

## **TÍTULO DUODÉCIMO**

### **ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO (I). PRESCRIPCIONES CONSTITUCIONALES NACIONALES QUE CONTEMPLAN LA FIGURA**

## I. Brevísima explicación preliminar

Tal como anunciábamos y siempre tomando en consideración que *el derecho propio no es el único posible*<sup>756</sup>, a partir de la presente parte del trabajo (con proyección hacia otras por venir) emprenderemos un recorrido por el derecho comparado para detectar la existencia de ciertas soluciones dispensadas desde la *normativa constitucional* (ya nacional, ya local o provincial), la *subconstitucional o legal*, y la vertiente *jurisprudencial*, conectadas con la posibilidad de corregir las omisiones inconstitucionales.

En este capítulo, se analizarán los escenarios jurídicos nacionales que han positivado expresamente la figura en sus respectivas constituciones. Salvo el caso de la desaparecida Yugoslavia, el resto de las experiencias que se abordarán están vigentes, aunque en el caso húngaro el panorama de la cuestión presenta matices particulares que serán debidamente señalados.

---

756 Paráfrasis de la afirmación de GORLA, Gino, en el libro colectivo dirigido por CASSESE, Sabino, *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3ª ed., Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 91-92; cit. por CASCAJO CASTRO, José L. y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B., en "Estudio introductorio" a la obra *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 12.

**CAPÍTULO**

**I**

**LA (HOY EXTINTA) REPÚBLICA  
SOCIALISTA FEDERATIVA DE  
YUGOSLAVIA**

## I. Advertencia previa

El presente capítulo será muy breve en comparación con varios de los restantes, debido a que la República Socialista Federativa de Yugoslavia ha dejado de existir, pese a lo cual es conveniente y significativo efectuar siquiera una apretadísima referencia a tal contexto jurídico porque justamente allí se configuró el *primer antecedente de una Constitución que implementara expresamente en el ámbito nacional un sistema formal de inconstitucionalidad por omisión*.

## II. Sumaria presentación de la previsión constitucional en la materia

Tal como adelantábamos la figura fue institucionalizada en la Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 21 de febrero de 1974.

En efecto, su art. 377 establecía:

“Si el Tribunal Constitucional de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia”.

Se adjudicaba así al Tribunal Constitucional (creado en 1963) la fiscalización de oficio no sólo respecto de la ausencia de normas requeridas por la Constitución, sino también ante la inexistencia de disposiciones exigidas para la ejecución de las leyes federales o, más ampliamente, de actos generales federales. Ello sintonizaba con el pensamiento que los constituyentes yugoslavos tenían sobre el Tribunal Constitucional, concepción reflejada por Edvard KARDELJ, presidente de la Comisión de Coordinación —que estuvo a cargo de elaborar el Anteproyecto de Constitución— en su discurso ante la Asamblea Federal<sup>757</sup>.

En tal ocasión sostuvo: “*La Cour constitutionnelle ne saurait être un organe purement judiciaire qui se contenterait d'examiner, de manière statique et d'un point de vue juridique formel, les phénomènes et problèmes en matière d'organisation*

---

757 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, p. 140.

*constitutionnelle [...] Dans ce sens, la Cour constitutionnelle prendra, avec la souplesse voulue, des initiatives politiques*<sup>758</sup>. Según nuestra traducción libre, el mensaje era: “El Tribunal Constitucional no puede ser un órgano puramente judicial que se limitaría a examinar, de manera estática y desde un punto de vista jurídico formal, los fenómenos y problemas en materia de organización constitucional [...]. En este sentido, el Tribunal Constitucional adoptará, con la flexibilidad necesaria, las iniciativas políticas”.

Como con razón puntualiza FERNÁNDEZ SEGADO, “*la referida concepción era perfectamente coherente con la visión que de la justicia constitucional se tenía en los países socialistas; de acuerdo con la misma, se subrayaba la trascendencia del control ‘positivo’ de constitucionalidad de las leyes*. Mientras en los países occidentales el control se presentaba como una fiscalización esencialmente ‘negativa’, en la medida en que permitía expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos legislativos contrarios a la Constitución, paralizando de esta forma, por así decirlo, las actuaciones del poder legislativo contradictorias con la Norma suprema, *tal visión fue considerada por el pensamiento socialista como absolutamente insuficiente*”.

Se aprecia así que la labor del Tribunal Constitucional se circunscribía a “constatar” que un órgano competente (legislador o los restantes poderes públicos) no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, pese a estar obligado a ello, y posteriormente a “dar conocimiento” de tal situación a la Asamblea, es decir, el órgano legislativo.

En línea con lo que mencionábamos arriba, QUARESMA apunta que el Tribunal Constitucional receptaba también competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos<sup>759</sup>, por lo que —por esa vía y como indica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ— podría entenderse complementada pragmática y jurídicamente la labor de mera “recomendación sin coacción jurídica”<sup>760</sup> que pareciera haber otorgado al Tribunal el artículo 377 constitucional.

Para finalizar esta mínima referencia y como se ha puntualizado, al margen de la determinación del Tribunal de Garantías Constitucionales de informar a la Asamblea de la República sobre la omisión en cuestión, tanto este Tribunal como los

---

758 Cfr. ZAKRZEWSKA, Janina, “Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les États socialistes”, en *Res Publica. Revue de l’Institut Belge de Science Politique*, vol. XIV, N° 4, 1972, pp. 771 y ss., en concreto, p. 777; referido por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit. en nota anterior, p. 140, llamada 11 a pie de página.

759 QUARESMA, Regina, op. cit., *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, p. 54.

760 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 246.

Tribunales Constitucionales de las repúblicas y de las provincias autónomas, podían iniciar *ex officio* un proceso encaminado a verificar el control constitucional y, en los supuestos de omisión, no sólo informar a la Asamblea de ese hecho, sino también intervenir con vistas a la superación de la omisión legislativa mediante la presentación a las asambleas respectivas de propuestas de elaboración o modificación de leyes, o a través de la adopción de cualesquiera otras medidas encaminadas a garantizar la constitucionalidad y la legalidad<sup>761</sup>.

---

761 Cfr. Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: “A Jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República Federativa da Iugoslávia”, en *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, N<sup>os</sup>. 29-30, Lisboa, 1987, p. 94.

**CAPÍTULO**



**II PORTUGAL**

## I. Las previsiones constitucional e infraconstitucionales

El control de constitucionalidad en Portugal tiene características particulares en relación con otros países europeos. En efecto, los tribunales ordinarios no son ajenos a tal tarea fiscalizadora sino que poseen competencia plena para juzgar y decidir en cada caso las cuestiones constitucionales planteadas. Sus resoluciones son recurribles ante el Tribunal Constitucional, cumplidos los requisitos establecidos normativamente, el que decide definitivamente los procesos de desaplicación de normas con fundamento en inconstitucionalidad (también en ilegalidad) asumiéndose como un órgano de cúpula al que compete específicamente administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional (actual art. 221 de la Constitución), en el marco de un sistema de control constitucional *difuso en la base y concentrado en la parte superior* (“*difuso na base e concentrado no topo*”).

De su lado, la Constitución portuguesa, promulgada el 2 de abril de 1976<sup>762</sup> (dos años después del proceso conocido como la “Revolución de los claveles”), institucionalizó la figura de la inconstitucionalidad por omisión plasmándola en el art. 279.

Aunque con algunas innovaciones y pese a que se llegó a postular su eliminación, aquella fue mantenida en la primera revisión de la Ley fundamental, operada en 1982. En ella, como tendremos ocasión de apreciar, se suprimieron el Consejo de la Revolución y la Comisión Constitucional, que intervenían en el proceso de fiscalización de la omisión inconstitucional, instituyéndose un Tribunal Constitucional. Además, la norma fue reenumerada quedando encapsulada en el art. 283.

Básicamente, los cambios producidos entre las previsiones de los textos constitucionales de 1976 y 1982 son cuatro y, como se ha sostenido, ellos no se refieren a la *naturaleza del control* sino a las diferencias de *naturaleza de los órganos encargados de tal contralor*, mismas que obedecen al pasaje de un control político a otro esencialmente jurisdiccional. Las modificaciones son: *i*) en la primera el control correspondía al Consejo de la Revolución, órgano que podía hacerlo de oficio, como garante del cumplimiento de la Constitución (arts. 146, ‘b’, y 279); mientras que el texto actual carece de una iniciativa de ciertos órganos (art. 284, 1); *ii*) el Consejo de la Revolución decidía previo dictamen de la Comisión Constitucional (art. 284,

---

762 Para un repaso de varias cuestiones institucionales interesantes contenidas en la citada Ley fundamental, puede verse TAJADURA TEJADA, Javier (coord.), *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, CEPC, Madrid, 2006.



'b'); al tiempo que hoy el Tribunal Constitucional evalúa sólo por sí mismo; *iii*) en la redacción anterior, comprobada la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, se dirigía una recomendación a los órganos legislativos competentes (art. 279); distinto de lo que sucede ahora ya que el Tribunal Constitucional se limita a dar aviso de la omisión al órgano legislativo competente (art. 283, 2); y *iv*) en la antigua configuración constitucional, el Consejo de la Revolución no estaba obligado sino facultado a formular la recomendación, por lo que, como solamente a través de ella se verificaba la inconstitucionalidad por omisión, podía así ésta, pese al proceso, no ser declarada; distinto de lo que acontece actualmente ya que, comprobada la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional debe comunicar la omisión al órgano legislativo, además de que su sentencia es publicada en el *Diário da República* (art. 119, 1, 'g')<sup>763</sup>.

Posteriormente, la figura sólo ha sufrido una leve modificación propulsada por la reforma producida en 1989, donde se sustituyó la frase "asambleas regionales" por la de "asambleas legislativas regionales".

Por su parte, el instituto no fue alcanzado por las revisiones constitucionales de 1992 (que tuvo como propósito la adecuación de la Constitución lusa al Tratado de la Unión Europea) ni de 1997, aunque en ésta —como expresa VAGLI— algunos proyectos —que no fructificaron— preveían la ampliación del catálogo de sujetos legitimados para solicitar el control por omisión<sup>764</sup>. En tal sentido, recuerda dicho autor que el proyecto N° 3/VII, presentado el 29 de febrero de 1996 por varios diputados del Partido Socialista, añadía a la lista de legitimados a: un décimo de los diputados del Parlamento que estuvieran efectivamente en funciones, un número de ciudadanos electores no inferior a cinco mil (5.000) y, por violación a los derechos de las regiones autónomas, un décimo de los diputados de las respectivas asambleas<sup>765</sup>. Otro proyecto, el N° 7/VII, presentado por dos diputados del mismo Partido el 1 de marzo de 1996, establecía que por violación a los derechos de las regiones autónomas podían requerir el control por omisión un décimo de los diputados de las correspondientes asambleas o un número de electores no inferior a un mil (1.000)<sup>766</sup>.

---

763 Cfr. MOURA LOUREIRO DE MIRANDA, Jorge Manuel, "A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão", *Revista Direito e Liberdade*, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, v. 14, N° 1, janeiro-junho de 2012, pp. 20-21.

764 VAGLI, Giovanni, "Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo", en MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. III, Coimbra Edit., Coimbra, 1998, p. 1095, nota 28.

765 Ídem.

766 Ídem.

En definitiva, el artículo constitucional 283 que rige actualmente la cuestión, dispone que:

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

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

Porsu parte, la Ley N° 28/1982, de 15 de noviembre, de organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional<sup>767</sup>, se refiere específicamente a la temática de la inconstitucionalidad por omisión en los arts. 67 y 68.

Tales normas quedan emplazadas en la sección IV (justamente bajo el epígrafe de ‘Procesos de control de la inconstitucionalidad por omisión’), dentro del subcapítulo I (‘Procesos de control abstracto’), del capítulo II (‘Procesos de control de constitucionalidad y de legalidad’), del título III (‘Proceso’).

En cuanto a las pautas reguladoras del control sobre las omisiones inconstitucionales, además de la caracterización general y sucinta formulada en los mencionados arts. 67 y 68, la Ley efectúa una remisión complementaria a lo dispuesto en la sección anterior (III), bajo el rótulo de ‘Procesos de control sucesivo’, es decir, concretamente a los arts. 62 a 65, pues el art. 66 (referido a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad) queda excluido del aludido reenvío.

## II. Pautas procedimentales

En función de lo estipulado por los arts. 283 de la Constitución y 67, 68 y 62 a 65 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), las características salientes del procedimiento a seguir para el análisis de los planteos de inconstitucionalidad por omisión son las que se presentarán a continuación.

En primer lugar, debe aclararse que las solicitudes de evaluación de la inconstitucionalidad por omisión pueden ser planteadas en todo momento (art. 62.1

---

767 Modificada por las Leyes N°s 143/1985, de 26 de noviembre; 85/1989, de 7 de septiembre; 88/1995, de 1 de septiembre; y 13-A/1998, de 26 de febrero; además de la Ley Orgánica N° 1/2011, de 30 de noviembre.

de la LTC). El plazo para que la Secretaría proceda a incoar y presentar el pedido al Presidente del Tribunal es de cinco (5) días, y el de éste para decidir acerca de su admisión es de diez (10) días (art. 62.2, *Ibid.*). Por su parte, el margen temporal que se acuerda al actor para que supla las deficiencias de su articulación es también de diez (10) días (art. 62.3, *Ibid.*).

Junto a la respuesta del órgano omitente o transcurrido el plazo fijado al efecto sin que aquella hubiera sido recibida, se entregará una copia de los autos a cada uno de los jueces, acompañada de un memorando en el que el Presidente formulará las cuestiones previas y de fondo a las que el Tribunal deberá responder, así como también cualesquiera elementos documentales reputados de interés (art. 63.1, *Ibid.*).

Transcurridos quince (15) días desde la entrega del memorando, los pasos sucesivos serán los siguientes: sometimiento del memorando a debate, fijación de la orientación del Tribunal sobre las cuestiones por resolver y distribución a un relator designado por sorteo o por el Presidente, si el Tribunal así lo decidiera (art. 63.2, *Ibid.*).

Una vez admitido el pedido, cualquier otro con objeto idéntico que sea igualmente aceptado será incorporado al primero de los procesos abiertos al respecto (art. 64.1, *Ibid.*).

A su tiempo, el órgano al que se atribuye la omisión será notificado de los pedidos subsiguientes que se planteen sobre igual objeto, aunque el Presidente del Tribunal o el relator pueden obviar que aquel se expida al respecto, si consideraran que ello resulta innecesario (art. 64.2, *Ibid.*).

El Presidente, el relator o el propio Tribunal pueden requerir a cualesquiera entidades u órganos los elementos que juzguen necesarios o convenientes para analizar el planteo formulado y la decisión del proceso (art. 64-A, *Ibid.*).

Concluido éste, el relator elaborará en el plazo de cuarenta (40) días un proyecto de sentencia acorde con la orientación fijada por el Tribunal (art. 65.1, *Ibid.*), debiendo la Secretaría distribuir copias de tal proyecto a todos los jueces, finalizando el proceso con la entrega al Presidente de la que le corresponde para la inscripción en la lista de la sesión del Tribunal, la que se realizará transcurridos como mínimo quince (15) días desde la distribución de dichas copias (art. 65.2, *Ibid.*).

La LTC aclara que, cuando razones graves lo justifiquen, el Presidente (oído el Tribunal) podrá decidir la abreviación hasta la mitad de los plazos referidos en el art. 65, aps. 1 y 2 —cfr. art. 65.3—.

Cabe recordar que el Tribunal puede pronunciar decisiones positivas, de verificación de la inconstitucionalidad por omisión; o decisiones negativas, de no verificación de tal modalidad de anticonstitucionalidad<sup>768</sup>.

Por último, dictada la decisión correspondiente, si fuera estimatoria, es decir, si el Tribunal verificara la existencia de inconstitucionalidad por omisión, la sentencia tendrá el efecto previsto en el art. 283, 2, de la Constitución, esto es, *se deberá dar conocimiento de ella al órgano legislativo competente* (cfr. art. 68 de la LTC), además de la publicación del pronunciamiento.

### III. Algunas particularidades de la figura

De las prescripciones constitucional e infraconstitucionales y de la praxis lusas en torno a la institución, sin obviar algunos aportes doctrinarios, pueden efectuarse determinadas anotaciones para perfilarla.

#### 1. Legitimación

La *legitimación activa* para incoar la acción viene dispensada al Presidente de la República, en su rol de garante del “funcionamiento regular de las instituciones democráticas” (art. 120 de la Constitución)<sup>769</sup>; al Defensor del Pueblo, por su prerrogativa de dar seguimiento a las denuncias de los ciudadanos sea por acción o por omisión (cfr. art. 23, 1, *Ibid.*)<sup>770</sup>; y, con fundamento en la violación de los derechos de las regiones autónomas, a los Presidentes de las asambleas legislativas regionales, con la finalidad de dar una mayor tutela a los derechos de

---

768 Valga evocar que en más de una ocasión se ha sostenido, en los propios Informes del Tribunal Constitucional portugués, que la declaración de la inconstitucionalidad por omisión no posee ninguna eficacia jurídica directa, ya que el Tribunal no puede sustituir al legislador en la creación del régimen legal en falta (cfr. “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália: A execussão das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*, Roma, 2001, subap. 2.4., en [www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html); “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *XII Conferência dos Tribunais Europeus: As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias*, Bruselas, 2002, subap. II.C, N° 37, en [www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html); y, en términos similares, “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *II Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América: Critérios, condições e procedimentos de admissão no acesso à Justiça Constitucional na perspectiva da sua racionalidade e funcionalidade*, Madrid, 1998, subap. II.1.3.3., en [www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020302a.html#58](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020302a.html#58)).

769 VAGLI, Giovanni, op. cit., “Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo”, pp. 1093-1094 y nota 23.

770 *Ibid.*, p. 1094, nota 24.

estas instituciones, los cuales pueden sufrir perjuicios tanto por comportamientos activos como omisivos<sup>771</sup>.

## 2. El destinatario de la comunicación

El *destinatario* de la comunicación que debe emanar el Tribunal Constitucional es el órgano legislativo competente.

Recuérdese que el citado art. 283, 1, se refiere a la “omisión de las medidas *legislativas* necesarias”, añadiéndose en la parte final de la misma disposición que, una vez verificada la inconstitucionalidad por omisión, “dará conocimiento al órgano *legislativo* competente”.

Es útil advertir que en algunos casos quizás no resulte cuestión pacífica establecer cuál será el órgano legislativo competente, pues como señala VAGLI, no es el Parlamento el único órgano titular del poder legislativo, ya que según el art. 198 de la Constitución (de acuerdo con la numeración introducida por la revisión constitucional de 1997), también el Gobierno tiene una competencia legislativa que puede realizar a través de los decretos-leyes en las siguientes materias: las no reservadas al cuerpo parlamentario; las sometidas a reserva relativa de éste aunque con su autorización para dictar tales decretos-leyes al respecto; y en el ámbito de desarrollo de principios generales contenidos en la ley<sup>772</sup>.

Agrega el citado autor que, además, el art. 112, 1, *Ibid.* (igualmente según la numeración de la revisión citada en el párrafo anterior), determina que “[s]on *actos legislativos las leyes, los decretos-leyes y los decretos legislativos regionales*”, por lo que también las regiones deben considerarse órganos con poderes legislativos<sup>773</sup>.

Siendo así, y en tanto la notificación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión que debe realizar el Tribunal Constitucional es *obligatoria* y *no una mera posibilidad*, en caso de que surja una duda respecto del destinatario de tal comunicación, *deberá dirigirla a todos los órganos legislativos que puedan ser llamados a la causa según el argumento planteado por el sujeto requirente*<sup>774</sup>.

771 *Ibid.*, p. 1094.

El autor citado añade que las únicas dos regiones existentes en Portugal están constituidas por los archipiélagos de Madeira y de las Azores (*Ibid.*, p. 1094, nota 25).

772 *Ibid.*, p. 1103, nota 57.

773 Ídem.

774 *Ibid.*, pp. 1103-1104.

También, en este último sentido, GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MARTINS MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, 3ª ed., Coimbra Edit., Coimbra, 1993, p. 1049; aludidos por VAGLI, Giovanni, op. cit., “Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo”, ídem.

### 3. Carácter del control

El carácter de la fiscalización de la constitucionalidad omisiva es abstracto y *a posteriori*, es decir, no preventivo. En otras palabras, a partir de una omisión jurídicamente relevante o trascendente se estimula dicho control a su respecto por el Tribunal Constitucional<sup>775</sup>, que actúa en única y definitiva instancia, o sea que, pese a algunos intentos doctrinarios para atenuar su control abstracto (sobre la base de ensayos interpretativos para habilitar una vertiente concreta de fiscalización), el órgano máximo de la justicia constitucional continúa monopolizando la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales.

### 4. Presupuestos de funcionamiento y otras características

En un acercamiento básico y preliminar pareciera que las pautas generales para la procedencia de la tipología de control en análisis son: *i*) que el incumplimiento constitucional derive de la violación de una cierta y determinada norma constitucional no autoaplicativa; y *ii*) que no se hayan dictado las medidas legislativas necesarias para darle operatividad.

A primera vista podría concluirse que el sistema portugués ha consagrado constitucionalmente el instituto de la inconstitucionalidad por omisión de una *manera amplia*, activándose ante la ausencia de legislación que lleva a la inexigibilidad de la disposición constitucional concreta (prescriptiva, no simplemente permisiva) *que requiere ineludiblemente la intermediación del legislador*.

Sin embargo, para tener un panorama más acabado del tema puede acudir a la Sentencia N° 474/2002 dictada por el Tribunal Constitucional el 19 de noviembre de ese año, que retomaremos. En dicho pronunciamiento ofrece insumos analíticos interesantes para una más adecuada delineación (y comprensión) de la figura, sosteniendo, *inter alia*, que:

- El criterio doctrinario predominante entiende que el objetivo del art. 283 de la Constitución, al consagrar el instituto del control de la inconstitucionalidad por omisión, no consiste en pretender que se proceda a una apreciación de los resultados globales de la aplicación de la Constitución sino sólo de una *concreta y específica situación violatoria* de ella, demarcada a partir de una norma suficientemente densificada, a la que el legislador ordinario no le otorgó fuerza ejecutiva.

---

775 Cfr. MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 517.

- La generalidad de la doctrina entiende también, sin margen de duda, que las *normas constitucionales consagradoras de derechos sociales* pueden fundar la declaración de una inconstitucionalidad por omisión, siempre que se reúnan los presupuestos exigidos.
- La disposición constitucional en que se funda la invocación de la inconstitucionalidad por omisión tiene que ser suficientemente precisa y concreta para que el Tribunal pueda determinar, con seguridad, cuáles son las medidas jurídicas necesarias para conferirle exequibilidad, *sin tener que pronunciarse sobre opciones políticas eventualmente diversas*.
- Así, cuando las posibilidades que deja la Constitución al legislador ordinario son prácticamente ilimitadas, el Tribunal no puede determinar, por medio de criterios estrictamente jurídicos, el incumplimiento del deber de legislar. Y, consecuentemente, como la verificación jurisdiccional de *la inconstitucionalidad por omisión no puede asentarse en un juicio de carácter político*, ella deviene inviable.
- En resumen, la declaración de la inconstitucionalidad por omisión supone la existencia de *una concreta y específica situación de violación de la Constitución*, demarcada a partir de *una norma adecuadamente densificada*, a la que el legislador ordinario *no confirió exequibilidad de manera tempestiva*.

## **5. Algunas matizaciones doctrinarias respecto de lo señalado en los dos apartados anteriores (carácter del control sobre la inconstitucionalidad por omisión y presupuestos de funcionamiento)**

Para evitar la parcialización del enfoque, debe advertirse que una parte de la doctrina, por ejemplo, PEREIRA DA SILVA, entiende que visualizar la figura de la inconstitucionalidad por omisión exclusivamente asociada, desde un punto de vista material, a la no concretización por el legislador de normas constitucionales no exequibles y, desde un punto de vista procesal, al instituto previsto en el art. 283 de la Constitución, entraña una mirada parcial de la realidad. Es que además de la concretización de normas constitucionales no exequibles, pesan sobre el legislador otros deberes por imperio de la Carta magna: protección de los derechos fundamentales, adecuación de leyes vigentes y restablecimiento de la igualdad vulnerada. Pero asimismo, y como anticipábamos respecto de intentos doctrinarios innovadores en punto a la naturaleza del contralor constitucional por omisión, más allá del proceso de control *abstracto* consagrado en el art. 283 de la Constitución, la inconstitucionalidad por omisión puede y debe ser fiscalizada *en concreto*, al abrigo del art. 204, *Ibid.*, que

dispone que en los casos sometidos a juzgamiento los tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o en los principios en ella consignados. La disposición nombrada en último término atribuiría a los tribunales el poder de apreciar la falta, en el caso *sub judice*, de una norma legislativa impuesta por la Constitución, ya que por efecto de la omisión habría una “norma implícita” contraria a la Ley fundamental que los tribunales deberían inaplicar<sup>776</sup>.

Particularmente en relación con la respuesta negativa de aquel autor a la pregunta de si el control de la inconstitucionalidad por omisión, según la letra del artículo 283 constitucional, queda confinado a la omisión por el legislador de conferir ejecutividad a las normas constitucionales no exequibles por sí mismas, explica que hacer ejecutables las normas constitucionales es, ante todo, garantizar la integridad de la Constitución a través de la emanación de normas legales. Señala también que lo que está en juego en su art. 283 es una concepción positiva del principio de constitucionalidad, que impele al legislador a una defensa activa de la Constitución en su conjunto y no sólo de cierto tipo de preceptos constitucionales. Más allá de eso, pese a que la inconstitucionalidad por omisión no es una categoría unitaria, entiende que no existe una separación rígida entre las modalidades en que se subdivide, siendo más aquello que las une que lo que las separa (la forma concreta como se presente la fuente del deber de legislar). Plantea asimismo que el deber de concretización de las normas constitucionales surge, a veces, combinado con otras obligaciones específicas de actuación, en particular con el deber de restablecimiento de la igualdad violada, pero también con el deber de protección de los derechos fundamentales. Incluso en ocasiones es prácticamente imposible separar el deber de concretización de normas constitucionales de otros deberes específicos de actuación, dada la forma en que están entrelazados en la Constitución<sup>777</sup>.

Consiguientemente, siempre según el doctrinario mencionado, no es desacertado defender la posibilidad de utilizar el medio procesal del art. 283 para controlar inconstitucionalidades por omisión no resultantes específicamente del incumplimiento del deber de concretización de normas constitucionales. Por el contrario, corresponde que el instituto del control de la inconstitucionalidad por omisión acompañe la evolución de la realidad y, muy en particular, el aumento en cantidad y calidad de las exigencias constitucionalmente dirigidas al legislador. Concluye que una interpretación sistemático-teleológica del art. 283 no conduce, seguramente, a otro resultado<sup>778</sup>.

---

776 En relación con el funcionamiento del artículo 204 constitucional y la existencia de una “norma implícita” en la percepción de Jorge PEREIRA DA SILVA, ver su obra *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, op. cit., pp. 171 y ss.

777 *Ibid.*, p. 145.

778 *Ídem*.



Sin perjuicio de coincidir en algunos puntos con el autor glosado, no en otros (como su enfoque sobre la existencia de una “norma implícita” que surgiría de la preterición inconstitucional), vale subrayar que en general la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha receptado tales aportes.

## 6. Efectos de la sentencia (“Acórdão”)

Verificada que fuese la omisión inconstitucional, el Tribunal “dará conocimiento al órgano legislativo competente” (cfr. artículo constitucional 283, 2, y art. 68 de la LTC).

Cabe recordar, como anunciáramos, que en la redacción primigenia del texto constitucional (art. 279), se preveía que el Consejo de la Revolución<sup>779</sup> (recipiendario de la competencia que hoy ostenta el Tribunal Constitucional) podía “hacer recomendaciones” a los órganos legislativos democráticamente legitimados, para que emitieran —dentro de un “tiempo razonable”— las medidas legislativas necesarias para la ejecutoriedad de las normas constitucionales. A su vez, aquella norma se ligaba con el art. 146, ‘b’, *Ibid.*, por virtud del cual correspondía al mencionado Consejo, en su calidad de garante de la observancia de la Constitución, velar por la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, tarea para la cual podía formular recomendaciones<sup>780</sup>.

Por su parte, en el antiguo esquema, la Comisión Constitucional era un órgano auxiliar del Consejo de la Revolución, específicamente destinado al control constitucional<sup>781</sup>. Le competía emitir opinión en el ámbito del contralor preventivo, del abstracto sucesivo y *de la inconstitucionalidad por omisión*<sup>782</sup>. Al mismo tiempo, actuaba como órgano jurisdiccional supremo en materia de fiscalización judicial de constitucionalidad, correspondiéndole decidir en última instancia, en forma de sentencia, de los recursos interpuestos contra las decisiones de los tribunales que recusasen la aplicación de normas por razón de inconstitucionalidad y, también, de las decisiones de los tribunales que aplicasen normas anteriormente consideradas inconstitucionales por la Comisión<sup>783</sup>.

---

779 El Consejo de la Revolución era un órgano político-militar formalmente garante del funcionamiento regular de las instituciones democráticas y, en la realidad política, órgano de caución de las supuestas esencias de la revolución de abril de 1974 (cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en BAZÁN, Víctor [coord.], *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, p. 26).

780 *Ibid.*, p. 26, nota 57.

781 Ver “Tribunal Constitucional. Historia” ([www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal02.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal02.html)).

782 Ídem.

783 Ídem.

Luego de la digresión para ubicar institucionalmente al tándem Consejo de la Revolución - Comisión Constitucional en el anterior modelo portugués, y retomando el cauce argumental prefijado, se aprecia que dicho art. 279 evidencia una cierta influencia del sistema previsto por el art. 377 de la Constitución de la —desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia (*vid. supra*), idea que se refuerza a poco de reparar en la coincidencia del sesgo ideológico de ambos cuerpos normativos constitucionales (el exyugoslavo y el portugués).

De hecho, se ha afirmado que, en Portugal, la constitucionalización de una ideología socialista fue consecuencia de la “Revolución incruenta” de 1974, tanto que el texto de 1976 fue definido por SÁNCHEZ AGESTA como “de transición hacia un régimen socialista.” Así, por ejemplo, en su art. 2 se estableció como objetivo “asegurar la transición hacia el socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras”<sup>784</sup>.

Sobre la comparación de la intensidad de la fuerza directiva entre “dar conocimiento” (texto actual) y “hacer recomendaciones” (redacción original), GOMES CANOTILHO ha dicho que “[l]a fórmula del actual art. 283º/2 —dar conocimiento al órgano legislativo competente— es menos directiva de la que se traducía en la posibilidad de recomendaciones, pero puede interpretarse como una ‘apelación’ del Tribunal Constitucional, con significado político y jurídico a los órganos legisferantes competentes en el sentido de que éstos actúen y emitan los actos legislativos necesarios para la exequibilidad de las leyes constitucionales”<sup>785</sup>.

El Tribunal Constitucional, en referencia a los efectos de sus pronunciamientos, ha precisado que el significado *político* de su decisión se hace más evidente en el ámbito del control de la inconstitucionalidad por omisión, pudiendo aquella ser interpretada como una apelación de su parte a los órganos legisferantes<sup>786</sup>.

Sea como fuera, la eficacia práctica de la sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión no es muy robusta y, si nos quedáramos solamente en la literalidad de la prescripción constitucional, el Tribunal Constitucional debería circunscribirse a *poner en conocimiento de las omisiones al órgano legislativo* lo que en

---

784 Cfr. ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel y ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla, *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 501. La cita formulada por las autoras a Luis SÁNCHEZ AGESTA corresponde a su *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, p. 414.

785 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1095.

786 Cfr. “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália: A execussão das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*, loc. cit., ap. 3, nota 6; haciéndose eco de la aportación doctrinal de GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 972.

principio pareciera coartar cualquier intento jurisdiccional de impelerlo a actuar por medios coercitivos.

Sin perjuicio de tal prevención, debe prestarse mucha atención a las líneas de caracterización que el propio Tribunal Constitucional ha señalado sobre la problemática particular que examinamos<sup>787</sup>:

- Aunque sin eficacia constitutiva posible e incluso sin que prontamente se produzca la aprobación de la normativa legislativa faltante, las decisiones que verifican una inconstitucionalidad por omisión producen siempre un “*efecto a distancia*”: el de señalar institucionalmente la existencia de un mandato constitucional legisferante por cumplir, no dejando de conferir así —en el contexto del debate público— un cierto tipo de legitimidad a las reivindicaciones que estuviera/n realizando el/los sector/es de la sociedad más perjudicado/s por la omisión legislativa, ni en última instancia, de crear condiciones para una eventual responsabilización, en el ámbito de la discusión parlamentaria, de los agentes a cuya inercia pudiera ser imputada la persistencia de la omisión legislativa denunciada en la sentencia.
- Tanto la comunicación obligatoria al órgano legislativo competente, como la también imperativa publicación de la sentencia en el *Diário da República* (art. 119, 1, ‘g’, de la Constitución y art. 3, 1, ‘b’, de la LTC), constituyen relevantes llamamientos a la iniciativa del órgano con competencia para sancionar la norma considerada necesaria para dar exequibilidad a la Constitución, a los cuales tiende a reconocérseles —como vimos— un cierto *significado político y jurídico*.

## IV. Balance de la institución y de su utilización jurisprudencial

### 1. Preludio

En cuanto a la praxis jurisprudencial a su respecto, la figura no ha sido precisamente empleada de una manera muy profusa<sup>788</sup>.

---

787 Tribunal Constitucional Português, “A Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional”, *Relatório Português para o XIVº Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Vilnius, junho de 2008. Los contenidos citados obran, respectivamente, en pp. 62 y 63 del documento en PDF (ver [www.confeconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Portuguese%20\\_po.pdf](http://www.confeconstco.org/reports/rep-xiv/report_Portuguese%20_po.pdf)).

788 Al solo efecto ilustrativo, traemos a colación las expresiones de NUNES DE ALMEIDA, quien tomando como ejemplo el año 1997 menciona que sólo se solicitó del Tribunal la verificación de la existencia de

Así, en el período 1976-1982 y bajo el imperio del entonces vigente artículo 279 constitucional en su redacción primigenia, el Consejo de la Revolución utilizó escasamente la competencia que le venía discernida, apenas en dos resoluciones de recomendación a la Asamblea Legislativa para que dictara las previsiones normativas necesarias a los efectos de hacer viable la exigibilidad de diversas disposiciones de la Constitución:

- Una sobre las organizaciones de ideología fascista (Resolución N° 105/1977, de 27 de abril —publicada el 16 de mayo de ese año—), por presunta vulneración del art. 46, 4, de la Constitución (que no permitía organizaciones que adoptaran tal ideología), precepto que según el Consejo podría haber estado siendo violado si existían organizaciones de tal tenor<sup>789</sup>.
- Otra con relación a los trabajadores de servicio doméstico (Resolución N° 56/1978, de 31 de marzo —publicada el 18 de abril del mismo año—), ante la transgresión omisiva del entonces vigente artículo constitucional 53, 'd', atinente a determinados derechos de los trabajadores.

Pese a que sólo dos fructificaron convirtiéndose —como vimos— en resoluciones del Consejo de la Revolución, la Comisión Constitucional elevó a éste seis dictámenes (*'pareceres'*) referidos a la materia de inconstitucionalidad por omisión, a saber<sup>790</sup>: N° 4/1977, de 8 de febrero, sobre derechos de participación de las organizaciones de trabajadores; N° 8/1977, de 3 de marzo, acerca de la participación en la reforma agraria; N° 11/1977, de 14 de abril, sobre organizaciones de ideología fascista (uno de los que el Consejo de la Revolución hizo propio); N° 9/1978, de 14 de marzo, relativo a los trabajadores de servicio doméstico (el segundo, y último, que aceptó el Consejo y convirtió en resolución); N° 35/1979, de 13 de noviembre, en torno a un problema de acceso a la universidad de un joven trabajador y estudiante; y N° 11/1981, de 12 de mayo, atinente al acceso a la enseñanza de los trabajadores y de sus hijos.

