

## UNA DEFENSA CONSTITUCIONAL: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Gerardo ETO CRUZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los pecados de la vida (y del derecho): de palabra, obra u omisiones*. III. *Hacia una plenitud de vigencia de las normas constitucionales*. IV. *La inconstitucionalidad por omisión: alcances del problema*. V. *Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión*. VI. *Ubicándolo desde la otra orilla: los que preconizan la inexistencia de la inconstitucionalidad por omisión*. VII. *Una ojeada en el derecho comparado*. VIII. *Los mecanismos de fiscalización de las omisiones inconstitucionales*. IX. *Hacia una configuración de una acción de inconstitucionalidad por omisión*. X. *Algunas propuestas conclusivas*.

### I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la inconstitucionalidad por omisión es uno de los temas más ingratos y erizados de controversias en los predios de la teoría constitucional y, en especial, del derecho procesal constitucional. El arsenal teórico en este campo de batalla provoca más de una argumentación polémica de calibre desigual, bien sea por quienes asumen el reconocimiento del fenómeno y tratan de encontrar el mecanismo de solución (*posición a favor*) o de aquellos que niegan su existencia (*posición en contra*). Con todo, más allá de estas posturas, el tema que sigue motivando reflexiones es el de encontrar los antídotos o los mecanismos idóneos para conjurar este mal endémico y generalizado en los Estados constitucionales contemporáneos: afirmar la eficacia plena de las normas constitucionales.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Colomer Viadel, Antonio, “Las normas de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia (especial referencia a la situación de los países de América Latina)”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra* segunda época, núm. 9/10, 1994, pp. 19-31.

En este contexto, no resulta exagerado sostener que, de las diversas crisis del constitucionalismo contemporáneo, en la agenda roja de una casi nula solución, se encuentra precisamente este complejo campo de agramante como una de las manifestaciones a las violaciones de la *lex legum*, sin dejar de reconocer, por cierto, los países que han establecido expresos mecanismos para enervar este fenómeno; así como de la creativa jurisprudencia de diversos tribunales constitucionales europeos.

Si bien debe recordarse que el objeto de la jurisdicción constitucional, desde sus inicios se concentró básicamente al control de la constitucionalidad de las normas,<sup>2</sup> Kelsen, el célebre jurista y jefe de la *Wiener rechtstherische Schule*, ha sostenido que “la violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión”. No sólo a estas conclusiones arribaba Kelsen cuando sostuvo la célebre polémica (*Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*)<sup>3</sup> con el autor del *decisionismo político* Carl Schmitt (*Der Hüter de Verfassung*),<sup>4</sup> en torno a quién debía ser el defensor de la Constitución, sino que también expresaba que el menoscabo de la ley fundamental “se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación”.<sup>5</sup> Así, esgrimía que “como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla”,<sup>6</sup> y que “los órganos de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la Constitución”.<sup>7</sup> El propio Kelsen aportó en otro célebre ensayo<sup>8</sup> que una Constitución a la que le falta la garantía de su propia defensa, técnicamente no es una Constitución.

2 Varios autores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Universidad Externado de Colombia, 1984.

3 Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Gasió, traducción y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid, Tecnos, 1931.

4 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983.

5 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 3, p. 3.

6 *Idem*.

7 *Ibidem*, p. 4.

8 Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Anuario Jurídico*, México, núm. 1, 1974.

Hoy, sin embargo, podemos verificar que Kelsen no sólo delineó, sino que, equidistante del *modelo político francés*<sup>9</sup> y del *modelo jurisdiccional norteamericano*,<sup>10</sup> aportó una extraordinaria solución en torno al control de las normas inconstitucionales y cuyo remedio con distintos *nomen iuris* en los sistemas de jurisdicción constitucional aluden al control de la constitucionalidad<sup>11</sup> vía la acción de inconstitucionalidad,<sup>12</sup> pero no legó un remedio eficaz frente a la inactividad del legislador que también viola frontalmente la enérgica pretensión de validez de las normas constitucionales,<sup>13</sup> quedando los textos constitucionales, a la postre, sin posibilidad de ser vivida en su plenitud, precisamente por el *ocio del legislador* que no honra con lo que el testamento del Poder Constituyente delega al Poder Constituido, postergando así, diversas normas programáticas.

En lo que sigue de esta breve ponencia, y dando por supuesto que existe efectivamente dentro de las diversas figuras de inconstitucionalidad, una que es la omisiva, desarrollaremos algunas ideas preliminares para, preferentemente, auspiciar un tipo de mecanismo jurisdiccional que pretenda encarar y dar solución, dentro de los propios marcos de la jurisdicción constitucional. En tal sentido, preferimos mantener la clásica definición institucional de lo que se entiende por jurisdicción constitucional: como todo proceso jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución.<sup>14</sup>

Entendemos también que algunas pistas claves para entender a la inconstitucionalidad por omisión está la de vertebrarla en los marcos de la *defensa de la Constitución* y de incorporar, dentro de algún mecanis-

9 Fernández Segado, Francisco, “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución”, *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUC, 1990, pp. 103-146.

10 Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 1997.

