvaguardar los derechos de las personas que se encuentran en su territorio.

## **Doctrina aplicable**

En este acápite se resaltarán las referencias doctrinales ecuatorianas de mayor impacto, así como las referencias de tribunales de otros países que han tenido gran influencia en esta materia.

### **Nacional**

En este punto, se tiene en primer lugar que la definición de la omisión legislativa adoptada en Ecuador es la entregada por Wessel, quien distinguió dos grupos de omisión, el primero absoluto o *puro y simple*, el cual es comprendido como la ausencia total del desarrollo legal de la norma constitucional.

Por su parte para el autor Hernández Valle quien es citado por Morón Urbina señala que “(...) ésta se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora, destinada a aplicar el precepto o principio constitucional. En este caso la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia normativa por parte del legislador para dar actuación al mandato del

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-690 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero; la sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz, y las sentencias C-146 de 1998 y C-1255 de 2001.

*constituyente*”<sup>22</sup>. De lo cual se define a la omisión legislativa absoluta de acuerdo a lo señalado, como quiera que esta tiene lugar con el apareamiento de la negligencia e inactividad del legislador cuando existe un deber constitucional de hacer.

Ahora bien, para el caso de la omisión relativa, es aquella en la que el legislador en su momento actuó al proferir una norma bajo un mandato constitucional de hacer, pero que no se efectuó de manera integral, como quiera que no señaló aspectos fundamentales que debió abordar la normatividad.

En el mismo sentido, Juan Carlos Morón<sup>23</sup> señala cuatro criterios para diferenciar la omisión legislativa absoluta y relativa, el primero denominado diferencia conceptual, el cual radica en que la omisión absoluta es el silencio mismo que es objeto de control, mientras que por el lado relativo existe una conexión entre el silencio y un acto normativo; el segundo se refiere a los efectos del mecanismo de control, en la omisión absoluta hay una renuencia de activación del mecanismo, toda vez que esta se activa por la opinión pública, y en la omisión relativa se encuentra más campo de acción del intérprete frente a la norma que ha sido encontrada incompleta.

El tercer aspecto es el relacionado a la frecuencia, pues las omisiones absolutas ocurren menos que las relativas; y por último el que alude a la posibilidad de control, es evidente que en las omisiones absolutas es mucho menor que el de las relativas, ya que la falta de objeto procesal se constituye en el mayor problema para configurar un control jurisdiccional seguro y por otro lado en el caso de la relativa esta posibilidad es mayor, ya que existe un control directo de la norma.

Otros autores que se refieren al tema son:

- ▶ Castro Patiño Iván, Inconstitucionalidad por omisión, Guayaquil 3 de julio de 2003.
- ▶ Ávila Santamaría Ramiro, Grijalva Jiménez Agustín, Martínez Dalmau Rubén, Desafíos Constitucionales la constitución Ecuatoriana de 2008 en perspectiva, Quito, Ecuador 2008.
- ▶ Sagúes Nestor Pedro, Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional del Ecuador como Legislador Precario, estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 71-79, ISSN 0718-0195.

<sup>22</sup> Morón Urbina Juan, La Omisión Legislativa Constitucional y su tratamiento jurídico, p. 468.

<sup>23</sup> Citado por Parra Diego Andrés, El control Constitucional de las Omisiones Legislativas, FORO revista de derecho No. 4 UASB, Quito Ecuador 2005.

- ▶ 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.
- ▶ Sanchez Zurati Manuel, Derecho Constitucional Ecuatoriano en el Siglo XXI, Editorial Juridica del Ecuador, Quito, 2009.

De los doctrinantes referenciados, se comprobó que aunque éstos apoyan el gran avance que tuvo la el gobierno ecuatoriano al proferir la Constitución de 2008, el tema de omisión legislativa tanto relativa como absoluta supone un gran reto no solo para el órgano legislativo de ese país, si no para su aparato judicial, como quiera que así exista un constituyente primario en la materia, tenemos que de manera radical la constitución otorgó facultades legislativas provisionales a su Corte Constitucional, y así se fijen los parámetros para ello, siempre chocará el sentir popular con el judicial.

### Referencia a otros tribunales

En la jurisprudencia y artículos que datan del tema se evidenció que la mayor parte de citas jurisprudenciales que se traen sobre omisión legislativa en Ecuador son de la Corte Constitucional de Colombia, siendo los fallos más citados a nivel académico los proferidos por los doctores Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Uprimny Yopez y Vladimiro Naranjo Mesa<sup>24</sup>. Pues Ecuador ha aceptado la tesis colombiana en el sentido comparativo, ya que para la Corte Constitucional Colombiana el legislador puede vulnerar la constitución por vía de omisión pero solo de carácter relativo, pues en el caso de la absoluta, no existe competencia para ello, toda vez que no se podría cotejar la presunta vulneración con el articulado constitucional; lo cual para el caso Ecuatoriano se adiciona con el conocimiento de la omisión absoluta y en el caso de persistir esta otorga facultades a la Corte Constitucional para hacer el papel del legislador de forma provisional.