---

inconstitucionalidad por omisión en seis (6) supuestos, de los cuales, solamente en uno (1) se pronunció favorablemente siguiendo una muy cautelosa jurisprudencia al respecto, como queda de manifiesto — en cierto modo— en la Sentencia N° 276/1989, sobre la que volveremos en el texto principal (NUNES DE ALMEIDA, Luís, "Portugal", op. cit., AJA, Eliseo [ed.], *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, p. 222).

789 Es del caso recordar que con posterioridad y seguramente como consecuencia de la resolución del Consejo de la Revolución en tal sentido, la Asamblea de la República dictó la Ley N° 64/1978, sobre "Disposiciones relativas a las organizaciones fascistas", la que, justamente, en su art. 1 prohibió las organizaciones que perfilaran tal tipo de ideología (su texto puede ser consultado en *Diário da República*, 1ª Série A, N° 230, 6 de outubro de 1978; o en [www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0305.html#1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0305.html#1)).

790 Una referencia al contenido de cada uno de los dictámenes de la Comisión Constitucional puede verse en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 265-267.

## 2. Recorrido jurisprudencial

Ya con la delimitación competencial actual, es decir, en el período que arranca en 1982, la actividad del Tribunal Constitucional en punto a la fiscalización de las omisiones inconstitucionales tampoco ha sido muy copiosa. De un repaso ilustrativo de ese camino jurisprudencial, pueden resaltarse los precedentes que a continuación serán referenciados<sup>791</sup>.

### A) *Sentencia N° 182/1989*

Se trata de un importante proceso<sup>792</sup>, relativo a la “defensa contra el tratamiento informatizado de datos personales” (hábeas data). En el fallo, pronunciado el 1 de febrero de 1989<sup>793</sup>, el Tribunal tuvo “por verificado el no cumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa prevista en el N° 4 de su art. 35, necesaria para tornar exequible la garantía que consta en el N° 2 del mismo artículo [en las respectivas redacciones entonces vigentes]”. Asimismo, dispuso comunicar tal constatación a la Asamblea de la República.

Cabe recordar que el art. 35, 4, de la Constitución dispuso que la ley definiría el concepto de ‘datos personales’ para fines de registro informático. Paralelamente, el N° 2 del mismo precepto imponía la prohibición del acceso de terceros a ficheros con datos personales y la respectiva interconexión, como así también los flujos transfronterizos de datos, salvo en casos excepcionales previstos por la ley.

Luego de un repaso de la doctrina portuguesa referida a los lineamientos y demás características centrales del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, el Tribunal advirtió preliminarmente que cuando la Constitución, después de establecer determinado régimen (‘regla’) eximía a “casos excepcionales previstos por la ley” y no se dictaba una ley que determinara los casos excepcionales, no existía, en principio, inconstitucionalidad por omisión. Por tanto, la conclusión era que no había excepciones, porque el legislador ordinario había entendido y decidido no establecerlas.

Sin embargo, prohibiendo aquel N° 2 del art. 35 el acceso de terceros a ficheros con datos personales, salvo en casos excepcionales previstos por la ley, y remitiendo el N° 4, *Ibid.*, a la ley la definición del concepto de datos personales, “es evidente la necesidad de *mediación legislativa o interpositio legislatoris*”, expresada en el N° 4, para definir el

---

791 Los textos de las sentencias (“Acórdãos”) que se referirán en el texto pueden ubicarse en [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

792 El Defensor del Pueblo dedujo la petición en tal sentido el 13 de agosto de 1987, desencadenando el Proceso N° 298/87.

793 *Diário da República*, 1ª Série, N° 51, 2 de março de 1989.

concepto de datos personales, con el objeto de tornar plenamente exequible la garantía que constaba en el N° 2.

Señaló a continuación que no habían faltado iniciativas legislativas en el sentido apuntado, enumerando los siguientes proyectos de ley: N° 214/I, de 22 de febrero de 1979, para la creación del Consejo de Defensa de la Privacidad; N° 202/II, de 28 de abril de 1981, sobre la defensa de los derechos del hombre frente a la informática; N° 110/III, de 20 de junio de 1983, con la misma temática que el precedentemente indicado; y N° 372/IV, de 25 de febrero de 1987, con idéntica materia de cobertura que los dos anteriores.

A ellos se unían —siempre en la nómina elaborada por el Tribunal— estas propuestas de ley: N° 97/II, sobre protección de las personas individuales frente a la informática, aprobada por el Consejo de Ministros el 18 de marzo de 1982; N° 75/III, que concedía autorización al Gobierno para legislar en materia de protección de los datos registrados en soporte informático, aprobada el 26 de enero de 1984 por el mencionado Consejo; y N° 64/III, ley de protección de datos, aprobada por éste en fecha 15 de marzo de 1984.

Por último, mencionó además la existencia de la propuesta de resolución N° 13/III (aceptada por el Consejo de Ministros el 24 de abril de 1984) que aprobaba, para su ratificación, el “Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal”<sup>794</sup>.

Luego de reseñar el cúmulo de proyectos y propuestas, el Tribunal aclaró que ninguno de ellos se convirtió en ley, pasando a concluir que se encontraban reunidos en el caso todos los presupuestos o requisitos de existencia de la inconstitucionalidad por omisión, por lo que se expidió en el sentido indicado al comenzar el análisis de la presente sentencia.

Ésta recibió un comentario laudatorio de MIRANDA<sup>795</sup>, quien, ante el prácticamente nulo uso de la figura, aprovechó la ocasión para expresar que los órganos legitimados para iniciar el proceso de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión (Presidente de la República, Defensor del Pueblo, presidentes de las asambleas regionales en lo que respecta a las regiones autónomas) “bien podrían ser más diligentes y activos en la dinamización de la competencia correspondiente”<sup>796</sup>.

---

794 Convenio adoptado en 1981 en el marco del Consejo de Europa (Estrasburgo), que entrara en vigor el 1 de octubre de 1985.

795 MIRANDA, Jorge, “Anotação (ao Acórdão N° 182/89 do Tribunal Constitucional)”, *Revista ‘O Direito’*, III, Año 121, 1989, pp. 575-576.

796 Incluso, de *jure condendo* y con vistas a una futura revisión constitucional, MIRANDA se animó a proponer, como modo para revitalizar el instituto y en conexión con la tutela de los derechos

Por último, vale acotar que la Ley de Protección de Datos Personales frente a la Informática (Ley N° 10/91) fue finalmente aprobada el 19 de febrero de 1991, habiendo sido respectivamente promulgada por el Presidente de la Nación y publicada en el *Diário da República* el 9 y el 29 de abril del mismo año.

### **B) Sentencia N° 276/1989**

Fue emitida el 28 de febrero de 1989<sup>797</sup> y giró en torno al tema de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos públicos. Si bien el Tribunal verificó una imposición constitucional en el (entonces) art. 120, 3, de la Constitución (en tanto establecía que “la ley determinará los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos, así como las sanciones aplicables a estos efectos”), decidió desestimar la existencia de omisión legislativa al respecto por cuanto al momento de expedirse el pronunciamiento había sido dictada la Ley N° 34/1987, de 16 de julio, justamente sobre “delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos”.

Dicha ley contiene seis capítulos. Los cinco primeros se referían sucesivamente a las siguientes materias: “De los delitos de responsabilidad del titular de cargos políticos en general”, “De los delitos de responsabilidad del titular de cargo político en particular”, “De los efectos de las penas”, “De las reglas especiales del proceso” y “De la responsabilidad civil emergente del delito de responsabilidad del titular de cargo político”. Por su parte, el sexto prescribía el momento en que la ley entraría en vigor.

Después de repasar sintéticamente el contenido de la normativa, el Tribunal constató que disciplinaba global, integrada y completamente la materia de los “delitos de responsabilidad” a la que se refería el art. 120, 3, de la Constitución y que, con la emisión de aquel dispositivo legal, quedaba enteramente cumplido el encargo discernido al legislador en dicho precepto constitucional.

Por lo tanto, y paralelamente a reconocer que al momento en que el Defensor del Pueblo se presentó para iniciar el proceso era incontrovertible que el legislador no había emitido norma alguna tendiente a dar ejecución o realización al precepto constitucional en cuestión, el Tribunal concluyó que, ante la emisión de la citada Ley N° 34/1987, no se verificaba ninguna omisión del legislador con referencia a la reglamentación legal que preveía el artículo constitucional 120, 3 [que con la

---

fundamentales, la introducción de una especie de recurso ante el Tribunal Constitucional contra las decisiones de los tribunales [inferiores] que denegasen derechos no reglamentados o no concretizados legislativamente hasta ese momento. Se trataría, añade, de una fiscalización concreta homóloga a la que ya existía en cuanto a la inconstitucionalidad por acción y no sin semejanza con el *mandado de injunção* de la [por entonces] novísima Constitución brasileña —art. 5, 71— (*Ibid.*, pp. 576-577).

797 *Diário da República*, 2ª Série, N° 133, 12 de junho de 1989.

La pretensión fue promovida por el Defensor del Pueblo, originando el Proceso N° 23/87.

numeración modificada luego de la revisión de 1997 pasó a ser el art. 117, 3, bajo el rótulo general de “*Estatuto dos titulares de cargos políticos*”].

### C) *Sentencia N° 36/1990*

En este fallo, de 14 de febrero de 1990, el Tribunal abordó la cuestión relativa a las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local<sup>798</sup>, establecidas en el artículo 241, 3, constitucional [figura, la del “Referendo local”, encuadrada en el art. 240, *Ibid.*, a partir de la reenumeración proporcionada por la revisión de 1997], que defería en una ley futura la reglamentación de tales consultas. Dicha ley debía especificar los supuestos, los términos y los efectos de las mismas. Es preciso recordar que en la 1ª revisión constitucional se concedió a los órganos de las autarquías locales el poder de efectuar semejantes consultas directas a los ciudadanos electores, sobre materias incluidas en su competencia exclusiva.

Luego de comprobar que al momento de dictar el pronunciamiento tal ley aún no existía, de lo que podía seguirse la verificación del no cumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa prevista en el N° 3 del mencionado artículo, explicó el Tribunal Constitucional que, sin embargo, en el curso de la 1ª sesión legislativa (1987-1988) de la V Legislatura de la Asamblea de la República fueron presentados tres (3) proyectos de ley sobre el particular: el N° 86/V, de las consultas directas a los ciudadanos electores; el N° 200/V, de idéntico título, y el N° 231/V, de consultas directas a los ciudadanos electores en el nivel local.

Añadió que tales proyectos tuvieron seguimiento, pues el 18 de mayo de 1988 la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías emitió un dictamen en el sentido de que los mismos reunían “las condiciones legales y reglamentarias necesarias para ser analizados por el Plenario de la Asamblea de la República”. Así, dicho Plenario efectivamente los discutió en la sesión de 20 de mayo de ese año, habiendo la Cámara votado su aprobación en general y ordenado que los mismos bajaran a la aludida Comisión para su análisis en particular en el plazo de cuarenta y cinco (45) días.

Por lo tanto, el problema con el que el Tribunal se enfrentaba consistía en determinar si aún así debía considerarse configurada la omisión en cuestión. Para dar forma a su razonamiento, acudió a las enseñanzas de MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, T° II, 2ª ed., 1983, N° 119, VII) para quien desde que se conocen actos

---

798 *Diário da República*, 2ª Série, N° 152, 4 de julho de 1990.

La petición fue articulada por el Defensor del Pueblo en fecha 9 de enero de 1989, dando origen al Proceso N° 6/89.



positivos tendientes al cumplimiento de la norma constitucional, con un resultado específico tipificado en la Constitución y en el reglamento —la norma o las normas legislativas— debe entenderse que no hay omisión por parte del legislador.

Con tal soporte doctrinario, el Tribunal prosiguió indicando que si bien podía dudarse de que la presentación de un proyecto o propuesta legislativos tuvieran por sí mismos la virtualidad de alejar la posibilidad de existencia de omisión a los fines de su declaración de inconstitucionalidad, tampoco era posible negar que la aprobación aunque fuera en general de ese proyecto o esa propuesta, por principio, debería considerarse suficiente a esos efectos, conclusión a la que no obstaba que al tiempo de la sentencia se hubiese agotado el plazo de cuarenta y cinco (45) días fijado a la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías para el análisis en particular de los proyectos en cuestión, ya que existió una revisión constitucional<sup>799</sup> que naturalmente había retrasado los trabajos parlamentarios.

En síntesis, decidió tener por no verificada la inconstitucionalidad por omisión que invocaba el Defensor del Pueblo<sup>800</sup>.

Como dato de color, pero también para pulsar el alcance y la vigencia reales del criterio del Tribunal en relación con el tema (incidencia de la existencia de proyectos o propuestas legislativos para determinar si subsistía o no la omisión legislativa

---

799 El Tribunal hace referencia a la denominada 2ª revisión constitucional, operada en 1989 mediante la Ley Constitucional N° 1/1989, de 8 de julio.

Como anticipábamos, la denominada 1ª revisión constitucional se llevó a cabo en 1982, por medio de la Ley Constitucional N° 1/1982, de 30 de septiembre.

800 Cabe dejar sentado que dos de los magistrados del Tribunal declararon su voto: Mário de Brito y Maria de Assunção Esteves.

Si bien ellos coincidieron con la solución final, en sendas declaraciones de voto discreparon de algunos tramos de la fundamentación del Tribunal. De la lectura de ambas disidencias puede apreciarse que en ellas subyace una posición coincidente cautelosa y restrictiva en cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional para fiscalizar el funcionamiento de la Asamblea de la República.

Así, el primero de ellos sostuvo —en síntesis— que la aprobación en general de un proyecto de ley es siempre suficiente (y no en principio como sostuvo la mayoría) para alejar la posibilidad de que exista omisión legislativa a esos efectos; además de que el Tribunal no era competente para controlar el funcionamiento de dicha Asamblea.

Por su parte, la segunda de los nombrados expuso —entre otras apreciaciones— que la presencia de iniciativas legislativas con vistas a la creación de una ley sobre consultas directas a los electores en el nivel local (y, con mayor razón, su aprobación en general) constituye un dato exterior, objetivo y relevante, que comprobaba la existencia de la voluntad política de cumplimiento de la imposición constitucional contenida en el art. 241, 3, de la Constitución. A su criterio, se trataba de un hecho que rompía el silencio parlamentario, removiendo, por tal razón, la posibilidad de cualquier juicio de inconstitucionalidad. Asimismo, señaló que en el cuadro de separación de poderes el control interorgánico tiene límites y, así, una vez iniciado el proceso legislativo, el Tribunal no debe pronunciarse sobre los ritmos o plazos del debate parlamentario, ya que —sobre la base del principio democrático— el Parlamento tiene su propia libertad de conformación funcional y política.

inconstitucional), cabe advertir que el autor citado en el decisorio *mudó posteriormente la opinión que sirviera de sustento a la argumentación del Tribunal*.

Es así como en la 2ª edición de su obra, citada en la sentencia en examen, y según la transcripción realizada allí, dijo el catedrático aludido: “Deste modo, *desde que se conheçam actos positivos tendentes ao cumprimento de tal norma constitucional, com um resultado específico tipificado na Constituição e no Regimento —a norma ou as normas legislativas—, deve entender-se que não há omissão por parte do legislador*”.

Sin embargo, en la 3ª edición del libro, MIRANDA señala que: “*Quando ainda nem está aprovado o projecto ou a proposta, continua a dar-se inconstitucionalidade por omissão*. Esta debe apurar-se independentemente de qualquer ‘iter’ conducente ao seu suprimento, porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas actuais e não futuras o potenciais. A observação da prática parlamentar —com dezenas de iniciativas legislativas, sem qualquer seguimento— leva outrossim a esta conclusão”<sup>801</sup>.

Con elogiada honestidad intelectual, el autor de mención adopta este criterio que en la edición anterior de la obra consideraba demasiado rígido y, sobre todo, contradictorio con la función del instituto del control de la inconstitucionalidad por omisión. De esta manera, en la p. 523, nota 4, de la 3ª edición del libro *Manual de Direito Constitucional*, aclara: “Alteramos, por conseguinte, o que escrevemos na 2ª edição deste tomo (pág. 409) e aderimos à opinião expendida por Jorge BACELAR GOUVEIA, ‘Inconstitucionalidade por omissão’, cit., *loc. cit.*”<sup>802</sup>.

Sea como fuera, el dispositivo normativo quedó cristalizado en la Ley N° 49/90 (publicada en *Diário da República*, 1ª Série, N° 195, 24 de agosto de 1990), relativa a las consultas directas a los ciudadanos electores en el nivel local. En otras palabras, la sentencia del Tribunal Constitucional aceleró el proceso para la sanción del producto legislativo ordenado constitucionalmente y hasta entonces ausente.

#### **D) Sentencia N° 638/1995**

Data de 15 de noviembre de 1995<sup>803</sup>. Aquí el Tribunal Constitucional dispuso tener por no verificada la omisión de las medidas legislativas necesarias para la exequibilidad

---

801 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 523.

802 *Ibid.*, p. 523, nota 4.

Se refiere a BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Inconstitucionalidade por omissão. Consultas diretas aos cidadãos a nível local”, *O Direito*, abril-junho de 1990, pp. 420 y ss.

803 *Diário da República*, 2ª Série, N° 298, 28 de dezembro de 1995.

La petición fue articulada por el Defensor del Pueblo en fecha 8 de octubre de 1993, generando el Proceso N° 554/93.

de la norma del art. 52, 3, de la Constitución<sup>804</sup>, pues en el ínterin (y antes de que el Tribunal tuviera ocasión de apreciar y decidir el proyecto elaborado por el relator<sup>805</sup>) se publicó la Ley N° 83/1995, de 31 de agosto, sobre el derecho de participación procedimental y de acción popular<sup>806</sup>.

Dicha ley fue aprobada por unanimidad en la sesión de la Asamblea de 22 de junio de 1995 y resultó directamente de un texto de sustitución elaborado por la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías, habiendo sido retirados todos los proyectos de ley anteriormente presentados sobre la materia.

El dispositivo legal en análisis contiene cinco (5) capítulos distribuidos en veintiocho (28) artículos. Aquellos versan, respectivamente, sobre los siguientes temas: “Disposiciones generales”, “Derecho de participación popular”, “Del ejercicio de la acción popular”, “De la responsabilidad civil y penal” y “Disposiciones finales y transitorias”.

Del examen de la ley en discusión, el Tribunal concluyó que la misma disciplinaba global, integrada y, en la medida de lo posible, completamente el *derecho de acción popular* consagrado en el art. 52, 3, de la Constitución, debiendo considerarse que con su emisión se había dado cumplimiento al encargo dirigido al legislador en aquel precepto constitucional.

En consecuencia, tuvo por no verificada la omisión de las medidas legislativas necesarias para la exigibilidad de la aludida cláusula de la Ley fundamental.

### **E) Sentencia N° 424/2001**

Una vez más, el Defensor del Pueblo se presentó ante el Tribunal requiriéndole en este caso que analizara y verificara la inconstitucionalidad por omisión de las medidas legislativas que confirieran exequibilidad a la parte final del art. 239, 4, de la Constitución<sup>807</sup>. La articulación de aquel generó, oportunamente, el dictado de la sentencia del epígrafe, producido el 9 de octubre de 2001.

---

804 Artículo que, bajo el rótulo de “Derecho de petición y derecho de acción popular”, en el aludido inciso confiere a todos, personalmente o a través de asociaciones de defensa de los intereses afectados, el derecho de acción popular, *en los casos y en los términos previstos en la ley*.

805 Tal como el propio Tribunal Constitucional se preocupara por aclarar en el subap. III.1. de la sentencia.

806 Como elemento adicional de análisis, debe tenerse en cuenta que en este caso el legislador no era ajeno al hecho de que se encontraba pendiente un pedido presentado el 8 de octubre de 1993 por el Defensor del Pueblo en proceso de control de la inconstitucionalidad por omisión, teniendo por objeto la disposición del N° 3 del art. 52 de la Constitución (cfr. “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália: A execussão das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*, cit., ap. 4).

807 Tal petición discurrió en el Proceso N° 625/99.

Cabe recordar que la Ley Constitucional N° 1/1997, de 20 de septiembre, amplió la posibilidad de presentación de candidaturas por grupos de ciudadanos electores a todos los órganos autárquicos, en la redacción que dio al N° 4 del artículo constitucional 239.

Por virtud del nuevo precepto constitucional, se defirieron a una ley los términos en que dicha posibilidad debería ser concretada.

A los fines pertinentes, y luego de recordar la complejidad de los problemas que suscitaba la exacta delimitación del ámbito conceptual de “omisión legislativa” con vistas al mecanismo del control previsto en el art. 283 de la Constitución (evocando para ello su propia jurisprudencia y la de la antigua Comisión Constitucional), el Tribunal sostuvo que al efecto debía ponderar si el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Constitucional N° 1/1997 —siempre que se entendiera que tal pauta [temporal] entrañaba un aspecto esencial en la configuración de una de las situaciones previstas en el aludido artículo 283 de la Ley fundamental— era o no suficiente para el cumplimiento de la tarea legislativa en cuestión.

Por su parte y tal como lo manifestara en la Sentencia N° 276/1989, razonó que en la situación de autos se encontraban reunidas las circunstancias típicas de una “omisión legislativa” (aun adscribiendo a una visión restrictiva del concepto de ésta), pues se configuraba un muy concreto y específico encargo constitucional al legislador, perfectamente definido en su sentido y alcance, sin dejarle ningún margen de libertad de decisión en cuanto a si intervenir o no hacerlo, quedando cumplido el desiderátum constitucional una vez que se emitieran las normas correspondientes.

Sin embargo, destacó que en el particular no era necesario pronunciarse sobre tal cuestión, desde que con la Ley Orgánica N° 1/2001, de 14 de agosto, que sustituyó íntegramente a los Decretos-Ley N°s. 701-A/76 y 701-B/76, con las modificaciones respectivas, se pasó a contemplar la posibilidad de presentación de candidaturas por “grupos de ciudadanos electores” para todos los órganos autárquicos (cfr. art. 16, 1, ‘c’).

Juzgó el Tribunal que en dicha norma se regularon detalladamente los requisitos para la organización y la presentación de tales candidaturas y las exigencias específicas a las que debían sujetarse (de acuerdo, *inter alia*, con el art. 19 y diversos incisos del art. 23), adaptándose incluso a la ley relativa al financiamiento de los partidos políticos y de las campañas electorales (art. 2, que modificaba los arts. 19, 20, 23 y 29 de la Ley N° 56/1998, de 18 de agosto, en la redacción de la Ley N° 23/2000, de 23 de enero).

Fue así como el Tribunal entendió que al momento de pronunciar el fallo no se verificaba en el particular ninguna “omisión” del legislador relativa al encargo que le fue fijado por el art. 239, 4, de la Constitución, lo que así manifestó, decidiendo no

tener por constatado el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar exequible la norma obrante en la parte final de dicho inciso de la cláusula constitucional.

**F) Sentencia N° 474/2002**

Proferido el 19 de noviembre del año que indica el título, creemos que se trata de uno de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional en cuanto al tema que nos convoca, por cuanto allí (al tiempo de acoger estimatoriamente el planteo que le formulara el Defensor del Pueblo) materializó un agudo y esclarecedor aporte argumental, *anudando la problemática de los derechos económicos, sociales y culturales* (o, sin más, *derechos sociales*) a la de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Así y como viéramos, concluyó acertadamente que en puridad la vía prevista en el art. 283 de la Constitución *es también idónea para canalizar procesalmente tal tipo de derechos y no sólo los “derechos, libertades y garantías”* (es decir —añadimos— los civiles y políticos), tal como *mutatis mutandis* hemos intentado demostrar en otro segmento de este trabajo.

En la causa de mención, el Defensor del Pueblo petitionó concretamente al Tribunal que evaluara y verificara la inconstitucionalidad resultante de la falta de medidas legislativas para dotar de plena exequibilidad, en lo relativo a los trabajadores de la función pública, a la norma contenida en el art. 59, 1, 'e', de la Constitución<sup>808</sup>, el cual consagra el derecho a la asistencia material de los trabajadores que involuntariamente se encontraran en situación de desempleo.

Con claridad, advirtió el Tribunal que una parte significativa del esfuerzo argumental del Defensor del Pueblo se dirigía a demostrar que el derecho de asistencia material en situación involuntaria de desempleo tenía naturaleza análoga a la de los denominados derechos, libertades y garantías, probablemente por entender que sólo la omisión del legislador en asegurar la efectivización de estos últimos derechos podía conducir a la declaración de la inconstitucionalidad por omisión.

En línea con ello, destacó que la indagación tendiente a descubrir una eventual estructura análoga entre el derecho consignado en el art. 59, 1, 'e', de la Constitución y los derechos, libertades y garantías era irrelevante, puesto que *también las normas constitucionales consagratorias de derechos sociales podían fundar la verificación de una inconstitucionalidad por omisión*.

---

808 Con su articulación, el Defensor del Pueblo dio origen al Proceso N° 489/94, dirimido por medio de la sentencia en análisis.

Así, lo importante para el Tribunal era que quedaran abastecidos los presupuestos para la configuración de la inconstitucionalidad por omisión y no la naturaleza del derecho en juego en la cuestión.

Al respecto, concluyó que existía una específica y concreta imposición constitucional en el sentido de que el legislador debía, bajo pena de incurrir en inconstitucionalidad por omisión, prever una prestación que correspondiera a la asistencia material de los trabajadores —incluyendo a los de la Administración Pública— en situación de desempleo involuntario.

Coincidiendo con la fundamentación del Defensor del Pueblo (y transcribiéndola en el particular), el Tribunal señaló que el legislador, al instituir un régimen de asistencia material para los trabajadores involuntariamente en situación de desempleo, el cual sólo cubría a los empleados vinculados por contrato individual de trabajo y dejaba fuera a algunos trabajadores de la función pública, *era violatorio del principio de igualdad*. En torno del tema, consideró también que lo que resultaba necesario y conforme a la Constitución, en el caso, no era extinguir la asistencia material a los trabajadores vinculados por contrato individual de trabajo, sino *extender esa asistencia a los restantes trabajadores que no quedaban comprendidos en la previsión* a través de la formulación de las medidas legislativas adecuadas.

Por ende, estimó que indudablemente se configuraba en el *sub specie* una *omisión parcial*, ya que el legislador dio exequibilidad a la norma constitucional que le imponía asegurar el derecho a la asistencia material de los trabajadores en situación de desempleo involuntario, aunque sólo lo hizo respecto de algunos de ellos, con exclusión de la generalidad de los trabajadores de la Administración Pública.

Asimismo, juzgó que tal omisión parcial era *per se* suficiente para tener por verificada una inconstitucionalidad por omisión.

Adicionalmente, y ponderando el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Constitución o, al menos, desde el comienzo de la vigencia de la Ley Constitucional N° 1/82 que reconfiguró el encuadramiento de la norma a la que se pretendía dotar de exequibilidad —y siempre que se entendiera que ello constituía un aspecto esencial de la conformación de una de las situaciones previstas en el art. 283 de la Ley básica—, sostuvo que no podía dejar de concluir que aquel era suficiente para que se hubiese cumplido la tarea legislativa en cuestión<sup>809</sup>.

---

809 Usó aquí textualmente las palabras que también empleara en la Sentencia N° 424/2001, de 9 de octubre, expresando que había transcurrido un tiempo “*bastante para o cumprimento da tarefa legislativa em causa*”.

En definitiva, y a través de un laudable pronunciamiento, el Tribunal verificó el incumplimiento de la Constitución por omisión parcial de las medidas legislativas necesarias para tornar exequible el derecho previsto en el art. 59, 1, 'e', en relación con los trabajadores de la Administración Pública<sup>810</sup>.

Por último, es útil subrayar que además el Tribunal Constitucional fijó algunas pautas que deben converger para la declaración de la inconstitucionalidad por omisión: *la verificación de una omisión legislativa de una específica imposición legisferante, que conste en una norma constitucional dotada de un grado de precisión suficientemente denso.*

---

810 Es interesante destacar que en las Sentencias N° 509/2002, de 19 de diciembre (Proceso N° 768/2002) y N° 590/2004, de 6 de octubre (Proceso N° 944/03), cuyos objetos de discusión no se referían centralmente a la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional portugués efectuó algunas consideraciones interesantes —bien que tangenciales— acerca de la relación entre los derechos sociales y la cuestión de las omisiones inconstitucionales.

En ese sentido, y en específica referencia al asunto tocante a la necesidad de armonizar la estabilidad de la concretización legislativa ya alcanzada en el campo de los derechos sociales con la libertad de conformación del legislador, en ambos pronunciamientos expresó que, donde la Constitución contenga una orden de legislar, suficientemente precisa y concreta, de suerte que sea posible “determinar con seguridad, cuáles son las medidas jurídicas necesarias para conferirle exequibilidad” (cfr. Sentencia N° 474/2002), *el margen de libertad del legislador para disminuir el grado de protección ya alcanzado es mínimo, ya que sólo podrá hacer en la estricta medida en que la modificación legislativa pretendida no traiga como consecuencia una inconstitucionalidad por omisión.*

Debe recordarse que la señalada Sentencia N° 509/2002 dirimió estimatoriamente el requerimiento del Presidente de la República en orden a que se declarara la inconstitucionalidad de la norma que consta en el art. 4, N° 1, del Decreto de la Asamblea de la República N° 18/IX, que fuera recibido por Presidencia de la República en fecha 22 de noviembre de 2002 para ser promulgado como ley. Acogiendo el pedido, el Tribunal estimó la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, al considerarlo violatorio del derecho a un mínimo de existencia condigna inherente al principio de respeto por la dignidad humana, que surge de la conjugación de los arts. 1, 2 y 63, N°s. 1 y 3, de la Constitución.

Concretamente, la duda de constitucionalidad que surgía se refería al art. 4, N° 1, del mencionado Decreto, que regulaba la titularidad del derecho al “rendimiento social de inserción”, en la medida en que el art. 4, N° 1, de la Ley N° 19-A/1996, de 29 de junio, que creó el “rendimiento mínimo garantizado”, reconocía la titularidad del derecho a la prestación de rendimiento mínimo a los individuos con edad igual o superior a dieciocho (18) años; mientras que la nueva norma —con reserva de las excepciones también previstas en la ley anterior y de las posiciones subjetivas de los entonces actuales beneficiarios—, garantizaba la titularidad del derecho al “rendimiento social de inserción” a las personas con edad igual o superior a veinticinco (25) años.

Dicho pronunciamiento tuvo sendas declaraciones de votos de los magistrados Carlos Pamplona, Maria dos Prazeres Pizarro Belez, Benjamim Rodrigues, Bravo Serra (éste, con remisión al voto de la consejera Maria dos Prazeres Pizarro Belez) y José Manuel Cardoso da Costa.

Por su parte, en la Sentencia N° 590/2004, el Tribunal rechazó la petición de un grupo de diputados del PS a la Asamblea de la República que pretendía la apreciación y declaración, con fuerza obligatoria y general, de inconstitucionalidad de las normas que constaban en los arts. 1 y 2 del Decreto-Ley N° 305/2003, de 9 de diciembre, que revocaba los regímenes de crédito bonificado para contratación de nuevas operaciones de crédito destinadas a la adquisición, construcción y realización de obras de conservación ordinaria y de mejora de la vivienda propia permanente. El referido pronunciamiento contó con los votos declarados de los magistrados Maria Fernanda Palma y Mário José de Araújo Torres.

Se trata del criterio que continúa manteniendo el Tribunal. De hecho, y aun de modo tangencial, en un fallo relativamente reciente: *Acórdão* N° 282/2011, de 7 de junio, *Processo* N° 815/09, ha reiterado la exigencia de que concurren tales presupuestos para que la determinación de la preterición inconstitucional sea viable.

### G) *Sentencia N° 423/1987*

Aun cuando *ex professo* se quiebre el orden cronológico de la línea de pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de planteos específicos sobre inconstitucionalidad por omisión, es importante incluir en esta reseña jurisprudencial lo resuelto por dicho órgano en el pronunciamiento nominado en el rótulo, de 27 de octubre de 1987<sup>811</sup>, donde analizó algunas cuestiones vinculadas con la temática de las omisiones inconstitucionales.

En efecto, se vio precisado a enfrentar el problema de la enseñanza de la disciplina de religión y moral católicas en las escuelas públicas<sup>812</sup>, acerca de lo cual señaló el peligro de transgredir la Constitución (fundamentalmente, el principio de igualdad) por conducto de una omisión legislativa relativa en el supuesto de que se soslayara a las demás confesiones religiosas, tomando en consideración las circunstancias propias de cada una de ellas.

En particular, el Tribunal sostuvo —según nuestra traducción—: “Diríase que el Estado no puede abstenerse, en lo tocante a las demás confesiones, de concederles un tratamiento afín, teniendo en cuenta, es cierto, las circunstancias propias de cada una de ellas (dimensión cuantitativa, espacio geográfico ocupado, divulgación entre la población escolar, etcétera), bajo pena de no respetar el principio de igualdad y, por vía omisiva, violar el texto constitucional”<sup>813</sup>.

811 *Diário da República*, 1ª Série, 26 de novembro de 1987.

812 Por su atinencia temática, es ineludible vincular la presente sentencia con una posterior, la N° 174/1993, de 17 de febrero (Proceso N° 322/1988), en la que el Tribunal desestimó la petición formulada por un grupo de veintiocho (28) diputados a la Asamblea de la República que le había requerido la declaración de inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de las normas de los N°s 1, 6 a 11, 14, 20 y 23 de la “Portaria” N° 333/86, de 2 de julio, y de las normas de la “Portaria” —*vid. infra*— N° 831/1987, de 16 de octubre.

La sentencia de mención recabó sendas declaraciones de voto de los magistrados Antero Alves Monteiro Dinis, António Vitorino, Mário de Brito, Luís Nunes de Almeida, José de Sousa e Brito y Armindo Ribeiro Mendes, quienes se separaron de la posición mayoritaria.

Al solo efecto aclaratorio advertimos que, según tuviéramos ocasión de averiguar, “Portaria” es una modalidad de norma jurídica administrativa emitida no por el Jefe del Poder Ejecutivo, sino por el jefe de una determinada persona de la Administración Pública de inferior rango a aquel. Tal norma tiene una función reglamentaria, similar a la del “Decreto” pero de menor alcurnia, dada la persona de quien emana, y con un radio de incumbencia también menor. Se la denomina “Portaria” (que en español literalmente significa “portería, portal”) porque tal norma jurídica, según la costumbre, era fijada precisamente en los portales de las entidades administrativas.

813 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *op. cit.*, *Direito Constitucional*, p. 1092.



Es sustancial recordar que a partir de esta decisión del Tribunal Constitucional se adoptaron medidas legislativas y administrativas conducentes no sólo a garantizar la libre elección entre recibir o no recibir enseñanza de religión católica, sino también a asegurar la enseñanza de otras religiones en las escuelas públicas<sup>814</sup>.

## V. Omisiones inconstitucionales y responsabilidad del Estado

Un tema interesante que encuentra algún punto de conexión con la cuestión que analizamos como objeto central de indagación, pero cuyo estudio en profundidad excedería las pautas de la misma, radica en dilucidar si la omisión del legislador en emitir una determinada legislación específica puede originar la responsabilidad del Estado, tomando como soporte normativo la estipulación contenida en el art. 22 de la Constitución lusa.

