

TÍTULO DECIMOSEXTO

ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO (V). IMPLEMENTACIÓN POR VÍA JURISPRUDENCIAL (II): AMÉRICA

I. Anuncio del radio de cobertura de la presente parte del trabajo

Huelga recordar que en ninguno de los escenarios jurídicos que se visitarán en este segmento de la investigación existen disposiciones que de modo expreso institucionalicen una acción de inconstitucionalidad por omisión o similar, lo que hace que los aportes jurisprudenciales resulten, en líneas generales, de gran utilidad incluso para forjar prospectivamente alguna normatización en tal sentido.

Retratemos el estado de la cuestión en las visiones de los máximos órganos de justicia constitucional de diversos países americanos, anticipando que naturalmente la densidad y la textura de las aportaciones provenientes de ellos resultan cualitativa y cuantitativamente diferentes.

Son mucho más intensas y evolucionadas en Colombia (capítulo I) y Perú (capítulo II), a partir de las elaboraciones y construcciones que se verifican en las correspondientes praxis de la Corte Constitucional de aquel país y el Tribunal Constitucional de éste.

Por su parte, se observa un interesante y señero precedente en la Corte de Constitucionalidad guatemalteca que ha dado un atractivo paso adelante en la materia (aunque con algún titubeo posterior). También, un movimiento receptivo en la Suprema Corte de Justicia mexicana sobre todo por conducto de las controversias constitucionales y en cierta medida de las acciones de inconstitucionalidad, aunque dicho Tribunal sigue mostrándose refractario a admitir la viabilidad del amparo para corregir omisiones legislativas en el ámbito federal. Por contrapartida, siempre en el contexto mexicano, se aprecian promisorios avances en el plano del control sobre las pretericiones inconstitucionales por parte de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Existen también signos positivos en la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, siendo ya más tenues determinadas manifestaciones en el Tribunal Constitucional chileno. Puede por último contabilizarse algún precedente aislado en la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. En síntesis, el capítulo III concentrará las alusiones a Guatemala, México, Chile, El Salvador y Nicaragua.

Aun cuando somos plenamente conscientes de las diferencias de fondo y forma que la justicia constitucional norteamericana tiene respecto de muchos de los espacios jurisdiccionales latinoamericanos, hemos decidido incluir una breve reseña a modo de muestra de lo que sucede en EE.UU. respecto de las inercias legislativas (capítulo IV).

CAPÍTULO

I

COLOMBIA

I. Presentación

Sin perjuicio de que en Colombia no exista norma constitucional alguna que expresamente se refiera a la inconstitucionalidad por omisión, la Corte Constitucional (C.C.) ha generado una interesante línea jurisprudencial acerca del punto en cuestión. De los diversos precedentes existentes, sólo analizaremos algunos (no obstante efectuar breves alusiones y remisiones a otros pronunciamientos del Tribunal sobre la temática *sub discussio*), pues un examen exhaustivo de todos ellos excedería el propósito de la presente reseña ilustrativa de las experiencias del derecho comparado en relación con el control de las pretermissiones inconstitucionales.

Sólo nos permitimos recordar, en tanto útil para ubicarnos en el tema, que el artículo 241 constitucional confía a la C.C. la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, estableciendo en el numeral 4° que es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Por su parte, el num. 5° de dicho artículo faculta al Tribunal para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley emitidos por el Gobierno con fundamento en los arts. 150, num. 10, y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. A su tiempo, el art. 243, *Ibid.*, dispone que “[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, añadiendo que “[n]inguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Asimismo y a los efectos del despliegue competencial de la Corte, cabe computar las disposiciones de la Ley N° 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (primordialmente sus arts. 43 a 49); del Decreto N° 2.067 de 1991¹²¹⁸, por el cual se dicta el “Régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”; y del Reglamento interno de la Corte Constitucional, adoptado por el Acuerdo N° 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos N°s. 03 y 04 de 1992,

1218 Ilustrativamente mencionamos que el art. 24 de dicho Decreto establecía:

“La declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de los particulares derivadas de ella.

“Tampoco impide que un juez no aplique la norma cuando por las circunstancias particulares del caso sea necesario proteger algún derecho constitucional que no fue considerado en la sentencia de la Corte Constitucional. En estos casos, el juez podrá, de oficio, elevar consulta a la Corte para que ésta aclare los alcances de su fallo. La Corte podrá resolver la consulta dentro de los diez días siguientes a la recepción del escrito donde se formule la consulta y comunicará inmediatamente al juez correspondiente la absolución de la consulta”. Debe quedar claro que tal disposición (y otras del mismo Decreto) fue declarada *inexecutable* por la Sentencia N° C-113 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía).

de nuevo codificado por el Acuerdo N° 05 de 1992, y posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos N°s. 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007 y 01 de 2008.

Por otra parte, no se nos escapa la existencia del artículo 87 constitucional, que consagra la acción de cumplimiento¹²¹⁹ en los siguientes términos: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo”; añadiendo tal precepto que “[e]n caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Desde el plano infraconstitucional, la acción de cumplimiento tuvo desarrollo normativo con la Ley N° 393 de 1997, aunque no corresponde soslayar un importante antecedente vinculado con la mencionada acción: nos referimos a la Ley N° 99 de 1993, por la que —entre otras cuestiones y además de crear el Ministerio del Medio Ambiente— se fijó el procedimiento para el efectivo cumplimiento de las leyes o los actos administrativos que tuvieran relación directa con la protección y la defensa del medio ambiente (concretamente, en los arts. 77¹²²⁰ a 82 de dicha legislación, que fueron totalmente derogados por el art. 32 de la aludida Ley N° 393 de 1997).

Pasemos, sin más preámbulos, a reseñar los antecedentes jurisprudenciales que anunciábamos.

II. Relevamiento de algunos precedentes jurisprudenciales¹²²¹

1. Sentencia N° C-543/1996

A) En este pronunciamiento, de 16 de octubre de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se fijaron algunas pautas relativas a la “omisión legislativa” en cuanto a su concepto, naturaleza y clases.

1219 La incluimos expresamente en la presente referencia preliminar por cuanto a ella alude, también de manera explícita, uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que *infra* será examinado. Nos referimos a la Sentencia N° C-1.064 de 2001, en cuyo subap. 3.1.2.4. del voto mayoritario puede leerse, entre otras cosas, que *contra las omisiones absolutas del Ejecutivo cabe la acción de cumplimiento, mientras que contra las omisiones absolutas del Legislador no cabe la acción de inconstitucionalidad.*

1220 Precisamente en el art. 77 de la Ley se plasmó el siguiente rótulo: “Del procedimiento de la acción de cumplimiento”. Dicho precepto queda inserto en el título XI de la ley, cuyo epígrafe es: “De la acción de cumplimiento en asuntos ambientales”.

1221 En principio, seguiremos un orden cronológico en la exposición de la línea jurisprudencial seleccionada. Cuando ello no sea así, el abandono de tal encadenamiento secuencial obedecerá a que la vinculación temática o la conexidad entre algunas sentencias aconseja metodológicamente su tratamiento conjunto, más allá de las fechas en que las mismas hayan sido expedidas.

Las sentencias aquí mencionadas pueden compulsarse en el sitio www.corteconstitucional.gov.co.