11 Kelsen comprendía que el control de la constitucionalidad “son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que formar el principal objeto de la jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, nota 8, p. 493.

12 Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1992 (2a. reimp., México, 2000).

13 Eto Cruz, Gerardo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Doctrina constitucional*, Trujillo, Indejuc, 1992, p. 240.

14 Cascajo Castro, José, “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975.

mo, remedio, proceso o garantía constitucional,<sup>15</sup> una específica, *ad hoc* y que tiene positividad específica en Brasil: la *acción de inconstitucionalidad por omisión*. Por cierto que no se desconoce que, en el entretanto, la creativa jurisprudencia de los tribunales constitucionales también han encarado vía sentencias atípicas, este problema; sin embargo, una verdadera jurisdicción constitucional que se precie de tal, debe contar institucionalmente dentro del entramado de herramientas procesales, las específicas para conjurar las diversas violaciones a la Constitución, como es el de la omisión inconstitucional.

## II. LOS PECADOS DE LA VIDA (Y DEL DERECHO): DE PALABRA, OBRA U OMISIONES

No queremos aquí pretender utilizar un concepto teológico para vincularlo con el campo del derecho, como *el pecado*; pues es un concepto oscuro y difícil de definir, especialmente si tratamos de interpretarlo en términos no teológicos. Pero la idea del pecado supone *desobediencia*<sup>16</sup> a un código moral. Ocurre que en el campo del derecho, la desobediencia no sólo se da por vías de hechos: como dar una ley contraria a un mandato expreso o tácito de la Constitución, o contradecir algún principio o valor fundamental; sino cuando se omite, o sea, se desobedece el Código Político que establece una pauta de comportamiento del poder constituido. Para nuestro caso, del legislador ordinario que debe dictar determinadas leyes que la propia carta fundamental lo exige pero que en

<sup>15</sup> Sobre el particular, pueden verse las reflexiones y trabajos de Tomas y Valiente, Francisco, “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, pp. 101-111; Bidart Campos, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *El Derecho*, t. 78, Buenos Aires, pp. 9-11; Aguiar de Luque, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *RDP*, núm. 24, 1987, pp. 9-30; Nunes de Almeida, Luis, “El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones”, *REP*, núm. 60-61, abril-septiembre de 1988. Número monográfico sobre *El sistema político y constitucional portugués (1974-1987)*, pp. 859-889.

<sup>16</sup> Russell, Bertrand, “Si el ‘pecado’ significa desobediencia a la voluntad conocida de Dios, entonces está claro que el pecado es imposible para aquellos que no creen en Dios o no creen que conocen su voluntad. Pero si ‘el pecado’ significa ‘desobediencia a la voz de la conciencia’, entonces puede existir independientemente de las creencias teológicas”. *Sociedad humana: ética y política*, Madrid, Altaya, 1999, p. 97.

los hechos hay una actitud contumaz, renuente; es decir, no se cumple con la obligación. Nuevamente resulta pertinente citar a Kelsen, cuando aborda en su *Teoría general del derecho y del Estado* el tema de la responsabilidad jurídica. Así, explica que:

Un concepto íntimamente relacionado con el de deber jurídico es el de responsabilidad jurídica. Que una persona (en este caso el legislador) sea legalmente responsable de determinada conducta (que, para nuestro caso es el de dictar una ley que así lo manda una cláusula constitucional) o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario.<sup>17</sup>

En este caso estamos ante una responsabilidad institucional del legislador que, paradójicamente, no tiene una sanción, la doctrina contraria al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión esgrime la *discrecionalidad* que tiene el legislador, en los hechos, sin embargo, hay y habrá siempre un perjuicio.

Estos “pecados” por omisión en el mundo del derecho, en término *lato*, normalmente como se puede verificar, apareja sanciones y basta con apreciar con antiquísimos códigos que ha tenido la humanidad,<sup>18</sup> hasta la culminación positiva de los códigos civiles que reflejan el grado más avanzado del derecho civil en el campo de las obligaciones; lo propio ocurre en otras esferas del derecho, como es el caso tipo del derecho administrativo, penal, etcétera.

Sin embargo, en el campo del derecho constitucional, los deberes u obligaciones constitucionales, pese a su larga evolución del constitucionalismo, no ha conseguido siquiera consolidar determinados instrumentos procesales que permitan resarcir las diversas conductas omisivas de los órganos llamados a obedecer expresos mandatos que la norma constitucional le encarga, como es el caso del legislador que debe cumplir el testamento del poder constituyente. Es cierto que la Constitución ha previsto, desde luego, diversas garantías constitucionales que tienen *telos* bien definidos, como el *habeas corpus*, el amparo, la acción de inconstitucionalidad, etcétera; pero una garantía constitucional específica para

<sup>17</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 5a. reimp., México, UNAM, 1995, pp. 75 y 76.

<sup>18</sup> *Los primeros Códigos de la humanidad*, estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara Gonzáles, Madrid, Tecnos, 1994.

enervar la omisión constitucional comparada, salvo algunos países que, como referencia se indicarán en su momento.