El problema, que por cierto no es un *moot case*<sup>815</sup>, no deja de ser altamente complejo y se planteó por ejemplo en la causa “Aquaparque do Restelo”, donde, como consecuencia de un accidente ocurrido el 29 de julio de 1993 en el aludido “Aquaparque” de la ciudad de Lisboa, un niño de nueve (9) años falleció el 29 de julio de 1993 de asfixia por inmersión.

Los padres de la criatura dedujeron demanda contra el Estado portugués por daños patrimoniales y morales, alegando que el menor pereció como consecuencia de la falta de legislación específica para este tipo de recintos de diversiones acuáticas. Señalaron que el Estado bien sabía, pues no podía ignorarlo, que dichos parques acuáticos eran autorizados y licenciados y que funcionaban sin ninguna cobertura legal, reglamentaria o de otro tipo. De tal manera, fundamentaban el pedido de declaración de responsabilidad civil del Estado *por omisión ilícita y culposa en el ejercicio de la función legislativa*, violando el citado artículo 22 constitucional.

Bajo el rótulo “De la responsabilidad de los entes públicos”, esta norma establece: “El Estado y los demás entes públicos son civilmente responsables, solidariamente con los titulares de sus órganos, funcionarios, o agentes, de las acciones u *omisiones* practicadas en el ejercicio de sus funciones y por causa de dicho ejercicio, de los que resulte violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio a terceros”

---

814 Cfr. MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 523 y nota 1.

815 En el sentido de traer aquí a debate, como ejercicio académico, un caso teórico o hipotético (*a theoretical or hypothetical case as an academic exercise*).

(Responsabilidade das entidades públicas: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou *omissões* praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”).

Como observa AMARAL, en concreto correspondía dilucidar si el Estado debía responder civilmente por los daños y perjuicios sufridos por particulares, y eventualmente emergentes del hecho de la *no emisión de legislación específica* destinada a regular las condiciones de funcionamiento de los parques acuáticos<sup>816</sup>.

En primera instancia, la acción fue parcialmente admitida, con lo cual el Ministerio Público —en representación del Estado— articuló recurso de apelación, que fue parcialmente acogido (en relación con los montos indemnizatorios) por el Tribunal de Alzada aun cuando mantuvo el núcleo condenatorio de la sentencia recurrida.

El pronunciamiento del órgano apelatorio, el “Tribunal da Relação”<sup>817</sup> de Lisboa, fue emitido por unanimidad el 7 de mayo de 2002 en el marco del Proceso N° 35.211.

En cuanto a lo que aquí interesa, en síntesis dicho Tribunal consideró<sup>818</sup>:

- Que el Estado era civilmente responsable por *omisión ilícita y culposa en el ejercicio de la función legislativa, violando así lo preceptuado por el art. 22 de la Constitución*.
- Que existía obligación de indemnizar habiéndose probado *el nexo de causalidad entre la referida omisión y los daños causados*.
- Que *aquella norma constitucional podía ser directamente invocada por los particulares frente a la omisión del legislador*.

Sin ánimo alguno de agotar la cuestión, sólo deseábamos dejar presentado un problema que ofrece una multiplicidad de aristas e intentar resaltar como objetivo primordial la necesidad de rescatar la viabilidad de este camino alternativo para

---

816 AMARAL, Maria Lúcia, “Dever de legislar e dever de indenizar a propósito do caso ‘Aquaparque do Restelo’”, *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Año I, N° 2, Lisboa, 2000, p. 68.

817 En Portugal, en efecto, el “Tribunal da Relação” constituye la segunda instancia de los tribunales comunes.

818 Según nos informara en su oportunidad por correspondencia la Prof. Maria Lúcia AMARAL, dicha causa (primer caso sobre el tema de la responsabilidad civil del Estado por las omisiones legislativas) no habría llegado al Tribunal Constitucional portugués, sino que en ella, luego de la sentencia de segunda instancia, se arribó a un “acuerdo informal” entre el Ministerio de Justicia y los familiares de la víctima, mediante el cual el Estado concedió a estos una “compensación”. La mencionada autora subrayó que lo que se produjo fue un “acuerdo extrajudicial y no la ejecución de sentencia del Tribunal de segunda instancia”.

combatir las omisiones legislativas con sustento, en el particular, en lo dispuesto por el art. 22 de la Constitución, aun cuando el planteo no hubiera sido específicamente ante el Tribunal Constitucional, sino ante los tribunales ordinarios y deducido por particulares.

En ese sentido, una de las quejas que conformaban el planteo recursivo del Ministerio Público fue justamente que no debía admitirse que, frente a la inactividad del legislador, correspondiera a los tribunales ordinarios dar ejecución al principio constitucional del art. 22 creando una norma más adecuada al caso concreto, por cuanto tal inercia configuraría una *omisión inconstitucional* —siempre que se entendiese que existía un verdadero y específico deber de legislar— que no podría ser suplida por los tribunales comunes, pues el único que tendría competencia para apreciarla sería el Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto por el art. 283, 1, de la Constitución.

## VI. Breve epílogo

Sean nuestras palabras de cierre de este segmento del análisis del ordenamiento luso para recordar que, frente a algunas propuestas de ciertos sectores que pugnaban por derogar en Portugal la institución de la inconstitucionalidad por omisión, GOMES CANOTILHO afirmó contundente y acertadamente que la figura debía mantenerse “no para deslegitimar Gobiernos y Asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida”<sup>819</sup>.

A pesar del escepticismo que a algunos genera la eficacia del instituto, del repaso jurisprudencial que efectuáramos precedentemente surge que, al menos, no es posible desconocer que los planteos de inconstitucionalidad por omisión ante el Tribunal formulados fundamentalmente por el Defensor del Pueblo han producido un importante efecto *inductor* de diversas leyes *posteriormente* emitidas por la Asamblea de la República, con lo cual —al menos desde ese perfil *pragmático*— debería rechazarse toda acusación que arguya la absoluta inocuidad de la figura.

En la línea expuesta, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ puntualiza que pese a su escaso uso, la figura contenida en el art. 283 de la Constitución se ha revelado como un “instrumento efectivo de presión política sobre el legislador”, añadiendo que en la

---

819 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, N° 43, enero-abril de 1995, trad. de Francisco Caamaño, CEC, Madrid, p. 19.

mayoría de las situaciones en que se verificaba la inconstitucionalidad por omisión o las circunstancias que podían desencadenarla, se logró la aprobación de la legislación respectiva, citando al efecto los casos de las Sentencias N<sup>os</sup>. 267/87, 36/90, 638/95 y 424/01, y otras que, respectivamente, contenían una omisión total (Sentencia N<sup>o</sup> 182/89) y una parcial (Sentencia N<sup>o</sup> 474/2002), que fueron solventadas<sup>820</sup>.

Asimismo, el autor citado aporta un dato no precisamente insignificante: la aparición de un mecanismo análogo a la inconstitucionalidad por omisión para enfrentarse a la *ilegalidad por omisión*: el art. 77 de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, Código de Proceso en los Tribunales Administrativos<sup>821</sup>.

Sin duda se trata de un antecedente que, pese a la opinión de los detractores de la figura del control de la inconstitucionalidad omisiva, viene a demostrar que ésta sigue “viva”.

Finalmente, es de resaltar que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad por omisión, al ser comunicada fehacientemente al órgano omitente y publicada de modo imperativo en el *Diário da República*, genera un *impacto jurídico y político* que no debería ser livianamente desdeñado.

---

820 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, op. cit., *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, p. 259.

821 *Ibid.*, pp. 261-262.

**CAPÍTULO**

**III**

**HUNGRÍA**

## I. Apreciaciones contextuales sobre las constituciones húngaras y el Tribunal Constitucional (T.C.)

### 1. La situación antes de la sanción de la actual Ley fundamental

El texto de la Constitución anterior a la actual fue el resultado de sucesivas modificaciones efectuadas sobre la base de la redacción originaria, que data de 20 de agosto de 1949, y —como afirma ÁLVAREZ ÁLVAREZ— representó la consecuencia normativa del tránsito realizado desde un Estado socialista hacia un ordenamiento constitucional-democrático<sup>822</sup>.

Sin embargo, aclara el citado autor que el por entonces nuevo sistema político húngaro “no puede explicarse de forma exclusiva con arreglo a la norma constitucional que le confiere cobertura, sino desde el elenco de factores de carácter político, social y fundamentalmente económico sucedidos a lo largo de un período de tres décadas. Éste fue el tiempo que tardó en abandonarse definitivamente el Estado socialista gestado por la originaria Constitución de 20 de agosto de 1949 construida sobre la base de la indistinción entre Estado y sociedad plasmada a través de tres elementos capitales: sistema de partido único, propiedad estatal y economía planificada”<sup>823</sup>.

Debe advertirse que, aunque la Constitución era formalmente una ley (Nº XX de 1949), su contenido era independiente de todos los demás elementos del sistema jurídico. Como se ha puntualizado, fue entendida por el T.C. como un sistema unificado y coherente en el que no podía existir vacío legal, principio consagrado en la Sentencia 23/1990 (X. 31) AB, en la que decidió la inconstitucionalidad (y la anulación) de la pena capital<sup>824</sup>.

El T.C. comenzó a operar el 1 de enero de 1990<sup>825</sup>. Su funcionamiento fue inicialmente regulado por la Ley XXXII/1989, que desarrolló el artículo 32.A. constitucional.

---

822 Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, “Breve aproximación a la Constitución de Hungría”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, Nº 66, septiembre-diciembre de 2002, CEPC, Madrid, p. 149.

823 *Ibid.*, pp. 149-150.

824 CSINK, Lóránt y PACZOLAY, Péter, “Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence”, Hungarian National Report for the 14<sup>th</sup> Conference of Constitutional Courts, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (para tomar tal información, en su momento utilizamos la siguiente fuente de Internet: [www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/omissionHUN\\_en.doc](http://www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/omissionHUN_en.doc)). La traducción del inglés nos corresponde.

825 Para ampliar respecto del funcionamiento del Tribunal Constitucional húngaro, ver ADAM, Antal, “Le système constitutionnel de la Hongrie”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 5, julio-diciembre de 2001, IJ de la UNAM, México, D.F., pp. 4-31, en esp. pp. 27-31.

Sobre tal órgano de jurisdicción constitucional se ha indicado que representó un nuevo centro independiente de poder y que jugó un rol eminente en el desarrollo de la constitucionalidad del país<sup>826</sup>.

Es interesante destacar que la Constitución húngara dedicaba sólo una disposición al título relativo al T.C. Se trataba del mencionado art. 32.A en relación con el procedimiento de selección de los jueces y para reenviar a una ley ordinaria (que debía adoptarse por una mayoría de dos tercios).

No obstante, como se ha apuntado, ello no debía inducir a conclusiones equivocadas sobre la relevancia de la justicia constitucional, porque la regulación estaba fragmentada en otras disposiciones constitucionales y en las fuentes de rango legislativo<sup>827</sup>.

De hecho, en su década inaugural de funcionamiento, el T.C. (fundamentalmente a instancias de su primer Presidente László Solyom) acuñó el concepto de “Constitución invisible” para legitimar la adopción de medidas que no se podían relacionar estrictamente con las disposiciones expresas del texto constitucional. Asimismo y a través del llamamiento a un modelo de constitucionalismo europeo, el Tribunal produjo “una elaboración jurisprudencial impetuosa” y redefinió “materialmente el funcionamiento del sistema jurídico nacional”, declarando la inconstitucionalidad de un tercio de las leyes adoptadas por el Parlamento<sup>828</sup>.

## 2. La aprobación de la “Ley fundamental”

Debe destacarse que el 18 de abril de 2011 el Parlamento aprobó una nueva Constitución, denominada “Ley fundamental de Hungría” (*Magyarország Alaptörvénye*), que entró en vigor el 1 de enero de 2012. Sustituyó a la citada Constitución de 1949, que —como vimos— fue modificada en 1989 como consecuencia del cambio de régimen político.

La sanción de la Ley fundamental encendió numerosas luces de alarma en diversos órganos internacionales (también en ONG nacionales) y ha sido blanco de fuertes críticas que se centran principalmente en que sus disposiciones resultan

---

826 ADAM, Antal, “La Cour Constitutionnelle en Hongrie”, en DE VERGOTTINI, Giuseppe (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 209.

827 Cfr. VECCHIO, Fausto, “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”, op. cit., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 14, trad. del italiano por Valentina Faggiani, p. 180 y nota 16 a pie de página.

828 *Ibid.*, pp. 180-181 y notas 18 y 19 a pie de página.

un riesgo para la protección de ciertos derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho. Sólo ilustrativamente mencionamos al respecto: el dictamen N° CDL(2011)016 [también el N° CDL(2011)001] de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), que es un órgano consultivo del Consejo de Europa, integrado por expertos independientes en materia de derecho constitucional y creado en 1990 luego de la caída del Muro de Berlín, en un momento de urgente necesidad de asesoramiento constitucional en países de Europa Central y Oriental; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre la Constitución húngara revisada (2013/C 33 E/03).

A su vez, la Ley fundamental ha sufrido sucesivas modificaciones, algunas de ellas conflictivas. En particular, la aprobada por el Parlamento magiar el 10 de marzo de 2013 que fue criticada por resultar contraria a los principios y valores de la Unión Europea.

En ese sentido, la Comisión Europea tildó de antidemocráticos algunos puntos como, por ejemplo, la limitación de los poderes del T.C. y el establecimiento de nuevos impuestos si el Estado se viera obligado a pagar multas por sentencias internacionales<sup>829</sup>.

Además, tal modificación constitucional fue enérgicamente fustigada desde algunos ámbitos internos, que la consideraron contraria a los principios democráticos y a los derechos civiles. Así, el aludido László Sólyom, ex Presidente del T.C. y también ex Presidente del país (2005-2010), entendió que se asistía al “fin de la división de poderes”<sup>830</sup>.

En realidad, se trata de un proceso de debilitamiento del T.C., que paulatinamente ha ido perdiendo competencias. Con la citada reforma de 2013 se limita aún más su marco de atribuciones en materia de control de constitucionalidad. Por ejemplo, respecto de las reformas constitucionales sólo puede examinarlas formalmente mas no en su contenido; además, al emitir sus sentencias, le está vedado apoyarse en sus propias resoluciones dictadas antes de la entrada en vigor de la Ley fundamental. Otro factor que socava el poder del T.C. radica en que muchas de las regulaciones anteriormente declaradas anticonstitucionales por él han sido incorporadas a la Ley fundamental, v. gr., la disposición que prohíbe a personas indigentes permanecer en espacios públicos, la que no autoriza la publicidad política en canales privados de comunicación o aquella que determina a quién se le permite definirse como comunidad religiosa y obtener, por ende, ayuda económica del Estado<sup>831</sup>.

---

829 Ver nota “Hungria mueve ficha para evitar sanciones por su polémica Constitución”, 19 de abril de 2013, Fuente: [www.euroxpress.es/index.php/noticias/2013/4/19/hungria-mueve-ficha-para-evitar-sanciones-por-su-polemica-constitucion](http://www.euroxpress.es/index.php/noticias/2013/4/19/hungria-mueve-ficha-para-evitar-sanciones-por-su-polemica-constitucion).

830 VERSECK, Keno y PAPAEO, Cristina, “Hungria se despide del Estado de Derecho”, 12 de marzo de 2013, Fuente: [www.dw.de/hungr%C3%ADa-se-despide-del-estado-de-derecho/a-16665507](http://www.dw.de/hungr%C3%ADa-se-despide-del-estado-de-derecho/a-16665507).

831 Ídem.



Ese proceso de empobrecimiento del T.C. comenzó en 2010 cuando se modificaron algunas normas relativas al mismo, específicamente en cuanto a las reglas para la designación de sus jueces y la restricción de su competencia en cuestiones presupuestarias del Estado y con respecto a la normativa sobre impuestos y contribuciones.

Tales modificaciones de 2010, ratificadas por la Ley fundamental, han sido calificadas como cambios competenciales “dramáticos y radicales”, reconociéndose que el T.C. tuvo que sufrir limitaciones en sus poderes por primera vez durante sus (entonces) veinte años de existencia<sup>832</sup>.

Un brevísimo panorama muestra que, por ejemplo, acerca de la composición del T.C. se elevó el número de miembros de 11 a 15 y se prolongó el plazo de mandato de 9 a 12 años. Además, se transfirió del Tribunal al Parlamento (con una mayoría de dos tercios) la elección del presidente/a del Tribunal. Paralelamente, el nuevo sistema trajo consigo cambios importantes con respecto a los tipos de procedimientos surtidos ante el T.C. Por un lado, la antigua acción popular (*actio popularis*) fue abolida. Por otro, se introdujo un procedimiento de queja constitucional individual contra actos particulares de la autoridad pública.

En síntesis, tanto la Ley fundamental como la nueva Ley sobre el Tribunal Constitucional, N° CLI (151) de 2011, introdujeron cambios significativos. Esta última reguló la competencia, organización y funcionamiento del T.C. como principal órgano para la protección de la Ley fundamental, aunque el acervo de atribuciones del Tribunal ha quedado fuertemente reducido.

Seguramente, dicha situación depreciará el importante rol que desde 1990 (y, con matices, hasta 2010) el T.C. cumplió en la dinámica de *checks and balances* del sistema político, jurídico e institucional húngaro.

## II. Panorama de la inconstitucionalidad por omisión en el sistema húngaro en su configuración previa a la Ley fundamental

Centraremos básicamente nuestro análisis en la estructuración normativa de la inconstitucionalidad por omisión y el accionar del T.C. al respecto en el período

---

832 Cfr. PACZOLAY, Péter (actual Presidente del Tribunal Constitucional húngaro), “Changes in the competences of the Hungarian Constitutional Court”, trabajo presentado al Simposio Internacional en ocasión del 50° aniversario del Tribunal Constitucional de Turquía, Ankara, 25 y 26 de abril de 2012; Fuente: <http://mkab.hu/letoltesek/2012-04-25-changes-in-the-competences-of-the-hungarian-cc.pdf>.

temporal anterior a la entrada en vigor de la Ley fundamental, por cuanto en realidad ha sido el más fructífero al respecto.

En ese sentido, cabe primeramente rescatar el antiguo artículo 77 constitucional, por virtud del cual la Constitución se concebía como una *norma jurídica suprema con eficacia directa que vinculaba a todos los poderes públicos y a los particulares*.

A su tiempo, la figura del control de las omisiones inconstitucionales se encontraba específicamente incluida en el nombrado art. 32.A.3. de la Constitución —como vimos, de 1949—, modificada en varias oportunidades<sup>833</sup>, v. gr., Leyes XXXI/1989 y XL/1990; Ley XX-XII/1989, de 19 de octubre, reformada por Ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre<sup>834</sup>.

Sobre el particular, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ apunta que el control de las omisiones inconstitucionales por el T.C. se centraba en el incumplimiento, por parte del legislador, de sus obligaciones legislativas derivadas de una norma jurídica, lo cual confería a dicha competencia unas dimensiones amplias<sup>835</sup>.

La señalada Ley XXXII/1989 establecía que el procedimiento para la resolución por el Tribunal de la inconstitucionalidad por omisión (al igual que el procedimiento de control de convencionalidad, por acción u *omisión*) podía incoarlo el propio Tribunal de oficio o bien por iniciativa de cualquier persona.

Como se ha expuesto, el resultado de ese control era *invitar* al órgano inactivo a cumplir sus obligaciones en el plazo que para el efecto se le señalara, estando obligado el legislador a actuar en dicho lapso temporal (cfr. art. 49.2 de la Ley mencionada en el párrafo anterior). El Tribunal ejerció tal competencia en diversas ocasiones, entre las que cabe recordar lo realizado en las Sentencias 32/1990 AB, 29/1991 AB, 37/1992 AB y 17/1993 AB, estas dos últimas referidas al no dictado de la ley de medios de comunicación<sup>836</sup>.

---

833 Hemos extraído la referencia normativa a las reformas constitucionales de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Apéndice normativo", *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 160.

834 Se ha explicado que en la reforma constitucional de 1989 se reconoció el pluralismo político, la forma de gobierno parlamentaria y la economía social de mercado, compatibilizada con determinados aspectos de la economía socialista planificada (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, op. cit., "Breve aproximación a la Constitución de Hungría", p. 151).  
Añade que, por su parte, la segunda de las grandes reformas tuvo lugar en 1990 a través de seis (6) normas (ídem).

835 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, p. 77.

836 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 302.  
Ver, en igual sentido, GOUAUD, Christiane, "La Cour Constitutionnelle de la République de Hongrie", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, N° 5, 1993, p. 1256, aludido por VAGLI, Giovanni, op. cit., "Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo", p. 1088, nota 8.

Este punto nos tiende el puente hacia el tema que abordaremos a continuación.

### III. Señalamiento jurisprudencial

El T.C. magiar (reiteramos, antes de la Ley fundamental) ha interpretado en un sentido amplio su competencia fijada en la sección 49 de la citada Ley XXXII/1989, distinguiendo seis (6) tipos de omisiones en su práctica jurisprudencial<sup>837</sup>, las cuales repasaremos sucintamente a continuación.

#### 1. Incumplimiento inconstitucional de un deber legislativo derivado de una autorización legal

Se dio, por ejemplo, en las Sentencias 155/B/1990 AB (ABH 1990, 198) y 21/1991 (VI. 5.) AB (ABH 1991, 404).

En la primera de ellas el T.C. estableció *ex officio* que el Ministro del Interior incumplió el deber legislativo sobre él establecido por medio del Decreto gubernamental 1/1971 (II. 8.) Korm., según el que debería haber regulado el uso de viviendas con fines de servicio oficial, hecho que derivó en la violación de los derechos del peticionario.

La segunda decisión fue construida sobre una base teórica similar, declarando una omisión del Gobierno al no regular la adquisición de la propiedad de las tierras cultivables por parte de extranjeros, a pesar de estar autorizados para ello por la “Ley de Tierras de Cultivo” (*Act on Arable Land*). Como característica especial del caso, el Gobierno había adoptado efectivamente esas normas, pero ellas fueron anuladas con efecto *pro futuro* por el T.C. mediante la Sentencia 12/1990 (V. 23) AB (ABH 1990, 160), debido a una violación de la jerarquía de las fuentes del derecho. Como el Gobierno no adoptó una nueva ley dentro del plazo establecido, el Tribunal declaró la omisión inconstitucional.

#### 2. Incumplimiento por el legislador de cumplir un deber legislativo emergente de una previsión constitucional

Tal hipótesis puede constatarse, v. gr., en la Sentencia 32/1990 (XII. 22) AB (ABH 1990, 145), que determinó una omisión inconstitucional en el Decreto 63/1981 (XII. 5) MT del Consejo de Ministros.

---

837 Seguimos aquí en lo pertinente a CSINK, Lóránt y PACZOLAY, Péter, op. cit., “Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence”. La traducción del inglés nos corresponde.

En efecto, en virtud del art. 50, par. 2), de la Constitución, los tribunales debían revisar la legalidad de las decisiones de la administración pública. En función de ello, la citada sentencia declaró una omisión inconstitucional en el aludido Decreto 63/1981 que permitía la revisión judicial de las decisiones de la administración pública solamente dentro de un ámbito específico de aplicación.

En su fallo, el T.C. indicó que las disposiciones de aquel Decreto “no eran inconstitucionales en cuanto a sus contenidos, pero el hecho de que la revisión sólo se permitiera respecto de las decisiones de la administración pública enumeradas en la ley en cuestión, era contraria a la Constitución [... Así] esta situación inconstitucional sólo puede ser eliminada mediante la adopción de una nueva ley del Parlamento que permita la revisión judicial de una forma constitucional”.

### **3. La falta de adopción de una ley del Parlamento especificada en la Constitución y necesaria para la ejecución de un derecho fundamental**

Al respecto, la Constitución definía varios campos que debían ser regulados (en el nivel más alto) mediante leyes del Parlamento. El incumplimiento de éste de actuar como se le exigía llevó al T.C. a declarar una omisión inconstitucional del deber de legislar.

Ejemplos de este caso son las Sentencias 37/1992 (VI. 10) AB (ABH 1992, 227) y 35/1992 (VI. 10) AB (ABH 1992, 204).

La primera de ellas se conectaba con el art. 61, par. 4), de la Constitución, que requería una mayoría de dos tercios de los votos de los miembros presentes del Parlamento para sancionar una ley sobre supervisión de la radio pública, la televisión y la agencia de noticias pública, así como sobre concesión de licencias de radio y televisión comerciales y prevención de los monopolios en el sector de los medios de comunicación. Sin embargo, hasta 1996, el Parlamento no había aprobado una ley completa y exhaustiva sobre radio y televisión.

El segundo pronunciamiento declaró la omisión inconstitucional dado que la representación de las minorías nacionales y étnicas no había sido regulada en la medida y en la forma exigidas por la Constitución, que en su art. 68, par. 5, determinaba que para sancionar una ley sobre los derechos de las minorías nacionales y étnicas, se requería una mayoría de dos tercios de los votos de los miembros presentes del Parlamento.

#### **4. Incumplimiento de un deber legislativo necesario para la aplicación de un derecho subjetivo**

Sobre el punto, el T.C. interpretó que el legislador debía cumplir su obligación de legislar incluso ante la falta de un mandato legal concreto, si reconocía la existencia de una cuestión que requiriera la determinación normativa dentro del ámbito de su competencia y responsabilidad.

Así, según lo establecido por el Tribunal en la Sentencia 22/1990 (X. 16) AB, “el Consejo de Ministros no dictó una legislación sobre la solución de las cuestiones relativas al respeto de los vales entregados a las personas detenidas por los Estados Unidos de América como prisioneros de guerra y obligatoriamente depositados en el Banco Nacional de Hungría, causando así una omisión inconstitucional” (ABH 1990, 83).

#### **5. Incumplimiento por el Parlamento de la modificación de una ley devenida inconstitucional a causa de una reforma constitucional**

Se trata de un caso especial de omisión inconstitucional.

Cabe recordar en primer lugar que los actos normativos que formaban parte del ordenamiento jurídico debían estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución entonces en vigor, y no simplemente con la orden vigente al momento de la adopción de la ley.

En tal sentido, de acuerdo con lo determinado por el T.C. en la Sentencia 2/1993 (I. 22) AB, las disposiciones que regulaban los referendos en la ley sobre esta materia dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1989 no eran compatibles con los nuevos requisitos constitucionales basados en el principio de la división de poderes.

Por tanto, ejerciendo su autoridad en virtud del art. 21, par. 7, de la (entonces vigente) Ley del Tribunal Constitucional, determinó de oficio, sobre la base de la petición pertinente (aunque excediéndola), que una situación inconstitucional había surgido por una omisión de actuar y, en consecuencia, el Parlamento fue llamado a cumplir con su deber de legislar (ABH 1993, 33, 39).

#### **6. Incumplimiento de armonizar el derecho internacional y el derecho interno, violando un derecho fundamental**

Al respecto, el T.C. estableció la omisión de un deber legislativo al examinar el procedimiento de la Comisión Mixta en el manejo de los casos de indemnización

por daños causados por las tropas soviéticas y sus miembros en ejercicio de sus funciones durante la ocupación de Hungría. Se determinó que la principal causa de inconstitucionalidad fue la falta de una ley nacional por medio de la que la Comisión Mixta quedara obligada por los resultados de la recepción de pruebas (en un procedimiento civil) al dictar su decisión (Sentencia 30/1990 [XII. 15] AB, ABH 1990, 128, 134).

#### IV. Perfiles de la figura en la percepción anterior a la Ley fundamental

Esquematizaremos ahora algunas líneas salientes del instituto de la inconstitucionalidad por omisión<sup>838</sup>, siempre con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley fundamental:

- Como acabamos de ver, el T.C. ha interpretado en un sentido extensivo su competencia en la materia, identificando seis (6) modalidades de omisiones inconstitucionales.
- La posibilidad de declaración de la omisión inconstitucional por el T.C. puede realizarse *de oficio o a pedido de cualquier persona*, caso este último que incluye a las personas físicas y jurídicas con capacidad legal (Sentencia 35/B/1990 AB, ABH 1990, 257).
- Sólo si la omisión inconstitucional de una obligación de legislar ha generado una *situación inconstitucional*, el Tribunal podrá reclamar al órgano en mora que cumpla su deber dentro de un plazo específico que le fije (sección 49, par. 1, de la LTC).
- En función de ello, el T.C. no examina todos los vacíos legales (*legal gaps*) sino sólo aquellos casos en los que la falta de regulación legal produzca una *situación inconstitucional*.
- Ninguna omisión es determinada por el T.C. si sólo suscita cuestiones de razonabilidad y justicia pero no una *cuestión constitucional* (cfr. Sentencia 26/1993 [IV. 29] AB, ABH 1993, 196, 203).

---

838 En cuanto a las referencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, tomamos como fuente a CSINK, Lóránt y PACZOLAY, Péter, op. cit., "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence". La traducción del inglés nos pertenece.

- Al establecer una fecha límite para que se cumpla el deber legislativo, el T.C. tiene en cuenta, en primer lugar, la gravedad de la situación inconstitucional, los recursos jurídicos constitucionales disponibles en el período de transición y —como cuestión de rutina—, las reglas relevantes de procedimiento del órgano legislativo pertinente, las obligaciones de negociación previa resultantes de la naturaleza de la ley que debe ser aprobada y la carga de trabajo del órgano legislativo. El plazo fijado por el T.C. debe interpretarse estrictamente, en particular, en los casos en que, junto con la verificación de la omisión, el Tribunal mantiene en vigor —por diversas razones— algunas disposiciones legales respecto de las cuales se ha declarado la inconstitucionalidad (cfr. Sentencia 47/1997 [X. 3] AB, ABH 1997, 324, 325).

## V. El instituto en la actualidad

Cerramos este acercamiento con algunos apuntes sobre la figura en el sistema húngaro, de conformidad con su positivación actual.

Si bien el control sobre las omisiones inconstitucionales por el T.C. no surge explícitamente de la Ley fundamental, ésta en su art. 24, párrafos 2.º g) y 9, establece que el Tribunal puede realizar tareas y desarrollar competencias estipuladas en otras disposiciones de la propia Ley fundamental o bien en una “ley cardinal”<sup>839</sup>, más allá de las enumeradas en el propio artículo 24 constitucional (párrafo 2.º g)), y que el detalle de las reglas de competencia, organización y funcionamiento del Tribunal serían establecidas precisamente por una “ley cardinal”<sup>840</sup> (párrafo 9), que en este caso es la aludida Ley CLI (151) de 2011.

---

839 En el texto de la Ley fundamental húngara pueden verse alrededor de cincuenta referencias a “leyes cardinales”. Desde un plano semántico-jurídico, equivaldrían a las “leyes orgánicas” previstas en otros sistemas constitucionales, por ejemplo, en Albania, Austria, Croacia, Francia y Montenegro.

Ver sobre este y otros temas el siguiente documento: “Opinion on the New Constitution of Hungary”, Opinion N° 621/2011, CDL-AD(2011)016, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Strasbourg, 20 June 2011, adopted by the Venice Commission at its 87<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011), para. 23., Fuente: [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).

840 PACZOLAY (a quien seguiremos a lo largo de esta nota) ha advertido que la Ley fundamental es sólo una parte de la constitución material, ya que se dota de una importante relevancia también a las “leyes cardinales” para cuya adopción se requiere una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros del Parlamento. La denominación “Ley fundamental” sugiere una concepción orgánico-garantista de la Constitución, es decir, que ésta es considerada algo más que un simple documento.

Ello es una consecuencia de las tradiciones constitucionales húngaras. Una particularidad de la historia de ese país es la llamada “constitución histórica”. La primera constitución escrita es de 1949, y se trata de un instrumento constitucional socialista de estilo soviético. Con el cambio del sistema político, luego de la caída del Muro de Berlín, en 1989-1990 se adoptaron modificaciones relevantes para crear las bases de un Estado de Derecho, pero formalmente la norma constitucional conservó la numeración original (N° XX, de 1949).

La ley mencionada en último término se refiere al control sobre las omisiones inconstitucionales en la sección 46.

Al respecto establece que si el T.C., en las actuaciones llevadas a cabo en el ejercicio de sus competencias, declara una omisión por parte del legislador que resulta violatoria de la Ley fundamental, puede instar al órgano omitente a realizar su tarea y fijarle un plazo (*time-limit*) para ello (inc. 1°).

Según el inc. 2° de dicha sección, se considerará que existe una omisión legislativa violatoria de la Ley fundamental cuando: **a)** el legislador no hubiera llevado adelante un mandato surgente de un tratado internacional; **b)** no se haya adoptado una regulación legal pese a que tal tarea deriva de una expresa autorización contenida en una normativa legal; y **c)** el contenido esencial de la regulación legal ordenada en la Ley fundamental fuera incompleta.

Debe advertirse que en función de la sección 71.2 de la nombrada ley la entrada en vigor de ésta extinguió todos los procesos en curso encaminados a la rectificación de la inconstitucionalidad por omisión que no hubiesen sido planteados por los peticionarios individualizados en el art. 24.2.‘e’ de la Ley fundamental, es decir: el Gobierno, un cuarto de los miembros del Parlamento, el Presidente de la Corte Suprema (hoy rebautizada como “*Kuria*”), el Fiscal Supremo o el Comisionado para los Derechos Fundamentales.

Como puede suponerse a partir de lo puntualizado aquí, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el modelo húngaro no ha podido sustraerse de la política de recorte y ajuste competenciales que el Tribunal Constitucional ha venido sufriendo desde 2010, con lo cual, en torno al futuro de tal tipología de fiscalización constitucional es inevitable que reine la incertidumbre.

---

El concepto de constitucionalidad se convirtió poco a poco en parte del derecho, la cultura política y la vida pública. Pero, ¿qué significa exactamente que Hungría tenía una “constitución histórica”? La Constitución húngara poseía un carácter histórico en el sentido de que no contaba con una única Carta constitucional. La costumbre, sin embargo, no tuvo la misma relevancia que en la Constitución inglesa. La consecuencia de la constitución histórica fue que la teoría constitucional húngara empleaba el concepto material de constitución (como órgano particular de la sociedad). Las reglas concretas de la constitución material, es decir, los principios fundamentales del ordenamiento estatal, se encuentran en las llamadas “leyes cardinales” (cfr. PACZOLAY, Péter, “Le garanzie costituzionali”, trabajo presentado al evento “La nuova Legge fondamentale ungherese”, Dipartimento di Studi Giuridici, Università Bocconi, in collaborazione con il Consolato Generale d’Ungheria, Milano, 29 de noviembre de 2012; Fuente: [http://mkab.hu/letoltesek/le\\_garanzie\\_costituzionali\\_pp.pdf](http://mkab.hu/letoltesek/le_garanzie_costituzionali_pp.pdf)). La traducción del italiano nos corresponde.



**CAPÍTULO**

**IV**

**BRASIL**

## I. El sistema de control de constitucionalidad vigente

1. Dentro de un cúmulo de modificaciones en el marco de la normativa constitucional hasta entonces vigente, la Constitución de 1988 produjo una innovación interesante en materia de control de constitucionalidad. Nos referimos a la posibilidad de fiscalizar las *omisiones reputadas inconstitucionales*, aunque a fuerza de ser sinceros la plasmó de una manera un tanto heterodoxa, ya veremos por qué.

Promulgada la mencionada Constitución federal, comenzó el proceso de adecuación de las respectivas cartas constitucionales estatales a la Ley suprema, como consecuencia del sistema federal de Estado allí imperante.

Al respecto, en relación con el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, pueden mencionarse —*inter alia*— las constituciones de los siguientes estados<sup>841</sup>: Minas Gerais (art. 118, § 4º), Acre (arts. 95, I, 'f', y 104, § 3º), Rio Grande do Sul (art. 95, XII, 'd'), Alagoas (art. 134, § 2º), Ceará (art. 127, § 2º), Pernambuco (art. 63, § 2º), Rio de Janeiro (art. 162, § 2º), São Paulo (arts. 74, VI, y 90, § 4º) y Santa Catarina (art. 85, § 3º). Volveremos sobre el tema.