Ello en el marco del Expediente D-1.286, donde se ventilaba una demanda de inconstitucionalidad articulada por el ciudadano H.A.M.H. (concretamente, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad), quien peticionaba a la Corte la declaración de inconstitucionalidad por omisión del Congreso “al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente”.

B) La C.C. afirmó que existía una omisión legislativa, cuando el legislador no cumplía un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente.

Asimismo y en punto a las clases de omisión legislativa, puso de manifiesto que el legislador podía violar de las siguientes maneras los deberes que le imponía la Constitución:

- Cuando no producía ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le había impuesto la Constitución.
- Cuando en cumplimiento del deber establecido por la Constitución, favorecía a ciertos grupos, perjudicando a otros.
- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en manera expresa o tácita, excluía a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorgaba al resto.
- Cuando el legislador al regular o construir una institución omitía una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, serían exigencias esenciales para armonizar con ella. Por ejemplo, si al regular un procedimiento, se pretería el derecho de defensa.

Además, el Tribunal advirtió que —en pronunciamientos anteriores— había sido “uniforme” *en admitir su competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa*, concretamente para proteger el derecho a la igualdad o el derecho de defensa, citando las Sentencias N^{os}. 545/1994, 555/1994, 108/1994, 473/1994, 247/1995, 70/1996, entre otras.

Igualmente, recordó que en los casos donde había encontrado vacíos legislativos hizo “exhortaciones” al Congreso para que expidiera la ley que desarrollara un determinado canon constitucional, las que —a criterio de la Corte— obviamente no constituían imposiciones sino admoniciones para que aquel órgano cumpliera la directiva constitucional, contexto en el cual evocaba lo dispuesto en las Sentencias N^{os}. 90/1992, 24/1994, 473/1994, 285/1996, *inter alia*.

Ya en punto a la específica cuestión sometida a su juzgamiento, estimó que la acción pública de inconstitucionalidad, si bien permitía realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autorizaba la fiscalización de lo que el

legislador genéricamente había omitido, conforme a las directrices constitucionales. Añadió que las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias estaban sujetas a un control que escapaba de la competencia de la Corte.

Por último, señaló que lo que se pretendía mediante la acción de inconstitucionalidad era evaluar si el legislador —al actuar— había vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución¹²²². Por esta razón, detalló que *había que excluir de esta forma de control el que se dirigía a evaluar las omisiones legislativas absolutas, pues si no había actuación, no había acto que comparar con las normas superiores ni acto que pudiera ser sujeto a control*.

De ello desprendió como conclusión (en el voto que podríamos calificar de “mayoritario”) que *carecía de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta*.

C) Para evitar la parcialización del enfoque, debemos poner de manifiesto que existió una “aclaración de voto” por parte de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero¹²²³ en la que, si bien coincidieron con la conclusión mayoritaria en cuanto a la procedencia de la decisión inhibitoria desde que no existía en el particular una manifiesta omisión legislativa, dejaron sentadas sustanciales pautas diferenciales en las que —siendo agudamente expuestas y con las que en general coincidimos— desnudaron el criterio contrario a la percepción de la mayoría que postuló la incompetencia de la Corte para expedirse acerca de las llamadas omisiones legislativas absolutas.

En efecto, entre otras reflexiones, dejaron sentado que no era válida la afirmación esencial de la sentencia, de acuerdo con la cual la Constitución sólo preveía control sobre las actuaciones del legislador y no sobre sus omisiones absolutas pues, en determinados casos, éstas podían implicar una violación de la Carta, que no podría la Corte dejar de controlar, ya que le correspondía la guarda de la integridad y la supremacía constitucionales (num. 8°).

1222 Téngase presente que el actor consideraba que el legislador había incurrido en inconstitucionalidad por omisión al no expedir las leyes que regulan las acciones de cumplimiento y las populares, consagradas en los arts. 87 y 88 de la Carta. En consecuencia, peticionó a la Corte que señalara un plazo razonable al legislador para reglamentar las normas constitucionales cuya efectividad solicitaba por vía de la acción pública de inconstitucionalidad impetrada, “o en su defecto, si al cabo de dicho término el legislador formal no cumple con lo mandado, disponer que el ejecutivo solicite facultades legislativas extraordinarias al Congreso, para que dentro del plazo establecido por el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, regule la materia respectiva”.

1223 Existió, asimismo, una aclaración de voto por parte del magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

Para sintetizar, a continuación sólo transcribiremos (por su contundencia léxica y semántica) uno de los tramos conclusivos del voto aclaratorio de los citados magistrados. Ellos dijeron que:

“[L]a Corte es competente para conocer de las omisiones legislativas absolutas, por lo cual no compartimos la motivación de la presente sentencia. Precisamos que nuestra argumentación no es de ‘lege ferenda’, pues no estamos afirmando simplemente que sería conveniente que se atribuyera a la Corte esa competencia. Lo que estamos diciendo es que la Corte tiene actualmente la facultad de pronunciarse sobre las omisiones legislativas absolutas, la cual se desprende de la fuerza normativa de la Constitución como norma de normas (C.P. art. 4), la definición de Colombia como Estado social de derecho (C.P. art. 1) y la competencia de la Corporación para conocer de la constitucionalidad de las normas legales, con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Carta (C.P. art. 241 ord. 4)” (num. 13).

2. Sentencia N° C-080/1999

Tal resolución fue emitida el 17 de febrero de 1999, en el Expediente D-2.133 (actor: G.D.L.; M.P. Alejandro Martínez Caballero). Tal vez puede ser considerada como un ejemplo de “sentencia aditiva”, aunque el Tribunal la rotuló como “*sentencia integradora*”. Pasaremos a efectuar una breve referencia al decisorio.

Los arts. 174 del Decreto N° 1.212 de 1990 y 125 del Decreto N° 1.214 del mismo año, establecían que las pensiones que se otorgasen por fallecimiento de un oficial o suboficial de la Policía Nacional, o de un empleado del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, se extinguían cuando los hijos llegaran a la edad de veintiún (21) años, pero en el caso de que siguieran estudiando, el término se prolongaba hasta la edad de veinticuatro (24) años. En cambio, en relación con los agentes de la Policía Nacional, el art. 131 del Decreto N° 1.213 de 1990 no preveía la hipótesis del hijo que estudiaba, por lo cual se entendía que la pensión se extinguía para los hijos cuando llegaran a los veintiún (21) años, incluso si se encontraban adelantando una formación académica.

El núcleo de la cuestión por resolver consistía en dilucidar si existía un trato discriminatorio por parte de la normativa en cuestión en detrimento de los hijos de los agentes. A tal temática la Corte respondió afirmativamente pues en relación con la pensión de sobrevivientes, los hijos de los agentes se encontraban en la misma situación que los hijos de los oficiales, los suboficiales y el personal civil de la Policía, por lo cual no existía ninguna razón que justificara que en un caso las disposiciones señalaran que la pensión se prolongaba hasta los veinticuatro (24) años, si el descendiente estudiaba y dependía del causante, mientras que esa posibilidad no estaba prevista para los hijos de los agentes.