### III. HACIA UNA PLENITUD DE VIGENCIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Desde el célebre discurso de Ferdinand Lassalle<sup>19</sup> hasta la actualidad, la teoría constitucional<sup>20</sup> ha puesto en evidencia que las normas constitucionales, no todas se cumplen en plenitud; y ello afecta la consolidación de un Estado que afirme los derechos fundamentales y los programas de una Constitución.<sup>21</sup> Ello, normalmente se hace patente frente al fenómeno de falta de protección eficaz de los derechos socioeconómicos y que, como advierte Lucas Verdú, “es algo común a todos los países democráticos que no han alcanzado el suficiente grado de socialización compatible con la libertad, es decir, que no son auténticos Estados democráticos de derecho...”<sup>22</sup> De igual temperamento es Francisco Fernández Segado cuando precisamente habla de los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección de los derechos, en este caso los derechos de la segunda generación que, vía la inconstitucionalidad por omisión se posterga su disfrute.<sup>23</sup>

Como ha señalado K. C. Wheare, “la verdadera justificación de las Constituciones, el concepto que preside su origen, es el de limitar la acción gubernamental exigiendo que los que gobiernan se amolden a la ley y a las normas”.<sup>24</sup> Así, independientemente de las grandes tradiciones

19 Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, estudio preliminar de Eliseo Aja, Barcelona, Ariel, 1984.

20 Véase a Hernández Martínez, María del Pilar, “Reflexiones sobre la teoría de la Constitución y del derecho constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva época, año XXV, núm. 73, 1992, pp. 41-62.

21 Colomer Viadel, Antonio, *op. cit.*, nota 1, p. 30.

22 Lucas Verdú, Pablo, “Estado de derecho y justicia constitucional: aspectos históricos, ideológicos y normativoinstitucionales de su interrelación”, *REP*, nueva época, núm. 33, mayo-junio de 1983, pp. 7 y ss, específicamente p. 42.

23 Fernández Segado, Francisco, “Los nuevos desafíos para la protección jurisdiccional de los derechos”, *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX, Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, Huancayo, año VII, núm. 6, 1998, pp. 108 y ss.

24 Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Labor, 1975, p. 143.

y concepciones básicas en torno a la Constitución,<sup>25</sup> bien sea que se exprese en la concepción racionalista, sociológica o histórica,<sup>26</sup> lo esencial e irreductible es que toda Constitución: *a)* por un lado racionaliza y limita el ejercicio del poder político; y *b)* por otro, asegura la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de las personas para la convivencia en común; en realidad la integración de estas dos grandes partes aluden, pues, a la dogmática del cual John James Park hablaba de los “dogmas de la Constitución”<sup>27</sup> y de la parte “orgánica”.

No obstante lo anterior, desde el tránsito del viejo concepto político de Constitución que ha estado subyacente desde la antigüedad hasta nuestros días, como recientemente lo acaba de anotar Mauricio Fioravanti,<sup>28</sup> hoy el concepto de Constitución sólo es comprensible si se parte del dato de que ella, aparte de su fuerte carga política que ostenta, es precisamente una norma jurídica, como lo han puesto en evidencia el pensamiento continental europeo, a través de los tribunales constitucionales.<sup>29</sup> Pero no sólo es una norma jurídica; sino que es norma suprema y, como tal, se presenta como el fundamento del ordenamiento jurídico de un país.<sup>30</sup> En consecuencia, el ideal, como expresa desde una perspectiva latinoamericana Bidart Campos, es el de vivir en la Constitución. Ello ha de suponer que la Constitución debe tener una vigencia plena, para que las democracias del nuevo *millenium* no constituyan simples fachadas huecas bajo la hipocresía de un mero documento llamado Constitución.

25 García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, 1964.

26 Pereira Menaut, Antonio Carlos, *En defensa de la Constitución*, Colección Jurídica. U. de Piura, Piura, 1997, pp. 49 y ss.

27 Park, John James, *Los dogmas de la Constitución*, prólogo de Joaquín Varela Suanzes, Istmo, 1999.

28 Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.

29 Varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1984.

30 Al respecto, pueden verse los trabajos de García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991; Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, CEC, 1992; Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999.

#### IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: ALCANCES DEL PROBLEMA

Aunque la inconstitucionalidad por omisión es un fenómeno que se presenta en la mayoría de las cartas políticas, son pocos, sin embargo, los sistemas comparativos que ofrecen un tratamiento más o menos orgánico. Con todo, se puede encontrar ya algunos sistemas de control de las omisiones inconstitucionales. No hay, por principio, una receta ni un criterio uniforme ni preferido. Y si bien es cierto que existen algunos tipos empíricos de fiscalización o evaluación del fenómeno omisivo, aún no se ha consolidado alternativas de solución; y lo que existe a nivel de las Constituciones, deriva de las particulares características propias de su jurisdicción constitucional.

No obstante que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión se presenta en varios aspectos, en forma estricta cabe aludir a la actitud renuente y omisiva del legislador que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas. La doctrina coincide que la omisión legislativa está vinculado fundamentales a la estructura y naturaleza de determinadas normas o cláusulas constitucionales. Es decir, no todo incumplimiento total de las cláusulas constitucionales generan la omisión inconstitucional en sentido estricto, sino sólo aquellas de carácter programáticas que, de ordinario, requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse.