2. Previo a ocuparnos de analizar tal figura en el orden federal, recordamos que si bien originariamente el derecho brasileño sólo admitía el control de constitucionalidad difuso, concreto y *a posteriori* —conforme a los moldes del derecho norteamericano—, a partir de la Constitución de 1946 se admitió, primero restringidamente y luego de manera paulatinamente ampliada<sup>842</sup>, el control concentrado y abstracto por medio de la acción directa<sup>843</sup>.

---

841 La nómina se presenta en orden cronológico de aprobación de las respectivas constituciones estatales, mixturado con el elemento alfabético.

Así, de las expuestas en el catálogo, la de Minas Gerais fue la primera en ser aprobada (21 de septiembre de 1989); luego le siguieron las de Acre y Rio Grande do Sul (el 3 de octubre del mismo año), las que se ordenan alfabéticamente por resultar contemporáneas; y, por último, las restantes seis (6) fueron sancionadas el 5 de octubre de 1989, respetándose en la enunciación la secuencia alfabética.

842 En ese sentido, GONÇALVES FERREIRA FILHO ha explicado que la Constitución de 1946 fue la primera en admitir el control abstracto, aunque en términos estrictos. En ella se preveía que, como presupuesto necesario para decretar la intervención federal en un Estado miembro a causa de la inobservancia por éste de determinados principios fundamentales que se indicaban (art. 7, VII), fuese esa inobservancia declarada por el Supremo Tribunal Federal a través de una acción cuya legitimación activa pertenecía exclusivamente al Procurador General de la República (art. 8, párrafo único). Esta modalidad fue repetida por el derecho constitucional posterior, encontrándose en el art. 36, III, en relación con el art. 34, VII, de la Constitución actual (GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, "La justicia constitucional en Brasil", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, CEC, trad. de Francisco José Astudillo Polo, Madrid, pp. 60-61).

Agrega el autor citado que, todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1946, la Enmienda Constitucional N° 16, de 26 de noviembre de 1965, instituyó una acción directa de inconstitucionalidad

Con cargo a ampliar sobre la cuestión, rige en dicho país una suerte de sistema de control constitucional de características eclécticas<sup>844</sup>, a saber: a) el control incidental, que es *difuso* y, por tanto, viene dispensado a todos los órganos judiciales en el contexto de sus respectivas competencias; y b) el control directo, deferido *concentradamente* al Supremo Tribunal Federal (STF), en el ámbito nacional, y al Superior Tribunal estadual que corresponda, en el marco de los respectivos estados de la Federación.

3. Para ampliar lo mencionado anteriormente, es útil mostrar el panorama que describe MENDES sobre el punto, señalando que la jurisdicción constitucional brasileña se construyó en un ambiente democrático y republicano, pese a las interrupciones causadas por los regímenes autoritarios. Así, si las influencias del modelo difuso (de origen norteamericano) fueron decisivas para la adopción inicial de un sistema de fiscalización constitucional de las leyes y los actos normativos, el desarrollo de las instituciones democráticas terminó generando *un peculiar sistema de jurisdicción constitucional cuyo diseño y organización reúnen, de manera híbrida, características propias de ambos modelos clásicos de control constitucional*<sup>845</sup>.

La jurisdicción constitucional brasileña se caracteriza hoy por la originalidad y la diversidad de instrumentos procesales destinados a la fiscalización de constitucionalidad de los actos del Poder Público y la protección de los derechos fundamentales, como el *mandado de segurança* [equivalente al *proceso de amparo* en varios países latinoamericanos o a la *acción de tutela* colombiana], el hábeas corpus, el hábeas data, el *mandado de injunção*, la acción civil pública y la acción popular. Tal diversidad de acciones constitucionales propia de un modelo difuso se complementa con una variedad de instrumentos dirigidos al ejercicio del control abstracto de constitucionalidad por el STF, como son la acción directa de inconstitucionalidad (ADIn), la acción declarativa de constitucionalidad (ADC), la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO) y la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF)<sup>846</sup>.

---

de "ley o acto de naturaleza normativa, federal o estatal", sobre la base de la Constitución federal, que se desarrollaría ante el Tribunal Supremo Federal y únicamente podría ser propuesta por el Procurador General de la República (nueva redacción del art. 101, I, 'k'), con lo que se consagraba plenamente el control abstracto y concentrado (*Ibid.*, p. 61).

Por su parte, añade que la Constitución de 1967 nada alteró al respecto y la Ley fundamental en vigor ha mantenido tal acción (art. 102, I, 'a'), mas ampliando la legitimación activa a determinadas autoridades o entes —art. 103, que será analizado *infra*— (idem).

843 *Ibid.*, p. 58.

844 Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: Un bosquejo", en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 272.

845 MENDES, Gilmar, "Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional", op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, p. 984.

846 *Ibid.*, p. 986.

La discusión en la Constituyente (que derivara en el texto constitucional de 1988) sobre la implementación de una Corte Constitucional que debería ocuparse, fundamentalmente, del control de constitucionalidad, terminó por permitir que el STF *no sólo mantuviese su competencia tradicional, con algunas restricciones, sino que también adquiriese nuevas atribuciones*. Así, vio ampliada significativamente su competencia originaria, especialmente en lo concerniente al control de constitucionalidad de leyes y actos normativos y al control de la omisión inconstitucional. En ese sentido, adquiere innegables peso político y significado jurídico la competencia del STF para entender y juzgar de las aludidas ADIn, ADC, ADPF y ADO y del *mandado de injunção* (M.I.), procesos que, juntamente con el recurso extraordinario, forman hoy el núcleo del sistema de control de constitucionalidad y legitimidad de leyes o actos normativos, así como (en particular algunos de ellos) de las omisiones inconstitucionales<sup>847</sup>.

Debe aclararse que, aunque no será objeto de análisis particularizado aquí, además de la ADO y el M.I., en cierto sentido y principalmente a partir de la sanción de la Ley N° 9.882/99<sup>848</sup> (que reglamenta el §1° del art. 102 de la Constitución), por su naturaleza autónoma (cfr. parte inicial del art. 1°<sup>849</sup> de dicha ley) la ADPF también podría ser incluida en el elenco de herramientas procesales para corregir las omisiones inconstitucionales<sup>850</sup>, al menos las *pretericiones relativas*.

## II. Contornos de la figura

### 1. Las previsiones constitucional y subconstitucionales

El art. 103, § 2°, de la Constitución de la República Federativa del Brasil incluyó —como adelantáramos—, el instituto de la *inconstitucionalidad por omisión*, diciendo:

“Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.

847 *Ibid.*, p. 987.

848 Sancionada el 3 de diciembre de 1999.

849 Que dispone: “A argüição prevista no § 1° do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

850 Véase MENDES, Gilmar, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”, en RAMOS TAVARES, André y ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei N° 9.882/99*, Atlas, São Paulo, 2001, pp. 146 y ss.

Cuando líneas arriba decíamos que la inclusión en la Constitución federal de la figura que nos ocupa se había concretado de un modo heterodoxo, nos referíamos a que, en puridad, *no se instrumentó directamente una acción de inconstitucionalidad por omisión*, sino más bien se enfocaron las *consecuencias que resultarían de la declaración de inconstitucionalidad por omisión*, que no es lo mismo.

En el extensísimo art. 102 de la Constitución, donde quedaron localizadas, por ejemplo, la nombrada ADIn de ley o acto normativo federal o estatal y la ADC de ley o acto normativo federal (art. 102.I.‘a’), no se mencionó acción alguna para declarar la existencia de las omisiones inconstitucionales, sino que el instituto de la inconstitucionalidad por omisión recién aparece en el citado artículo constitucional 103, § 2º que, como vimos, focaliza los efectos emergentes de la declaración de la inconstitucionalidad por preterición.

Tal vez por esa razón C. MERLIN CLÈVE se animaba a aseverar que el constituyente brasileño no pretendió instituir, en el marco de la fiscalización abstracta, un tipo especial de acción —distinto de la acción directa— para el control de la omisión inconstitucional<sup>851</sup>.

Dicho lo anterior y emprendiendo ahora un *racconto* de la evolución normativa subconstitucional del instituto que concita nuestra atención, no debería soslayarse el Reglamento Interno del STF, que estableció la composición y la competencia de sus órganos y reguló el proceso y el juzgamiento de los hechos que le eran atribuidos por la Constitución de la República (cfr. art. 1). Concretamente, en la parte II: “Del Proceso”, título VI: “De la declaración de inconstitucionalidad y de la interpretación de la ley”, capítulo I: “De la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo”, se desplegaban los arts. 169 a 178 referidos específicamente a la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo, de cuyo contenido sólo cabría tomar en consideración específica aquel que resultara compatible con el control respecto de la inconstitucionalidad por omisión.

De su lado, es importante poner de manifiesto que a partir del 10 de noviembre de 1999 entró en vigor la Ley federal N° 9.868<sup>852</sup> que reglamenta el proceso y el juzgamiento de

---

851 CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 229.

852 Entre otros aspectos, es útil destacar que la Ley N° 9.868, en su capítulo V (‘De las disposiciones generales y finales’) y específicamente por medio del art. 30, añade mayor contenido al art. 8 de la Ley N° 8.185, de 14 de mayo de 1991, que regula la organización judicial en el Distrito Federal y los territorios.

En lo que aquí interesa, concretamente el art. 8, § 4º, II, de esta última normativa, pasa a disponer que: “II - Declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para hacer efectiva una norma de la Ley Orgánica del Distrito Federal, la decisión será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.

la ADI y de la ADC, normativa que a pesar de no referirse expresamente a la ADO podía ser aplicada a ésta con algunas observaciones<sup>853</sup> asociadas principalmente a la naturaleza y el alcance de tal acción que busca batallar contra las pretermissiones inconstitucionales.

Ya en época más reciente se logró dar un paso significativo para concretar la normatización específica del instituto por conducto de la Ley N° 12.063, de 27 de octubre de 2009 (publicada el 28 de octubre de ese año), que incorporó a la nombrada Ley N° 9.868 el capítulo II-A, quedando instaurada expresamente la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, o sea, la aludida ADO.

## 2. Algunas particularidades del instituto<sup>854</sup>

### A) Presentación general y ciertos aspectos conflictivos

a) DA SILVA proporciona algunos ejemplos de hipótesis que harían viable la procedencia de la acción<sup>855</sup>: *i*) la Constitución prevé el derecho de participación de los trabajadores en las ganancias y en la gestión de las empresas “conforme lo definido en la ley”, pero, si ese derecho no se concreta por *omisión* del legislador en dictar la ley necesaria para la aplicación de la norma, tal omisión se caracterizará como inconstitucional (allí concurrirían los presupuestos para la viabilidad de la acción); y *ii*) la Ley fundamental reconoce que la salud y la educación son derechos de todos y deber del Estado garantizarlos, pero si no se emiten las normas (legislativas y administrativas) indispensables para hacer efectivos tales derechos en favor de los interesados, se configuraría también un caso de inconstitucionalidad omisiva, susceptible de ser atacado mediante la acción *sub discussio*.

b) Por otra parte, se ha debatido doctrinariamente acerca de la posibilidad de que se plantee la inconstitucionalidad por omisión, como excepción, por vía incidental. LIMA DA FONSECA se opone abiertamente a semejante hipótesis, sosteniendo que “el argumento favorable a tal tesis no es convincente, pues no vemos cómo puede alguien alegar el incumplimiento de una ley inexistente”<sup>856</sup>.

853 Cftar HAMMES, Elia Denise, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, *Revista Direito*, N° 16, julio-diciembre de 2001, Editora da UNISC, Santa Cruz do Sul, 2001, p. 44.

854 Un acercamiento general a la cuestión puede verse en BARROSO, Luís R., “A efetividade das normas constitucionais. Por que não uma Constituição para valer?”, en su libro *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, pp. 88-95.

855 DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 10ª ed., Malheiros Edit., São Paulo, 1995, p. 51.

856 DA FONSECA, Antônio Cezar Lima, “Declaração de inconstitucionalidade”, *Revista Trimestral de Direito Público* [Órgão do IDEPE - IDAP], N° 5, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, p. 199.

En todo caso, la omisión debe provenir de un órgano público, que, siguiendo a DA CUNHA FERRAZ, puede ser tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo: el primero cuando recibe competencia para integrar o complementar una norma constitucional y aun así no legisla; el Ejecutivo cuando recepta competencia —directamente de la Constitución— para emitir reglamentos teniendo en vista la ejecución de las leyes integrativas, mas no los expide<sup>857</sup>. En este caso, por vía refleja, la ausencia de reglamentación impide la ejecución de la ley que, no aplicada, torna en letra muerta al texto constitucional.

Asimismo, los tribunales de cuentas, los tribunales superiores y los jefes de los ministerios públicos pueden igualmente incurrir en omisiones inconstitucionales y, por tanto, quedan comprendidos entre los órganos del “poder competente” al que alude el mencionado art. 103, § 2º, de la Carta federal. Tal conclusión se fundamenta en que dichos órganos tienen atribución para desencadenar el proceso legislativo<sup>858</sup>, con lo que, siendo así, pueden quedar incursos en la mencionada hipótesis omisiva<sup>859</sup>.

c) Cabe hacer una aclaración en torno a la citación al Abogado General de la Unión<sup>860</sup>, que siendo obligatoria en las acciones directas de inconstitucionalidad, no lo sería —según se ha afirmado— en las acciones directas por omisión, dado que en éstas no existe acto impugnado que deba ser defendido por aquel<sup>861</sup>, salvo en las hipótesis de omisión parcial (o relativa), en las que deberá producir defensa para desvirtuar la alegada deficiencia de la norma<sup>862</sup>.

Esta opinión ha quedado un tanto desacomodada (en lo tocante a la hipótesis de omisión absoluta) frente a lo dispuesto por el art. 12-E, § 2º, de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), que establece que el “relator” o ponente *podrá solicitar al Abogado General de la Unión* que se pronuncie en el plazo de quince (15) días acerca

---

857 DA CUNHA FERRAZ, Anna Candida, *Processos informais de mudança da constituição*, Max Limonad, São Paulo, 1986, p. 51.

858 Los tribunales de cuentas podían hacerlo en función de la interacción de los artículos constitucionales 73, parte inicial, y 96; los tribunales superiores, de acuerdo con la parte inicial del art. 61, *Ibid.*; y los jefes de los ministerios públicos, sobre la base del segmento citado del art. 61 en correlación con el art. 128, § 5º, *Ibid.* (cfr. LOURENÇO, Rodrigo Lopes, *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 151).

859 Ídem.

860 Se trata del jefe de la Abogacía General de la Unión, institución que —directamente o a través de un órgano vinculado— representa a la Unión, judicial y extrajudicialmente, siendo competencia suya, en los términos en que la ley complementaria dispusiese sobre su organización y funcionamiento, las actividades de consulta y asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo (cfr. art. 131, parte inicial, y § 1º, de la Constitución federal).

861 Cfr. STF —Pleno— ADIn N° 480-8, Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, sección I, 25 de noviembre de 1994 y RT 659/205, cit. por DE MORAES, Alexandre, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia suprema da Constituição*, Atlas, São Paulo, 2000, p. 242 y nota 1.

862 DE MORAES, Alexandre, ídem.

del objeto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Aquí el poder del relator para evaluar la necesidad de intervención del AGU es amplia y, al menos en abstracto, la posibilidad de citarlo incluso en caso de una omisión absoluta no parece radicalmente obturada por la ley, aunque debe reconocerse que el tema presenta sus dificultades.

Sobre el punto y ante una consulta específica que a los efectos del presente trabajo le formuláramos, André RAMOS TAVARES<sup>863</sup> indica que en Brasil es obligatorio que el AGU defienda la ley atacada de inconstitucional. Él desempeña, en ese caso, una función constitucional atípica (ya que es el defensor de la Unión, de su patrimonio e intereses y no de las leyes). Se considera que ofrece una especie de “*contestação*”, que en una analogía didáctica con el proceso civil implicaría una defensa propiamente dicha.

Si la *acción es de inconstitucionalidad por omisión*, la jurisprudencia ha entendido que el AGU no actúa (no precisa realizar una defensa pues no se atacó una ley, sino la falta de ley). En el particular, su “*manifestação*” es entendida como la oportunidad de hablar en el proceso en calidad de “parte”, como un ente con derecho procesal de expresarse oficialmente en el mismo, “incluso defendiendo la omisión, si fuere el caso”.

Quien es llamado a “explicarse” es el Congreso nacional, que se manifiesta o debería hacerlo, aunque si no lo efectuara tampoco podría ser sancionado al respecto.

**d)** Es preciso ahora traer a colación que el art. 103, § 1º, de la Constitución federal prescribe que el Procurador General de la República (que es el jefe del Ministerio Público de la Unión<sup>864</sup>) *deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del STF (“O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”)*. La Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), en su art. 12-E, § 3º, ha especificado que en las acciones directas de inconstitucionalidad por omisión en que el Procurador General de la República no fuere actor, tomará vista del proceso por quince (15) días.

Párrafo aparte merece la discutida cuestión de si los estados de la Unión están habilitados para incoar una acción de inconstitucionalidad por las presuntas omisiones incurridas por aquella (la Unión), que resultaren violatorias de sus respectivos estatutos

---

863 Profesor de la Universidad Católica de São Paulo y de la Universidad de São Paulo (respuesta enviada en abril de 2013).

864 Cfr. art. 128, I y § 1º, de la Constitución federal.

Por virtud del art. 127, parte inicial, *Ibid.*, se establece que el Ministerio Público es la institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.



institucionales. Desde nuestro punto de vista, sí podrían plantearla en la medida en que se verificasen los supuestos establecidos legalmente para la procedencia de la acción, con un doble propósito: primero, como forma de asegurar y mantener una sana pervivencia del esquema estadual federal diseñado en Brasil; y segundo, como modo de garantizar la observancia de la preeminencia de la Constitución federal.

Sobre el punto, se ha dicho que “[c]omo la Constitución Federal es el único fundamento de validez del régimen federativo, los comportamientos omisivos de la Unión que infringen el Estatuto jurídico de los Estados Miembros [... pueden atacarse por vía] de la inconstitucionalidad por omisión, forma de control de constitucionalidad que pretende asegurar la supremacía constitucional, específicamente a través de la verificación del cumplimiento, por acción, de las prescripciones de la Constitución”<sup>865</sup>.

### B) Legitimación

Cabe recordar que la Ley fundamental de 1988 amplió la *legitimación activa* para la instauración de la acción directa de inconstitucionalidad.

Tal anotación en cuanto a la ampliación de la legitimación obedece a que en el sistema de control de constitucionalidad de la Constitución de 1967/1969, se confería el monopolio del ejercicio de la acción al Procurador General de la República (en el orden federal) y a los procuradores generales de los estados (en el nivel local)<sup>866</sup>.

El art. 103, primera parte, de la actual Constitución federal<sup>867</sup> acuerda una vasta nómina de legitimados activos, en la que quedan incluidos: I) el Presidente de la República, II) la Mesa<sup>868</sup> del Senado Federal, III) la Mesa de la Cámara de Diputados,

---

865 BARRETO E SILVA FILHO, Derly, “As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, Vol. 713, fascículo 1 [Doutrina], São Paulo, março de 1995, p. 20.

866 Cfr. MENDES, Gilmar, “Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei”, en *Revista de Informação Legislativa*, Año 32, N° 126, Brasília, abril-junio de 1995, pp. 87-102.

867 De acuerdo con la redacción proporcionada por la Enmienda Constitucional N° 45, de 2004.

868 Para evitar cualquier malentendido, aprovechamos la ocasión para aclarar liminarmente que la palabra “Mesa [Diretora]” designa al órgano directivo de cada Cámara del Congreso y de éste mismo. Así, existe una “Mesa” de la Cámara de Senadores, una “Mesa” de la Cámara de Diputados y una “Mesa del Congreso”.

Esta última será presidida por el Presidente del Senado Federal (cfr. art. 57, § 5°, de la Constitución). En cuanto a sus atribuciones, por ejemplo, el art. 140, *Ibid.*, estipula que, oídos los líderes partidarios, la *Mesa del Congreso* designará una Comisión compuesta por cinco (5) de sus miembros para acompañar y fiscalizar la ejecución de las medidas referentes al estado de defensa y al estado de sitio.

Por su parte y en relación con las *mesas* de cada una de las Cámaras, el art. 57, § 4°, *Ibid.*, preceptúa que cada una de estas cámaras se reúne en sesiones preparatorias, a partir del 1 de febrero, en el primer año de la legislatura, para la toma de posesión de sus miembros y la elección de las respectivas *mesas*, por un mandato de dos (2) años, estando prohibida la reelección para el mismo cargo en la elección inmediatamente siguiente.

Asimismo, cabe advertir que en la composición de las *mesas* correspondientes deberá asegurarse, en la

IV) la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, V) un gobernador estadual o el del Distrito Federal, VI) el Procurador General de la República, VII) el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), VIII) un partido político con representación en el Congreso nacional, y IX) una confederación sindical o entidad de clase de alcance nacional.

Es importante destacar que la mencionada Ley N° 9.868 había acrecentado el catálogo de legitimados activos *vis-à-vis* la redacción primigenia de la norma constitucional, haciéndolo extensivo a la “Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal” (art. 2.IV) y al “Gobernador del Distrito Federal” (art. 2.V). Ambos han quedado ahora también incluidos en el precepto de la Carta fundamental, como consecuencia de la Enmienda Constitucional N° 45, operada en 2004.

Como explica PIOVESAN, a la luz del art. 32, § 1, de la Constitución, aquella legitimación sólo sería concebible en caso de que el acto normativo distrital impugnado hubiera sido practicado en el ejercicio de la competencia estadual y no municipal<sup>869</sup>.

Según la autora citada en último término, la gran potencialidad de la ADO se encuentra justamente en la legitimación extendida introducida por el artículo 103 constitucional, que atribuyó habilitación para articularla a entes significativos como el Consejo Federal de la OAB, a los partidos políticos con representación en el Congreso nacional y a las confederaciones sindicales o entidades de clase con alcance nacional<sup>870</sup>.

---

medida de lo posible, la representación proporcional de los partidos o de los bloques parlamentarios que participan de la respectiva Cámara (cfr. art. 58, § 1°, *Ibid.*).

Las “mesas” de las cámaras tienen variadas funciones acordadas constitucionalmente. Veamos algunos ejemplos.

El art. 50, § 1°, dispone que “[l]os Ministros del Estado podrán comparecer ante el Senado Federal, la Cámara de Diputados, o ante cualquiera de sus Comisiones, por su iniciativa y mediante acuerdos con la Mesa respectiva, para exponer algún asunto de relevancia de su Ministerio”.

El mismo artículo, en su § 2° en conjunción con la parte inicial de la norma, establece que “[l]as Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal podrán dirigir pedidos escritos de informes a los Ministros del Estado” o a cualesquiera titulares de órganos directamente subordinados a la Presidencia de la República sobre un asunto previamente determinado, importando un delito de responsabilidad la negativa o el no cumplimiento, en el plazo de treinta (30) días, así como la prestación de informes falsos. A su tiempo, de oficio o a pedido de cualquiera de sus miembros o de un partido político con representación en el Congreso nacional, la Mesa de la Cámara respectiva declara la pérdida del mandato del diputado o senador que incurra en las conductas tipificadas en el art. 55, incs. III a V, de la Constitución (cfr. art. 55, § 3°), es decir, cuando: dejara de concurrir, en cada sesión legislativa, a la tercera parte de las sesiones ordinarias de la Cámara a la que pertenezca, salvo licencia o misión autorizada por ésta; perdiera o tuviera suspendidos sus derechos políticos; o cuando lo decretara la Justicia Electoral en los supuestos previstos en la Constitución.

Por último y en virtud de lo establecido en el art. 60, § 3°, las mesas de las cámaras de diputados y senadores promulgarán la enmienda constitucional.

869 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 111, nota 1.

870 *Ibid.*, pp. 115-116.

Cabe indicar que hoy, por imperio del art. 12-A de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), *los legitimados activos para deducir la acción directa de inconstitucionalidad por omisión son los mismos que se encuentran habilitados para instar la ADIn y la ADC.*

Aquella amplitud normativa constitucional para pautar el alcance de la legitimación activa en orden a la articulación de la acción (que por ejemplo difiere de la previsión portuguesa, que —como vimos— ha diseñado un sistema más reducido de legitimados activos) fue puesta en práctica en un significativo caso que tuvo como protagonistas al Partido de los Trabajadores y al Partido Democrático Trabajador, los que articularon acción directa de inconstitucionalidad por omisión ante la no observancia por el Presidente de la República de la norma del art. 37.X de la Constitución federal<sup>871</sup>. Nos referimos concretamente a la ADIn N° 2.061-7, Distrito Federal, Rel. Min. Ilmar Galvão, cuya sentencia fue proferida el 25 de abril de 2001 y publicada en RTJ 179-02/587<sup>872</sup>.

Los requirentes alegaban que el mencionado dispositivo constitucional, al asegurar a los servidores públicos la revisión general anual de su remuneración, imponía al Presidente de la República, de conformidad con el art. 61, § 1, II, 'a', de la Carta federal<sup>873</sup>, el deber de remitir anualmente al Congreso nacional el proyecto de ley para revisar la remuneración de los servidores de la Unión, lo que no se hacía desde el 5 de junio de 1999, cuando el inc. X del art. 37 del texto constitucional, con la redacción de la Enmienda Constitucional N° 19, de 5 de junio de 1998, cumplió un año de vigencia. Concretamente, solicitaban que se estipulara el plazo para que el Presidente de la República enviara la propuesta legislativa para la revisión de la remuneración de los servidores de la Unión desde el 5 de junio de 1999, y que también se pusiera

---

871 El artículo 37 constitucional dispone en su introito y en su inc. X, de acuerdo con el texto provisto por la Enmienda Constitucional N° 19, de 1998, respectivamente, que “[l]a administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, y también, a lo siguiente: [...] X - la remuneración de los servidores públicos y el subsidio de lo que trata el § 4° del art. 39 solamente podrán ser fijados o alterados por ley específica, respetada la iniciativa privativa en cada caso, asegurada su revisión general anual, siempre en la misma fecha y sin distinción de índices”.

872 Salvo indicación en contrario, todas las sentencias del STF que aquí se citen pueden compulsarse en: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia).

873 El siguiente es el texto de la mencionada disposición, en su parte pertinente:

“Art. 61. La iniciativa de las leyes complementarias y ordinarias corresponde a cualquier miembro o Comisión de la Cámara de Diputados, del Senado Federal o del Congreso nacional, al Presidente de la República, al Supremo Tribunal Federal, a los Tribunales Superiores, al Procurador General de la República y a los ciudadanos, en la forma y en los casos previstos en esta Constitución.

“§ 1° - Son de iniciativa privativa del Presidente de la República las leyes que: [...] II - dispongan sobre: a) creación de cargos, funciones o empleos públicos en la administración directa y autárquica o aumento de su remuneración”.

en conocimiento de aquel su deber de remitir tal proposición con una periodicidad máxima de doce (12) meses.

El STF admitió parcialmente el pedido formulado a través de la mencionada acción directa, dejando asentada la mora del Poder Ejecutivo en presentar el proyecto de ley previsto en el inc. X del art. 37 de la Constitución federal, y decidió dar conocimiento de ello al Jefe del Poder Ejecutivo, a quien correspondía la iniciativa del mencionado proyecto. Paralelamente, rechazó la solicitud dirigida a fijar un plazo al Presidente de la Nación para el envío de la mencionada propuesta, al interpretar que de acuerdo con la norma constitucional institutiva de la figura sólo procedía la fijación de plazo cuando la medida preterida se encontrara a cargo de un órgano administrativo, que no era el supuesto de autos porque la omisión de ejercer la iniciativa legislativa por el Presidente de la Nación configuraba un acto de poder, desencadenando el proceso legislativo, lo que no quedaba enmarcado en el conjunto de sus atribuciones administrativas.

Además de resultar importante la sentencia en tanto acogió —bien que parcialmente— el planteo de inconstitucionalidad por omisión instaurado, verificando la mora nada menos que del Presidente de la Nación, el fallo es igualmente trascendente por los efectos indirectos que produjo. Generó una serie de pronunciamientos en cadena que dieron respuesta a otros tantos planteos articulados por partidos políticos que requerían del Tribunal una declaración similar que constatará la omisión inconstitucional de los gobernadores de distintos estados respecto del cumplimiento de la mencionada pauta contenida en la Constitución federal, vinculante no sólo para el Presidente de la Nación, sino también para los gobernadores de los estados.

Entre tales pronunciamientos podemos mencionar —sin intención alguna de taxatividad— a los siguientes, que fueron emitidos en acciones directas de inconstitucionalidad por omisión iniciadas por el Partido Social Liberal: ADIn N° 2.492, São Paulo, Rel. Min. Ilmar Galvão, 19 de diciembre de 2001, requerido: Gobernador del Estado de São Paulo, publicación: Ementario, Vol. 02062-02, PP. 00215; ADIn N° 2.497, Acre, Rel. Min. Ilmar Galvão, 19 de diciembre de 2001, requerido: Gobernador del Estado de Rio Grande do Norte, publicación: Ementario, Vol. 02061-01, PP-00105; y ADIn N° 2.507, Alagoas, Rel. Min. Ilmar Galvão, 18 de marzo de 2002, requerido: Gobernador del Estado de Alagoas, publicación: Ementario, Vol. 02065-02, PP-00414.

### ***C) Requisitos de la acción***

En la regulación de la figura, instrumentada por la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), se ha determinado que la petición deberá contener: *i*) la invocación de

la omisión inconstitucional *total o parcial* del cumplimiento del deber constitucional de legislar o de adoptar la medida de naturaleza administrativa, con las copias de los documentos necesarios para comprobar la alegación de omisión; y *ii*) el pedido con sus especificaciones (art. 12-B).

Si la petición inicial fuera inepta, carente de fundamentación o manifiestamente improcedente, será desestimada de plano por el ponente (art. 12-C). Tal decisión podrá ser recurrida.

Por último, una vez planteada la ADO, no procederá el desistimiento (art. 12-D).

#### **D) Objeto de la acción. ¿Puede dictarse una medida cautelar en el proceso en que tramita la ADO?**

a) En principio, la acción no fue pensada para la protección de los derechos subjetivos, sino para la defensa de la Constitución, o sea, de la plena realización de la voluntad del constituyente. Desde este punto de vista, es un instrumento de protección del ordenamiento constitucional que se inserta en el marco de los procesos *objetivos* de control normativo de constitucionalidad.

Pese a lo indicado al comenzar el párrafo precedente, no puede obviarse que, acertadamente, prestigiosa doctrina (Paulo BONAVIDES y Paes DE ANDRADE) ha visto en la inconstitucionalidad por omisión, positivada en la Constitución portuguesa y desde ella trasladada a la brasileña, “una de las mejores y más seguras innovaciones protectorias de la concretización de derechos que antes se insertaban adormecidos en el espacio programático de las Cartas constitucionales”<sup>874</sup>.

b) La figura que describimos es apropiada para perseguir la declaración de mora del legislador (o del órgano encargado de hacer viable la disposición constitucional)<sup>875</sup>, con el consiguiente desencadenamiento del proceso de suplencia de tal omisión inconstitucional<sup>876</sup>.

Es una acción directa, *in abstracto y a posteriori*<sup>877</sup>. Se ha dicho —no sin razón—

---

874 BONAVIDES, Paulo y DE ANDRADE, Paes, capítulo XV: “A Constituinte e a Constituição”, *História Constitucional do Brasil*, 10ª ed., OAB Editora, Brasília, 2008, p. 516.

875 Se ha afirmado que las omisiones potencialmente corregibles a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión pueden provenir: del legislador federal (o estadual) o del administrador, que puede “estar junto a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y hasta Judicial” (cfr. DA FONSECA, Antônio Cezar Lima, op. cit., “Declaração de inconstitucionalidade”, p. 200).

876 Cfr. CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 230.

877 En cuanto a la naturaleza jurídica de la ADO, se ha sostenido —en percepción de la que respetuosamente nos separamos— que la regla inscrita en el art. 103, § 2º, de la Constitución, otorgó al STF *una competencia administrativa*, en el sentido de fiscalizar apenas si se ha cumplido, por parte

que con la aludida forma de control se busca “pasar de la abstracción a la concreción; de la inacción a la acción; de lo descripto a lo realizado”<sup>878</sup>.

En cuanto a qué debe entenderse por “*medida para tornar efetiva norma constitucional*” a la que se refiere el art. 103, § 2º, de la Constitución, se ha indicado que ella debe ser comprendida como *acto materialmente legislativo*, es decir, general, abstracto e imperativo, que habrá de ser emitido por un órgano político o por uno administrativo, con el fin de que se cumpla integralmente el mandato constitucional<sup>879</sup>.

Como ha puesto de relieve MENDES, la ADO puede tener por objeto todo el acto complejo que forma el proceso legislativo, en sus diferentes fases. Añade que el sistema de iniciativa reservada establecido en la Constitución federal hace que la omisión de otros órganos que tienen competencia para iniciar el proceso legislativo sea también objeto de dicha acción. Apunta al respecto que en los citados casos de iniciativa reservada no cabe duda de que la ADO buscará, en primer lugar, desencadenar el proceso legislativo<sup>880</sup>.

c) Para intentar dar respuesta al interrogante del título de este apartado, se observa que en su momento se puso de resalto la improcedencia de acordar medidas cautelares en la acción de inconstitucionalidad por omisión, en primer lugar, porque el art. 102, parágrafo I, ‘p’, de la Carta magna dispone semejante concesión sólo en relación con

---

de las personas o los órganos enumerados en la parte inicial de tal art. 103, *el perfecto desempeño del deber constitucional de emitir actos legislativos* (LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 152).

878 TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, 11ª ed. revis. y ampl., 2ª tir., São Paulo, 1995, p. 50.

879 LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 149.

El autor opta por tal acepción de la expresión a la que nos referimos en el texto, prefiriéndola a otra que interpreta la palabra “medida” como cualquier acto jurídico, materialmente legislativo o materialmente administrativo, que deba ser realizado por un órgano estatal con el fin de eliminar la omisión inconstitucional (ídem).

Dice que si fuera aceptada esta idea, en cuanto a que la omisión de practicar un acto materialmente administrativo puede causar el enjuiciamiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión, tal modalidad de control dejará fatalmente de ser abstracta para tornarse concreta. Esto ocurrirá porque los legitimados para la instauración de este tipo de fiscalización de constitucionalidad podrán impugnar la omisión de las autoridades toda vez que las mismas, por no actuar, no están respetando los derechos de un individuo. Por tanto y en vez de permitir este peculiar modo de sustitución procesal, existe el *mandado de injunção*, el que sí sirve para la solución de los conflictos causados por la violación de un derecho o una prerrogativa constitucionales que se generan a partir de la omisión inconstitucional (ídem).

Otro tanto ocurre —siempre en la visión del autor citado— en las hipótesis en que la omisión inconstitucional de realizar un acto materialmente administrativo no viole derecho o prerrogativa individuales (imposibilitando, por vía de consecuencia, el enjuiciamiento del *mandado de injunção*), y acabara por lesionar el patrimonio público, la moralidad administrativa, el medio ambiente o el patrimonio histórico-cultural, pues en estos casos daría lugar al planteo de una acción popular o de una acción civil pública (*Ibid.*, pp. 149-150).

880 MENDES, Gilmar, op. cit., “Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional”, pp. 989-990.

la ADI; y, por otro lado, si en la inconstitucionalidad por omisión la propia decisión de mérito se limita a *dar conocimiento* de tal preterición a los órganos políticos competentes para remediarla, la cautelar no podría tener efecto alguno<sup>881</sup>. Al menos ése era el criterio del STF<sup>882</sup>.