En tales circunstancias, estimó estar ante la presencia de una “*típica omisión legislativa relativa, que desconoce el principio de igualdad*”, por lo que meritó necesario extender la regulación más benéfica prevista para los otros miembros de la Policía Nacional, a través de una “sentencia integradora”, cuya legitimidad había ya explicado —según sostuvo— en otro precedente (refiriéndose a la Sentencia N° C-109/1995) —F.J. 15—.

En síntesis, declaró exequible la expresión “y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años” del inc. 1° del art. 174 del Decreto N° 1.212/1990 y del inc. 1° del art. 125 del Decreto N° 1.214/1990. Asimismo, hizo lo propio con el art. 131 del Decreto N° 1.213/1990, condicionando su exequibilidad a que el derecho a la pensión de sobreviviente de los hijos de los agentes que estudiaran y dependieran económicamente de la persona fallecida se extinguiera a la edad de veinticuatro (24) años.

Ello en virtud del principio de igualdad establecido en el artículo 13 constitucional, en función de cuya aplicabilidad inmediata (sustentada en la fuerza normativa de la Constitución), decidió que la sentencia tuviera efectos retroactivos a partir del día 7 de julio de 1991, fecha en que entró a regir la actual Ley fundamental. En consecuencia, los hijos mayores de veintiún (21) años y menores de veinticuatro (24), que con posterioridad a dicha fecha no hubieran podido gozar de la pensión de sobreviviente, debido a la diferencia de trato establecida por las normas señaladas, podrían —a los efectos de que se repararan sus respectivos derechos constitucionales desconocidos— reclamar de las autoridades competentes el reconocimiento de su sustitución pensional, siempre que no hubiere operado la prescripción con arreglo a las disposiciones vigentes.

3. Sentencia N° C-843/1999

En tal pronunciamiento, de 27 de octubre de 1999 (actor: M.A.R.G.; M.P. Alejandro Martínez Caballero), emitida en el marco del Expediente D-2.348, la Corte declaró la inexecutable del art. 26 de la Ley N° 491/1999 (normativa por la que se establecía el seguro ecológico e —*inter alia*— se modificaba el Código Penal), y decidió hacer “un llamado al legislador para que si, dentro de su libertad de configuración política, considera necesaria la penalización de conductas que afectan el medio ambiente, debe otorgar todas las garantías constitucionales a los posibles sujetos activos, pues el principio de legalidad de la conducta, de la pena y del procedimiento se convierte en un imperativo de obligatorio cumplimiento”.

La resolución mereció un salvamento de voto por parte de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, quienes consideraban equivocada la

decisión de la mayoría en el sentido de retirar del ordenamiento jurídico el art. 26 de la Ley N° 491/1999, desconociendo su verdadero alcance e ignorando lo dicho en las Sentencias N°s C-320 y C-674 de 1998 de la Corte, que previamente habían estudiado la norma encontrándola ajustada al Texto superior.

4. Sentencia N° C-867/1999

En la Sentencia en cuestión, proferida el 3 de noviembre de 1999, en el Expediente D-2.336 (actor: R.B.M.; M.P. Fabio Morón Díaz), puede verificarse la reivindicación de la facultad de la Corte de “exhortar” al Congreso, afirmando el Tribunal que podía recurrir a tal exhorto para que aquel cuerpo “dentro de su autonomía legislativa regule, si lo considera conveniente, las conductas específicas” citadas por el demandante y la consecuencia que se derivaría cuando se incurría en ellas.

Recuérdese, ilustrativamente, que el accionante entendía que el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, en cuanto no tipificaba como gravísimos los crímenes de lesa humanidad cometidos por miembros de las Fuerzas Militares, violaba los arts. 2, 4, 13, 14, 22, 93, 214.2 y 228 de la Constitución Política; 1, 12 y 16 de la DUDH; 4, 8, 11 y 25 de la CADH; 2.1, 9, 14 y 17 del PIDCP; 16 de la CETFDPCM; los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II.

Ante ello, la Corte se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre dicho asunto, por *falta de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta*¹²²⁴.

5. Sentencia N° C-956/1999

En el Expediente D-2.344 tramitaba la demanda de inconstitucionalidad deducida por J.L.P.A. contra el art. 151, parcial, de la Ley N° 200 de 1995 “por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”, y el art. 327, parcial, del Decreto N° 2.700 de 1991 “por el cual se expiden normas de Procedimiento Penal”.

Al respecto, la Corte pronunció la Sentencia N° C-956, el 1 de diciembre de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), en la que luego de recordar que la omisión legislativa podía determinar la procedencia del control constitucional abstracto por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad (al modo como lo indicara en la Sentencia N° C-132/1999¹²²⁵), reiteró que ello era así cuando el cargo consistía en la omisión

1224 Medió una aclaración de voto por parte del magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

1225 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

de carácter relativo en que habría podido incurrir el legislador en un determinado precepto o regulación (de acuerdo con lo establecido en las Sentencias N^{os}. C-108 y C-555 de 1994; C-188, C-543 y C-690 de 1996 y C-405 y C-540 de 1997, entre otras). Pero además, advirtió que no había sido así respecto de las omisiones de carácter absoluto, pues la tesis mayoritaria consideraba que el juez constitucional carecía de competencia para conocer y decidir sobre la existencia de éstas, ante la ausencia de un texto normativo susceptible de control, razón por la cual se dictaron sentencias inhibitorias, como la reseñada Sentencia N^o C-543 de 1996¹²²⁶.

En concreto, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió declarar exequible el inc. 2^o del art. 151 de la Ley N^o 200 de 1995 “por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”, en lo referente al cargo por violación al ordenamiento superior analizado; y hacer lo propio con el inc. 2^o del art. 327 del Decreto N^o 2.700 de 1991 “por el cual se expiden las normas de procedimiento Penal”, exclusivamente en lo relacionado con la acusación constitucional examinada en el decisorio en cuestión.

6. Sentencia N^o C-1.433 de 2000

A) Romperemos aquí la línea cronológica pues la presente sentencia y la siguiente tienen que ser tratadas sucesivamente en función de su atinencia temática.

En los Exptes. N^{os}. D-2.780 y D-2.804, en los que tramitaban sendas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N^o 547 de 1999 y cuyos actores eran, en cada caso, R.I.J.M. y O.M.N. —acciones independientes acumuladas al efecto mediante decisión de 26 de enero de 2000—, la Corte profirió la sentencia del epígrafe el 23 de octubre de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

B) El nudo del problema que la Corte debía definir giraba en torno a si resultaba viable o no la pretensión dirigida a que se declarara inexecutable el art. 2 de la Ley N^o 547/1999, en cuanto el legislador, al expedir el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal de 2000, violando la Constitución, no previó el aumento salarial para todos los servidores públicos, sino a favor de quienes devengarán menos de dos (2) salarios mínimos.

C) Mayoritariamente, el Tribunal entendió que en el particular el Congreso incurrió en el incumplimiento de un deber jurídico, emanado de las normas de la

1226 Conceptos que, según la propia Corte refiere, fueron reiterados en la Sentencia C-675 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Constitución y, específicamente, de los arts. 53¹²²⁷ y 150, numeral 19 literal e)¹²²⁸, así como del art. 4 de la Ley 4ª de 1992¹²²⁹.