Uno de los primeros autores en desarrollar esta problemática fue Costantino Mortati en su célebre “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”<sup>31</sup> que apareció a inicios de los setenta y en donde ya se observan casos de pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* de Italia sobre asuntos de omisión inconstitucional.<sup>32</sup>

La doctrina lusitana igualmente ha desarrollado, probablemente con mayor profundidad el tema, a través de los trabajos de diversos autores,

31 Mortati, Costantino, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 923 y ss. Apareció también en: *Il Foro Italiano*, 1970, V, pp. 153-191.

32 Mortati, *op. cit.*, nota 31, pp. 957 y ss.



entre los que destacan Jorge Miranda,<sup>33</sup> pionero de esta problemática y José Joaquim Gomes Canotilho,<sup>34</sup> entre otros.

La doctrina alemana igualmente ha hecho sólidos aportes, a partir de la doctrina de la llamada “exclusión arbitraria de beneficios” (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*) que implica el otorgamiento a determinados grupos de una serie de privilegios, al tiempo que se niega injustificadamente a otros, de tal manera que viola el principio de no discriminación;<sup>35</sup> otros aspectos tales como la relación entre laguna inconstitucional y la omisión del legislador han sido abordados por la doctrina germana.

Argentina tiene en Germán Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés, entre otros, a los principales exponentes también de esta problemática; lo propio Costa Rica que a partir de su Ley de jurisdicción constitucional, ha sido reflexionado por Rubén Hernández Valle<sup>36</sup> y Magda Inés Rojas Chávez.<sup>37</sup>

El caso de Brasil, no sólo por la influencia lusitana, donde se aborda normativamente y con un espectacular avance en torno a la problemática

<sup>33</sup> Jorge Miranda probablemente desarrolló en forma pionera esta materia, primero en su trabajo: “Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1968, pp. 70-77; “Inconstitucionalidade por omissao”, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Librería Petrony, 1977, vol. I, pp. 333-352; “Informática e inconstitucionalidade por omissao”, *O Direito*, III, 1989, pp. 569 y ss; y más orgánicamente en su *Manual de direito constitucional*, Coimbra, 1993, vol. III.

<sup>34</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*, Coimbra, Livrería Almedina, 1974, pp. 163; del mismo autor *Constituição dirigente e vinculacao do legislador*, Coimbra, 1982; *Direito constitucional*, Coimbra, Librería Almedina: “Tomemos a Sério o Silencio dos Poderes Públicos. O direito á Emanacao de Normas Jurídicas e a Proteccao contra as Omissoes Normativas”, en Figueiredo Teixeira, Sálvio de (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, Sao Paulo, Saraiva, 1993; “Revisar o romper com a Constituição dirigente”, *REDC*, núm. 43, 1995.

<sup>35</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 23; Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 308 y ss; Eto Cruz, *op. cit.*, nota 13.

<sup>36</sup> Bidart Campos, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. VI, 1979, pp. 9-18; *Las omisiones constitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro*, Buenos Aires, 1991.

<sup>37</sup> Hernández Valle, Rubén, “La justicia constitucional en Costa Rica”, *Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional*, Madrid, 1997, pp. 94 y ss. Rojas Chávez, Magda Inés, “Control de constitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Constitucional*, San José de Costa Rica, núm. 2, mayo-agosto de 1991, pp. 9 y ss.

que nos interesa, ha desarrollado una doctrina indispensable, para poder entender su problemática.<sup>38</sup>

## V. PRESUPUESTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

El fenómeno de la omisión inconstitucional reviste cierta complejidad distinta, desde luego a la *inconstitucionalidad por acción*. En efecto, el núcleo de toda la problemática radica en el presupuesto de que exista un deber de legislar de parte del órgano encargado de hacerlo, es decir, debe existir una obligación de legislar, bien sea a través de un acto legislativo, formal, ley, decreto legislativo, etcétera. Ahora bien, independientemente de la forma como se facture o salga la norma en cuestión, es necesario que concurren otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional. Gomes Canotilho expresa que:

A primeira dificuldade com que se depara radica em saber em que é que consiste uma omissão legislativa. Sem nos embrenharmos no complexo problema da caracterização jurídica de “omisso” e tendo em conta as considerações referentes às imposições constitucionais, a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador no “faz” algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. No se trata, pois, apenas de um simples negativo “no fazer”; trata-se, sim, de no fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.<sup>39</sup>

Los presupuestos serían, en líneas generales, los siguientes:

1. *Que el no cumplimiento o desarrollo de la Constitución derive de la violación de una norma específica*

En consecuencia, no cabe una constatación abstracta o una apreciación global de las normas que aún no se encuentren debidamente reglamen-

<sup>38</sup> Para una visión orgánica y bibliográfica sobre Brasil, remitimos al trabajo de Fernández Rodríguez, José Julio, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *RVAP*, núm. 42, mayo-agosto de 1995, pp. 207 y ss., así como su trabajo orgánico: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 273 y ss.

<sup>39</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculacao do legislador*, cit., nota 34, p. 331.

tadas. Y es que, así como la inconstitucionalidad por acción se manifiesta a través de leyes o normas específicas contrarias al comando constitucional, lo propio ocurre con la omisión: se trata de verificar una norma concreta, específica, particular; esto es, declarando que tal o cual norma ha sido violada y no al conjunto normativo genérico.