Incluso, pese a que la aludida Ley federal N° 9.868 (antes de la reforma instrumentada por la Ley N° 12.063) previó la concesión de una medida cautelar en la ADI, en virtud del citado criterio jurisprudencial dicha previsión legal no se trasladaba a la ADO. Así, el STF resaltó que su jurisprudencia se había afirmado en el sentido de proclamar improcedente la medida “*liminar*” en los casos de acción directa de inconstitucionalidad por omisión porque no era posible pretender que el mero proveído cautelar anticipara efectos positivos inalcanzables por la propia decisión final emanada del Tribunal (cfr. RTJ 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio; ADIn N° 267/D.F., Rel. Min. Celso de Mello; ADIn N° 361, con pedido de medida cautelar, Rel. Min. Marco Aurélio; y RTJ 162/877, ADIn N° 1.458/D.F., Rel. Min. Celso de Mello)<sup>883</sup>.

El panorama muda a partir de la innovación inoculada a la Ley N° 9.868 por la multicitada Ley N° 12.063. Precisamente, uno de los temas centrales (y, para algunos, polémicos) de tal remozado dispositivo legal se concentra en que el STF, por mayoría absoluta de sus miembros, puede dictar una *medida cautelar* en el marco de la ADO, en casos de urgencia excepcional e importancia de la materia, después de oír a los órganos o autoridades responsables de la omisión inconstitucional, los cuales deberán pronunciarse dentro de los cinco (5) días (art. 12-F, parte inicial).

Semejante cautelar podrá consistir en la suspensión de la aplicación de la ley o del acto administrativo que se cuestionen, en caso de omisión parcial; en la suspensión de procesos judiciales o procedimientos administrativos; o, incluso, en otra medida que el STF puede fijar (art. 12-F, § 1°). Si el ponente lo considerara indispensable, oírá al Procurador General de la República, en el plazo de tres (3) días (*Ibid.*, § 2°).

Concedida la medida cautelar, el STF hará publicar en una sección especial del *Diario Oficial de la Unión* o del *Diario de la Justicia de la Unión*, la parte dispositiva de la resolución en el plazo de diez (10) días, debiendo solicitar las informaciones a la autoridad o al órgano responsable de la omisión inconstitucional (art. 12-G).

---

881 LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 148.

882 *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 133/569 y 146/424, 161/739, 162/877 y 164/903; citada por LOURENÇO, Rodrigo Lopes, ídem, nota 3. También, RT 668/212.

883 HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, pp. 45-46 y notas 6 y 7 a pie de página.

Por tanto, *la pregunta inicial hoy puede ser contestada afirmativamente.*

**E) ¿Puede admitirse la intervención de ‘amici curiae’ en la ADO?**

Desde nuestro punto de vista, el *amicus curiae* es un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate jurisdiccional constitucional –ampliando los márgenes de deliberación por medio de argumentos públicamente analizados– en casos de trascendencia e interés sociales, aportar a la defensa y la realización de los derechos humanos y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad<sup>884</sup>.

Esbozada la precedente aproximación básica a ciertos perfiles del instituto, el interrogante contenido en el epígrafe debe responderse *positivamente*.

En efecto, una lectura del varias veces citado capítulo II-A de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063) permite visualizar que se abre la compuerta para que en el ámbito de la ADO los *amici curiae* puedan intervenir, tal como ya sucedía respecto de la ADIn, en este último caso de conformidad con lo que *expressis verbis* establece el art. 7, § 2°, de la Ley N° 9.868.

Así, según lo disciplinado en el art. 12-E, § 1°, de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), los demás titulares de la ADO podrán manifestarse, por escrito, sobre el objeto de la acción y solicitar se reúnan los documentos reputados útiles para el examen de la materia, en el plazo de las informaciones, además de presentar memoriales antes del dictado de la sentencia por el STF.

Para DE FIGUEIREDO DANTAS aunque tal participación no está explícitamente condicionada a la admisión del Ministro Relator, como sucede con la ADIn (art. 7, § 2°, de la Ley N° 9.868), igualmente se requiere tal control de parte de aquel, quien deberá examinar no sólo la representatividad de los postulantes, sino también su verdadero propósito de colaborar con el proceso y no de intentar defender intereses subjetivos propios (cfr. aplicación conjunta de los arts. 7, § 2°, de la Ley N° 9.868, y 12-E, § 1°, de esta normativa según Ley N° 12.063), tal como lo determina la parte inicial del aludido art. 12-E, *Ibid.*<sup>885</sup>

---

884 Sobre el tema, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, ver los siguientes: “Un acercamiento a la figura del *amicus curiae*”, *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*, N° 14, Año XII, abril de 2013, Edições Demócrito Rocha, Fortaleza, 2013, pp. 217-241; y “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10, CEPC, Madrid, 2006, pp. 15-50.

885 DE FIGUEIREDO DANTAS, Paulo Roberto, *Direito Processual Constitucional*, 2ª ed. revista e ampl., Atlas, São Paulo, 2010, pp. 251-252.



Para finalizar esta breve referencia, traemos a colación la percepción del autor nombrado en el párrafo anterior, en cuanto a que otros órganos o entidades (distintos de los legitimados activos de la ADO) también podrán participar de ésta como *amici curiae*, aunque no exista previsión específica en el mencionado art. 12-E, § 1º, *Ibid.*, siempre que el Ministro Relator entienda que se cumplen los requisitos de representatividad adecuada y efectivo interés de colaborar con el proceso. Además, puntualiza que la decisión del Ministro Relator de admitir o rechazar el ingreso del *amicus curiae* es irrecurrible, de acuerdo con lo estipulado por los arts. 7, § 2º, de la Ley N° 9.868, y 12-E, parte inicial, del mismo cuerpo normativo conforme Ley N° 12.063<sup>886</sup>.

### F) *Naturaleza jurídica de la resolución*

La sentencia que recaiga con motivo de ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión es *declarativa* y con carácter *erga omnes*.

Deberá ser notificada al órgano “incumplidor”. Si se tratara del Poder Legislativo, en principio, no habrá fijación de un plazo para la adopción de las medidas pertinentes, sino que se concreta con la *verificación del incumplimiento inconstitucional*.

Se ha dicho que la decisión del Tribunal —declarativa de la inconstitucionalidad omisiva— no crea obligación jurídica ni tiene carácter sancionador, se trata de la mera constatación de una obligación preexistente<sup>887</sup>.

Desde nuestro punto de vista, tal perspectiva condena a la acción a una cierta infecundidad, pues como ha afirmado BARBOSA MOREIRA en un voto contundente durante su antigua función como magistrado (refiriéndose al Poder Legislativo), dar conocimiento de la omisión al órgano omitente es una providencia totalmente inocua, hasta porque, presumiblemente, *nadie mejor que él sabe que está omitiendo*<sup>888</sup>.

Si por el contrario, el remiso es un órgano administrativo (alojado en la estructura de cualquiera de los poderes), la orden judicial le acordará un plazo de treinta (30) días (o, como veremos, el que el STF estime “razonable”) para el cumplimiento de las providencias necesarias.

---

886 *Ibid.*, p. 252.

887 Cfr. RODRÍGUES MACHADO, Márcia, “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 30, São Paulo, 1988, p. 55; aludida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “A inconstitucionalidade por omissão no Brasil”, en *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. IV, N° 1, Santiago de Compostela, 1995, p. 147.

888 BARBOSA MOREIRA, José Carlos, en M.I. 6/90, IV Grupo de Cámaras Civiles del TJRJ, RDT/RJ, 10/88, enero-marzo de 1992, citado por HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, p. 51, nota 11.

Es preciso subrayar que, *prima facie*, la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063) no variaría el esquema descrito pues establece que, declarada la inconstitucionalidad por omisión, *se pondrá en conocimiento del poder competente para la adopción de las medidas necesarias* (art. 12-H).

Sin embargo, si la preterición fuese imputable al órgano administrativo, dicha ley establece que las medidas deberán ser tomadas en el plazo de treinta (30) días o, con cierta flexibilidad respecto de lo consagrado por la Constitución, *dentro de un plazo razonable que será establecido con carácter excepcional por el STF teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y el interés público involucrado* (*Ibid.*, § 1°).

### III. Distinción entre la inconstitucionalidad por omisión y el *mandado de injunção*

#### 1. La disposición constitucional que instrumenta el *mandado de injunção*

En primer lugar, conviene evocar el art. 5°, inc. LXXI, de la Constitución brasileña, que dispone:

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

El *mandado de injunção* (M.I.) es una acción *particular* que tiene por objeto la protección de derechos y garantías personales, en casos concretos en los cuales la preterición que se acusa puede ser corregida judicialmente aunque, en principio, con efectos *inter partes*. Esto último merece una matización, que explicaremos más adelante.

#### 2. Diferencias entre ambas figuras

A los fines de despejar dudas sobre el posible solapamiento de las dos figuras, es útil emprender una rápida distinción entre el *mandado* y la acción de inconstitucionalidad por omisión, garantías ambas que fueron incorporadas por la Constitución de 1988 como nuevos *writs* o formas directas de control de las omisiones de las autoridades públicas<sup>889</sup>.

---

889 En su momento se discutió en la doctrina brasileña acerca del carácter del *mandado de injunção* respecto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

### A) *Competencia*

En la ADO, viene discernida exclusivamente al STF.

Por su parte, en el M.I., para que un órgano del Poder Judicial tenga competencia para juzgarlo es preciso que esta previsión esté en la Constitución federal, en la Constitución estadual o en una Ley federal<sup>890</sup>.

Particularmente respecto de la Constitución federal, la competencia se desgrana casuísticamente de la siguiente manera. Son competentes para juzgarlo *originariamente*: *i*) el STF, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuera atribución del Presidente de la República, del Congreso nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, de las mesas de esas cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los tribunales superiores o del propio STF (art. 102, I, 'q'); y *ii*) el *Superior Tribunal de Justicia*, cuando la elaboración normativa fuera atribución de un órgano, entidad o autoridad federal de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del STF y de los órganos de la Justicia Militar, de la Justicia Electoral, de la Justicia del Trabajo y de la Justicia Federal (art. 105, I, 'h').

Asimismo, los *tribunales regionales electorales* receptan competencia al efecto, según puede inferirse del art. 121, § 4º, V, de la Constitución federal<sup>891</sup>.

En lo atinente a la previsión de competencia del *mandado de injunção* en las constituciones estaduais, ella debe ser atribuida al respectivo *Tribunal de Justicia del Estado* o al *juez estadual*<sup>892</sup> competente.

---

Un sector de aquella se expidió en favor de la tesis que sostiene que el *mandado de injunção* es una "acción de inconstitucionalidad subsidiaria" (por ejemplo, CALMON DE PASSOS y LOPES MEIRELLES).

En la corriente inversa, otro importante segmento doctrinario con el que coincidimos (BARBOSA MOREIRA, BARROSO, QUARESMA, SIQUEIRA CASTRO) ha dicho que aquella posición no resulta sustentable, en virtud de varias razones: v. gr., ¿qué sentido tendría que el constituyente hubiera creado dos institutos diversos, si pueden ambos ser mimetizados?; además, emergen diferencias entre las dos figuras (que reseñaremos en el texto principal de este trabajo), respecto del objeto de las acciones, los alcances de las sentencias, entre otras.

Para ampliar acerca de las discrepancias doctrinarias expresadas en su hora, conviene ver QUARESMA, Regina, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, pp. 64-66.

Tal como se expone en el texto principal, debe advertirse que actualmente median algunas convergencias entre el M.I. y la ADO, fundamentalmente en cuanto a los efectos de las sentencias.

890 ROCHA, Tiago do Amaral, "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: estudo comparativo", *Âmbito Jurídico*, XV, N° 98, março 2012, Rio Grande ([www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11220](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11220)).

891 Ídem.

892 Ídem.

## B) Legitimación

### a) Activa

La acción de inconstitucionalidad por omisión podrá ser interpuesta por: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador de Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la OAB, un partido político con representación en el Congreso nacional y una confederación sindical o entidad de clase con alcance nacional<sup>893</sup>. Asimismo, como vimos, se han añadido como habilitados activos la Cámara Legislativa y el Gobernador del Distrito Federal<sup>894</sup>.

El *mandado*, por su parte, podrá ser incoado por cualquier persona física o jurídica (individualmente o en grupo) que tenga un interés jurídico personal en el dictado de la norma<sup>895</sup>. Tal legitimación activa *amplia* se condice con la naturaleza jurídica de este instrumento de control *concreto o incidental* dirigido a la protección de derechos subjetivos.

Dos cuestiones interesantes que en algún momento fueron discutidas respecto del alcance de la *legitimación activa* en el *mandado de injunção*, se centraban en: **i**) si podían hacerlo las *personas jurídicas de derecho público*, cuya habilitación finalmente fue admitida por el STF (en el M.I. N° 725) en tanto las consideró como titulares de derechos fundamentales; y **ii**) quiénes eran los legitimados para deducir el *mandado de injunção coletivo*, respecto de lo cual el STF hizo extensiva a este campo la legitimación activa prevista para el *mandado de segurança coletivo*<sup>896</sup>.

---

893 Art. 103, primera parte, de la Constitución.

894 Cfr., respectivamente, art. 2, aps. IV y V, de la Ley federal N° 9.868.

895 Incluso puede ser “despersonalizada” [*sic*], v. gr., una herencia vacante, una masa fallida, etcétera (cfr. DA FONSECA, Antônio Cezar Lima, op. cit., “Declaração de inconstitucionalidade”, p. 204).

896 Debe hacerse notar que por medio de la Ley N° 12.016/2009 se reglamentó el instituto del *mandado de segurança individual e coletivo* en el ordenamiento brasileño.

La novel ley vino a normatizar integralmente al *mandado de segurança individual*, antes reglamentado por la Ley N° 1.533/1951; y al *mandado de segurança coletivo*, que si bien fue previsto por la Constitución federal de 1988 en el art. 5°, inc. LXX, debió ser complementado doctrinaria y jurisprudencialmente ya que no contaba con reglamentación específica.

El art. 21 de la Ley N° 12.016/2009 se refiere a esta última tipología de *mandado de segurança*, determinando en su parágrafo único que los derechos cuya protección persigue son: **i**) los *colectivos*, es decir, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares el grupo o la categoría de personas vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica básica; o **ii**) los *individuales homogéneos*, o sea, los surgidos de un origen común y de la actividad o situación específica de la totalidad o de parte de los asociados o miembros del impetrante.

El citado artículo, en su tramo inicial, determina que en la modalidad colectiva, la *legitimación activa* viene dispensada a: **i**) un partido político con representación en el Congreso nacional, en la defensa de sus intereses legítimos relativos a sus integrantes o a la finalidad partidaria; o **ii**) a una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde, por lo

### **b) Pasiva**

La ADO podrá ser propiciada contra la persona o entidad competentes para la elaboración de la norma en cuestión, el Poder Público (Legislativo y Ejecutivo).

De su parte, el *mandado* deberá dirigirse contra el sujeto que inhibe o impide el ejercicio del derecho invocado.

### **C) Objeto**

Como anticipáramos, la acción de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de fiscalización *abstracta* (“*em tese*”), que persigue la defensa de la Constitución, cuya efectividad ha quedado bloqueada por la ausencia de norma reglamentaria<sup>897</sup>.

El *mandado* es una acción particular —modalidad de fiscalización *concreta*—, dirigida a garantizar la satisfacción del derecho o de la libertad cuyo ejercicio ha sido enervado por la inexistencia de la norma reglamentaria. Se trata, entonces, de un remedio para superar la inviabilidad de disfrute de un derecho o una libertad constitucionales o de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, causada por la carencia normativa reglamentaria de una norma de *eficacia limitada*.

Se ha expresado que, en realidad, resulta menos dificultoso enumerar aquellos casos en que el *mandado de injunção* no resulta aplicable, que una diagramación positiva de las hipótesis casuísticas en las que procede. Desde ese punto de vista, se ha sostenido que el *mandado* no podría utilizarse, por ejemplo: *i*) cuando la norma constitucional es autoaplicable; *ii*) cuando aún no se ha agotado el plazo impuesto judicialmente al órgano competente para que dicte la norma reglamentaria; *iii*) cuando la “laguna legal” puede ser suplida por los procesos de integración dispuestos por el art. 4 de la Ley de Introducción al Código Civil (analogía, costumbres y principios generales del Derecho); *iv*) cuando la disposición cuya aplicación se requiere se encuentra en su fase aprobatoria final, es decir, cuando está concluyendo el *iter* constitucional establecido para el proceso de sanción legislativa o de promulgación; y *v*) cuando aun existiendo la

---

menos, un (1) año atrás, en defensa de “derechos líquidos y ciertos” de la totalidad o de parte de sus miembros o asociados.

897 Para graficar el objeto de la acción (y, concomitantemente, en orden a despejar cualquier intento de equiparación total con el propósito del *mandado de injunção* en la visión jurisprudencial primigenia), en una sentencia se ha dicho: “La acción directa de inconstitucionalidad por omisión, de que trata el § 2º del art. 103 de la nueva Constitución federal, no ha de ser propuesta para que se practique determinado acto administrativo en un caso concreto, mas sí apunta a que se expida un acto normativo que sea necesario para el cumplimiento del precepto constitucional que, sin él, no podría ser aplicado” (ADIn N° 19, Rel. Mín. Aldir Passarinho, RDA 175/81-84, enero-marzo de 1989).

norma cuestionada, ésta no satisface los intereses de determinada persona o grupo de personas (por el contrario, sí sería procedente, en el supuesto de que tal norma fuese inconstitucional)<sup>898</sup>.

#### **D) Naturaleza y efectos de la sentencia**

En la acción de inconstitucionalidad por omisión, el STF no se subroga en el accionar del órgano omitente, sino que declara la existencia de la inconstitucionalidad. Tiene efectos *erga omnes*.

Solamente podría fijar un plazo para subsanar la omisión inconstitucional si ésta proviniera de un órgano administrativo, el que —bajo pena de responsabilidad— debería concretarlo en un lapso de treinta (30) días (art. 103, § 2º, de la Constitución federal) o, como apuntáramos, en el “plazo razonable” que excepcionalmente puede fijar el Tribunal según las circunstancias del caso y el interés público en juego, en los términos del art. 12-H, § 1º, de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063).

A su turno, la resolución que recae en el M.I. es mandamental (constitutiva o condenatoria) y con efectos *incidenter tantum*<sup>899</sup> y, en principio, *inter partes*.

La matización a que aludíamos líneas arriba radica justamente en desentrañar si el *mandado* produce siempre y en todos los casos efectos entre las partes del proceso. Es que en algunos pronunciamientos relativamente recientes pareciera despuntar en el STF lo que se ha dado en llamar la *posición concretizadora general*. O sea que su decisión produce efectos *erga omnes* hasta que el Legislativo cumpla con su desiderátum. Es lo que sucedió en las decisiones de los MM.II. N°s. 670, 708 y 712, en los que frente a la falta de norma reglamentaria, por unanimidad se determinó la aplicación de la legislación del derecho huelga de los trabajadores privados a todos los servidores públicos, a pesar de que el planteo fue efectuado por sindicatos, individualmente<sup>900</sup>.

Asimismo, en la sentencia relativa al M.I. N° 943, caso en el que se discutía la inconstitucionalidad por omisión ante la falta de sanción de una ley sobre el preaviso proporcional, el STF —al reconocer explícitamente la necesidad de adoptar un modelo de sentencia de talante aditivo— consideró conveniente, ante la multiplicidad de posibilidades sustanciales que podría asumir la norma que emanaría por medio de la

---

898 Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Mandado de injunção”, en *Livro de Estudos Jurídicos*, 2ª ed., N° 1, pp. 37-57; aludido por QUARESMA, Regina, op. cit., *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, pp. 88-89.

899 Cfr. QUARESMA, Regina, op. cit. en nota anterior, p. 97.

900 Cfr. LENZA, Pedro, *Direito constitucional esquematizado*, 14ª ed. rev. atual. e ampl., Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 740-742; y ROCHA, Tiago do Amaral, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: estudo comparativo”, *idem*.

sentencia de inconstitucionalidad, consolidar y discutir las propuestas sobre el tema antes de decidir sobre el contenido de aquélla.

Se aprecia aquí una especie de convergencia y complementación entre el M.I. y la inconstitucionalidad por omisión en la percepción del Máximo Tribunal federal del Brasil.

Dada la importancia del tema, conviene efectuar al menos una sucinta reseña.

El art. 7 de la Constitución federal (recordamos, de 1988), que consagra los derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros dirigidos a la mejora de su condición social, prevé en su inc. XXI el preaviso (“*aviso prévio*”) proporcional al tiempo de servicio, siendo como mínimo de treinta (30) días, *en los términos de la ley* (“*nos termos da lei*”).

El 11 de octubre de 2011, o sea, veintitrés (23) años después, se promulgó la Ley N° 12.506 relativa a la temática en cuestión. Según su art. 1, el preaviso al que refiere el capítulo VI del título IV de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, aprobada por el Decreto-Ley N° 5.452, de 1 de mayo de 1943, sería concedido en una proporción de treinta (30) días a los empleados que cuenten con hasta un (1) año de servicio en la misma empresa. El párrafo único de aquel artículo dispone que a tal preaviso se le incrementarán tres (3) días por año de servicio prestado en la misma empresa, hasta un máximo de sesenta (60) días, haciendo un total de hasta noventa (90) días.

En definitiva, durante un lapso muy considerable de tiempo el citado derecho estuvo pendiente de reglamentación. Dicha cuestión no pasó precisamente inadvertida para distintos trabajadores, que plantearon varios *mandados de injunção* en los que exigían una solución para salvar la omisión legislativa suscitada.

En febrero de 2013 el STF decidió, por unanimidad, que la norma sobre el pago del preaviso establecido por la Ley N° 12.506 debía aplicarse a otros casos en trámite ante el Tribunal en los cuales el tema hubiera sido planteado.

La causa fue examinada por el STF en el citado proceso M.I. N° 943, Rel. Min. Gilmar Mendes. En ella el Tribunal había decidido y concedido el *mandado de injunção*, suspendiendo el proceso el 22 de junio de 2011 para la presentación de una solución conciliatoria por el Tribunal con el objeto de colmar el vacío legislativo.

La propuesta, presentada en febrero de 2013 por el Min. Mendes y aprobada por el Plenario, estableció la aplicación de los parámetros de la Ley N° 12.506 a los *mandados de injunção* promovidos antes de la emisión de dicha ley y cuyos procesos fueron oportunamente suspendidos.

Lo anterior significa que el criterio fijado no se extiende indiscriminadamente a los procesos presentados con anterioridad a la sanción de aquella ley, pues —según el voto del Min. Mendes— por razones de seguridad jurídica no resultaba posible aplicar la citada solución a todas las situaciones jurídicas que se consolidaron entre la promulgación de la Constitución y el dictado de la ley. Ello porque la mora legislativa presupone cierto lapso temporal de inacción, no configurándose inmediatamente de promulgada la Constitución; y, además, por cuanto muchas situaciones se consolidaron de tal modo que la Constitución les atribuyó protección a título de “acto jurídico perfecto” o de “cosa juzgada”<sup>901</sup>.

## IV. Convergencias y divergencias entre la acción de inconstitucionalidad por omisión en los derechos brasileño y portugués<sup>902</sup>

### 1. Acercamientos

Cabe recordar que la introducción de la figura en el ordenamiento jurídico brasileño reconoce inspiración portuguesa, de lo que se desprenden algunas convergencias en el diseño de uno y otro instituto. En ese sentido, pueden reseñarse los siguientes aspectos coincidentes.

En ambos sistemas la ADO supondrá la declaración de dicha inconstitucionalidad omisiva y el hecho subsiguiente de dar conocimiento de tal circunstancia al órgano competente para que adopte las medidas necesarias para hacer exequibles las normas constitucionales. De ello se sigue que la decisión en el tándem de hipótesis analizado es *declarativa*<sup>903</sup>.

---

901 Cfr. “Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF”, 6 de fevereiro de 2013; Fuente: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144).

902 Respecto del ordenamiento portugués, MIRANDA explica que todas las constituciones preveían que tanto las normas programáticas cuanto las operativas (preceptivas) eran susceptibles de ser infringidas por omisiones del legislador, mas es sólo con la Constitución vigente que se concibió un medio destinado *ex professo* a garantizarlas, pasando a citar los casos de las constituciones de 1822 (arts. 28, 237, 238, 240); de 1838 (art. 13, § 1, y art. 123, § 1); de 1911 (art. 3, N° 31); de 1933 (art. 8, § 2); de 1976 (art. 293, N° 3 inicial; art. 63, N° 2; etcétera) —manteniéndose con las dos revisiones constitucionales de 1982 y 1989— (MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, pp. 514-515).

903 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 132.



Además, en los dos esquemas el control sobre la inconstitucionalidad por inercia es *abstracto*, juzgado a través de una *acción específica*, con eficacia *erga omnes* y *concentrado* en un único órgano jurisdiccional<sup>904</sup>: el Supremo Tribunal Federal, en el caso de Brasil; y el Tribunal Constitucional, en el supuesto de Portugal<sup>905</sup>.

## 2. Algunas diferencias

A pesar del vínculo filiatorio apuntado entre ambas acciones, existen ciertas disimilitudes entre las previsiones constitucionales en comparación, las que pasamos a reseñar sucintamente.

### A) *Legitimación activa*

Es más estrecha en Portugal que en Brasil. En efecto, en la prescripción constitucional portuguesa la acción puede ser propiciada por el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo y, en algunos casos, por los presidentes de las asambleas legislativas regionales.

En Brasil, por su parte, el espectro de legitimación activa es más amplio, siendo dispensada a todas las personas enumeradas en la primera parte del artículo 103 constitucional y, como reiteradamente apuntáramos, a las comprendidas en el art. 2, incs. IV y V, de la Ley federal N° 9.868. En definitiva, de acuerdo con el art. 12-A de la ley citada en último término, en la versión modificada por la Ley N° 12.063, los habilitados activos para incoar la ADO son los mismos que para deducir la ADIn y la ADC.

### B) *Tipología de omisiones cuestionables*

Como aclaración previa y aun cuando escapemos por un momento del propósito central de este recorrido que intenta marcar *diferencias* entre ambos ordenamientos, apuntamos una perceptible *coincidencia* entre ellos (bien que al influjo de las respectivas visiones jurisprudenciales del STF de Brasil y del Tribunal Constitucional portugués) pues aceptan la categorización tipológica de *omisiones inconstitucionales totales y parciales*.

Ya de regreso de la digresión y para continuar marcando algunas divergencias, vemos que en el modelo del país sudamericano, la acción abarca un radio más amplio

---

904 Ídem.

905 En el texto constitucional portugués de 1976, como tuvimos ocasión de apreciar *supra*, dicha fiscalización era competencia del Consejo de la Revolución, como garante del cumplimiento de la Constitución, órgano que decidía previo dictamen de la Comisión Constitucional.

que en el ámbito luso, pues en éste refiere a la omisión de las “medidas *legislativas* necesarias para hacer exequibles las normas constitucionales” (artículo constitucional 283, 1); al tiempo que en el brasileño está prevista para “la omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional” (artículo constitucional 103, § 2°).

Del cotejo de las previsiones normativas, se infiere una mayor elasticidad en el dispositivo de Brasil, desde que no se califica qué tipo de medida debe estar ausente para darle viabilidad a la acción, aunque por vía jurisprudencial —como veremos— se considera aquella operable ante la *omisión de acto normativo* que naturalmente responde a un concepto más vasto que el de *omisión de acto legislativo*; mientras que el portugués focaliza la hipótesis de ausencia de las *medidas legislativas necesarias*.

Por tanto, la inconstitucionalidad omisiva en Brasil se verificaría en los supuestos en que no se realicen los actos legislativos o ejecutivos (generales) necesarios para “operativizar” las normas constitucionales<sup>906</sup>, aunque no sería procedente tal acción respecto de un *acto administrativo en concreto*.

### C) *Naturaleza y efectos de la sentencia*

Como vimos, en ambos casos la naturaleza de la sentencia es idéntica: *declarativa*.

En cuanto al alcance preceptivo de la decisión, la de Brasil establece —una vez corroborada la omisión inconstitucional— un lapso de cumplimiento de treinta (30) días o el plazo razonable que el STF establezca, siempre que se trate de un órgano administrativo, alusión temporal que no aparece en la norma lusa, limitándose el Tribunal Constitucional a comunicarla a o ponerla en conocimiento del órgano legislativo.

Es importante recordar que en el texto primigenio de la Constitución portuguesa de 1976, cuando se verificaba la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, el Consejo de la Revolución “podía” dirigir una recomendación a los órganos legislativos competentes, para que emitieran —dentro de un período razonable— las medidas legislativas necesarias para la ejecutoriedad de las normas constitucionales; en cambio, con la revisión de 1982, el Tribunal Constitucional pasa a limitarse a “dar conocimiento” al órgano legislativo competente, actitud que le viene impuesta obligatoriamente, además de la publicación del decisorio en el *Diário da República*.

---

906 Vid. DA SILVA, José Afonso, op. cit., *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 51.

## V. El tópico de los matrimonios de personas del mismo sexo

Incluimos una breve referencia a este sensible tema pues, con algún punto de conexión con una omisión legislativa, recientemente se han producido importantes novedades.

El 14 de mayo de 2013 el Consejo Nacional de Justicia<sup>907</sup> (CNJ) autorizó a los registros a celebrar casamientos entre personas del mismo sexo, que hasta ese momento sólo estaban contemplados como uniones civiles. Lo hizo por medio de una resolución<sup>908</sup> en la que se dispuso prohibir a las autoridades competentes que rechazaran *la habilitación, la celebración de casamiento civil o la conversión de unión civil a casamiento entre personas del mismo sexo*. Estableció además que las autoridades que se negaran a celebrar los matrimonios entre aquellas personas serían sancionadas administrativamente y que tal negativa originaría la inmediata comunicación al respectivo juez que debería adoptar las medidas necesarias al efecto. Tal decisión fue impulsada por el Presidente del CNJ Joaquim Barbosa, quien también conduce el STF.

Debe tenerse presente que este Tribunal ya se había pronunciado unánimemente el 5 de mayo de 2011 (la discusión en sesiones plenarias se extendió hasta ese día pero comenzó el anterior), reconociendo la *unión homoafectiva como entidad familiar*. En puridad, la sentencia fue el resultado de la convergencia de la ADPF N° 132 y de la acción que fue recanalizada como ADIn N° 4.277.

En cierto sentido las pretensiones se basaban en la *omisión del Legislativo Federal* de regular normativamente la cuestión. Se alegaba que tal situación violaba normas y principios fundamentales como la dignidad de la persona humana, la igualdad, la prohibición de discriminación, la libertad y la protección de la seguridad jurídica (cfr., respectivamente, arts. 1, III; 3, V; y 5, *caput*, de la Constitución federal). Asimismo, los planteos perseguían que el STF realizara una *interpretación del art. 1723 del Código Civil (que regula las uniones estables) conforme a la Constitución*, entendiendo que en el ámbito de cobertura de tal disposición quedaban comprendidas las “uniones homoafectivas”.

Como anticipábamos, tales acciones fueron receptadas por el STF (Rel. Min. Carlos Ayres Britto), con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, *dando al citado*

---

907 Órgano que realiza el control externo del Poder Judicial.

908 Adoptada por catorce (14) votos a favor y uno (1) en contra.

*precepto del Código Civil una interpretación conforme a la Constitución* para excluir de él cualquier significado que impidiera el reconocimiento de la unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo como “entidad familiar”, entendida ésta como sinónimo perfecto de “familia”, reconocimiento que debía realizarse siguiendo las mismas reglas y con las mismas consecuencias que una “unión estable heteroafectiva”<sup>909</sup>.

De hecho, la citada resolución del CNJ<sup>910</sup> se basó en el criterio general fijado en la sentencia del STF que acabamos de reseñar sucintamente, originando una orden operativa *erga omnes* (pero ya para los matrimonios homosexuales y no sólo las uniones civiles homoafectivas) pese a la inexistencia de regulación legal por parte del Poder Legislativo nacional.

## VI. Reseña de algunos lineamientos jurisprudenciales respecto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y otras cuestiones conexas

Para brindar un panorama más amplio de los perfiles de la ADO en Brasil, es útil resaltar algunas líneas que conforman la doctrina judicial del STF al respecto. Veamos<sup>911</sup>:

- Como anticipábamos, sentó criterio en cuanto a la improcedencia del dictado de medida cautelar en el proceso donde se ventile la acción directa de

---

909 Para ampliar sobre pormenores de la tramitación de ambas acciones y otras cuestiones vinculadas con el tema central en análisis, ver BARROSO, LUÍS R., “Unões homoafetivas. Reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo”, op. cit., *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, pp. 421-445.

910 En realidad tal resolución del CNJ podía ser recurrida ante el STF, aunque al momento del dictado de la misma se especulaba con que ello carecería de toda utilidad, porque ya se conocía el criterio del Tribunal al respecto, el que quedara trasuntado en el citado pronunciamiento de 5 de mayo de 2011.

911 Más allá de cuanto diremos en punto a ciertos lineamientos jurisprudenciales del STF sobre la ADO, es interesante la advertencia que realiza PROVESAN, en el sentido de que se hacen perceptibles también ciertos vacíos en el criterio del Tribunal, por ejemplo, respecto de una clara definición de lo que debe entenderse por “confederación sindical” o “entidad de clase de alcance nacional” a los que se refiere como legitimados activos el art. 103, inc. IX, de la Constitución brasileña (PROVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 116-120).

Para un análisis de las dudas que se generan a partir de tales “vacíos”, remitimos al interesante examen que al respecto realiza la autora citada (idem).

inconstitucionalidad por omisión<sup>912</sup>, por supuesto antes de la modificación de la Ley N° 9.868 implementada por la Ley N° 12.063, que ya permite al STF que disponga una cautelar.

- Fijó su parecer en punto a que resulta perjudicada la acción en curso, por pérdida de objeto<sup>913</sup>, cuando la norma que aguardaba reglamentación fuera efectivizada por el órgano competente<sup>914</sup>.
- Igualmente tenía posición tomada acerca de la imposibilidad de conversión de la ADIn en ADO<sup>915</sup>. Sin embargo, la vigente previsión de disposiciones procedimentales semejantes entre ambas acciones permite pensar hoy en el reconocimiento de su *fungibilidad procesal*, en superación de la antigua jurisprudencia que vedaba tal posibilidad. Así, el caso de la omisión inconstitucional parcial o relativa haría posible la eventual reconducción de la ADIn en ADO.
- Además, y por las mismas razones que llevan a la extinción de la acción directa de inconstitucionalidad cuando la norma infraconstitucional en ella atacada es revocada, se extingue la acción de inconstitucionalidad por omisión cuando la regla constitucional que demandaba la reglamentación es dejada sin efecto<sup>916</sup>.
- La modificación de la Ley N° 9.868 efectuada por la Ley N° 12.063 ha atemperado el criterio en cuanto a que en la acción de inconstitucionalidad por omisión (absoluta) no corresponde que el Abogado General de la Unión sea oído, ya que no existe acto impugnado que deba defender, salvo en los casos de omisión relativa, en los que deberá comparecer para desvirtuar la invocada deficiencia de la norma. Es que, como adelantáramos, el art. 12-E, § 2°, de dicha ley determina que

---

912 Cfr., por ejemplo, las ya aludidas RTJ N° 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio, y ADIn N° 267/D.F., Rel. Min. Celso de Mello.