Al especificar el cuadro normativo constitucional en juego, la Corte puso de resalto el deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de garantizar su incremento para asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitieran tener un mínimo vital coherente con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia. Asimismo, sostuvo que la exigencia de dicho deber surgía:

“i) De la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (Preámbulo); ii) de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social (art. 1); iii) del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2, 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 48, inciso final y 53, inciso 2); vii) del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334) y viii) de la prohibición al Gobierno de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede(n) disminuir los referidos derechos” (cfr. ap. VI: “Consideraciones y fundamentos”, subap. 2.7).

D) Sintetizando, el Tribunal decidió en el voto mayoritario:

- Que en el art. 2 de la Ley N° 547 el Congreso incurrió en el incumplimiento de un deber jurídico emanado de las normas constitucionales señaladas anteriormente y, específicamente, de los arts. 53 y 150, numeral 19, literal e), así como del art. 4 de la Ley 4ª de 1992.

1227 Referido al estatuto del trabajo a expedir por el Congreso y los principios mínimos fundamentales que la ley debería tener en cuenta.

1228 Relativo a la función del Congreso de dictar leyes (y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno) para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y la Fuerza Pública.

1229 Se trata de la ley que contenía los objetivos y criterios conforme a los cuales el Gobierno debía determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

- Declarar la exequibilidad del nombrado artículo (2 de la Ley N° 547), salvo en cuanto se omitió el mencionado deber jurídico, en lo relativo al ajuste salarial de los servidores públicos por el año 2000, en lo cual era inexecutable.
- Poner en conocimiento del Presidente de la República y del Congreso la decisión adoptada “para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, cumplan con el deber jurídico omitido, antes de la expiración de la presente vigencia fiscal”. Asimismo y a sus efectos, decidió que el pronunciamiento le fuera comunicado también al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

E) Corresponde destacar que el fallo mereció los salvamentos de votos individuales por parte de los magistrados Álvaro Tafur Galvis y Cristina Pardo Schlesinger.

Brevemente presentada la cuestión, el primero de ellos observó en el voto mayoritario un exceso en las orientaciones de la Corte en cuanto a la incompetencia de controlar las omisiones legislativas absolutas, ya que la interpretación extensiva que concretaba (en el consid. 2.11) cuando expresó que “las disposiciones de la Ley 4 de 1992 en cuanto desarrollo concreto de los mandatos de la Constitución y, específicamente, del contenido en el artículo 150 numeral 19-e, atan al Gobierno y al Congreso, y les imponen el deber jurídico de aumentar anualmente el salario de los servidores públicos”, pues (siempre en la percepción de Tafur Galvis) cabría inquirir si el incumplimiento de ese deber, concretado en el acto de formulación del proyecto de presupuesto, conducía fatalmente a un vicio de inconstitucionalidad de la ley que lo adoptaba, o debía corregirse mediante otro tipo de sanción jurídica (ap. 1, párrafo 5°, del voto).

Por su parte, Pardo Schlesinger entendió que en “lo que tiene que ver con la presunta omisión legislativa por el incumplimiento del supuesto deber de legislar en materia presupuestal incluyendo la referida partida para el aumento anual del salario de los servidores públicos, [...] no se da, por cuanto, como se dijo anteriormente, de la Constitución no se deriva directamente el mencionado deber. Por ello la Corte carecía de competencia para formular indicaciones al Gobierno y al Congreso, sobre la obligación de incluir tal partida” (ap. 4 del voto).

7. Sentencia N° C-1.064 de 2001

A) Fue proferida en el Expediente N° D-3.449, en el que discurría la demanda de inconstitucionalidad (articulada por A.J.S.) contra el art. 2, parcial, de la Ley N° 628 de 2000 “por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2001”; es decir, una cuestión con aristas similares a la resuelta en la sentencia recientemente referida, esto es, la N° C-1.433 de 2000.

El pronunciamiento fue emitido el 10 de octubre de 2001 y tuvo como MM.PP. a Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño¹²³⁰.

B) La problemática fundamental a resolver se sintetizaba (en el criterio de la mayoría de la Corte) en la siguiente pregunta:

“¿Incurrió el legislador en una omisión inconstitucional al apropiarse en la Ley Anual de Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2001 (Ley 628 de 2000), una suma de 54,977,492,723,932 pesos moneda legal (artículo 2) para cubrir los gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda en la medida en que ésta es insuficiente para cubrir el reajuste indexado, con base en la inflación causada, de los salarios de todos los servidores de las entidades cobijadas por el presupuesto a partir del 1 de enero de 2001?” (cfr. subap. VII.2. del voto mayoritario).

Admitió que existían algunas similitudes entre este proceso y el que culminó con la Sentencia N° C-1.433 de 2000, ya que en ambos casos se presentaron cargos de inconstitucionalidad semejantes (recuérdese que en aquel se demandó la Ley N° 547 de 1999 —ley anual de presupuesto del año 2000—, reprochándose la “falta de apropiación de recursos para garantizar el reajuste salarial indexado de los servidores públicos, lo cual configuraba una omisión legislativa contraria a la Constitución” —subap. VII.3.1.2. de la moción en mayoría—). Tal proceso terminó con una decisión de fondo por parte de la Corte.

Aclaró que pese a la semejanza entre los preceptos demandados en uno y otro caso, no era posible afirmar que existía cosa juzgada material, dado que la comparación específica del contenido de las disposiciones objeto de las demandas, las características de la omisión cuestionada, y el contexto en el que una y otra fueron expedidas y aplicadas, impedían llegar a esa conclusión (id. subap.).

En primer lugar, consideró que la diferencia entre los objetos demandados era de tal naturaleza que ni siquiera resultaba posible establecer una similitud entre las proposiciones normativas estudiadas por la Corte en aquel caso y las que en el presente

1230 Cabe advertir, no obstante, que la elaboración del proyecto de sentencia correspondió originariamente a la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, pero luego del debate se decidió que el pronunciamiento fuese sustentado en definitiva por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

Casualmente, la aludida magistrada (Vargas Hernández) terminó sustentando, conjuntamente con sus colegas, Dres. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil, un vehemente voto salvado en la sentencia en comentario, separándose radicalmente del criterio expuesto por la mayoría al sostener en la parte final de la moción salvada que: “*En síntesis, la decisión de la Corte de la cual disintimos de manera radical, autoriza y declara conforme a la Constitución una rebaja efectiva de los salarios de los servidores públicos, lo que, a nuestro juicio, viola la Carta de manera flagrante e implica un retroceso inaudito en el Estado Social de Derecho. Por ello, salvamos nuestro voto.*”

debía analizar, debiendo tomarse en consideración que la ley de presupuesto tenía una vigencia anual, necesariamente distinta de la de años anteriores y, por lo tanto, el monto apropiado por el Gobierno nacional en la Ley N° 628 para cumplir con los gastos incluso en materia de funcionamiento era diverso del señalado en la Ley N° 547 (subap. 3.1.2.1. del voto de la mayoría).

Luego de advertir que el contexto normativo en el que se expidieron una y otra leyes había cambiado apreciablemente (subap. 3.1.2.2.), detalló que cuando se pretendía afirmar la existencia de cosa juzgada material era menester comprobar que la norma objeto de la segunda demanda de inconstitucionalidad, pese a no ser una réplica textual de aquella que ya estudió la Corte, reproducía su contenido normativo, lo cual era imposible cuando lo que se alegaba era una omisión del legislador, pues en ese caso no había un contenido material propio que sirviera como término de comparación¹²³¹. Una omisión carecía de contenido normativo y, por eso, era considerada ausencia de regulación de una materia determinada (subap. 3.1.2.3.).