2. *Que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática*

En efecto, si bien un texto constitucional debe ser mirado como una “unidad”, en el supuesto de que todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras. Y si bien hay cierto sector en la doctrina que no admite esta distinción entre normas de *naturaleza operativa* (o autoaplicables), de aquellas *programáticas* (que requieren de reglamentación legal), en la dinámica constitucional se puede evidenciar esta real distinción entre dichas normas. Así, la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático en la que la inercia del legislador, no da encarnadura a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros, por la simple inercia u ocio legislativo.

3. *Que, en las circunstancias concretas de la producción legislativa falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas*

En la generalidad de los casos, las omisiones vienen acompañadas por la ausencia de una política legislativa que afronte determinadas situaciones, particularmente en el difícil sector de los derechos de orden económico, social y cultural. Si no hay una toma de decisiones gubernamentales que traduzcan activar medidas indispensables en ése y otros sectores, es muy fácil que la Constitución se sienta convulsionada, pues sus normas programáticas no tendrían el relleno que se le impone al gobernante. Así, pues, frente a la ausencia de ley, y de medidas gubernamentales, la omisión es patente en forma irrefutable

## VI. UBICÁNDOLO DESDE LA OTRA ORILLA: LOS QUE PRECONIZAN LA INEXISTENCIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Un importante sector de la doctrina viene afirmando la tesis de que en rigor, no existiría la aludida inconstitucionalidad por omisión; y que, en todo caso, no es más que una creación de la teoría y que bien cabe ubicarlo o reconducirlo como una suerte de *inconstitucionalidad impropia*. Al menos esa es la posición de Pérez Royo.<sup>40</sup> Otros, esgrimen que la inconstitucionalidad por omisión constituye en sí una “falacia”,<sup>41</sup> en virtud a que una eventual sentencia que declare una norma no desarrollada como violación por omisión, afecta la discrecionalidad del legislador de ver en qué momento puede o no dictar dicha ley. Igual parecer es Afonso da Silva de que la omisión inconstitucional es simplemente una *cuestión política* que no puede ser encarada jurisdiccionalmente.<sup>42</sup>

José Julio Fernández<sup>43</sup> es el que recientemente ha columbrado y quintaesenciado, en el marco de una doctrina general y comparativa, la institución expresada en sus tesis a favor y en contra de esta problemática. Así, siguiendo la tesis de quienes niegan la existencia de esta inconstitucionalidad o no están de acuerdo, argumentan, en líneas generales que:

a) No existe en los textos en forma expresa o tácita la previsión de esta figura de violación constitucional.

b) *La estructura de las normas constitucionales*: que esgrimen la posición de que las cláusulas programáticas de una Constitución no son simplemente exigibles si no se dicta una ley de desarrollo constitucional.

c) *La libertad de conformación del legislador*: que alude al campo de maniobra del Parlamento para definir el programa constitucional. Esto es, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de derecho las plurales opciones políticas.

<sup>40</sup> Pérez Royo, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. I, pp. 66-68.

<sup>41</sup> Ferreira Filho, Manoel Goncalvez, “Uma falacia: a inconstitucionalidade por omisso”, *O Estado de Sao Paulo*, citado por Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 9, pp. 110 y 111.

<sup>42</sup> Silva, Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 118.

<sup>43</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, *cit.*, nota 38, pp. 164 y ss.

d) *La división de poderes*: argumento que afirma que incorporar o reconocer esta omisión constitucional afecta la división de poderes, pues el equilibrio de la triarquía clásica de los órganos del Estado se quebraría con esta figura.

e) *La inadecuación de los encargos del legislador*: esto es, un nuevo gobierno no tiene por qué estar obligado a un programa de actuación de un régimen anterior si éste tiene una nueva construcción de la futura realidad.

f) *El carácter “negativo” de la jurisdicción constitucional*: esto es, todo Tribunal Constitucional, en las célebres frases de Kelsen, “al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo”. Esta cualidad de legislador negativo excluye de plano cualquier actividad de aquello que es propio del legislador positivo, por lo que el instituto de la omisión inconstitucional sólo permanecería en el plano teórico, pero sin visos de articularse en la práctica.

g) *Factores extrajurídicos*: que son los que también habilitan a negar la existencia del instituto de la omisión inconstitucional por diversos factores como el político, económico, sociológico, etcétera.

Las consecuencias de las tesis que niegan la existencia del fenómeno omisivo de inconstitucionalidad, a la larga, afecta la defensa de la Constitución. Recuérdese el aporte vital de Héctor Fix-Zamudio cuando expresa que:

...la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, *reprimir su desconocimiento* y, lo que es más importante, *lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales* en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, p. 24.

Una forma de reprimir su desconocimiento, es pues reconociendo *prima facie* la existencia de las omisiones inconstitucionales; y luego, enervándolo, bien sea por la jurisprudencia creadora, en su versión de los Colegiados Constitucionales de Alemania, Italia, España, entre otros; o específicamente, a través de mecanismos procesales para resarcir el agravio constitucional, a través de sentencias que declaren dicha situación, supliendo si se quiere al legislador renuente en editar la ley de desarrollo constitucional.