913 Es del caso poner de manifiesto alguna diferencia entre el criterio del Supremo Tribunal Federal brasileño y el del Tribunal Constitucional portugués sobre el particular, pues como tuviéramos ocasión de indicar *supra* (al tratar específicamente el devenir jurisprudencial del Tribunal luso), en varias sentencias dictadas en procesos en los que durante su tramitación se dictó la normativa “ausente”, el Tribunal no se excusó de decidir la cuestión ventilada sustentándose en que la situación devino abstracta o que perdió su objeto por inutilidad sobreviniente (o sea, lo que en ciertos ordenamientos constitucionales como el peruano se denomina “sustracción de materia”), sino que emitió decisiones de mérito declarando no tener por verificados los incumplimientos de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar exequibles las normas de la Ley fundamental que el peticionante alegaba (v. gr., Sentencias N°s. 276/1989, 638/1995, 424/2001).

914 Cfr. HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, p. 46.

915 Ídem.

916 ADIn N° 1.836-5/S.P., Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 4 de diciembre de 1998; aludido por LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 148 y nota 2.

el relator o ponente *podrá solicitar a aquel que se pronuncie en el plazo de quince (15) días acerca del objeto de dicha acción*, con lo cual, ante un poder tan amplio de aquel, no queda radicalmente excluida la posibilidad de dar participación al AGU incluso en una hipótesis de omisión absoluta, aunque el caso ofrecería algunas dificultades.

- Por su parte, ha establecido que las cuestiones atinentes a la existencia o inexistencia de acción, pretensión e interés para actuar al momento de articular la acción por quien la deduzca, que hubieran sido alegadas por el requerido (es decir, por aquel a quien se atribuya la pretendida pretermisión), no son procedentes en el ámbito de la ADO dado el carácter objetivo del control abstracto de normas<sup>917</sup>.
- Contempla la distinción entre *omisiones inconstitucionales totales y parciales*, de acuerdo con el siguiente razonamiento: si el Estado deja de adoptar las medidas necesarias para la realización concreta de los preceptos de la Constitución, en orden a hacerlos efectivos, operativos y exequibles, absteniéndose, en consecuencia, de cumplir el deber de prestación que la Constitución le impone, incurrirá en violación negativa del texto constitucional<sup>918</sup>. De ese *non facere o non praestare*, resultará la inconstitucionalidad por omisión, que puede ser *total*, cuando ninguna providencia fuese adoptada, o *parcial*, cuando sea insuficiente la medida efectivizada por el Poder Público<sup>919</sup>.
- Aunque la preterición inconstitucional pueda provenir de cualquier Poder Público, la jurisprudencia del STF solamente ha admitido la acción estrictamente en los casos de inercia específica de *acto normativo*<sup>920</sup> y no de la falta de realización de *un acto en caso concreto*<sup>921</sup>, pues la omisión de medidas concretas es susceptible de generar otro tipo de procedimiento (*mandado de injunção*). Al respecto, MERLIN CLÈVE acota que es evidente que la *omisión de acto normativo* corresponde a un horizonte conceptual mucho más amplio que el de *omisión de acto legislativo*, por lo que en el derecho brasileño el concepto de inercia inconstitucional engloba también la pretermisión de medidas normativas de cuño administrativo (v. gr., reglamentos), acerca de lo cual hace notar la diferencia con la inconstitucionalidad positiva. En ésta el concepto envuelve sólo a los actos que directamente contradigan a la Constitución, por lo que la actividad normativa secundaria (por ejemplo,

917 Cfr. RTJ 179-02/587, ADIn N° 2.061-7/D.F., Rel. Min. Ilmar Galvão, cit.

918 Cfr. ADIn N° 1.458-7/D.F., Rel. Min. Celso de Mello, de 23 de mayo de 1996, cit.

919 Ídem.

920 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 115.

921 Cfr. ADIn N° 19, Rel. Min. Aldir Passarinho, cit.

los actos normativos del Ejecutivo) es en principio exterior a aquella categoría, residiendo en el territorio de la *ilegalidad*; en cambio, la *omisión de medida normativa*, aunque sea de cuño secundario, queda alcanzada por el concepto de *omisión inconstitucional*<sup>922</sup>.

- Puede ser objeto de la ADO la *inertia deliberandi* de las cámaras del Congreso. Así, el STF está habilitado para *reconocer la mora del legislador en deliberar sobre una cuestión, declarando de tal manera la inconstitucionalidad de la omisión incurrida*. En este sentido, el 9 de mayo de 2007, por unanimidad, receptó la ADIn N° 3.682, Rel. Gilmar Mendes, planteada por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso contra el Congreso nacional, en razón de la mora en la elaboración de la ley complementaria federal a que se refiere el art. 18, § 4º, de la Constitución federal, según la redacción de la Enmienda Constitucional N° 15, de 1996 (“*A criação, a incorporacão, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal*”). No obstante los numerosos proyectos de ley complementaria presentados y discutidos en el ámbito de las dos cámaras legislativas, se entendió que la *inertia deliberandi* (discusión y votación) *también podría configurar omisión pasible de ser reputada inconstitucional*, en el caso de que los órganos legislativos no deliberaran dentro de un plazo razonable sobre el proyecto de ley en trámite<sup>923</sup>. Nótese que en el particular habían transcurrido más de diez (10) años desde la citada Enmienda Constitucional, lo que ponía de manifiesto la inoperancia del legislador mantenida durante un lapso prolongado.
- En lo que respecta a los efectos de la sentencia estimatoria de la ADO, el STF tiene decidido que la procedencia de dicha acción, desde que importa el reconocimiento judicial del estado de inercia del Poder Público, le confiere únicamente al Tribunal la capacidad de dar conocimiento de ella al legislador incumplidor, para que adopte las medidas necesarias en orden a la concretización del texto constitucional<sup>924</sup>. Asimismo, determinó que no le asiste al Tribunal, frente a los propios límites fijados por la Carta política en materia de inconstitucionalidad por omisión (art. 103, § 2º), la prerrogativa de expedir proveimientos normativos con el objetivo de suplir la inactividad del órgano legislativo incumplidor<sup>925</sup>.

---

922 CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 233.

923 MENDES, Gilmar, op. cit., “Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional”, p. 990.

924 Cfr. RTJ N° 162/877, ADIn N° 1.458/D.F., Rel. Min. Celso de Mello, cit.

925 Ídem.

- Por último, interpretó también que de acuerdo con el art. 103, § 2º, de la Constitución, procede la fijación de plazo cuando la providencia omitida es a cargo de un órgano administrativo, por lo que no corresponde establecer aquella pauta temporal al Presidente de la Nación cuando omite ejercer la iniciativa legislativa, ya que ésta no se encuadra entre sus atribuciones administrativas porque al ser configuradora de un acto de poder, desencadena el proceso legislativo<sup>926</sup>.

## VII. Consideraciones finales

1. La Constitución de 1988 atenuó la influencia del sistema de control de constitucionalidad incidental o difuso, al ampliar la legitimación activa para incoar la acción directa de inconstitucionalidad.

En efecto, de tal modo hizo viable una mayor injerencia del STF en la dilucidación de las controversias constitucionales trascendentes, mediante la fiscalización abstracta de las normas, a cuyo respecto —recordamos— recepta competencia originaria.

2. Según advierte TEMER, el constituyente brasileño de 1988 aprendió de sus errores o falencias, pues para la incorporación de la acción de inconstitucionalidad por omisión tuvo en cuenta la propia praxis constitucional anterior, en la que muchas normas contenidas en la Ley suprema fueron virtualmente “congeladas” (y, por ende, devenidas ineficaces) por la inactividad del legislador ordinario, quien omitió dictar la reglamentación pertinente<sup>927</sup>.

Fue así como, justamente preocupándose por la efectividad de sus preceptos, el constituyente de 1988 se ocupó de introducir mecanismos jurídicos inéditos destinados al control sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, creando los instrumentos del *mandado de injunção* y de la ADO para reforzar el constitucionalismo del Estado Social<sup>928</sup>.

No menos expresivamente, FIGUEIREDO afirma que el profundo, arraigado y “legítimo deseo de que la Constitución sea efectivamente aplicada, en todos sus términos, creó, de manera original, la figura de la inconstitucionalidad por omisión”, acerca de lo que agrega que su *ratio essendi*, su raíz ontológica —como ocurre con el

---

926 Cfr. RTJ N° 179-02/587, ADIn N° 2.061-7/D.F., Rel. Min. Ilmar Galvão, cit.; con mención doctrinaria de GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, *Do processo legislativo*, p. 202.

927 Cfr. TEMER, Michel, op. cit., *Elementos de Direito Constitucional*, pp. 50-51.

928 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 187.



*mandado de injunção*— está de una u otra manera dirigida a cumplir el desiderátum constitucional<sup>929</sup>.

En dirección convergente, más allá de introducir tales mecanismos de control, priorizando una búsqueda que asegure la obtención de la amplia efectividad de los preceptos constitucionales<sup>930</sup>, terminó por consagrar un principio también inédito en la historia brasileña<sup>931</sup>: el *de aplicabilidad inmediata de las normas que definen los derechos y las garantías fundamentales* (art. 5, § 1º), que puede reportar una utilidad singular a los fines de proveer mayores niveles de eficacia a las disposiciones constitucionales.

3. Coincidimos *mutatis mutandis* con DANTAS, en cuanto a que la sentencia que declare la inconstitucionalidad omisiva e intime al órgano de carácter administrativo a cumplirla en treinta (30) días o dentro del “plazo razonable” que imponga el STF, tiene potencialidad suficiente para emplazar en el marco de las prescripciones del derecho penal al funcionario renuente, en el supuesto de falta de cumplimiento de la orden judicial. Concretamente, su conducta quedaría subsumida en la figura del delito de desobediencia (o incumplimiento de los deberes de funcionario público), sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieren corresponderle<sup>932</sup>.

---

929 FIGUEIREDO, Marcelo, *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, Edit. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 41.

930 No está de más recordar que el propio Supremo Tribunal Federal ha afirmado contundentemente la premisa del constituyente de 1988 en cuanto a dotar de eficacia a la Ley fundamental. Así, por ejemplo en la cit. ADIn N° 1.458-7/D.F., Rel. Min. Celso de Mello, expuso (en el folio 148) que: “[e]l sentido de la preocupación del legislador constituyente, con la posible falta de consideración de su obra por los poderes constituidos, fue bien realizado por Ritinha Stevenson, ilustre Magistrada federal en la Sección Judicial de São Paulo, que, en pasaje referente a la Constitución brasileña de 1988 y al tema de la normatización de su supremacía le dispuso un lúcido análisis, *verbis*: «La Constitución brasileña de 1988 fue pródigamente dotada de normas consagradorias de su supremacía, lo que no deja de ser una señal indicadora de la preocupación o aprensión del constituyente (y de los ciudadanos, indirectamente) por la posibilidad de su desobediencia, o de la falta de consideración de tal supremacía por los encargados de darle cumplimiento (*Constituição de 1988: Legitimidade - Vigência e Eficácia - Supremacia*, obra escrita en conjunto con Tércio Sampaio Ferraz Jr. y Maria Helena Diniz, p. 105, 1989, Atlas, SP)” [en todos los casos, el énfasis corresponde al original]. Seguidamente, añadió el Tribunal que “[e]s preciso proclamar que las Constituciones ‘consustancian’ órdenes normativas cuya eficacia, autoridad y valor *no pueden* ser afectados o inhibidos por la *voluntaria inacción* o por *acción insuficiente* de las instituciones estatales. *No se puede tolerar* que los órganos del Poder Público, incumpliendo, *por inercia y omisión*, el deber de emanación normativa que les fue impuesto, infrinjan, *con ese comportamiento negativo*, la propia autoridad de la Constitución y afecten, en consecuencia, el contenido ‘eficaz’ de los preceptos que componen la estructura normativa de la Ley Mayor” —remarcado del original— (*Ibid.*, folios 148-149).

931 Cfr. PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 187-188.

932 Cftar. DANTAS, Ivo, *Mandado de injunção*, 2ª ed., Aide, Rio de Janeiro, 1994, p. 65; mencionado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 287.

4. El tenor de las expresiones “dar conocimiento a” o “poner en conocimiento del” órgano remiso la declaración de la inconstitucionalidad por omisión, que resultaría de la decisión estimatoria de la acción, nos pone en contacto con las reflexiones vertidas por DA SILVA precisamente acerca del ríspido tema de los efectos de semejante determinación de anticonstitucionalidad omisiva.

Al respecto, señala tal autor que la sentencia que reconoce la inconstitucionalidad por omisión es “declarativa” en cuanto a aquel reconocimiento, mas advierte que no es *meramente declarativa*, por cuanto de ella se desprende un efecto ulterior de naturaleza *mandamental* en el sentido de exigir al poder competente la adopción de las providencias necesarias para suplir la omisión<sup>933</sup>. Puntualiza que si bien ese “sentido mandamental” es más acentuado con relación al órgano administrativo, también existe en lo referente al Poder Legislativo porque no ha de limitarse a dar conocimiento a éste sin consecuencia alguna, ya que si el mismo no responde al mandamiento judicial incurrirá en una omisión aún más grave, por lo que —al menos— deberá dar alguna satisfacción al Poder Judicial<sup>934</sup>.

No obstante ello, DA SILVA reconoce que si no lo cumple, prácticamente nada se podrá hacer dado que no hay manera de obligar al legislador a que legisle, y fue por eso que, en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, el citado autor pugnó por la institucionalización de una decisión judicial normativa que valiera como ley si después de cierto plazo el legislador no supliere la omisión, aunque admite que el constituyente de 1988 no quiso dar ese paso al frente<sup>935</sup>.

5. Por su parte y para rescatar a las acciones de inconstitucionalidad por omisión del riesgo de caer en la inocuidad, acordamos con quienes han cuestionado alguna posición del STF basada en una interpretación meramente “procedimentalista” en el juzgamiento de tales acciones, pues sería más conveniente que dicho órgano adoptase medidas interpretativas de orden práctico<sup>936</sup>. Por ejemplo, la posibilidad de que al declarar inconstitucional la omisión fije un plazo para que el legislador omitente la supla confiriendo efectividad a la norma constitucional, y si el plazo se agotara sin el dictado de alguna providencia en el sentido expuesto, podría el propio Tribunal

---

933 DA SILVA, José Afonso, “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 404.

934 Ídem.

935 Ídem.

936 Ver, en tal sentido, PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 126-127; y HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, pp. 51-52.

quedar facultado para disponer normativamente de la materia, a título provisorio y hasta que el legislador (o Poder Público involucrado) procediese a elaborar la norma faltante<sup>937</sup>.

6. Más allá de lo indicado en el párrafo anterior y si bien es cierto que se visualiza en un primer momento que la institución tuvo una utilización bastante escasa, luego (en época relativamente reciente) se produjo en el STF una mutación en la percepción de la misma y, sobre todo, una línea más marcada en lo tocante a la utilización de sentencias atípicas o intermedias, fundamentalmente —en lo que interesa a los efectos de este estudio— de sentencias de *corte aditivo*.

De hecho, Gilmar MENDES, magistrado del STF y a su vez reconocido académico, ha sostenido: “En el tema de la omisión inconstitucional, el Tribunal ya viene adoptando, incluso, típicas sentencias de perfil aditivo, tal como ocurrió en el conocido caso del derecho de huelga de los servidores públicos. [...] En 25 de octubre de 2007, el Supremo Tribunal Federal, en cambio radical de su jurisprudencia, reconoció la necesidad de una solución obligatoria de la perspectiva constitucional y decidió declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, con la aplicación, por analogía, de la Ley 7.783/89, que regula el ejercicio del derecho de huelga en la iniciativa privada. Separándose de la orientación inicialmente perfilada, limitada a la declaración de la existencia de la mora legislativa en la sanción de la normativa reglamentaria específica, el Tribunal, sin comprometerse en el ejercicio de una típica función legislativa, pasó a

---

937 En una posición radicalmente contraria a la asunción de tales conductas por parte del STF, se ha manifestado LOURENÇO, para quien en el caso de que existan inconstitucionalidades por omisión, no hay para el Poder Judicial otro papel que el de apuntarlas —tantas veces cuanto se produzcan— a los órganos políticos responsables del vacío legislativo, agregando que si estos no lo suprimen, el error consistirá en la forma de elección de sus integrantes, en la medida en que los torne inmunes a la censura de la opinión pública tanto como a la inexistencia de mecanismos adecuados para la revocación de sus mandatos por mala actuación política de los parlamentarios (LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 147). Añade que, en el supuesto de que el Poder Judicial, seducido por la tentación del poder, pasara a decidir los casos en que hubiera omisiones inconstitucionales irremediables de modo distinto del que el autor propone, más allá de las dificultades prácticas con las que aquel poder se enfrentará, incurrirá en el error de anestesiar el tumor que se denunció: la crisis de la representatividad del Poder Legislativo (ídem).

El autor citado también sostiene que otorgar al Judicial la solución de las cuestiones que suscita la omisión legislativa inconstitucional, sería una “práctica profundamente antidemocrática”, ya que a aquel le faltaría lo esencial: la legitimidad obtenida con el voto (*Ibid.*, p. 146). Respecto del punto, agrega que el régimen democrático sería gravemente afectado si tal Poder “no elegido por el Pueblo, pudiese elaborar las normas reglamentarias de los dispositivos constitucionales, aun temporariamente, a causa de la omisión del Ejecutivo y el Legislativo” (ídem).

Por nuestra parte y en función de todo lo que venimos argumentando en este trabajo, disintimos de tan radical y restrictiva posición, que deja de lado principios institucionales básicos del Estado Constitucional, como la supremacía y la normatividad de la Ley fundamental.

aceptar la posibilidad de una regulación provisoria del tema por el propio Judicialio. El Tribunal admitió, por tanto, una moderada sentencia de perfil aditivo, introduciendo una modificación sustancial en la técnica de decisión del *mandado de injunção*<sup>938</sup>.

7. Llegados a este punto, se observa que los variados esfuerzos de la doctrina por idear y proponer medidas al STF para reforzar el vigor de sus pronunciamientos declarativos de la inconstitucionalidad por omisión, reconducen a una suerte de idea-fuerza: combatir lo que gráficamente se ha llamado el “*síndrome da inefetividade das normas constitucionais*”<sup>939</sup> que pareciera haber azotado durante ciertas épocas al ordenamiento brasileño.

---

938 Cfr. STF - M.I. 670, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes; M.I. 708, Rel. Min. Gilmar Mendes e M.I. 712, Rel. Min. Eros Grau; ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24-02-2010, DJe-076, divulg. 29-04-2010, public. 30-04-2010, Ement. Vol. - 02399-02, PP-00219, RTJ Vol-00217-PP-00020 RSJADV, jul. 2010, pp. 28-47.

Un documentado acercamiento al tema realiza BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar, en el trabajo titulado “Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira”, en vías de publicación, que hemos compulsado gracias a la gentileza del autor en enviarnos el texto.

939 LENZA, Pedro, op. cit., *Direito constitucional esquematizado*, p. 306.

**CAPÍTULO**

**V**

**VENEZUELA**

## I. Presentación del sistema venezolano de control de constitucionalidad

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 1999<sup>940</sup>) se recogen, en punto al sistema de “justicia constitucional”<sup>941</sup>, todos los principios del modelo mixto o integral; es decir, el *control difuso*, a cargo de todo juez de la República, y el *control concentrado*, de la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que en la *jurisdicción constitucional* corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), respecto de leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución<sup>942</sup>.

En relación con la anunciada existencia de un control *concentrado* y de un control *difuso* de constitucionalidad, cabe recordar que la Ley Orgánica del TSJ<sup>943</sup> ha dispuesto lo siguiente:

- Que “el control *concentrado* de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se

---

940 Publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 36.860, de 30 de diciembre de 1999.

941 BREWER-CARÍAS critica la apreciación formulada por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia en su Sentencia N° 129, de 17 de marzo de 2000, en el sentido de que (tal Sala) “tiene atribuida competencia para ejercer la *jurisdicción constitucional*, es decir, la *potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional*” [énfasis del original], pues entiende que la noción de “justicia constitucional” es diversa de la de “jurisdicción constitucional”, además de que —estima— no es posible identificar la “jurisdicción constitucional” con “la potestad de juzgar en materia constitucional” que equivaldría a “justicia constitucional” (BREWER-CARÍAS, Allan R., “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional*, T° III, 4ª ed., 2003, p. 2093).

Pasa a argumentar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejerce “jurisdicción constitucional” en tanto se le ha atribuido el monopolio para anular ciertos y determinados actos estatales: las leyes y los demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, lo que no significa que tenga el monopolio del control concentrado de constitucionalidad de todos los actos estatales (ídem).

942 El autor citado en la nota anterior indica que, dentro del control concentrado, existe también una *jurisdicción contencioso administrativa* (e incluso una jurisdicción electoral), ejercitable por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos (reglamentos) y no normativos, aunque siempre de rango sublegal (cfr., *Ibid.*, p. 2096).

943 Publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 37.942, de 20 de mayo de 2004.

publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda” (art. 5, antepenúltimo párrafo).

- Y que “todo tribunal de la República podrá ejercer el control *difuso* de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme” (art. 5, penúltimo párrafo).

Naturalmente, las modalidades fiscalizadoras del control de constitucionalidad mencionadas en última instancia reposan respectivamente en los arts. 335 y 334 de la Constitución.

En efecto, el primero prevé que el TSJ garantizará la supremacía y la efectividad de las normas y los principios constitucionales, será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Añade que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho Tribunal sobre el contenido o el alcance de las normas y los principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del mismo y demás tribunales de la República.

A su turno, el art. 334, párrafo 1º, prescribe que “[t]odos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución”. Ya en su párrafo 2º, dicho precepto añade: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

## II. Previsión constitucional sobre la inconstitucionalidad por omisión

Con arreglo al art. 336, numeral 7, *Ibid.*, se atribuyó a la Sala Constitucional del TSJ competencia para:

“7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o*

*las haya dictado en forma incompleta*, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

Debe recordarse que en el texto constitucional publicado primigeniamente el 30 de diciembre de 1999, aquel segmento de la norma comenzaba diciendo: “Declarar la inconstitucionalidad *del poder legislativo municipal, estatal o nacional*”, aunque posteriormente, la versión incluida en la *Gaceta Oficial* de 24 de marzo de 2000<sup>944</sup> apareció ya con la lógica corrección en cuanto a que la competencia de la Sala Constitucional en el numeral 7 del art. 336 consiste en: “Declarar la inconstitucionalidad *de las omisiones del poder legislativo*”.

Al respecto, BREWER-CARÍAS señala que se trata del denominado “control de la constitucionalidad de las leyes por omisión” y que la norma consagra una amplísima potestad a la Sala Constitucional, no estableciéndose condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que, en el caso de omisiones normativas, el mecanismo para impulsar su control podría recibir el mismo tratamiento de una *acción popular*<sup>945</sup>.

De hecho y como tendremos ocasión de comprobar *infra*, tal es el criterio de la Sala Constitucional que, en la Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002 —sobre la que retornaremos—, expuso *mutatis mutandis* que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

De cualquier modo, la batería de instrumentos que el escenario jurídico venezolano muestra para combatir las omisiones inconstitucionales es bastante más amplia, ya que desborda el exclusivo marco de la acción directa que se infiere del art. 336, numeral 7, de la Constitución.

Efectivamente, desde un plano teórico los mecanismos jurídicos generales que podrían adoptarse son: *i*) la aplicación directa de la Constitución y la integración normativa (en procesos constitucionales u ordinarios); *ii*) la denominada “jurisdicción normativa”; *iii*) el control de la constitucionalidad de las leyes; y *iv*) el recurso de interpretación constitucional<sup>946</sup>.

---

944 Se trata de una reimpresión con correcciones del texto original, publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 5.453, Extraordinaria, de 24 de marzo de 2000.

945 BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T° II, 4ª ed. aument. y anot., Colección Textos Legislativos N° 20, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 969.

946 Sobre este tema, ver para ampliar CASAL, Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, en PÉREZ SALAZAR, Gonzalo (coord.), *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho. En homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés*, FUNEDA - Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 169-196.



### III. La trayectoria jurisprudencial exhibida por la Sala Constitucional

#### 1. Preliminar

Es interesante analizar el despliegue jurisprudencial que en el ámbito de la Sala Constitucional ha vivido la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, ya sea directamente a través de la previsión contenida en el art. 336, numeral 7, de la Constitución, o por medio de ciertas sentencias que indirectamente se han referido a algunas cuestiones que presentan puntos de vinculación con las pretericiones inconstitucionales y la fuerza normativa y suprema de la Constitución, por ejemplo —en esta última hipótesis—, dando eficacia directa desde la jurisdicción a ciertos preceptos constitucionales antes de la intervención del legislador para fijar una interpretación normativa con valor obligatorio aunque provisorio hasta que se concrete la tarea legislativa.

Para cumplir el cometido propuesto examinaremos a continuación: *i*) en primer lugar, un conjunto de sentencias que giran en torno a aspectos generales de la inconstitucionalidad por omisión; *ii*) en segundo lugar y a modo de caso testigo pues no es el único que la Sala pronunció al respecto, un decisorio en el que explicó los alcances de lo que denomina “jurisdicción normativa” y —como adelantábamos y según el propio pensamiento de la Sala— proporcionó aplicación inmediata a la Constitución, con el fin de que ella tuviera vigencia efectiva y brindara cobertura aun antes de que se dictaran las leyes para desenvolver los preceptos constitucionales; *iii*) en tercer orden, un tándem de fallos que reflejan la *bipolaridad* con que la Sala Constitucional puede conducirse al llevar a la práctica el instituto en foco; y *iv*) finalmente, una sentencia en la que aquella asume competencia, ante una pretendida omisión de la Asamblea Nacional, para juzgar si un fallo condenatorio de la Corte IDH contra Venezuela es o no ejecutable.

#### 2. Forma de abordar el estudio jurisprudencial

Así, dentro del primer grupo, afrontaremos la Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002; la Decisión de 19 de agosto de 2002, dictada en el Expte. N° 02-1470; y, ya en

---

Hemos consultado el trabajo en soporte informático (formato Word) que el propio autor amablemente nos enviara. La cita que realizamos se encuentra en la p. 3 del mismo. Se aclara que las sucesivas referencias que hagamos a este texto también corresponderán a su formato en Word.

conjunto por su atinencia temática y correlatividad cronológica, las Sentencias N<sup>os</sup>. 1.582, de 12 de junio de 2003, 2.073, de 4 de agosto de 2003 y 2.341, de 25 de agosto de 2003.

En un segundo momento, trataremos la Sentencia N<sup>o</sup> 1.571, de 22 de agosto de 2001 (caso “ASODEVIPRILARA”), como precedente representativo del conjunto de causas en las que la Sala aplicó la (no exenta de polémica) “jurisdicción normativa”.

Luego mencionaremos brevemente una dupla de fallos que suponen, respectivamente, un uso razonable de la declaración de una pretermisión inconstitucional (Decisión N<sup>o</sup> 1.043/2004, de 31 de mayo) y una utilización de dudosa procedibilidad de este mecanismo para justificar un “desborde” jurisdiccional de la Sala (Sentencia N<sup>o</sup> 1.048/2006, de 18 de mayo).

Para culminar, efectuaremos una breve referencia a la Sentencia N<sup>o</sup> 1.547/2011, de 17 de octubre, referida a la determinación por la Sala Constitucional de la ejecutabilidad o la inejecutabilidad de la sentencia pronunciada por la Corte IDH el 1 de septiembre de 2011, en el ya citado e identificado “Caso López Mendoza vs. Venezuela” (ver título noveno, capítulo I).

#### **A) *Primer grupo de sentencias***

##### **a) *Sentencia N<sup>o</sup> 1.556, de 9 de julio de 2002***

**a.1)** Dicho fallo, emitido en el Expte. N<sup>o</sup> 01-2337, es importante por cuanto sienta las bases jurídicas, sustanciales y procesales, del entendimiento de la Sala acerca de la inconstitucionalidad por omisión, por lo que varias sentencias sobre el particular terminan reenviando a él.

**a.2)** En el particular, el 17 de octubre de 2001, dos abogados interpusieron acción de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional porque había dejado de dictar, en el tiempo y el modo que ordenan las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Constitución, las normas allí definidas.

Concretamente, y de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera, la Asamblea Nacional debía aprobar, “dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación”, una reforma parcial del Código Penal, una ley orgánica sobre estados de excepción y una ley especial territorial para el Estado Apure.

Por su parte, con arreglo a la Disposición Transitoria Cuarta y “dentro del primer año, contado a partir de su instalación”, debía hacer lo propio con una legislación sobre la sanción a la tortura; una ley orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas; una reforma a la Ley Orgánica del Trabajo en materia de prestaciones

sociales; una ley orgánica procesal del trabajo; la legislación sobre el Sistema Judicial, la Administración Pública Nacional, el Poder Ciudadano, el Poder Electoral, la legislación tributaria, de régimen presupuestario, de crédito público, una ley orgánica sobre defensa pública; una ley que desarrollara la hacienda pública estatal; una ley sobre régimen municipal; una ley del Banco Central de Venezuela; y la ley del cuerpo de Policía nacional.

Según los peticionantes, de tal conjunto de leyes, la Asamblea Nacional sólo dio aprobación a dos de ellas: la del Banco Central de Venezuela y la Ley Orgánica de Refugiados y Refugiadas, Asilados y Asiladas.

En función de ello, solicitaron se declarara la inconstitucionalidad por omisión en que había incurrido la Asamblea Nacional o se fijara un plazo perentorio para que ella cumpliera íntegramente la aprobación del ordenamiento jurídico pautado en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Constitución.

**a.3)** Ante tal planteo, la Sala se dedicó a analizar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión desde las perspectivas del derecho comparado y las aportaciones doctrinarias, para luego centrarse en el estudio específico de la cuestión en el derecho venezolano.

Sobre el particular, manifestó que el numeral 7 del art. 336 de la Constitución, consagra, por primera vez en el derecho venezolano, la institución de la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión en que incurra el Poder Legislativo cuando no hubiera dictado las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Una de las pautas centrales que demarcó sobre el instituto en general es que se trata de la inconstitucionalidad, no de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que hubiera incurrido algún órgano del Poder Legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Ya en particular, es decir, a la luz de la preceptiva constitucional venezolana, entendió que:

- A través del resolutorio la Sala se autoadjudica la competencia para el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión.
- No aparece limitada la iniciativa para activar el control de constitucionalidad que significa la declaratoria de inconstitucionalidad; tampoco, la legitimación activa para la interposición de la acción.

- Y no señala el alcance de los lineamientos para la corrección de la omisión, los que parecen quedar al arbitrio de la Sala Constitucional, ajustados a derecho.

**a.4)** Respecto del procedimiento aplicable para el juzgamiento de las omisiones legislativas inconstitucionales, y pese a que tal determinación procedimental correspondía a los órganos legislativos del Estado (aunque no fue ejecutada), debía la Sala dar alguna canalización procesal al planteo.

Ello ante su criterio de que en principio y salvo obstáculo insuperable, la normativa constitucional debía ser aplicada de inmediato, por lo que de conformidad con la facultad derivada del art. 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>947</sup> (LOCSJ), determinó que mientras no se hubiera establecido por ley el procedimiento propio de la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo en el cumplimiento de una obligación constitucional, se aplicaría a tal pretensión el procedimiento previsto en la LOCSJ para los juicios de nulidad de los actos de efectos generales —provenientes de su naturaleza—.

Simplemente a modo de comentario colateral para medir la proyección del fallo que se explora en el particular, debe quedar en claro que por imperio de la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), la LOCSJ quedó derogada (cfr. Disposición Derogativa, Transitoria y Final Única, párrafo 1° de aquella), como así también las demás normas que resultaran contrarias a la LOTSJ. Ello se produjo el día 20 de mayo de 2004, es decir, en la fecha que esta última fue publicada.

**a.5)** Por lo demás y reenviando a la posición del pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, compartido por la Sala, ésta entendió que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, poseía la legitimación para ejercerla.

Siguiendo su hilo argumental, juzgó que la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, en razón de lo cual debía aplicarse en el caso el criterio antes referido. Además, entendió que los recurrentes estaban legitimados para ejercer la acción.

---

947 Tal preceptiva legal fue publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 1.893, Extraordinario, de 30 de julio de 1976. Específicamente su art. 102 preceptúa: “Cuando ni en esta ley, ni en los códigos y otras leyes nacionales se prevea un procedimiento especial a seguir, la Corte podrá aplicar el que juzgue más conveniente, de acuerdo con la naturaleza del caso”.

a.6) Finalmente y luego de observar que ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el art. 84<sup>948</sup> de la LOCSJ concurría en autos, admitió la acción de inconstitucionalidad por omisión que se imputaba a la Asamblea Nacional y ordenó la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación<sup>949</sup> a los fines de la continuación del procedimiento, de conformidad con los arts. 112 y ss.<sup>950</sup>, *Ibid.*

En punto a los lineamientos para que su decisión tuviera operatividad dispuso:

- Notificar, por oficio, al Presidente de la Asamblea Nacional, con copia del escrito que contenía la solicitud; asimismo, emplazar a todo interesado mediante cartel, el cual sería publicado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala en uno de los

---

948 Precepto que establece:

“No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte:

“1.- Cuando así lo disponga la ley.

“2.- Si el conocimiento de la acción o el recurso compete a otro tribunal.

“3.- Si fuere evidente la caducidad de la acción o del recurso intentado.

“4.- Cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.

“5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República.

“6.- Si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos o es de tal modo ininteligible o contradictoria que resulte imposible su tramitación.

“7.- Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuya el actor.

“Del auto por el cual el Juzgado de Sustanciación declare inadmisibile la demanda o solicitud, podrá apelarse para ante la Corte o la Sala respectiva dentro de las cinco audiencias siguientes”.

949 De acuerdo con lo dispuesto por la LOTSJ, “[e]l Presidente, el Secretario y el Alguacil del Tribunal Supremo de Justicia constituyen el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena, y los titulares de dichos cargos en cada Sala formarán a su vez el Juzgado de Sustanciación de la respectiva Sala” (art. 4, párrafo 1°).

Por su parte, tal norma estipula a continuación que “[e]l Juzgado de Sustanciación de las demás Salas distintas a la Sala Plena podrá constituirse con personas distintas a las señaladas en el párrafo anterior, cuando así lo decida la Sala Plena” (art. 4, párrafo 2°).

950 El contenido de tales normas puede ser sintéticamente presentado de la siguiente manera:

El art. 112 determina que “[t]oda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad”.

El art. 113 estipula qué debe contener el libelo de demanda.

El art. 114 ordena que “[e]n la misma audiencia en que se dé cuenta de la solicitud, el Presidente dispondrá su remisión al Juzgado de Sustanciación junto con los anexos correspondientes”.

El art. 115 preceptúa que el Juzgado de Sustanciación decidirá acerca de la admisión de la solicitud dentro de las tres (3) audiencias siguientes a la del recibo del expediente.

El art. 116 enumera las personas a quienes debe notificarse el auto de admisión.

El art. 117 regula el plazo (y el comienzo de su cómputo) para que los interesados promuevan y evacuen las pruebas pertinentes.

El art. 118 fija el plazo para que la Corte resuelva la cuestión.

El art. 119 se refiere al contenido y el alcance del fallo por emitir.

Finalmente, el art. 120 dispone que la decisión que recaiga deberá publicarse inmediatamente en la *Gaceta Oficial* de la República.

medios impresos de mayor circulación que considerara dicho Juzgado; todo de conformidad con el art. 116 de la LOCSJ.

- Notificar además la decisión al Procurador General, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo.
- Conceder un plazo de sesenta (60) días continuos contados a partir del siguiente a aquel en que constare en autos haberse realizado la última de las notificaciones o la publicación del cartel que habían sido ordenadas, para que las partes presentasen los alegatos y pruebas que estimaran pertinentes, de acuerdo con el art. 117 de la LOCSJ.
- Concluido el término probatorio y conforme al art. 118 de la LOCSJ, la Sala dispondría de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de conclusión de la relación, para dictar su decisión, a menos que la complejidad y la naturaleza del asunto exigieran uno mayor.