Por su parte, juzgó que tampoco convergía término de comparación entre el acto administrativo que expedía una autoridad de la rama ejecutiva y la ley creada por la rama legislativa ya que los actos administrativos eran sustancialmente diferentes de las leyes; tanto así que, contra las omisiones absolutas del Ejecutivo, cabía la acción de cumplimiento, mientras que contra las omisiones absolutas del legislador no correspondía la acción de inconstitucionalidad (subap. 3.1.2.4.).

Finalmente y luego de una extensa fundamentación, declaró la exequibilidad del art. 2 de la Ley N° 628 de 2000, en los términos del condicionamiento precisado en el numeral 6.2 de la sentencia, es decir:

1231 Como referencia adicional, dijo la Corte textualmente en la nota 11 a pie de página: “En este punto es necesario indicar que la jurisprudencia constitucional no ha aceptado la aplicación del concepto de cosa juzgada material cuando el objeto de la demanda alude a una omisión legislativa. El caso que sirvió de marco en la Sentencia C-427 de 1996 (ya mencionada) es un buen ejemplo sobre el particular. En esta oportunidad se demandaron unas normas pertenecientes al régimen legal penal (el artículo 457 del antiguo Código de Procedimiento Penal) en las que el actor pretendió ver una omisión legislativa al señalar que para estos procesos (de conocimiento de la justicia de orden público), la ley no había regulado la realización de audiencia pública. En este caso, como ya se dijo, la Corte decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-093 del 93 por existir cosa juzgada material, pues allí se hizo un estudio detallado de otra disposición (el parágrafo del artículo 13 del Decreto 2.790 de 1990, modificado por el artículo 1° del Decreto 390 de 1991, que fue a su vez adoptado como legislación permanente por el artículo 5° del Decreto 2.271 de 1991) en la que de manera expresa se decía que: ‘En los procesos de competencia de los Jueces de Orden Público, no habrá audiencia pública en ningún caso’. Ahora bien: el criterio que sirvió a la Corte en la C-427 de 1996 para arribar a su decisión fue la existencia de un pronunciamiento anterior sobre una disposición normativa, la existencia o no de audiencia pública en la justicia de orden público, idéntica [a] aquella que el actor decía se había omitido. De ninguna manera se aceptó aquí la procedencia de la cosa juzgada material ante omisiones legislativas”.

“6.2. [...] que la movilidad salarial no se predica exclusivamente del salario mínimo legal y que la Constitución protege un derecho al mínimo vital que no es equiparable al salario mínimo legal (art. 53, en concordancia con los arts. 1, 2, 13, etc. y el Preámbulo). También se concluye que la política pública salarial está llamada a propender el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores y empleados del sector público central (artículos 187 y 53). Si bien no le corresponde a la Corte señalar un medio único o una fórmula específica para que efectivamente se logre conservar el poder adquisitivo de dichos salarios dentro de la política macroeconómica, sí le compete defender la supremacía e integridad de la Constitución como juez constitucional en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general. En consecuencia, se pasa a precisar los criterios constitucionales a los cuales debe sujetarse la política salarial de los trabajadores y empleados del sector público central, que son los cobijados por *la ley anual de presupuesto correspondiente al año 2001 demandada en el presente proceso y cuya naturaleza especial ya ha sido analizada* [énfasis del original].

“6.2.1. Todos los servidores públicos tienen derecho a mantener el poder adquisitivo real de su salario.

“6.2.2. Los salarios de dichos servidores públicos deberán ser aumentados cada año en términos nominales.

“6.2.3. Los salarios de dichos servidores públicos que sean inferiores al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central, deberán ser aumentados cada año en un porcentaje que, por lo menos, mantenga anualmente su poder adquisitivo real.

“6.2.4. Los salarios de los trabajadores no cobijados por el criterio anterior, serán aumentados de tal forma que los reajustes anuales de éstos servidores consulte[n] el principio de progresividad por escalas salariales con el fin de que el incremento de quienes ganen menos sea porcentualmente mayor. Para que dicha progresividad sea estricta no deberá existir entre uno y otro grado o escala una diferencia desproporcionada. Las limitaciones al derecho a mantener anualmente el poder adquisitivo del salario de estos servidores sólo son admisibles constitucionalmente si ellas están dirigidas a alcanzar un objetivo de gasto público social prioritario y son estrictamente necesarias y proporcionales para lograr la realización efectiva de este objetivo.

“6.2.5. Si al aplicar el cuarto criterio, resultare una diferencia entre el aumento salarial nominal anual y el aumento salarial real anual, ambos globalmente considerados, este ahorro fiscal deberá destinarse a gasto público social en beneficio de las personas especialmente protegidas por la Constitución, como por ejemplo los niños, las madres cabeza de familia, los desempleados, los discapacitados, los

desplazados o los integrantes de otros grupos vulnerables, o a programas sociales constitucionalmente prioritarios, como por ejemplo, los de alimentación y cuidado de indigentes, cubrimiento de pasivos pensionales, educación y capacitación y salud.

“6.2.6. Para dar cumplimiento a la Constitución, en los términos de la presente sentencia, las autoridades adoptarán las decisiones y expedirán los actos de su competencia”.

C) Como anunciáramos, existió un firme salvamento de voto por parte de los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

Tales magistrados, con indisimulada vehemencia, pusieron de manifiesto que la mayoría había incurrido en “manifiesto desconocimiento de la cosa juzgada material” en relación con lo resuelto en la Sentencia N° C-1.433 de 2000, en la que la Corte Constitucional declaró la existencia de una omisión del deber jurídico de incluir en el presupuesto nacional para el año 2001 una partida suficiente para conservar el poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos y, por ello, declaró entonces la inexecutable del art. 2 de la Ley N° 547 de 2000, únicamente en cuanto el legislador incurrió en una omisión al no incluir en él una partida suficiente para que los salarios de los servidores públicos fueran ajustados conforme a la inflación para que no perdieran su poder adquisitivo.

Ello por cuanto, cfr. el subap. 3.1.3. del voto salvado:

“a. Tanto en el proceso que culminó con la sentencia C-1433 de 23 de octubre de 2000, como en el proceso D-3449 que culminó con la sentencia C-1064 de 10 de octubre de 2001, fueron demandadas las leyes de presupuesto nacional para los años 2000 y 2001, en cuanto en el artículo 2° de ellas no se apropió una partida suficiente para conservar el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos teniendo en cuenta para el efecto la disminución del mismo en virtud de la inflación.

“b. En la sentencia C-1433 de 23 de octubre de 2000, la Corte Constitucional declaró que efectivamente se incurrió en la omisión legislativa del deber jurídico a que se ha hecho mención, conforme a las normas constitucionales que allí se indican; y, además, se agregó que se vulneró entonces, también, lo dispuesto en la ley 4 de 1992 que señala los objetivos, criterios y normas generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno, para fijar los salarios de los servidores públicos. Como es lógico, la constitucionalidad de la ley de presupuesto del año 2000, se analizó entonces frente a la Constitución y no en relación con otra ley, como sucede con la ley marco acabada de mencionar.