En ese mismo sentido, se debe mencionar que en Colombia se concretó la posibilidad de examinar formalmente la omisión por inconstitucionalidad a partir de la Constitución de 1991, desde donde se ha contado con una Corte Constitucional cada vez más activa, emitiendo fallos con elementos jurídicos importantes y determinantes, sin embargo, como se dijo en Colombia no existe una acción de inconstitucionalidad como tal para las omisiones legislativas, contrario a lo que sucede con las leyes, por lo que se infiere que la Corte está facultada solo para las omisiones relativas y no para las

<sup>24</sup> Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana, ver en: [www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20](http://www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20) Consultado abril 5 de 2015.

absolutas, caso en el cual no habría ley a examinar, como si sucede en Ecuador.<sup>25</sup>

## **Conclusiones**

Que la protección constitucional en Ecuador ha tenido un gran avance en la garantía de los derechos de los ciudadanos, ya que no ha dejado a la suerte de ninguna rama del poder, el actuar legislativo que en provisionalidad ejerce la Corte Constitucional.

Que a diferencia de otros países la inconstitucionalidad por omisión en Ecuador se consagra de dos formas, la primera absoluta; la segunda relativa, de acuerdo con la clasificación aceptada por este país.

5.3 En el caso de Ecuador la Constitución permite a diferencia de la mayoría de las otras Constituciones el desarrollo de una norma a causa de una omisión legislativa absoluta, implicando que sea cumplida por todos los órganos y ramas del estado por el tiempo que el legislador primario emita la correspondiente norma, lo que significa que el órgano competente no pierde definitivamente su competencia.

Que la facultad legislativa provisional atribuida a la Corte Constitucional podría tener falencias, por un lado la falta de conocimiento para lograr la efectividad normativa, por el otro no cumplir con el trámite constitucional consagrado para la expedición de las leyes como quiera que esta es atribución del legislativo, pues al hacerlo el órgano judicial lo que al final se decreta es su voluntad.

## **Bibliografía.**

### **Legal**

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro oficial número 449 del veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008).

Ley Orgánica de Garantías Judiciales, segundo suplemento registro oficial, año I, Quito jueves 22 de octubre de 2009, No. 52.

Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, segundo suplemento, registro oficial número 127 del 10 de febrero de 2010.

---

<sup>25</sup> Sentencia C-041 de 2002, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, treinta (30) de enero de dos mil dos (2002).

## **Jurisprudencia**

### **Ecuador.**

- Sentencia Interpretativa número 0001-09-SIC-CC, caso número 0019-09-IC, juez constitucional sustanciador doctor Edgar Zárate Zárate, Quito, D.M., 25 de febrero de 2010.
- Sentencia número 001-11-SIO-CC, caso número 0005-10-IO, juez constitucional sustanciador doctor Patricio Herrera Betancourt, Quito, D.M., 26 de enero de 2011.
- Sentencia número 001-13-SIO-CC, casos número 0001-11-IO, 0002-11-IO, 0003-11-IO, 0004-11-IO acumulados, Quito, D.M., 28 de febrero de 2013.

### **Referencias extranjeras**

Corte Constitucional Colombiana,

- Sentencia C-690 de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y seis (1996), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-690-96.htm>.
- Sentencia C-543 de 1996, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>.
- Sentencias C-146 de 1998, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998), [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-146\\_1998.htm](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-146_1998.htm).
- Sentencia C-1255 de 2001, magistrado ponente Rodrigo Uprimny Yepes, veintiocho (28) de noviembre de dos mil uno (2001), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1255-01.htm>.
- Sentencia C-041 de 2002, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, treinta (30) de enero de dos mil dos (2002), [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-041\\_2002.htm](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-041_2002.htm).

### **Doctrina**

- Juan Carlos Morón Urbina, la omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico, en Revista peruana de Derecho Constitucional 1, ENMARCE, Lima, 1999, p. 460 a 463,
- José Julio Fernández Rodríguez, la inconstitucionalidad por omisión, Civitas, 1998. Parra Diego Andrés, El control Constitucional de las Omisiones Legislativas, FORO revista de derecho No. 4 UASB, Quito Ecuador 2005.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo, 2003 Derecho Procesal Constitucional, 4ª ed., México, Editorial Porrúa.

Sagúes Nestor Pedro, Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La Corte Constitucional del Ecuador como Legislador Precario, estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 71-79, ISSN 0718-0195.

Castro Patiño Iván, Inconstitucionalidad por omisión, Guayaquil 3 de julio de 2003.

Ávila Santamaría Ramiro, Grijalva Jiménez Agustín, Martínez Dalmau Rubén, Desafíos Constitucionales la constitución Ecuatoriana de 2008 en perspectiva, Quito, Ecuador 2008.

## **Webgrafía**

Constitución Política de Ecuador 1979, artículos 137 y 138. [http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion\\_1978.pdf](http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf), consultado marzo 24 de 2015.

[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf), consultado marzo 25 de 2015.

[http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_org2.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf), consultado marzo 30 de 2015.

Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana, ver en: [www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20](http://www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20), consultado abril 5 de 2015.