**b) Decisión de 19 de agosto de 2002**

**b.1)** Fue proferida en el Expte. N° 02-1470, al que se acumuló la causa tramitada en Expte. N° 02-0763, iniciado el 4 de abril de 2002.

**b.2)** El 18 de junio 2002, un ciudadano se presentó ante la Sala interponiendo acción de amparo contra la omisión legislativa de la Asamblea Nacional, en la que habría incurrido al no haber dictado en el lapso de un (1) año contado a partir de la fecha de su instalación, la legislación referida al Poder Electoral, tal como lo ordena el numeral quinto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución.

Señalaba el peticionario que hasta la fecha de la interposición de la acción “el único vestigio de parte de la Asamblea Nacional en materializar su obligación de dictar la Legislación correspondiente al Poder Electoral, es la aprobación en primera discusión del referido instrumento normativo, el día 14 de mayo de 2002, sin que hasta la fecha se haya debatido la misma en segunda discusión”. Asimismo, indicaba que en los registros contenidos en la dirección de Internet de la Asamblea sólo constaba que se había fijado para el 5 de septiembre de 2002 la entrada en cuenta del proyecto de la respectiva ley, sin que hubiese indicación de la fecha prevista para la segunda discusión.

Expresó también que, durante el primer semestre de 2002, había ocurrido una serie de hechos y circunstancias conflictivos que exigía que la ciudadanía pudiera contar con mecanismos legales efectivos para el ejercicio de sus derechos políticos, lo que no era posible por la omisión que imputaba a la Asamblea Nacional. Todo ello, según expuso, infringía sus derechos constitucionales a la participación política (activa y pasiva) y a la seguridad jurídica.

En síntesis, solicitó que se ordenara a la Asamblea Nacional la aprobación, en un plazo perentorio fijado a criterio de ella misma y bajo los lineamientos que la Sala determinara, la Ley de regulación del Poder Electoral a que se refiere el numeral quinto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución. Paralelamente, petitionó que se hiciera lo propio con la legislación referida al Sistema Judicial, al Poder Ciudadano, a la seguridad social y la normativa impuesta por las disposiciones transitorias de la Constitución.

**b.3)** En primer lugar, la Sala entendió que si bien el amparo articulado resultaría inadmisibile, no por ello podía cerrarse la puerta a la actividad jurisdiccional si la acción y la pretensión que ésta contenía podían ser encauzadas procesalmente por otra vía. En ese sentido, efectuó una interpretación *pro actione*, en defensa de la supremacía constitucional, y cambió la calificación jurídica de la acción intentada, ordenando su tramitación como acción de inconstitucionalidad por omisión, prevista en el numeral 7 del art. 336 de la Constitución.

**b.4)** Luego de declararse competente para entender en la acción de inconstitucionalidad ante la alegada preterición de la Asamblea Nacional y de rememorar las pautas procedimentales y sustanciales referidas a la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, tanto en el derecho comparado como en el ordenamiento constitucional venezolano, que efectuara en la aludida sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002 (aunque sin nombrarla expresamente), admitió el planteo y ordenó la realización de las notificaciones y el cumplimiento de los demás recaudos previstos por la LOCSJ.

**b.5)** Por su parte, mediante decisión de 6 de noviembre de 2002, tomada en Expte. N° 02-0763 (iniciado el 4 de abril de 2002), ordenó la acumulación de éste al Expte. N° 02-1470 objeto de este comentario. Al efecto, la Sala indicó que se trataba de pretensiones idénticas sujetas a la misma tramitación, por lo que correspondía tal acumulación con el propósito de salvaguardar los principios de celeridad y economía procesales así como aquel de excluir la posibilidad de que se dictaran en ambos casos decisiones contradictorias.

**c) Sentencias N°s 1.582, de 12 de junio de 2003; 2.073, de 4 de agosto de 2003; y 2.341, de 25 de agosto de 2003**

Dicha tríada de sentencias será analizada en conjunto en el presente epígrafe, pues las decisiones que la componen se encuentran concatenadas y marcan una secuencia cronológica y jurídica motivada en una serie de acontecimientos políticos e institucionales que convulsionaron la vida democrática de Venezuela.

Los pronunciamientos en cuestión fueron emitidos en los Exptes. N°s. 03-1254 y 03-1308.

*c.1*) Sentencia N° 1.582

El 15 de mayo de 2003, un abogado —actuando en su propio nombre— interpuso ante la Sala una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, con el N° de Expte. 03-1254.

El 21 de mayo del mismo año, otro letrado también dedujo dicha acción contra la Asamblea Nacional, a la cual se le dio entrada bajo el N° de Expte. 03-1308.

Al analizar ambos planteos, la Sala Constitucional del TSJ mencionó que se habían ejercido por distintos abogados dos acciones de inconstitucionalidad por omisión en contra de la Asamblea Nacional, en virtud de no haber designado a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral.

Al respecto, y como ambas articulaciones presentaban idénticos supuestos de hecho, fundamento jurídico y peticiones, decidió acumular la causa contenida en el Expte. N° 03-1308 a la causa del Expte. N° 03-1254.

Previo a ingresar al análisis de la cuestión que se le sometía, la Sala recordó la decisión de 9 de julio de 2002 (Exp. N° 01-2337), a la que nos refiriéramos *supra*, donde estableció los parámetros de la acción de inconstitucionalidad por omisión, pasando a transcribirla en sus tramos pertinentes.

Igualmente, evocó que según su jurisprudencia, las decisiones emanadas de las acciones de inconstitucionalidad por omisión y en que la Sala Constitucional —en virtud del mantenimiento de la integridad, efectividad y supremacía constitucionales, consagradas en los arts. 334 y 335 de la Carta magna— llenara los vacíos que pudieran tornar inoperantes las instituciones desde el punto de vista constitucional en virtud de tal pretermisión, tenían carácter estrictamente provisorio hasta tanto el órgano a quien se le imputaba aquella cumpliera con su obligación constitucional.

Asimismo, y ante el planteo dirigido a que se declarara la cuestión de urgencia y de mero derecho, con arreglo a lo dispuesto por el art. 135<sup>951</sup> de la LOCSJ, la Sala acogió aquella solicitud y declaró la cuestión de urgencia, abreviando ciertos plazos, mas denegó la petición de pleno derecho, pues el estudio del caso no requería un análisis objetivo, sino más bien sobre cuestiones fácticas como lo era el hecho de no

---

951 Tal precepto dispone: “A solicitud de parte y aun de oficio, la Corte podrá reducir los plazos establecidos en las dos secciones anteriores, si lo exige la urgencia del caso, y procederá a sentenciar sin más trámites.

“Se considerarán de urgente decisión los conflictos que se susciten entre funcionarios y órganos del Poder Público.

“La Corte podrá dictar sentencia definitiva, sin relación ni informes, cuando el asunto fuere de mero derecho. De igual modo se procederá en el caso a que se refiere el ordinal 6° del artículo 42 de esta Ley”.



designarse a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, siendo entonces necesaria la etapa probatoria.

En definitiva, la Sala dispuso:

- Acumular la causa contenida en el Expte. N° 03-1308 al Expte. N° 03-1254.
- Admitir las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa ejercidas por ambos abogados contra la Asamblea Nacional.
- Negar la solicitud de mero derecho y declarar la urgencia de la causa y, sobre tal base, reducir los lapsos y términos del proceso.
- Ordenar las notificaciones correspondientes al Presidente de la Asamblea Nacional, a la Procuradora General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo.
- Establecer los términos para que las partes y los interesados alegaran y probaran lo que estimaren pertinente, plazo a cuyo vencimiento el expediente debía remitirse a la Sala y, una vez recibido, debía dictarse sentencia dentro de treinta (30) días.

#### c.2) Sentencia N° 2.073

Cumplidas las notificaciones ordenadas en el resolutorio sobre el que acabamos de dar cuenta, se desencadenó una serie de vicisitudes procesales, entre las que pueden enumerarse: presentaciones de distintas personas peticionando ser tenidos como partes y de otras que intentaban ser considerados terceros interesados (las que fueron admitidas); solicitud de aclaratoria del pronunciamiento antedicho (la que en definitiva fue rechazada por haber sido articulada por quien no era parte en el proceso); pedimento de disolución de la Asamblea Nacional (el que fue desestimado); y requerimiento de los apoderados judiciales de esta última pugnando por el rechazo de la acción interpuesta, quienes además acompañaron en anexo la lista de las personas postuladas a ser parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral (el que, como veremos, también fue denegado).

Para conformar su resolución, la Sala elaboró una trama argumental respecto de la inconstitucionalidad por omisión y cuestiones afines con el *thema decidendum* que conviene al menos presentar aquí en forma condensada.

c.2.a) Afirmó que, de acuerdo con el art. 136 constitucional, el Poder Público de Venezuela está integrado por cinco (5) poderes, uno de los cuales es el Electoral, por lo que para que el régimen constitucional se desarrollara, era necesario que los cinco (5) poderes, entre ellos el Electoral, se encontraran constituidos.

En cumplimiento de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución<sup>952</sup>, la Asamblea Nacional dictó la Ley Orgánica del Poder Electoral, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 35.573, de 19 de noviembre de 2002.

Por su parte, constató que los diversos pasos contemplados en la Disposición Transitoria Primera<sup>953</sup> de la Constitución se cumplieron, excepto el nombramiento de los rectores electorales, los cuales debían designarse por la Asamblea una vez presentados por el Comité de Postulaciones Electorales, después de haber recibido las postulaciones de los diferentes sectores de la sociedad que podían hacerlo. Esta elección debía realizarse siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Electoral, reduciéndose a la mitad los términos allí estipulados.

Indicó que conforme al art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la elección de los rectores debería hacerse por la Asamblea Nacional dentro de diez (10) días continuos de haber recibido por Secretaría las listas de los candidatos o candidatas postulados por el Comité, elección que por ser la primera, debía abarcar todos los rectores electorales y sus suplentes, a fin de cumplir con la Disposición Transitoria Octava de la Constitución, eligiéndolos por única vez de manera simultánea y no de la prevista en el nombrado art. 30.

Por aplicación de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y para cumplir con el mandato constitucional prevenido en la Disposición Transitoria Octava, entendió que la Asamblea Nacional debió haber ejecutado la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley.

Reseñó que en fecha 8 de abril de 2003 se presentó a la Asamblea Nacional, para su elección, la lista de los postulados aceptados por el Comité de Postulaciones, y aquella no procedió a nombrar oficialmente los rectores o rectoras electorales dentro de los diez (10) días continuos, habiendo transcurrido con creces el lapso exigido por el art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

---

952 Con arreglo a tal Disposición Transitoria, los miembros electos en el régimen provisorio convocarían, organizarían y dirigirían los procesos electorales que hubiesen de llevarse a cabo, hasta que se promulgara una nueva ley electoral, ajustada a la Constitución de 1999.

953 Disposición Transitoria que reza: "La publicación de esta Ley en *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela se considerará como convocatoria a integrar el Comité de Postulaciones Electorales. La Asamblea Nacional deberá de inmediato designar los integrantes de la Comisión Preliminar. A partir de esa fecha, los diferentes sectores de la sociedad tendrán diez (10) días para postular sus candidatas o candidatos. La Comisión Preliminar preseleccionará y remitirá a la Plenaria de la Asamblea Nacional en un lapso no mayor de cinco (5) días continuos, a las postuladas o postulados a integrar el Comité de Postulaciones Electorales. Una vez instalado el Comité de Postulaciones Electorales, y a los efectos de abrir la postulación de candidatas o candidatos al Consejo Nacional Electoral por parte de los diferentes sectores de la sociedad, cada uno de los lapsos contemplados en esta ley se reducirán a la mitad del tiempo, siguiéndose los procedimientos establecidos".

Consideró que la omisión del nombramiento era “un hecho objetivo”, que se constataba por el solo transcurso del tiempo a partir de 18 de abril de 2003 y que se presumía obedecía a la inexistencia en la Asamblea de la mayoría calificada, consistente en el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, como lo exige el artículo 296 constitucional.

Advirtió que si bien en algunas materias esa falta de acuerdo podría no producir ningún efecto inmediato, en lo concerniente a la designación del Poder Electoral, donde la propia Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral ordenaban a la Asamblea Nacional la designación, la omisión —aun sin ser ilegítima— conducía a que la Sala declarara la inconstitucionalidad de la misma, estableciera el plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción (cfr. art. 336, numeral 7, de la Constitución).

Razonó que si fenecido el plazo, la Asamblea o el órgano de que se tratare no cumplieran, la Sala podía delinear diversos correctivos a la situación, pero en materias donde podía surgir una mora en la designación de los Poderes Públicos, el correctivo consistía en el nombramiento provisorio de los integrantes del Poder Público, hasta que el órgano competente cumpliera, caso en el que de inmediato cesarían las funciones de los provisorios, mas no la legalidad y validez de los actos por ellos realizados que cumplieran los requisitos legales. Al respecto, la Sala reiteró su doctrina judicial (ya expuesta por ejemplo en el caso “Julián Isaías Rodríguez”, fallo de 23 de septiembre de 2002), en cuanto a que se trataba de una situación casuística que permitía, caso a caso, variaciones en el correctivo que podía disponer.

**c.2.b)** No deja de ser interesante la afirmación de la Sala en cuanto a que “la omisión consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial y que, *para que proceda, basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado*”.

**c.2.c)** Por otra parte, merece siquiera una breve mención la reiteración<sup>954</sup> del argumento de la Sala en cuanto a que debe garantizarse “[l]a aplicación inmediata de la Constitución, con el fin de que ella tenga vigencia inmediata y otorgue la cobertura constitucional, aun antes que se dicten las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales”. Se trata, concretamente, de lo que se ha dado en llamar

---

954 Tal doctrina judicial fue expuesta por la Sala en los casos “Emery Mata”, de 20 de enero de 2000; “Dilia Parra”, de 30 de junio de 2000; y “ASODEVIPRILARA”, de 22 de agosto de 2001, fallo este último que retomaremos *infra*.

la “jurisdicción normativa” de la Sala, tema sobre el que volveremos al tratar el caso “ASODEVIPRILARA”, cuya sentencia fuera emitida el 22 de agosto de 2001.

**c.2.d)** En resumen, constató la existencia de la omisión y, para dar cumplimiento al art. 335 de la Constitución (supremacía y efectividad constitucionales) y al numeral 7 del art. 336, *Ibid.*, y aplicar los plazos del art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, otorgó un lapso de diez (10) días continuos, a partir de la decisión que adoptaba, para que la Asamblea Nacional designara simultáneamente a los rectores electorales y a sus suplentes, conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, entre los presentados por el Comité de Postulaciones.

Expuso, asimismo, que si transcurrido el lapso señalado la Asamblea Nacional no hubiera procedido a nombrarlos, la Sala lo haría dentro de un término de diez (10) días continuos.

Advirtió finalmente que el Consejo Nacional Electoral así nombrado podría dirigir cualquier proceso electoral conforme a la Ley que lo regía y, de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Poder Electoral, proceder a elaborar los proyectos de ley allí señalados, así como las normas y los procedimientos para su funcionamiento, lo que incluía las reglas para convocar y efectuar referendos, a partir de 19 de agosto de 2003, las cuales regirían hasta cuando la Asamblea aprobara las leyes relativas a la materia.

Un apunte crítico de este fallo hace ver que *“es sumamente riesgoso desde la óptica de la división de poderes y del respeto a las funciones de la Asamblea Nacional que la Sala Constitucional, que en rigor carece de la competencia para hacerlo por sí misma, autorice al Consejo Nacional Electoral para regular el ejercicio de un derecho fundamental, imponiendo eventualmente condicionamientos o restricciones, con la única limitación de la provisionalidad de la normativa dictada. La Sala Constitucional podía seguir en este caso un camino distinto para garantizar la eficacia de la Constitución: reconocer al artículo 72 de la Constitución como inmediatamente aplicable, fijando tal vez algunos criterios generales, jurídicamente sustentados, referidos a la activación del referendo revocatorio, en ausencia de ley. Pero la sentencia, apelando a una aplicación inmediata de la Constitución que en realidad estaba siendo negada, siguió el sendero opuesto: dejar al derecho en suspenso hasta la intervención legislativa y conferir al Consejo Nacional Electoral la potestad de definir las condiciones de su operatividad. Los efectos de este precedente se extienden hasta hoy, pues el derecho de la ciudadanía a la iniciativa en materia de referendos se encuentra en la práctica en un limbo, ya que la legislación respectiva no ha sido dictada y el correspondiente derecho, cuyas alas fueron ya cortadas por aquella sentencia,*

*pende de una determinación normativa para cada ocasión por parte del órgano electoral*<sup>955</sup>.

**c.3) Sentencia N° 2.341**

En la presente sentencia, de 25 de agosto de 2003, la Sala explicó que como hasta la fecha del decisorio en cuestión la Asamblea Nacional no había designado a los rectores del Poder Electoral y estando dentro del lapso para que la propia Sala hiciera la designación, procedió a realizarlo vertiendo algunas consideraciones.

En primer lugar, manifestó que como se trataba de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder Electoral, pero que atendía al mantenimiento de la supremacía constitucional, ante el vacío institucional producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, aplicaría “en lo posible” tal ley, con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias.

Advirtió que tomaría en cuenta el acucioso trabajo del Comité de Postulaciones Electorales y que en las designaciones nombraría rectores principales o suplentes a las personas que postularon la sociedad civil, el Poder Ciudadano y las Universidades Nacionales que podían hacerlo. Empero, aclaró que dejaba a salvo su poder para la elección de personas fuera de las que habían sido candidateadas.

También dijo que garantizaba al Poder Electoral que ella nombraba en forma provisoria, “la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”.

Asimismo, sostuvo que con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados, procedía a designar su composición y la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisoria y ante el vacío constitucional, funcionaría como un ente consultivo del Poder Electoral.

Dentro de ese marco, designó a los rectores principales; al Presidente, Vicepresidente, Secretario y Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados (Junta Nacional Electoral, Comisión de Registro Civil y Electoral, Comisión de Participación Política y Financiamiento); y a los miembros del Consejo de Participación Política.

Todos los designados fueron citados para la juramentación respectiva que se produciría el 27 de agosto de 2003, a las 11:00 a.m., en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional.

---

955 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, pp. 24-25 del trabajo en formato Word.

La sentencia en cuestión mereció la fuerte y certera crítica de BREWER-CARÍAS, quien afirmó que la Sala “no se limitó a suplir la abstención de la Asamblea Nacional nombrando a los rectores del Consejo Nacional Electoral, sino que extralimitándose en sus funciones y limitando injustificada e ilegítimamente la autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público, procedió a nombrar directamente a todos los funcionarios directivos del organismo, competencia que no correspondía a la Asamblea Nacional (sino al propio Consejo Nacional Electoral que estaba nombrando) y respecto de cuyo ejercicio no se había producido omisión alguna que pudiera justificar tales nombramientos”<sup>956</sup>.

**B) Segundo perfil de sentencias: la N° 1.571, de 22 de agosto de 2001 (pronunciada en el Expte. N° 01-1274), como caso testigo**

a) El 12 de junio de 2001, el Presidente de la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA), así como otros ciudadanos, actuando a nombre propio, interpusieron acción de amparo constitucional invocando los “derechos difusos de los comerciantes, industriales, camioneros, dueños de carros libres o por puesto, y en fin de todos los demás ciudadanos en situación semejante a las de ellos, víctimas que son de los financiamientos que los Bancos y las Entidades de Ahorro y Préstamo C.A., ofrecen mediante su publicidad y aplican denominándolos ‘Crédito Mejicano,’ ‘Crédito Indexado’ o ‘Flexicrédito’”, en contra de la Superintendencia de Bancos y otros Institutos de Crédito, así como del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), “por la abstención de los cumplimientos de sus actos y de los deberes que les imponen sus cargos, materializándose así la violación de derechos y garantías constitucionales que ha posibilitado que numerosísimos Bancos y Entidades de Ahorros y Préstamo C.A. el otorgamiento de créditos hipotecarios y comerciales, con reserva de dominio, o quirografarios, denominados: Crédito Mexicano Indexado al Salario” [sic].

b) Más allá del caso puntual planteado y de los numerosos —y no menos relevantes aspectos— abordados por la Sala en esta sentencia, sólo nos interesa aquí reseñar algunas pautas vinculadas con la cuestión que denominó “jurisdicción normativa” y que tiene algunos importantes puntos de contacto con la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Inicialmente se encargó de señalar que desde sus primeros fallos<sup>957</sup> había venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los derechos humanos, los

---

956 BREWER-CARÍAS, Allan R., op. cit., *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T° II, p. 972.

957 Por ejemplo, en los casos “José Amando Mejía”, “Corpoturismo” y “Servio Tulio León”.

derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las garantías y los deberes, son de aplicación inmediata, sin que fuera necesario esperar que el legislador las regulara, por lo que, en ese sentido, no actuaban como normas programáticas.

Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se basó en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y la efectividad de las normas y los principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala sobre el contenido o alcance de estos, vinculantes para las otras Salas del TSJ y demás Tribunales de la República.

Sobre la base del mencionado artículo constitucional 335, en los casos concretos donde surgía alguna infracción constitucional, la Sala había ejercido la *jurisdicción de manera normativa*, dándole vigencia inmediata a la disposición constitucional y señalando sus alcances o modos de ejercicio, aunque no existieran leyes que la desarrollaran directamente. Se trataba de interpretaciones vinculantes que obrarían como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legislara sobre la materia.

Agregó la Sala que, por esta vía, no sólo se habían colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal<sup>958</sup>, sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de aquellas, y jurisprudencialmente fueron sustituidas las normas inconstitucionales por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin de que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse<sup>959</sup>.

Rechazó las críticas dirigidas a aquella especie de ejercicio de la jurisdicción, en cuanto a que era fuente de incertidumbre, que no se encontraba contenida en la ley y que afectaba la seguridad jurídica por falta de predictibilidad.

Explicó la Sala que el artículo 335 constitucional permitía tal jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando también en suspenso su efectividad en el tiempo<sup>960</sup>.

---

958 Como sucedió —según apreciaba la Sala— en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos: casos “Defensoría del Pueblo”, de 30 de junio de 2000; “William Ojeda”, de 31 de agosto de 2000; y “Veedores de la UCAB”, de 23 de agosto de 2000. También, en los relativos a la legitimación en juicio de la sociedad civil (caso “Gobernadores”, de 21 de noviembre de 2000); o el que resolvió lo atinente al hábeas data (caso “Insaca”, de 14 de marzo de 2001).

959 Tal como la propia Sala expresa acacé con el procedimiento de amparo, en el aludido caso “José Amando Mejía”, de 1 de febrero de 2000.

960 Por esa razón, la Sala sostiene que ha rechazado dicho inmovilismo constitucional, por aplicación inmediata de los principios constitucionales en el mencionado caso “José Amando Mejía”.

Catalogó como “tendenciosa” a la crítica que apuntaba a la supuesta incertidumbre que causaría la Sala con este tipo de interpretación, ya que la interpretación constitucional sólo funcionaba cuando no existía ley que desarrollara la norma constitucional o ella fuera contraria a la Constitución, y siempre la interpretación quedaba proyectada hacia adelante, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adaptaran a ella, motivo por el cual las sentencias se difundían y publicaban en la *Gaceta Oficial* de la República.

c) En función de tal jurisdicción normativa, la Sala reivindicó su facultad no sólo de reformar y aplicar procesos ya existentes, adaptándolos al artículo 26<sup>961</sup> constitucional, sino que ante los efectos extensivos de una declaratoria sobre los alcances de la norma constitucional que podía perjudicar a terceros, siendo lo lógico llamarlos a juicio, podía ordenarlo, siempre que el juez constitucional tuviera certeza de que podían verse afectados en sus derechos e intereses, debido a los efectos *erga omnes* del fallo; o bien considerara que debían participar de algún modo en el proceso por ser necesariamente co-obligados en la prestación que se demandaba.

Asimismo, ante la ausencia de procedimientos señalados en las leyes, la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del art. 26 de la Constitución y a fin de que dicho precepto tuviera vigencia, la Sala había implantado a procesos ya existentes, los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismo inútiles (no esenciales), que informaban a la administración de justicia en el nivel constitucional.

En ese sentido y ante la acción de amparo incoada, habiendo alegado los demandantes sus derechos e intereses difusos o colectivos, la Sala se entregó a dilucidar si lo invocado se ventilaría mediante el amparo o por otro proceso existente, adaptándolo al artículo 26 constitucional, para lograr el desiderátum de dicha norma: una justicia oral, expedita e idónea.

Fue así como la Sala decidió aplicar a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas —según indicó— a potenciar las pautas de oralidad, brevedad, concentración e intermediación de esta clase de procesos.

---

961 Tal precepto determina: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.  
“El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.



### ***C) Un par de fallos que demuestran un evidente contraste en la actividad jurisdiccional de la Sala***

Utilizaremos dos casos paradigmáticos para visualizar cómo el instituto de la inconstitucionalidad por omisión puede ser, respectivamente, empleado de maneras mesurada y prudente, o bien, desnaturalizado para “legitimar” la absorción por la Sala Constitucional de atribuciones y roles que no le competen y, así, obstruir al legislador.

#### ***a) Decisión N° 1.043/2004, de 31 de mayo***

Para explicar sucintamente el contexto que derivó en el dictado del pronunciamiento del epígrafe, corresponde recordar la importancia de la cuestión que en su momento giraba en torno a la omisión legislativa relativa a la Disposición Transitoria Cuarta, num. 7, de la Constitución, acerca de la legislación de desarrollo de los principios constitucionales sobre el régimen municipal<sup>962</sup>.

Con anterioridad a la sanción de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (y sobre la base de la proscripción constitucional contenida en tal Disposición Transitoria) a los Estados les estaba vedado modificar su organización político-territorial, con lo cual no podían activar competencias exclusivas reconocidas por la Constitución (art. 164, num. 2<sup>963</sup>).

Por medio de las Decisiones N°s. 3.118/2003, de 6 de noviembre, y 1.043/2004, de 31 de mayo, la Sala Constitucional planteó razonablemente el problema suscitado: de un lado, puso de presente que la limitación derivada de dicha Disposición Transitoria se explicaba a partir de los nuevos principios establecidos constitucionalmente, de lo que surgía como corolario que la respectiva normativa preconstitucional era insuficiente; y de otro, subrayó la gravedad de la omisión de la Asamblea Nacional, que redundaba en la imposibilidad de que las entidades territoriales desplegaran competencias propias.

De esa manera, la Sala declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional y, una vez fenecido el plazo concedido a ésta para emanar la legislación

---

962 La Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución estableció que, dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobaría: “7. La legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el régimen municipal. De conformidad con ella, los órganos legislativos de los Estados procederán a sancionar los instrumentos normativos que correspondan a la potestad organizadora que tienen asignada con respecto a los Municipios y demás entidades locales y a la división político-territorial en cada jurisdicción. Se mantienen los Municipios y parroquias existentes hasta su adecuación al nuevo régimen previsto en dicho ordenamiento”.

963 Tal disposición determina que es de la competencia exclusiva de los Estados: “2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político-territorial, conforme a esta Constitución y a la ley”.

correspondiente, adoptó las pautas temporales o provisionales a los fines de que los Estados pudieran ejercer sus poderes constitucionales.

Así, en la Decisión N° 1.043/2004, de 31 de mayo, estableció como regla aplicable a los casos que se presentaran a partir de esa fecha, y mientras se mantuviera la omisión por parte de la Asamblea Nacional, que la creación de nuevas entidades se haría según lo dispuesto en el art. 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a lo que debía sumarse el referéndum previsto en el art. 71 de la Constitución, en el que habrían de participar los habitantes del municipio respectivo inscritos en el Registro Electoral, cuyo resultado sería vinculante y requisito *sine qua non* en el proceso de formación de la ley por tratarse de una *omisión constitucional*.

Tiempo después, el 21 de diciembre de 2010, la Asamblea Nacional sancionó la “Ley Orgánica del Poder Público Municipal” cuyo art. 1 indica que su objeto es “desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades organizadas, y a las comunas en su condición especial de entidad local, como a otras organizaciones del Poder Popular”.

Su art. 15 determinó que, antes de ser sancionado el proyecto de ley de creación, fusión o segregación de municipios, *debería ser sometido a referéndum*, “donde participarán los electores de los municipios involucrados, quedando aprobado si en el proceso concurren a opinar el veinticinco por ciento (25%) de los ciudadanos y ciudadanas inscritos en el Registro Electoral Permanente y el voto favorable a la creación, fusión o segregación es mayor al cincuenta por ciento (50%) de los votos consignados válidamente”.

En otras palabras, la Asamblea mantuvo el requisito del referéndum contenido en la decisión individualizada en último término, lo que a su vez implicaba ponerse en línea con lo dispuesto en el artículo 71, párrafo 2°, constitucional<sup>964</sup>.

---

964 Ese segmento de la norma estipula: “*También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal*. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal, o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos e inscritas en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten”.

**b) Sentencia N° 1.048/2006, de 18 de mayo (y su conexión con la Sentencia N° 829/2008, de 21 de mayo)**

Es un fallo polémico (que ya citáramos<sup>965</sup>), del que CASAL ha afirmado que la Sala utiliza la inconstitucionalidad por omisión como instrumento de autoapoderamiento de la cúspide del Poder Judicial y de bloqueo del legislador<sup>966</sup>.

Se trataba de la acción de inconstitucionalidad por omisión deducida ante la mora legislativa en la aprobación del Código de Ética del Juez Venezolano o de la Jueza Venezolana.

Esta sentencia es una muestra palmaria de lo que se ha calificado como el “*uso indebido del instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa con el propósito de modificar la integración de la instancia de control disciplinario de los jueces, y de facultar luego al cuerpo renovado para alterar la normativa relativa a la instrucción del correspondiente procedimiento disciplinario*”, que según norma expresa de la Constitución es de la reserva legal (art. 255). Ello a través de ‘lineamientos’ supuestamente fundados en el artículo 336, numeral 7 de la Constitución y de medidas cautelares desligadas de la pretensión principal aducida, las cuales llegaron al extremo de exigir cautelarmente a la Asamblea Nacional que suspendiera la tramitación del Proyecto del Código de Ética del Juez Venezolano o de la Jueza Venezolana, hasta que se dictara el fallo definitivo de la acción interpuesta, mientras la renovada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial elaboraba un Proyecto de Código de Ética que luego sería presentado al Tribunal Supremo de Justicia. También se emitieron apreciaciones anticipadas sobre el contenido del Proyecto preparado por la citada Comisión<sup>967</sup>.

La Sala se extralimitó, ya que empleó la acción incoada para “desmontar las ya precarias garantías de estabilidad de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, e impulsar la reorganización administrativa y normativa de una instancia que estaba más bien llamada a fenecer y la elaboración de un (nuevo) Proyecto del Código de Ética del Juez o Jueza que fuera tomado en cuenta por la Asamblea Nacional. También aquí se produjo, además, la legislación positiva por remisión, en lo que atañe a la regulación del procedimiento disciplinario judicial. *Esta normativa ‘provisoria’ estuvo en vigor por varios años más y la Sala continuó efectuando*

---

965 Específicamente en el título noveno, capítulo II, al ilustrar con un caso el enlace de la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad por omisión a partir de dos fallos: uno, de la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela; y, el otro, de la Corte IDH.

966 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, p. 25 del trabajo en formato Word.

967 *Ibid.*, pp. 25-26.

*sustituciones de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial con posterioridad a la sentencia definitiva del caso, en el mismo proceso de inconstitucionalidad por omisión*<sup>968</sup> (ver Sentencia N° 829/2008, de 21 de mayo).

Este pronunciamiento es sintomático y representa una clara muestra de cómo se puede distorsionar un instituto como el de la *inconstitucionalidad por omisión*, pensado para cumplir un propósito loable: aportar a la preservación de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y a la protección de los derechos fundamentales.

#### **D) Acerca de la Sentencia N° 1.547/2011, de 17 de octubre**

a) El 26 de septiembre de 2011 se dedujo ante la Secretaría de la Sala Constitucional una “acción innominada de control de constitucionalidad” por parte del Procurador General de la República y otros abogados de ese órgano, contra el fallo de la Corte IDH de 1 de septiembre de 2011, recaído en el “Caso Leopoldo López vs. Venezuela”, en el que se condenó al Estado venezolano.

La parte demandante solicitó la admisión de la “acción innominada de control de constitucionalidad”, la declaración de inejecutabilidad e inconstitucionalidad de la citada sentencia de la Corte IDH, la fijación de audiencia oral y pública y la exhortación al Ministerio Público para iniciar las acciones penales contra el ciudadano Leopoldo López Mendoza.

b) En orden a justificar su competencia para entender en el asunto, la Sala Constitucional argumentó la existencia de una omisión por parte de la Asamblea Nacional. Al respecto, expuso que:

“[A]l haber eliminado el legislador la previsión contemplada en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y no haber dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las ‘*decisiones emanadas de los órganos internacionales*’ de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte), el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión ‘*de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...*’, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental. En consecuencia, ante la omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución, esta Sala Constitucional asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido

---

968 *Ibid.*, p. 26.

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio<sup>969</sup> [cursivas del original].

En definitiva, la Sala calificó como inejecutable el fallo de la Corte IDH en el que se había condenado al Estado venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)”, a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales”; anuló las Resoluciones de 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del art. 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

Asimismo, la Sala declaró que el Sr. Leopoldo López Mendoza “goza de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse sólo de una inhabilitación administrativa y no política”.

c) Este decisorio, en el cual la Sala Constitucional se arroga competencia para resolver la cuestión articulada, implica —según CASAL— “la tergiversación de la institución de la inconstitucionalidad por omisión para justificar una competencia de la cual se carece. Ello con base en una lectura errónea del artículo 31<sup>970</sup> de la Constitución, contraria además a su artículo 23<sup>971</sup>, pues aquel precepto en modo alguno establece que el cumplimiento de las decisiones emanadas de los organismos internacionales de derechos humanos deba estar condicionada a algún mecanismo

---

969 Cfr. ap. IV de la sentencia, bajo el título: “Competencia de la Sala”.

970 Tal disposición constitucional establece:

“Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. “El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

971 Dicha norma prevé:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

de control o verificación previa del contenido de la decisión, que el legislador deba establecer. Se refiere más bien a la obligación de facilitar su observancia<sup>972</sup>.

Desde luego acordamos con el diagnóstico del autor citado y, por nuestra parte, añadimos que el pronunciamiento es una muestra más de que —en no pocas ocasiones— la Sala Constitucional emplea desmesuradamente la facultad de corregir presuntas omisiones inconstitucionales, como pretexto para absorber competencias que no le corresponden y desvirtuar la importante misión que la figura de la inconstitucionalidad por preterición, entendida en su justo cauce, puede reportar al Estado Constitucional y Convencional.

Por lo demás y como dijéramos en otro segmento del trabajo, la Sala se adjudica la inadmisibles atribución de analizar si una sentencia de la Corte IDH es o no ejecutable en el ámbito interno, lo que implica un despropósito que derriba principios fundamentales del derecho internacional y desconoce normas elementales de la CADH como, por ejemplo, su art. 67, que establece que toda sentencia de la Corte IDH es “definitiva e inapelable”, y su art. 68.1, que no deja lugar a dudas cuando dispone que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

d) Sea como fuera, no fue ésta la primera vez que la Sala Constitucional se convirtió en *censora* de los pronunciamientos del Tribunal Interamericano, ya que en la Sentencia N° 1.939/2008, de 18 de diciembre, además de declarar “*inejecutable*” el fallo de aquel, recaído en la causa que examinó la arbitraria destitución de la tríada de jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, o sea el ya aludido “Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”, inadmisiblemente desbordó todos sus límites al solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la CADH.