“c. En la sentencia C-1064 de 10 de octubre de 2001, se desconoció la cosa juzgada material con respecto a lo resuelto en la sentencia C-1433 de 23 de octubre de 2000.

En efecto:

“– La demanda de inconstitucionalidad de la ley de presupuesto para el año 2001 se formula por idéntica causa a la que culminó con la sentencia C-1433 de 23 de octubre de 2000, esto es, por haberse omitido la inclusión de una partida suficiente para conservar el poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos.

“– Las normas constitucionales que rigen la materia, no han variado, pues son las mismas bajo las cuales fueron aprobadas las leyes de presupuesto para el año 2000 y para el año 2001.

“– Sin embargo, las decisiones contenidas en las sentencias C-1433 de 2000 y C-1064 de 10 de octubre de 2001, de manera inexplicable, no sólo son distintas sino opuestas, lo que salta a la vista con la simple comparación de los dos fallos mencionados. Así, en el primero de ellos, se declara la existencia de la omisión del deber jurídico a que se ha hecho alusión, al paso que en el segundo no se hace tal declaración. En el primero se declara inexecutable el artículo 2º de la ley de presupuesto para el año 2000, en cuanto hace relación a la omisión ya advertida, en tanto que en el fallo del cual discrepamos, se declara la exequibilidad del artículo 2º de la ley de presupuesto para el año 2001, pues se considera que no existe la omisión del deber jurídico de incluir en el presupuesto partida suficiente para evitar la disminución del poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos”.

Por su parte, negaron enfáticamente que la cosa juzgada material no operara frente a omisiones legislativas, pues contrariamente a lo puntualizado por la mayoría, éstas sí tenían contenidos normativos concretos. Sobre el particular, dejaron expresado (subap. 3.1.4.) que:

“[C]uriosamente la misma Sentencia C-427 de 1996, referida —pero que no fue citada por la Corte— para justificar *ad hoc* la improcedencia de la cosa juzgada material frente a omisiones relativas, es bastante ilustrativa y establece que el criterio de análisis para dilucidar si se está frente a una norma sobre la cual recae el fenómeno de la cosa juzgada material es la identidad de efectos normativos. En la mencionada Sentencia C-427/96, la Corte aceptó que había una cosa juzgada material frente a la omisión del legislador, quien no estableció audiencia pública de juzgamiento en los procesos ante la justicia de orden público (art. 457 del C.P.P.). Por lo tanto en esa ocasión, decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-093/93, en la cual sí existía una disposición que expresamente excluía dicha audiencia en tales procesos (párrafo del artículo 13 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 1º del Decreto 390 de 1991, que fue a su vez adoptado como legislación permanente por el artículo 5º del Decreto 2271 de 1991). Entonces, *no es cierto*, como lo afirma la Sentencia de la cual nos apartamos, *que según la jurisprudencia de la Corte el fenómeno de la cosa juzgada material no proceda frente a omisiones legislativas*”.

En sintonía con el fuerte tono de la parte motiva de su moción salvada, los magistrados remataron diciendo que:

“[E]n síntesis, la decisión de la Corte de la cual disentimos de manera radical, autoriza y declara conforme a la Constitución una rebaja efectiva de los salarios de los servidores públicos, lo que, a nuestro juicio, viola la Carta de manera flagrante e implica un retroceso inaudito en el Estado Social de Derecho”.

8. Sentencia N° C-007 de 2001

En la Sentencia de mención, plasmada en el Expediente D-3.032 (actor: J.E.P.P.; M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y emitida el 17 de enero de 2001, se planteaba —*inter alia*— la inconstitucionalidad del numeral 6 del art. 140 del Código Civil, que establecía que el matrimonio era nulo y sin efecto “cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor”.

Al respecto, la Corte concluyó (en una resolución que puede ser considerada *interpretativa manipulativa*) que existía un vacío legal en tal disposición, negándose al hombre la posibilidad de convalidar el vicio del consentimiento derivado del secuestro, lo que resultaba discriminatorio y, por ende, inconstitucional. Tal contradicción con la Norma superior no surgía simplemente de lo que la disposición decía, sino de lo que dejaba de expresar, pues se trataba de un caso de *inconstitucionalidad por omisión relativa*.

Empero razonó que si retiraba del ordenamiento jurídico la expresión “de la mujer”, la disposición quedaría sin el sujeto titular del derecho a pedir la nulidad del matrimonio o de convalidar el vicio del consentimiento, por lo que juzgó más conveniente no decidir la inexequibilidad pura y simple de la norma, sino emitir un *fallo de constitucionalidad condicionada*, dejando en el ordenamiento jurídico la expresión “mujer”, pero en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad de sexos, la causal de nulidad del matrimonio y la convalidación de la misma, pudiera predicarse de cualquiera de los contrayentes (id. subap.).

9. Sentencia C-075/07

Fue dictada el 7 de febrero de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). El problema jurídico que enfrentaba la C.C. consistía en determinar si la ley, al establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, violaba los derechos fundamentales a la igual protección, al

respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Al analizar el tema, la C.C. determinó la existencia de un “*déficit de protección*” plasmado a través de una *ausencia de previsión legislativa* en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales, lo que llevó al Tribunal a concluir que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, era *exequible* “en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales”¹²³².

Se trata de un decisorio importante porque, hasta donde alcanza nuestra información, es el primero en el que la C.C. aplicó con efectos trascendentales la doctrina del *déficit de protección*, que en puridad es una manera de calificar la *omisión del legislador* que se cristaliza al *dejar* de resguardar derechos.

Cabe recordar que el citado tema del *déficit de protección* fue mencionado *supra*, al momento de tratar la Sentencia C-577/11, dictada por la Sala Plena de la C.C. el 26 de julio de 2011.

10. Sentencia C-728/09

A) Fue pronunciada el 14 de octubre de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

El Tribunal delimitó de la siguiente manera el problema jurídico que debía abordar: si el legislador, al establecer en el art. 27 de la Ley 48 de 1993 dos hipótesis en las que se estaba exento de prestar el servicio militar en todo tiempo, *incurrió en una omisión legislativa relativa contraria a la igualdad* (art. 13 de la Constitución), *la libertad de conciencia* (art. 18, *Ibid.*) y *la libertad de cultos* (art. 19, *Ibid.*), *por no incluir a los objetores de conciencia*.

La mayoría del Tribunal (Sala Plena) declaró *exequible* el art. 27 de la Ley 48 de 1993, es decir, juzgó que *no existía omisión inconstitucional legislativa relativa*¹²³³.

1232 Mediaron un salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería; una aclaración conjunta de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla; y, por último, una aclaración de voto del magistrado Jaime Córdoba Triviño.