José Julio Fernández Rodríguez, en su trabajo orgánico sobre la materia y que aquí suscribimos, específica que las consecuencias del rechazo de la inconstitucionalidad por omisión importa configurar, entre otros aspectos, los siguientes: *a)* existencia de un “fraude” constitucional; *b)* presencia de una mutación constitucional; *c)* el fortalecimiento del Ejecutivo; y, *d)* la desvalorización del carácter normativo de la Constitución. Por el contrario, quienes afirman la existencia de esta problemática implica que ella aporta una: *1)* realización del proyecto constitucional; y la afirmación de un Estado social, en la medida en que los derechos, usualmente postergados, son los de naturaleza social; *2)* la relación del Poder Constituyente con el Poder Constituido a través de un Legislador responsable; *3)* la naturaleza y rol del Tribunal Constitucional; y *4)* finalmente la afirmación de las “obligaciones constitucionales”.<sup>45</sup>

## VII. UNA OJEDA EN EL DERECHO COMPARADO

Aunque lo más probable es que el instituto mantenga un cierto rechazo, ello sin embargo no ha sido óbice para que, la doctrina y luego el derecho constitucional positivo se encargue de ir recogiendo novedosas figuras; por otro lado, en aquellos sistemas de jurisdicción constitucional que no está consagrado, la creación jurisprudencial de los tribunales constitucionales han venido contribuyendo a un perfeccionamiento en el tratamiento de esta figura.

Una visión suscita y sólo con miras referenciales, llevan a señalar un tratamiento del tema a través de dos áreas:

<sup>45</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *RVAP*, *cit.*, nota 38, pp. 203 y ss.

a) Por el lado de los sistemas constitucionales que lo han positivizado en el plano formal y que son:

1) La ex Yugoslavia que fue un primer precedente en la comparativa constitucional, la misma que fuera consagrada en la abrogada Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia del 21 de febrero de 1974, en el artículo 377.

2) Portugal: que es el segundo caso con la Constitución del 2 de abril de 1976 y cuyo texto luego habría de ser reformado en 1982; en el artículo 213 se consagra el instituto.

3) Brasil: prevé en su texto del 5 de octubre de 1988 prácticamente dos grandes procesos constitucionales para conjurar las omisiones inconstitucionales: *a)* por un lado a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión; y *b)* por otro, la figura del “mandado de injuncao” (artículo 5o., inciso LXXI; artículo 102, inciso II a, y artículo 105, inciso I, h).

4) Argentina: vía la Constitución de la Provincia Federal de Río Negro.

5) Costa Rica: vía la Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley 7315/1989 del 18 de octubre), en sus artículos 73, inciso *F* y artículo 75.

6) Hungría: con la Constitución de 1989 en la cláusula 32.A.3.

7) Venezuela: con la Constitución de 1999: artículo 336, inciso 7.

b) Por el lado de la creación jurisprudencial de los tribunales constitucionales: si bien se ha podido apreciar de modo específico que tanto la doctrina como la legislación constitucional han contribuido a solucionar en parte el control de la inconstitucionalidad por omisión; también ha sido encarado frontalmente a golpe de sentencias por un revolucionario derecho judicial; esta heurística jurisprudencial se ha podido apreciar en la panoplia más avanzada de las cortes constitucionales europeas; en ese contexto, por ejemplo, Pablo Lucas Verdú, refiriéndose al Tribunal Constitucional italiano sostiene que éste ha cumplido y cumple una función de suplencia ante la inactividad de las instituciones llamadas a aplicar la Constitución.

El caso de Italia reviste una particular relevancia, sobre todo a partir del célebre ensayo de Costantino Mortati que rescata diversas tipologías

de sentencias constitucionales; y que en la actualidad, se pueden quinaesenciar en los siguientes tipos:

*Sentencias interpretativas*: que se expresan en *sentencias interpretativas de acogimiento* que son las que declaran la inconstitucionalidad de la norma, sino la interpretación contraria a la Constitución. Las *sentencias interpretativas di riggeto* son las que reconocen la constitucionalidad de la disposición en tanto son interpretadas en las formas acordes con la Constitución y que es explicitado en la sentencia.

*Sentencias de recomendaciones* (o encargos al legislador): son sentencias en las que el Tribunal Constitucional expresa exhortaciones al legislador sobre un concreto desarrollo legislativo ulterior. Estas sentencias oscilan desde simples consejos hasta fórmulas más concretas.