Y en fecha no demasiado lejana, se pasó de las palabras a los hechos pues en función de la nota oficial diplomática N° 000125 de 6 de septiembre de 2012 emanada del entonces Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, Nicolás Maduro (actual Presidente de la Nación), siguiendo instrucciones del hoy extinto Hugo Chávez Frías y como anticipáramos, en fecha 10 de septiembre de 2012 se presentó ante la Secretaría General de la OEA la denuncia de la citada Convención.

Sin duda, se trata de un hecho de suma gravedad que excede el exclusivo y estricto interés de Venezuela e impacta fuertemente en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

---

972 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, p. 29 del trabajo enviado por el autor en formato Word.

## IV. Panorama de la temática de la inconstitucionalidad por omisión en Venezuela y algunas apreciaciones finales sobre la cuestión

De la urdimbre de la doctrina judicial presentada anteriormente y de la propia textura de la norma constitucional, pueden relevarse ciertas aristas para perfilar —bien que en forma primaria— los trazos básicos de la figura en la percepción interpretativa de la Sala Constitucional<sup>973</sup>.

1. En primer lugar, dada la ausencia de pautas rígidas en la Ley fundamental al institucionalizar la acción de inconstitucionalidad por omisión, pareciera que —en punto a la naturaleza jurídica de ésta— el constituyente ha intentado emplazarla en la categoría de *acción popular*, lo que automáticamente supone laxitud en el examen del requisito de legitimación para articularla.

Así lo ha entendido la Sala Constitucional (por ejemplo, en la Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002), al apoyarse a su vez en el criterio que la desaparecida Corte Suprema de Justicia exhibiera acerca de la acción de inconstitucionalidad, sosteniendo que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar. De ello extrajo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

Sobre tal base argumental de la Corte Suprema, la Sala ha considerado que *la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad*, premisa a partir de la cual construye una posición abierta y flexible al momento de analizar la habilitación de quienes impetran tal modalidad de acción.

2. Al recorrer sus pliegues jurisprudenciales, vemos que desde la señera Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002, la Sala ha acudido al derecho comparado y a la doctrina autoral extranjera para modelar los contornos de la acción de inconstitucionalidad por omisión, elementos entre los que cabe computar a la *categorización tipológica de omisiones que las distingue entre absolutas o totales y relativas o parciales* (ver —*inter alia*—, la Decisión de 19 de agosto de 2002 y la Sentencia N° 1.582 de 12 de junio de 2003).

---

973 Para una visión crítica de la labor de la Sala y lo que considera el “secuestro” por ésta del “Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política”, ver BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho* (cuyo subtítulo coincide en general con el entrecomillado de los renglones anteriores a esta nota a pie de página), Los Libros de ‘El Nacional’, Colección Ares N° 48, Caracas, 2004.

Lo anterior permite inferir la aceptación de tal esquema taxonómico de omisiones inconstitucionales, como la propia Sala lo deja entrever en la Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003, al indicar que la *omisión* consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenados por la Constitución, sea aquella *total o parcial*.

Obviamente, a tal interpretación coadyuva el tenor literal del art. 336, numeral 7, de la Constitución, al deferir a la Sala la atribución de “[d]eclarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta*”, texto que involucra a ambos tipos de omisiones contrarias a la Ley fundamental.

3. Vinculado con los parámetros para la tipificación de las pretermissiones inconstitucionales susceptibles de ser así calificadas por la Sala, ésta demuestra un criterio amplio y abarcativo cuando se trata de determinar si se está o no frente a una omisión.

Así, ha entendido que para que proceda la preterición *basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse*, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución no hubiera culminado (cfr. Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003)<sup>974</sup>.

4. La lectura de la norma constitucional que instituye la inconstitucionalidad por omisión en el contexto venezolano permite apreciar que se trata de una de las fórmulas más osadas de cuantas exhibe el derecho comparado. No sólo porque al parecer se la ha pautado como especie de acción popular, sino básicamente por el amplio radio de acción que se le confiere a la Sala para intervenir sobre las inercias en que hubiera incurrido el poder legislativo municipal, estatal o nacional, ya que puede declarar la existencia de tales comportamientos omisivos, establecer el plazo en el que el poder legislativo que corresponda deba salvar la pretermisión y, de ser necesario, hasta puede fijar los lineamientos para la corrección de ésta.

Se hace fácilmente visible que el tenor de la sentencia que declare la inconstitucionalidad por omisión en el sistema venezolano supera y desborda con

---

974 En un ejercicio hipotético de comparación entre las visiones jurisprudenciales portuguesa y venezolana, ante similares esquemas fáctico-jurídicos las respuestas serían diferentes. Así, mientras para el Tribunal Constitucional luso no habría inconstitucionalidad por preterición si existieran proyectos de ley y estos hubiesen sido aprobados en general y girados a la Comisión respectiva para su aprobación en particular (siempre que se mantuviera el criterio sentado en la Sentencia N° 36/1990, de 14 de febrero); para la Sala Constitucional del TSJ venezolano sí se configuraría omisión anticonstitucional censurable jurisdiccionalmente.



creces lo previsto, por ejemplo, en los ordenamientos constitucionales portugués y brasileño, aunque lo acerca a los de Ecuador y el Estado de Chiapas en México.

Sea como fuera, la Sala ha moldeado el criterio en cuanto a que puede aplicar diversas respuestas en función del supuesto concreto que deba afrontar. En otras palabras, entiende que se trata de una situación casuística que le permite, caso por caso, determinar variaciones en el correctivo que resuelva aplicar (ver, por ejemplo, lo manifestado en la Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003).

5. Pareciera que la Sala se mueve con un criterio desprovisto de rigidez formal a la hora de analizar la correcta catalogación de las acciones que se plantean para incitar el ejercicio del control sobre las pretericiones legislativas inconstitucionales. Dicho de otro modo, se muestra permeable a prescindir del *nomen iuris* de la acción instaurada y, aunque la misma sea inatendible en un determinado caso a los fines primigeniamente concebidos por el peticionario, la Sala reconduce la articulación calificándola como acción de inconstitucionalidad por omisión.

Por ejemplo, en la Decisión de 19 de agosto de 2002, dictada en el Expte. N° 02-1470, razonó que si bien la acción de amparo articulada resultaría inadmisibile, no por ello podía cerrarse la puerta a la actividad jurisdiccional si la acción —y la pretensión que ésta contenía— podía ser encauzada procesalmente por otra vía. En ese sentido y en lo que creemos constituye —al menos en abstracto— una señal de interpretación *pro actione* en defensa de la supremacía constitucional, modificó la calificación jurídica de la acción intentada y dispuso que tramitara como una de inconstitucionalidad por omisión.

6. La trayectoria de la Sala Constitucional en la materia es “pendular”. Por un lado muestra de qué modo a partir de su intervención la figura de la inconstitucionalidad por omisión puede ser razonablemente utilizada, manteniéndose la Sala que la detecta y decide corregirla, dentro de un marco de reflexividad y autocontención (Sentencia N° 1.043/2004, de 31 de mayo). Y, por el otro, exhibe un exceso competencial y desnaturaliza el instrumento de fiscalización en cuestión, para autoerigirse en una suerte de ente cupular del Poder Judicial y, paralelamente, cercenar el legítimo margen de maniobra del legislador (Sentencia N° 1.048/2006, de 18 de mayo).

En línea con el segundo de los pronunciamientos referidos también se presenta la Sentencia N° 1.547/2011, de 17 de octubre, que demuestra cómo la Sala Constitucional emplea un criterio amplísimo para servirse de la figura de la inconstitucionalidad por omisión y autohabilitar así su competencia al respecto, tergiversando el sentido de aquella al utilizarla impropiamente para ponderar si una sentencia de la Corte IDH es o no ejecutable en el ámbito interno venezolano.

Naturalmente ello es a todas luces un despropósito jurídico que atenta contra elementales principios del derecho internacional de los derechos humanos y colisiona frontalmente con los arts. 67 y 68.1 de la CADH.

Tal instrumento internacional fue finalmente denunciado por Venezuela en septiembre de 2012, en grave violación de la jerarquía y la supremacía constitucionales que en ese país ostentan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De hecho, se ha sostenido fundadamente que la denuncia de la CADH mediante la nota oficial diplomática que identificáramos anteriormente “es inconstitucional en virtud de ser violatoria de las normas y principios constitucionales relativos a la *jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, el derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, los requisitos y límites constitucionales de los estados de excepción, los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado Venezolano y la progresividad de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 333, 339, 31, 152 y 19, respectivamente, de la Constitución*”<sup>975</sup> [énfasis del original].

7. Finalmente, y a modo de comentario acerca de la “jurisdicción normativa” que propone la Sala Constitucional, creemos que es interesante y plausible la impronta *activista* de tal órgano en favor de la vigencia y la operatividad de los preceptos constitucionales en un estado previo a la intervención del legislador (incluso ante la configuración de la omisión de éste en regular ciertos aspectos que requieran alguna reglamentación o pormenorización legal), en tanto proporcione una solución *provisoria* de modo de no subrogarse improcedentemente en el papel de aquel.

Justamente, CASAL advierte que la facultad de la Sala en el sentido expuesto en modo alguno puede ser concebida ni aplicada como una potestad legislativa paralela a la del legislador ordinario, que se distinguiría de ésta por su *provisionalidad*<sup>976</sup>. Añade que la naturaleza “normativa” de la función jurisdiccional cumplida por la Sala cuando colma vacíos legislativos para hacer operativos ciertos preceptos constitucionales estriba sólo en los efectos generales de los criterios sentados sobre el modo de aplicación de la disposición constitucional *hasta la intervención del legislador*<sup>977</sup>.

De cualquier modo, sobrevuela el riesgo de un hiperactivismo de la Sala, que pareciera considerarse “todopoderosa”. Así, por citar un aspecto que confirma el

---

975 Cfr. AYALA CORAO, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N° 2, 2012, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 678-679.

976 CASAL, Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4, enero-julio de 2001, Edit. Sherwood, Caracas, p. 176.

977 Ídem.

mote que utilizamos figurativamente, se ha adueñado del efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional, autohabilitándose incluso para crear acciones o procesos o para modificarlos (ver por ejemplo, lo resuelto en “ASODEVIPRILARA”).

Lo que en su momento permitía insinuar que la “normativa” resultante de ciertas decisiones de la Sala tendría carácter provisional, hasta la intervención del legislador, dado que representaba el “ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio”; más adelante supuso que muchos de los criterios establecidos por aquella respecto de las acciones o recursos fueron asumidos como *interpretaciones necesarias de la Constitución, obligatorias también para el legislador futuro*.

Y tal escenario lleva a CASAL a ver en ello “una de las contradicciones lógicas de la jurisdicción normativa: si nace de la ‘facultad’ de establecer interpretaciones vinculantes, pertenece al campo de la interpretación de la Constitución y, por lo tanto, se refiere a desentrañar lo que la Constitución ya dicta u ordena, por lo que lo resuelto adquiriría una rigidez similar a la de la norma aplicada. Y lo cierto es que *esas supuestas interpretaciones que han terminado petrificándose no son tales, sino más bien regulaciones materialmente legislativas. El desarrollo jurisprudencial confirma que la llamada jurisdicción normativa encubría una inaceptable jurisdicción legislativa*”<sup>978</sup>.

---

978 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, pp. 12-13 del trabajo enviado por el autor en formato Word.

**CAPÍTULO**



**VI ECUADOR**

## I. Consideraciones iniciales

En cuanto a la evolución del modelo de órgano encargado del control de constitucionalidad a lo largo de la historia institucional del Ecuador<sup>979</sup>, se advierte en primer lugar algún incipiente ejercicio de fiscalización constitucional depositado en el *Consejo de Estado*, por medio de la Constitución de 1830, mantenido con matices en las constituciones de 1835, 1843 y 1851.

Esta última constitución contenía una disposición de interés en el tema que analizamos, pues el art. 82, ord. 1º, establecía: “Corresponde al Consejo de Estado: 1º) Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, *dirigiendo al Ejecutivo, bajo su responsabilidad en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión*”.

Posteriormente, la Constitución de 1906 modificó al Consejo de Estado, el que también recibió otras facultades por medio de la Constitución de 1929.

Cabe señalar que el *Consejo de Estado* fue remplazado por el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (en un efímero intento en la Constitución de 1945, luego retomado con fuerza en 1967<sup>980</sup>), que a su vez fue sucedido por el *Tribunal Constitucional*, antecesor directo de la actual *Corte Constitucional*<sup>981</sup>.

---

979 Para un examen de la evolución histórica del órgano investido de la facultad de llevar adelante el control de constitucionalidad en el contexto institucional del Ecuador, puede verse, por ejemplo, VELÁZQUEZ, Santiago, *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, Edino, Guayaquil, 2010, pp. 55 y ss.

980 Cfr. SALGADO PESANTES, Hernán, “La nueva Corte Constitucional del Ecuador”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº I, p. 535.

981 Este pasaje del Tribunal Constitucional a la Corte Constitucional ha sido bastante particular y no exento de críticas. Entre quienes han cuestionado ese proceso se cuenta Hernán SALGADO PESANTES, quien nos remitió su visión estrictamente personal al respecto. A continuación haremos referencia a ella.

El citado jurista sostiene que el Tribunal Constitucional que estaba en funciones cuando entró en vigencia la Constitución de 2008 (el 20 de octubre de ese año), “en forma arbitraria se autoproclamó ‘Corte Constitucional en transición’. Los 9 miembros de entonces pasaron a formar parte de ésta y se quedaron hasta la designación de los nuevos miembros a finales del año 2012. En esta designación de carácter cerrado se reeligieron a 3 antiguos (Sra. Segni y Sres. Pazmiño —Presidente— y Viteri), mientras que los restantes 6 son nuevos. Las actuaciones de Pazmiño y de los autoproclamados son vergonzosas, de una sumisión total al Presidente Correa. Así la Constitución garantista se ha vuelto ineficaz y hemos vuelto a tener una Constitución de papel”.

Añade que, recientemente (2013), “la nueva Corte demostró que sigue la ruta de la anterior: había una demanda de inconstitucionalidad dormida desde hace un año por un decreto presidencial que dispone la cesación en sus trabajos de cientos de funcionarios públicos (más de mil), cesación que el propio decreto llama ‘Renuncia Obligatoria’ (cuando una renuncia obligatoria va contra todo sentido común). De nada han valido las acciones de protección (amparo) y finalmente la Corte Constitucional —con su nueva integración— declaró no tener competencia para conocer la demanda de inconstitucionalidad presentada un año atrás, manifestando que los peticionantes debían dirigirse al tribunal contencioso administrativo para reclamar”.

## II. En torno a la Constitución vigente

La Constitución en vigor (C.E.), aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008, ha incorporado un significativo bloque de modificaciones en materia procesal constitucional para modelar un nuevo esquema de justicia constitucional, lo que naturalmente trae consigo no pocas dudas e incertidumbres sobre el funcionamiento actual y prospectivo del nuevo sistema.

En esa dirección y por citar sólo algunas de las innovaciones producidas, el Tribunal Constitucional (T.C.) dejó su lugar a la Corte Constitucional (C.C.), en lo que —al menos normativamente— supone mucho más que un mero cambio de denominación, pues la C.C. ha sido destinataria de un considerable acrecimiento competencial *vis-à-vis* el T.C., en buena parte traducible en flamantes o recicladas acciones constitucionales aglutinadas en su reservorio de atribuciones jurisdiccionales.

Sin perjuicio de ello y como apuntábamos en nota a pie de página, la C.C. ha funcionado durante bastante tiempo (hasta finales de 2012) con los mismos magistrados del ex T.C., con lo cual, al menos de momento, el cambio no evidencia su mayor potencial de impacto.

La matriz normativa que permitió a la C.C. operar con tal composición se sustentó fundamentalmente en el art. 27 del Régimen de Transición, publicado en la Constitución de la República en el *Registro Oficial* N° 449, de 20 de octubre de 2008, en concordancia con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), publicada en el Segundo Suplemento del *Registro Oficial* N° 52 de 22 de octubre de 2009, derogatoria de la Ley del Control Constitucional, promulgada el 2 de julio de 1997.

Sea como fuera, la impronta que el constituyente ha pretendido imprimir a la C.C. alcanza su expresión superior en el art. 429 de la Constitución, donde la ha catalogado como *el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*.

Tal cláusula debe leerse en línea con lo que unos pasos más adelante la Ley fundamental deja verbalizado en el art. 436, inc. 1°, al entronizar a la C.C. como la *máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales*

---

El citado doctrinario cierra sus líneas aseverando que “estas renunciaciones obligatorias contradicen flagrantemente la Constitución garantista, los instrumentos internacionales, etc., pero aquí no pasa nada. Los estudiantes me preguntan: ¿Qué se puede hacer frente a estos hechos que se dan por docenas? Yo les respondo que, en sistemas autoritarios, ¡el ordenamiento jurídico no cuenta!”.

de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias, advirtiéndole que sus decisiones tendrán carácter vinculante.

### III. Sobre el control de las inconstitucionalidades omisivas y las sentencias “atípicas”

#### 1. Inconstitucionalidad por omisión

En este panorama introductorio no puede dejar de señalarse lo estipulado por el artículo 11 constitucional (que consagra los principios que regirán el ejercicio de los derechos), específicamente en su num. 8, *in fine*, que establece: “Será *inconstitucional cualquier acción u omisión* de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

Además, como órgano de clausura de la jurisdicción constitucional ecuatoriana, la C.C. recepta —*inter alia*— la atribución de “*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*” (art. 436, inc. 10, de la C.E.).

Un examen literal de la regla constitucional transcrita lleva a pensar que en caso de que las instituciones estatales o las autoridades públicas concernidas no cumplan, total o parcialmente, los mandatos contenidos en normas constitucionales dentro del encuadre temporal fijado en la propia Ley fundamental o en un plazo razonable a juicio de la C.C., ésta quedaría habilitada para expedir directamente la norma o ejecutar el acto omitido, entronizándose en una especie de *legislador suplente y provisorio*.

Así planteadas las cosas, podría arriesgarse que tal atribución excede los contornos del rol institucional y la capacidad funcional del órgano de cierre de la justicia constitucional, ya que absorbería funciones cuasi legisferantes para las que no está técnica ni operativamente preparado.

Es preciso hacer notar que el trazo de desmesura que exhibe la previsión constitucional en el particular ha quedado en cierto sentido morigerado, esencialmente respecto de las *pretericiones absolutas*, por la LOGJCC, cuyo art. 129,

inc. 1º, dispone: “En el caso de las *omisiones normativas absolutas*, se concederá al *órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación*. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia”.

En definitiva, un panorama del modelo diseñado por la LOGJCC sobre el punto puede ser presentado como sigue:

- La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión cae en la esfera del control *abstracto de constitucionalidad* (art. 128).
- Tal modalidad de control queda franqueada cuando los órganos competentes *omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales* (idem).
- Se acoge el deslinde clasificatorio de modalidades de omisiones normativas *absolutas y relativas* (en terminología *wesseliiana*).
- El efecto del control sobre las *absolutas* ya fue reseñado (art. 129, inc. 1º), mientras que respecto de las *relativas*, se prevé que, cuando exista regulación que obvie elementos normativos constitucionalmente relevantes, las omisiones serán subsanadas por la C.C. a través de las *sentencias de constitucionalidad condicionada* (art. 129, inc. 2º, primer párrafo).
- Además, el control sobre las pretermissiones 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 (art. 129, inc. 2º, segundo párrafo).
- Se manejan diversas categorías de sentencias constitucionales “atípicas”. Así, por ejemplo, se instaure una modalidad de resolución de *constitucionalidad diferida* para evitar la omisión normativa. En tal sentido, 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, es posible postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad (art. 130).



## 2. Decisiones atípicas o intermedias

Precisamente en torno a los pronunciamientos “atípicos” y al rol del juez constitucional en el Estado Constitucional, la C.C. realizó una laudable argumentación en la Sentencia 031-09-SEP-CC<sup>982</sup>, emitida el 24 de noviembre de 2009 en el Caso 0485-09-EP (Juez Sustanciador: Dra. Ruth Seni Pinargote).

En esa ocasión expresó:

“Uno de los efectos principales que trae consigo el Estado Constitucional previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República y el constitucionalismo contemporáneo, como nueva visión de la ciencia jurídica, es lograr la metamorfosis que debe desempeñar el juez constitucional. Así, por ejemplo, *de ser un juez supeditado a la regla vigente y sometido a métodos de interpretación exclusivamente exegeticos, pasa a ser el guardián de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución, aquellos que propenden alcanzar la justicia material*. Es así que con el fin de precautelar dichos contenidos materiales, generalmente plasmados en derechos constitucionales, y con el objetivo de efectuar una adecuada reparación integral en los términos previstos en la Constitución de la República, el juez constitucional debe abandonar aquellas *estructuras administrativistas propias del Estado Liberal de Derecho y que se plasmaban generalmente en sentencias típicas estimatorias [...]. El juez constitucional, como creador de derecho y en armonía con el constitucionalismo contemporáneo y con el Estado Constitucional, debe acoplar sus decisiones a la búsqueda de una auténtica justicia material, la misma que se podrá alcanzar únicamente a través de una adecuada reparación integral, para ello, resultará necesario que el juez constitucional inserte sus fallos en aquella categoría de sentencias atípicas o modulatorias; que eviten la reproducción de vulneraciones a derechos en casos futuros o similares (en el caso de garantías), y que finalmente pacifique y no agrave las consecuencias negativas que ya se han podido generar en la práctica (casos de control de constitucionalidad)”.*

Tal visión del problema por la C.C. es valiosa y será provechosa en la medida que tenga plasmación práctica en la jurisprudencia y que los fallos constitucionales en tal sentido sean acatados.

Al respecto, con tono crítico y refiriéndose al órgano jurisdiccional antecesor a la C.C., GRIJALVA ha puntualizado que “en el caso ecuatoriano, en particular, en las resoluciones del Tribunal Constitucional predomina una suerte de anacronismo jurisprudencial y doctrinario que ha impedido una adecuada tarea de definición y, por tanto, defensa de los derechos constitucionales. *Con frecuencia los derechos*

---

982 Publicada en el *Suplemento del Registro Oficial*, N° 98, de 30 de diciembre de 2009.

*constitucionales son confundidos con los derechos patrimoniales, los problemas de legalidad con los de constitucionalidad, mientras que los aspectos procesales son totalmente priorizados sobre los sustanciales.* Así, por ejemplo, la teoría del acto ilegítimo, de clara raigambre administrativa, fue sobreutilizada para regular la admisibilidad del amparo, desatendiendo en cambio muchas veces el aspecto central de toda garantía, como es la violación de un derecho constitucional<sup>983</sup>.

Añade el citado autor que si bien la C.C. debe respetar los contenidos esenciales de los derechos determinados por el constituyente, en tanto no es un órgano constituyente sino un órgano constituido y no puede ni debe sustituir en sus funciones al constituyente, ello no significa suscribir la tesis de Kelsen de la C.C. como “legislador negativo”, pues en el derecho constitucional moderno tiene un rol más amplio y complejo que la pura función de eliminar normas inconstitucionales<sup>984</sup>.

En ese marco se ha incluido a la *modulación de las sentencias y la inconstitucionalidad por omisión*, acotándose que “mediante la modulación de sus sentencias, la Corte regula el efecto de sus decisiones y por tanto puede incluso mantener vigente e intacto el texto dictado por el legislador, pero precisar la única interpretación constitucional de ese texto y por tanto excluir sus interpretaciones inconstitucionales (sentencias interpretativas). Al otro extremo, y en un ejercicio que le exige rigor técnico y prudencia política, la Corte puede excepcionalmente y en casos extremos dictar normas jurídicas provisionales cuando el legislador violando expresos mandatos constitucionales no ha legislado en una materia específica en el plazo que la Constitución le manda, creando incluso una situación violatoria de derechos<sup>985</sup>”.

## IV. Una aproximación jurisprudencial

En el repertorio jurisprudencial de la C.C. no abundan las sentencias relativas a acciones de inconstitucionalidad por omisión.

Sin embargo, debe traerse a colación un fallo sobre el particular, que si bien es interesante para avizorar algunos rasgos del criterio de la C.C. sobre la figura de la inconstitucionalidad por omisión, no está exento de puntos objetables. Nos referimos al Caso N° 0005-10-IO, resuelto el 26 de enero de 2011 por medio de la Sentencia N°

---

983 GRIJALVA, Agustín, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar —Sede Ecuador— y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 280.

984 *Ibid.*, p. 281.

985 *Ídem*.

001-11-SIO-CC<sup>986</sup>, en la que el juez constitucional ponente fue el Dr. Patricio Herrera Betancourt.

En dicha causa la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas planteó (por medio de su secretario general) una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea General y el Ejecutivo, en tanto se les endilgaba la preterición de desarrollar el precepto constitucional previsto en la Disposición Transitoria Primera, inc. 1°, y el num. 3 del inc. 2° de la Constitución, los cuales respectivamente determinan que en los plazos máximos de ciento veinte (120) días el órgano legislativo aprobaría la “Ley electoral” y de trescientos sesenta días (360) haría lo propio con la “Ley que regule la participación ciudadana”.

El pleno de la C.C. declaró su competencia para resolver la cuestión, en los términos del art. 27 del citado Régimen de Transición, en concordancia con la Disposición Transitoria Tercera de la LOGJCC, sustentándose asimismo en el art. 436, num. 10, de la Constitución, en relación con el art. 128 de aquella ley y el art. 75 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la C.C.

La C.C., por mayoría, decidió: **i)** denegar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada; **ii)** disponer como medida cautelar la suspensión por parte del Consejo Nacional Electoral de los procesos que se encontraran debidamente calificados para la revocatoria de mandato a las autoridades de elección popular, hasta que la Asamblea Nacional regulara los requisitos y procedimientos para efectivizar este derecho de participación; y **iii)** declarar por conexidad la inconstitucionalidad parcial de la frase “por el plazo de siete días” contenida en el inc. 1° del art. 200 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, y el inc. 2° del art. 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, debiendo mientras tanto tenerse como plazo quince (15) días para la convocatoria a revocatoria de mandato por parte del Consejo Nacional Electoral (art. 106 de la Constitución).

Todos los jueces de la C.C. suscribieron la moción mayoritaria, con excepción del Dr. Manuel Viteri Olvera, quien salvó su voto postulando aceptar la demanda y declarar la *inconstitucionalidad por omisión normativa relativa* por inobservancia constitucional relevante, parcial y materialmente considerada, imputable a la Asamblea Nacional al haber omitido expedir en los textos secundarios desarrollados sobre la revocatoria del mandato, reglas básicas indispensables que garanticen la debida aplicación y el acatamiento de las normas establecidas en el art. 85 de la Constitución, es decir, para garantizar sustancialmente la dignidad del ser humano.

---

986 Fuente: [www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec).

Como elemento analítico digno de resaltar, pues plasma una cierta impronta que es retomada por la mayoría en la sentencia que examinamos, debe puntualizarse que, dentro del Caso N° 0019-09-IC<sup>987</sup>, la C.C. había pronunciado la sentencia interpretativa N° 0001-09-SIC-CC, en cuya parte dispositiva —*inter alia*— estableció que: “2. La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar las leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana”.

Más allá del resultado de la decisión en particular y sin perjuicio de las matizaciones que luego formularemos, es útil repasar sintéticamente la argumentación de la moción triunfante pues de ella surgen algunos datos que permiten reconstruir —aunque sea rudimentariamente— ciertos contornos de la acción de inconstitucionalidad por omisión en la percepción de la C.C. a la luz del bloque normativo conformado por el texto constitucional y la LOGJCC. Así, pueden colacionarse los siguientes elementos:

- La Constitución establece la inconstitucionalidad por omisión como una institución del derecho constitucional asociada al *control abstracto de constitucionalidad*, correspondiendo a los jueces constitucionales determinar si las instituciones estatales o las autoridades públicas han *inobservado, por omisión, una disposición constitucional expresa, que contenga un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales*.
- La inconstitucionalidad por omisión legislativa presupone la existencia de un universo temporal, en donde determinada disposición normativa debe ser implementada en el ordenamiento jurídico, *aunque ello puede verse relativizado por circunstancias ajenas a la voluntad del legislador*.
- Aquella figura *guarda armonía con varios principios constitucionales y es así como bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia se afirma el principio de supremacía constitucional*, lo que supone una aplicación material de los preceptos constitucionales y el *sometimiento de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución, entre ellas, el Poder Legislativo*.
- En la acción de inconstitucionalidad por omisión se parte del supuesto de que *las instituciones o autoridades públicas pueden errar al inobservar preceptos constitucionales que les imponen el deber de desarrollarlos normativamente*.

---

987 Publicado en el *Registro Oficial*, N° 159, de 26 de febrero de 2010.

- La no producción legislativa que armonice el ordenamiento jurídico con el texto constitucional vigente puede generar una vulneración de los derechos constitucionales, por lo que, *cuando no se han desarrollado normativamente los preceptos constitucionales, esta omisión adquiere un sentido restrictivo de derechos.*
- La *naturaleza jurídica* de dicha *acción constitucional* determina que para que opere la inconstitucionalidad por preterición, *los órganos competentes deben omitir un deber claro y concreto, siendo este deber, en el caso de omisión legislativa, el de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales.*
- En el propio texto constitucional la *“obligación de hacer normativa”* debe estar señalada expresamente, así como las instituciones del Estado o autoridades públicas que deben dar cumplimiento a ese mandato constitucional, dentro de los plazos determinados en la Constitución o, de no existir estos, dentro del plazo considerado razonable por la C.C.

De todas maneras, el fallo puntualmente examinado fue blanco de varios cuestionamientos. Así, por ejemplo, VALLE FRANCO planteó los siguientes interrogantes: “si no existe inconstitucionalidad por omisión, ¿Por qué se ordena a la Asamblea Nacional la armonización normativa?; si se declara inconstitucional un plazo y se determina la vigencia de otro establecido en la misma Constitución, ¿Significa que la revocatoria del mandato tiene plazos claramente establecidos y que no cabe ninguna regulación sobre este aspecto? ¿Cuáles son los contenidos de la revocatoria de mandato a regular por parte de la Asamblea Nacional?, si se ha dicho que los requisitos de la mencionada institución democrática están plenamente reglados en la misma Constitución y normativa legal en materia de participación ciudadana”<sup>988</sup>.

De hecho, el presidente del Consejo Nacional Electoral —para quien la sentencia era “contradictoria”— dedujo solicitud de aclaración y de ampliación del pronunciamiento (art. 94 de la LOGJCC<sup>989</sup>), cuestionando la circunstancia de que si en la primera parte de éste se negaba la acción de inconstitucionalidad, por qué en su segunda parte se dictaban medidas cautelares hasta que se regulara el proceso de revocatoria, cuando según la propia C.C. éste ya había sido regulado. Por lo demás,

---

988 VALLE FRANCO, Alex Iván, “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia N° 001-1L-SIO-CC (Caso N° 0005-10-IO)”, *Foro. Revista de Derecho*, N° 13, primer semestre de 2010, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, p. 158.

989 Precisamente bajo el título de “Aclaración y ampliación”, esta norma dispone: “La persona demandante, el órgano emisor de la disposición demandada y aquellos quienes intervinieron en el proceso de su elaboración y expedición, podrán solicitar la aclaración o ampliación de la sentencia en el término de tres días a partir de su notificación y será resuelta dentro del término de ocho días a partir de su presentación”.

consideró que el decisorio implicaba una intromisión de la Corte en temas de exclusiva competencia del organismo electoral.

Como resultado de tal planteo, la C.C. que había suspendido todos los procesos y las acciones de revocatoria del mandato planteados ante el Consejo Nacional Electoral, modificó su decisión permitiendo realizar los pedidos de revocatoria que ya estaban en marcha.

Semejante conducta jurisdiccional llevó al autor citado en último término a puntualizar con innegable tono crítico: “Este tipo de decisiones nos lleva a interpellarnos respecto de la existencia de seguridad jurídica en el país, pues *el máximo órgano de control de constitucionalidad expresa en la sentencia una serie de contradicciones* que nos genera más de una confusión al momento de interpretarla, y, de otra parte, tenemos *una aclaratoria que reforma una parte de la decisión originaria* y que responde a un fuerte cuestionamiento del Consejo Nacional Electoral. Con este tipo de decisiones debemos reflexionar sobre *cuál va a ser la vigencia, el alcance y la observancia de las sentencias o de los precedentes constitucionales con carácter obligatorio generados por la Corte Constitucional*”<sup>990</sup>.

## V. Mensaje final

1. Más allá de las críticas que la redacción de la previsión constitucional sobre la inconstitucionalidad por omisión pudiera despertar, en un balance global de la cuestión consideramos que —al menos desde el plano normativo— se ha dado un paso adelante al instrumentar expresamente tal vía de control constitucional.

2. Como puede suponerse, la tarea que lleve adelante la C.C. será crucial para hacer que el ambicioso mecanismo estatuido en la Constitución (*que permite la corrección tanto de las omisiones normativas absolutas como de las relativas*) y reglamentado por la LOGJCC, funcione adecuada y equilibradamente, sin excesos que pudieran llevar a un desequilibrio institucional ni a un empleo disfuncional de la figura erigiendo a aquel Tribunal en un sucedáneo del órgano legislativo.

3. Razonabilidad y prudencia serán dos buenas aliadas de la C.C. en orden a un adecuado desenvolvimiento de las acciones de inconstitucionalidad por omisión, que coadyuven a la fluidez del tránsito de los derechos fundamentales y de la

---

990 VALLE FRANCO, Alex Iván, “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia N° 001-1L-SIO-CC (Caso N° 0005-10-IO)”, op. cit., pp. 159-160.

supremacía constitucional, si aquel resultara bloqueado por inercias o inoperancias de parte de las autoridades públicas destinatarias de los mandatos contenidos en la Ley básica.

Deberá asimismo conducirse reflexivamente para evitar contradicciones en sus pronunciamientos en la materia, tanto por razones de seguridad jurídica como para procurar diseñar ejes coherentes de sistematización del instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el escenario ecuatoriano.

4. No puede dejar de preconizarse en este acercamiento la importancia de internalizar que el escenario constitucional ecuatoriano está recorrido jurídica y axiológicamente por frondosos y demandantes principios y normas en materia de derechos fundamentales, con el art. 11 de la Constitución en la línea de avanzada.

Tal disposición se posiciona como la nueva clave de bóveda para una interpretación actualizada del texto constitucional en realimentación con el derecho internacional de los derechos humanos.

5. Adviértase en el sentido apuntado que una constelación de valores y postulados sustanciales tuitivos de la persona humana ha recibido alojamiento en el texto y el espíritu constitucionales.

Es que no son palabras vacías las exigencias desplegadas explícitamente en el citado artículo 11 constitucional, tales como<sup>991</sup>:

- La prohibición de discriminación por cualquier motivo y la obligación estatal de *adoptar medidas de acción afirmativa* que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
- La *directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías* establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- La *plena justiciabilidad de los derechos, no pudiendo alegarse falta de norma jurídica* para justificar su violación o desconocimiento, o para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
- La *proscripción de restringir el contenido de los derechos y de las garantías constitucionales*.
- La *aplicación de la norma y la interpretación más favorables a la efectiva vigencia de los derechos*.

---

991 Sobre éste y otros puntos puede ampliarse en BAZÁN, Víctor, "Prólogo" al libro de VELÁZQUEZ, Santiago, *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, op. cit., pp. 7/24.

- Y, entre otros, la *exigencia de progresividad y la interdicción de regresividad* en materia de derechos humanos.

6. En suma, no son pocos, tampoco insignificantes, los desafíos que se posan sobre el horizonte funcional de la C.C. si pretende estar a la altura de los requerimientos del “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, como de modo prometedor determina el artículo inicial de la Constitución.