1233 Salvaron su voto, de modo conjunto, los magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. Contrariamente a la mayoría, ellos consideraron que la Ley 48 de 1993 sí incurrió en una *omisión legislativa relativa* al no haber incluido en el art. 27 a aquellas personas que se negaran a prestar servicio militar obligatorio cuando éste conllevaba para ellas actuar en contra de su conciencia o de sus creencias, con lo que se avaló un trato discriminatorio a un grupo de personas constitucionalmente

Paralelamente, *exhortó al Congreso de la República para que —a la luz de las consideraciones contenidas en la sentencia— regulara lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar.*

B) Más allá de la cuestión puntual que debía examinar, nos interesa destacar aquí específicamente ciertas disquisiciones que la C.C. efectuó (reenviando a su propia jurisprudencia) en torno a las *omisiones legislativas relativas y también respecto de las absolutas.*

Acerca de la primera categoría, *omisión legislativa relativa*, rememoró el concepto que había plasmado por ejemplo en las Sentencias C-041 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-528 de 2003 (que tuvo al mismo M.P.) y C-1009 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Básicamente, recordó que aquella categoría se da “cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica [... que] se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas —específicamente por razones constitucionales— debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente” (cfr. ap. VI: “Consideraciones y fundamentos”, pto. 4: “La omisión legislativa”, subap. 1, del fallo que referimos).

Asimismo, evocó que debían darse los siguientes supuestos para que se presentara una *omisión legislativa contraria a la Constitución*: “**a)** que exista una norma sobre la cual se predica; **b)** que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; **c)** que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; **d)** que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma; y **e)** que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”. Ello surge, por ejemplo, de las Sentencias C-427/00 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-809/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnett).

A los efectos de nuestro estudio, es muy significativo ver cómo ha ido variando la jurisprudencia que inicialmente *identificaba la omisión inconstitucional relativa con la violación al principio de igualdad*, partiendo de que el presupuesto básico de dicha omisión consiste en que el legislador regula una materia, pero lo hace de manera parcial porque no cobija a todos aquellos supuestos que, por ser análogos a los regulados, deberían quedar incluidos en la regulación.

protegido y se desconoció la especial reserva en materia de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio.

Precisamente en el decisorio que anotamos, la C.C. advierte que, desde una perspectiva más amplia, ha señalado que *“la omisión legislativa, de manera genérica, también ocurre cuando se deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de una determinada materia, aun cuando de ello no se desprenda un problema de igualdad”* (ver Sentencias C-185 de 2002 y C-891 de 2006; en ambas, el M.P. fue Rodrigo Escobar Gil).

En ese sentido, pueden darse omisiones relativas que se configuran respecto *“del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar y su actuación sería ‘imperfecta o incompleta’”* (v. gr., Sentencia C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En las Sentencias C-408 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-891 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la C.C. dejaba en claro que *“dentro de la configuración jurisprudencial del control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas las referencias a los derechos a la igualdad y al debido proceso, permiten ilustrar situaciones en las cuales las mismas se presentan con relativa frecuencia, sin que de ello se desprenda una restricción al ámbito de aplicación de la figura”*.

En esa línea, la C.C. estima que ya no es necesario establecer una afectación del derecho de igualdad para que pueda predicarse la existencia de una omisión legislativa relativa, bastando con acreditar que —en relación con la materia objeto de regulación— resultaba *“imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se considera omitido, sin que para ello sea preciso establecer, ni una identidad en las situaciones fácticas, ni la exigencia de una identidad en la regulación legal que les resulte aplicable”*.

En la Sentencia C-208 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la C.C. dejó establecido que en supuestos como el indicado en último término bastaría con acreditar que en relación con la materia objeto de regulación, era imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se consideraba omitido, evento en el cual *“también sería posible señalar que el producto de la actividad legislativa resulta incompleto, por no incorporar una previsión cuya inclusión resultaba imperativa a la luz de la Constitución, y que por consiguiente existe una inconstitucionalidad que proviene de dicha omisión”*.

C) En torno a la segunda categoría de omisiones —absolutas— y la imposibilidad de efectuar control de constitucionalidad a su respecto, el pronunciamiento que referimos centralmente en este punto reenvía a lo sostenido por la C.C. en la Sentencia C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y, entre otras, las Sentencias C-246 de 2001

(M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-739 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-041 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Particularmente, se determina que “*la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales [...] Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta*”.

De cualquier modo, ello no ha impedido que en diversas ocasiones la C.C. haya recurrido a los *exhortos al legislador* (a los que refiriéramos en otro sector del trabajo), para que en un plazo razonable “expida la legislación que se echa de menos a la luz de los mandatos constitucionales”.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con el llamado al Congreso para que: emita una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución (Sentencia C-691 de 2008); actualice la legislación electoral (Sentencia C-230A de 2008); o expida el estatuto del trabajo en los términos del art. 53 de la Constitución (Sentencia C-750 de 2008).

En definitiva, de ello se desprende que si bien subsiste la imposibilidad de corregir directa e inmediatamente la omisión legislativa absoluta, sí pueden utilizarse instrumentos procesales constitucionales, como los *exhortos al legislador*, para urgir la actividad legisferante.

Como en otro sitio de esta investigación se apuntara, para la C.C. dicho instrumento “es un requerimiento al legislador, con o sin señalamiento de plazo, para que produzca las normas cuya expedición aparece como obligada a la luz de la Constitución”.

III. Recuento

De los precedentes reseñados y con las limitaciones propias de todo enfoque aproximativo, la doctrina judicial colombiana ofrece los siguientes elementos salientes:

- Considera que existe una *omisión legislativa* cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente.
- Adopta la distinción wesseliana de *omisiones absolutas y relativas*.

- Ha sentado posición en el sentido de que, por vía de principio, carece de competencia¹²³⁴ para conocer de demandas de inconstitucionalidad sustentadas en una *omisión legislativa absoluta*¹²³⁵.
- Pese a que el criterio jurisprudencial en el que niega el control directo e inmediato de la *omisión legislativa absoluta* se mantiene, es posible percibir cierta matización a semejante ocusión, desde que sí pueden utilizarse instrumentos procesales constitucionales como los *exhortos al legislador* para instar la actividad legisferante¹²³⁶. De hecho, la C.C. así lo ha realizado en asuntos de gran impacto social.
- Si bien en general ante la *omisión legislativa absoluta* no habría remedio, al menos, a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad; sí existiría alguno contra las *omisiones absolutas del Poder Ejecutivo*. Nos referimos a la *acción de cumplimiento*, conclusión que se desprende del razonamiento del

1234 Valga aclarar que en la percepción que el magistrado Álvaro Tafur Galvis vertiera en su voto salvado en la Sentencia N° C-1.433/00, aquella concepción contraria de la Corte a atribuirse competencia para controlar las omisiones legislativas absolutas habría quedado desairada por el criterio que la mayoría dejara plasmado en el voto triunfante en dicho pronunciamiento.

1235 Tal visión restrictiva no se compadecería íntegramente con la misión deferida en la Corte por la propia Ley fundamental en orden a preservar la integridad y la supremacía de ésta, cualidades que pueden quedar violadas no sólo por una norma de desarrollo constitucional, v. gr., “incompleta”, lesiva del principio de igualdad ante la ley o que concrete una deficitaria regulación por parte del órgano legislativo, sino también por la prolongación *sine die* de la omisión en el dictado de la normativa que, por imperio constitucional, aquel deba expedir.