*Sentencias aditivas*: que en rigor son las sentencias de creación de normas sustitutivas y que son las que probablemente tienen más relevancia en el control de las omisiones inconstitucionales.<sup>46</sup>

## VIII. LOS MECANISMOS DE FISCALIZACIÓN DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES

Como quiera que no hay un consenso orgánico de control que permita o habilite curar los males omisivos que genera la inercia o el ocio del legislador, en el mercado comparativo, por lo menos se ofrecen dos tipos de remedios fiscalizadores; uno que aquí calificamos como mecanismos indirectos; y el otro sería el mecanismo de fiscalización directa.

a) *La fiscalización indirecta*: se expresa a través de dos principales institutos:

- 1) A través del *derecho de petición*; pero que en este caso, sería una petición que debe redimensionarse, pues de cara a la realidad, el legislador podría suplir su inercia a través de las peticiones que les solicitan las partes interesadas, dentro del marco del derecho

<sup>46</sup> Sobre el particular puede verse Cerri, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 2001, pp. 230 y ss.; Ainis, Michele, *Dizionario costituzionale*, Roma, Editori Laterza, pp. 370 y ss. Fernández Rodríguez, José Julio, "La tipología de las sentencias del órgano de justicia constitucional", *Revista Jurídica. Órgano oficial del Colegio de Abogados de La Libertad*, Trujillo, núm. 134, enero 1996-julio 1999, pp. 691-708.



a la participación política. Con todo, este derecho no dejar de ser un mecanismo muy relativo; sobre todo si queda a la discrecionalidad precisamente del legislador movilizar o hacer suya dichas peticiones.

2) *La iniciativa popular en la formación de las leyes*: que es otro mecanismo, más real en sus presuntas consecuencias y que responde a una suerte de control político, dentro de los marcos de una *democracia semidirecta*. Con todo, estos mecanismos no dejan de ser formas relativas e indirectas de resarcir los agravios omisivos de los poderes del Estado. En esta perspectiva, Xifras Heras señala que, “cuando el poder del Estado crea la ley, no suele obrar por propio impulso, pues lo normal es que la iniciativa legislativa vaya precedida de una polémica o pugna entre fuerzas sociales acerca de las cuales el poder actúa como árbitro”.

b) *La fiscalización directa*: que se expresaría a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión, que la veremos líneas abajo.

## IX. HACIA UNA CONFIGURACIÓN DE UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

¿Cómo enfrentar a la inconstitucionalidad por omisión, puesto que ella existe, independientemente de que los textos constitucionales no lo aludan? Si bien la doctrina ha puesto en evidencia de que una de las formas en que se manifiesta la violación a la *lex legum* es omitiendo o incumpliendo la producción de normas de rango infraconstitucional que, precisamente constituyen presupuestos indispensables para que la Constitución pueda tener vigencia y facticidad y se internalice en un sistema político; hoy el tema que merece especial relevancia es la forma en cómo debería resarcirse este complejo fenómeno de omisión violatoria de la Constitución. Ya se ha manifestado que esta problemática, a la larga o a la corta, desemboca ante la jurisdicción constitucional, bien sea de naturaleza *difusa* o *concentrada*. En tal perspectiva, cabe hoy ya señalar que un sistema de jurisdicción constitucional que sólo prevé el control de la inconstitucionalidad por acción, resulta de por sí incompleto, como incompleto de vigencia aparejaría irónicamente una Constitución por inactividad del legislador ordinario.

Por principio, ya es tiempo de que, aparte de la rica jurisprudencia que vienen abriéndose paso en los célebres tribunales constitucionales de Italia, Alemania, España, etcétera, es necesario que, desde una perspectiva latinoamericana, se construyan procesos o garantías constitucionales específicos. No dejaría de tener sustento que se esgrima, para el fenómeno *strictu sensu* de las omisiones inconstitucionales, una garantía constitucional específica: la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Aunque la doctrina le asigna un concepto técnico-jurídico a las garantías constitucionales, para los efectos de lo que podría ser una garantía específica del que venimos esgrimiendo, debe tener ciertos presupuestos que la habiliten para incorporarse en los circuitos de los demás procesos constitucionales.

Así, una aproximación aunque relativa, sobre los presupuestos en que podría manifestarse la acción de inconstitucionalidad por omisión, en tanto ella en sí resulta ser, genéricamente, una garantía o proceso constitucional, serían, en líneas generales, las siguientes:

### 1. *Que exista un interés constitucional tutelado o asegurado*

En este caso, se trata bien puede ser de que la norma que no se ha creado, afecta a un conjunto de destinatarios que pueden ser personas naturales o colectivas, instituciones, etcétera, que tengan una vinculación o relación con la ley que debe existir, por cuanto así lo ha dispuesto alguna cláusula constitucional, pero que por diversas razones no existe. Es decir, la ley ha de significar una *relación jurídica* de derechos u obligaciones frente a terceros que pueden ser, como ya se tiene dicho, destinatarios diversos.

En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad, como garantía constitucional misma, tutela un interés colectivo que es precisamente hacer posible que los órganos constitucionales cumplan con editar la ley en cuestión. La acción de inconstitucionalidad por omisión ha de superar todo un proceso constitucional destinado a conjurar un mal, un daño, un agravio que afecta no en abstracto, pese a que la declaratoria de la sentencia en sí, tiene ese sentido, pero que en los hechos está configurando en forma difusa o no un agravio. Si bien el agravio no necesariamente tiene que ser directo, estamos pues ante un importante presupuesto de esta singular garantía constitucional: un interés constitucional

de hacer posible que en un sistema jurídico se concluya con lo que genéticamente dispuso la obra del Poder Constituyente originario.

2. *La garantía constitucional de la inconstitucionalidad por omisión importa también una situación fáctica: la existencia de encontrarse peligrosamente amenazado el interés constitucional*

En este caso, se trata del derecho *expectatio* que supone la existencia de una ley o norma que la Constitución garantiza. Dicha ley se ve peligrosamente amenazada ante la indiferencia del legislador en no crearla. En tal sentido, secuencialmente y por un tiempo razonable de no creación, puede pasar a un *status* de peligro, vía amenaza por su no edición o creación; luego, pasado un tiempo más que razonable, y sin que quepa invocar la “discrecionalidad del legislador”, estamos ya no ante una amenaza de inconstitucionalidad por omisión, sino bien, ante una violación fáctica de la Constitución por la renuencia y contumacia del legislador que no ha contribuido a crear lo que es una exigencia constitucional.

Este presupuesto resulta mucho más complejo por cuanto cualquier garantía constitucional apunta a tutelar algún derecho susceptible de amenaza o violación. Empero, la inconstitucionalidad por omisión no sólo expresa una amenaza; sino una violación, aquí no cabe aludir a una amenaza en tanto se configura dicho concepto como algo real, cierto e inminente; sino que la omisión en sí ya es una violación que se perpetra y que afecta intereses constitucionales. Basta con que algún derecho subjetivo no tenga precisamente respaldo de una ley por su inexistencia, para que en los hechos estemos pues, ante este presupuesto.

3. *Un último presupuesto, dentro de lo estrictamente formal de la garantía constitucional, es que exista una organización instrumental idónea para asegurar el contenido o interés constitucional por ella protegido*

En este caso, se trata del órgano de jurisdicción constitucional llamado a resolver la cuestión. Según sean los modelos o sistemas de jurisdicción constitucional, bien sea que se trate de un modelo difuso, éste puede asumirlo el más alto órgano judicial como son las cortes supremas, como es el caso de Brasil, México, etcétera; y tratándose de los países que

tienen tribunales o cortes constitucionales, éstos deben ser los competentes para declarar, vía la acción de inconstitucionalidad, una omisión inconstitucional.

Lo que sí queda por configurar, según las particularidades que se le imprima, son los alcances de una sentencia y la forma en que debería vincular al legislador, a fin de que no se configure una postergación de las cláusulas programáticas por el ocio del legislador.

## X. ALGUNAS PROPUESTAS CONCLUSIVAS

1. Una Defensa de la Constitución, como ya se ha esgrimido, supone entre otros aspectos, que cuente la jurisdicción constitucional con mecanismos específicos que sirvan de antídoto a un mal que se configura por la inercia del legislador. En tal perspectiva, una garantía constitucional específica, bien puede ser la “acción de inconstitucionalidad por omisión”.

2. Dicho proceso constitucional podría tener determinados perfiles, según sea el sistema de jurisdicción constitucional de cada país. Así, podría caracterizarse, entre otros aspectos con lo siguiente:

- Su regulación legal: debe provenir de un expreso mandato constitucional y debe formar parte de los demás procesos constitucionales con que cuente cada sistema constitucional.
- Respecto al tipo de control constitucional, sería exclusivamente frente a la violación específica de una cláusula constitucional que exige de un expreso desarrollo legislativo y cuya potestad depende exclusivamente de los poderes del Estado desarrollarla.
- El órgano de justicia constitucional en los modelos concentrados, debe ser atribuida exclusivamente a las cortes o tribunales constitucionales; y, en caso de los modelos difusos, la competencia debe estar asignada a las Salas o Cortes Supremas.
- La sentencia estimativa de omisión inconstitucional debe responder a un *prius* de fuerza obligatoria ante el órgano legislativo, y no a un simple “encargo” o “recomendación” al legislador.

En esta perspectiva, puede la sentencia integrar la falta de desarrollo legislativo, como también disponer el resarcimiento vía una indemniza-

ción por el agravio o perjuicio ocasionado, bajo el fundamento del principio de responsabilidad que tiene el Estado.

La legitimidad procesal debería ser tan igual de quienes tienen la potestad para postular demandas de inconstitucionalidad; así, puede ser el presidente de la República, el fiscal de la nación, el defensor del pueblo, un porcentaje específico del número legal de congresistas; un número determinado de ciudadanos; los presidentes de las regiones; las centrales sindicales nacionales; los colegios profesionales, entre otros.

Más allá o más acá de algunas características, la idea que debe primar en las actuales jurisdicciones constitucionales, sobre todo desde la perspectiva latinoamericana, es afirmar una expresa tutela a través del control de la constitucionalidad por omisión, a fin de que, la supuesta “discrecionalidad” de las autoridades estatales no afecten a la norma suprema por su falta de desarrollo legislativo. Por otro lado, no se descarta que exista también un instrumento procesal de *acciones de inconstitucionalidad por omisión concreta*, en donde el justiciable puede entablar ante el juez ordinario ya no una omisión absoluta, sino “relativa”, con posibilidad real que el juzgador supla dicha inercia legislativa.

Estos y otros aspectos más que pueden irse avanzando, constituyen las actuales propuestas de diversos constitucionalistas que vienen reivindicando esta figura y su posible solución dentro de las particulares características del mercado constitucional comparado.