No deja de ser útil colacionar aquí algunas de las reflexiones de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero en la aclaratoria de voto que sustentaran en la *supra* aludida Sentencia N° C-543/96, por caso, cuando afirmaron que “es necesario tener en cuenta que la Constitución, que es norma de normas (C.P. art. 4°), no sólo contiene prohibiciones o reglas de competencia y organización *pues el Constituyente también exige deberes positivos a los diversos órganos del Estado, entre los cuales está obviamente incluido el Legislador. Por consiguiente, si el Legislador no cumple esos mandatos específicos, podría configurarse una violación a la Carta que, en caso de ser demandada, caería bajo la competencia de esta Corte (C.P. art. 241 ord. 4°). En efecto, conforme ya lo mostramos, esta Corporación se pronuncia sobre los contenidos materiales de las leyes, esto es, sobre las normas legales, más que sobre los textos mismos, y una omisión legislativa absoluta no genera un vacío de regulación sino una norma específica*” (num. 8°, 1ª parte).

1236 La alegada incompetencia para abordar las *omisiones legislativas absolutas* tal vez no case muy bien con lo afirmado por el Tribunal en la Sentencia N° C-543/1996, en cuanto a que *en los casos en que encontró vacíos legislativos* hizo “exhortaciones” al Congreso para que expidiera la ley que desarrollara un determinado canon constitucional, las que —desde la óptica de la Corte— no constituían imposiciones sino admoniciones para que aquel órgano cumpliera la directiva constitucional (Sentencias N°s 90/1992, 24/1994, 473/1994, 285/1996, *inter alia*).

Cualquiera haya sido el tenor de las exhortaciones o admoniciones que efectuara al Congreso para que emitiera las leyes de desarrollo de las directivas constitucionales comprometidas en cada caso, si detectó *vacíos legislativos* fue porque la respectiva norma de desarrollo constitucional no existía y, si no existía, se estaba ante una omisión absoluta que el Tribunal intentó salvar instando al Congreso a legislar, es decir, a superar su inercia para liberar el tránsito de la fuerza normativa de la Constitución.

Tribunal en función del cual no puede “recurrirse a la creación de una analogía entre la omisión legislativa y la figura del silencio administrativo, pues éste parte de la existencia de un acto administrativo presunto (positivo o negativo) que en el caso de la omisión del legislador no se presenta. Por otra parte, tampoco hay término de comparación entre el acto administrativo que expide una autoridad de la rama ejecutiva y la ley creada por la rama legislativa. Los actos administrativos son sustancialmente diferentes a las leyes. Tanto es así que *contra las omisiones absolutas del ejecutivo cabe la acción de cumplimiento, mientras que contra las omisiones absolutas del legislador no cabe la acción de inconstitucionalidad*” (cfr. Sentencia N° C-1.064 de 2001, subap. 3.1.2.4.).

- Es clásica la posición que exige que para que se configure una *omisión legislativa contraria a la Constitución* deben abastecerse los siguientes recaudos: que exista una norma sobre la cual se predica la pretermisión; que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma; y que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.
- Sin embargo, elaboraciones recientes han permitido mudar (flexibilizar) el molde tradicional de configuración de la *omisión inconstitucional relativa*, que en principio requería la convergencia de una violación al *principio de igualdad*. De hecho, desde un punto de mira con más amplitud y cubrimiento, la C.C. ha entendido que aquella también puede corporizarse ante la vulneración del *derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso*, entre otros derechos o valores constitucionales.
- Es significativo que la C.C. haya construido y aplique en ciertos fallos la categoría del “*déficit de protección*” de derechos, plasmado por una *ausencia de previsión legislativa*.
- Finalmente y como otro interesante aspecto por destacar, es dable verificar en el repertorio jurisprudencial de la Corte el recurso a las sentencias *aditivas*, que —como hemos indicado reiteradamente en este trabajo— constituyen un instrumento útil para salvar las omisiones inconstitucionales legislativas relativas o parciales. Del repaso del repertorio decisonal del tribunal vemos que las ha denominado *sentencias de constitucionalidad condicionada* o también *sentencias integradoras*.

CAPÍTULO



II **PERÚ**

I. Preliminar

Primeramente, cabe advertir que una perspectiva autoral —conformada por EGUIGUREN PRAELI y GARCÍA BELAUNDE— sostiene que en el Perú rige el sistema de control de constitucionalidad dual o paralelo, dado que los modelos difuso y concentrado coexisten simultánea pero separadamente, sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse¹²³⁷.

En la Carta magna es dable verificar la institucionalización del control *difuso* cuando en el art. 138, párrafo 2º, dispone que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera; y, coetáneamente, la del *concentrado*, al estatuir —en el art. 202, inc. 1º, y su remisión al art. 200, inc. 4º, *Ibid.*— la competencia del Tribunal Constitucional (T.C.) para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley.

II. Devenir jurisprudencial

1. Panorama

Formulada aquella advertencia inicial, debe indicarse que no existe en el marco normativo peruano disposición alguna que consagre de modo expreso el control sobre las omisiones inconstitucionales.

Sin perjuicio de ello, el examen de algunos hitos del devenir jurisprudencial del T.C. arroja que, directa o tangencialmente, éste se ha ocupado de abordar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Siendo así, no deja de ser útil explorar ciertos pronunciamientos para resaltar algunas pautas que en torno a la problemática que nos convoca, se presentan diseminadas en la praxis del órgano máximo de control de constitucionalidad (con distintas integraciones).

1237 EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 266; y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 133-136.

2. Recorrido por la praxis del T.C.

A) Expediente N° 083-92-AA/TC

a) En la causa se analizaba el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 16 de marzo de 1992, que declarando la nulidad de la resolución de vista de fecha 29 de abril de 1991, la cual a su vez había confirmado la apelada de 19 de noviembre de 1990, desestimó la acción de amparo interpuesta por la Asociación de Servidores Civiles del Ejército, la Asociación de Empleados del Ministerio de Guerra, la Asociación de Empleados del Ministerio de la Marina y la Asociación Mutualista de Empleados Civiles de la Fuerza Aérea, contra el Supremo Gobierno, representado en el Ministro de Defensa y el Procurador Público a cargo de los Asuntos del Ministerio de Defensa.

Concretamente las asociaciones accionantes interpusieron su demanda sustentando el reclamo en la transgresión de sus derechos constitucionales a la vida, la igualdad, el bienestar, la remuneración justa, el principio de irrenunciabilidad de los derechos adquiridos y los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1979 —antecesora de la actual que data de 1993—, como consecuencia de una *omisión* proveniente del Gobierno y particularmente del Ministerio de Defensa, al no cumplir con la reglamentación del art. 60 del Decreto Legislativo N° 608, publicado el 11 de julio de 1990.

Para aclarar el planteo cabe recordar que dicho artículo disponía la incorporación del personal civil de los ministerios de Defensa y del Interior a la categoría remunerativa de oficiales y subalternos de las mismas instituciones, fijándose su jerarquía de acuerdo con su nivel y categoría dentro del escalafón civil y el tiempo de servicios reconocidos por las referidas instituciones. Tal incorporación en el aspecto remunerativo debía ser reglamentada mediante Decreto Supremo refrendado por los ministros de Defensa e Interior, en el plazo de noventa (90) días calendario contados a partir de la vigencia del citado Decreto Legislativo.

Como consecuencia de ello, el 20 de julio de 1990 se expidió el Decreto Supremo N° 024-90-IN, mediante el cual se reglamentó el numeral 60 y se aprobó el Reglamento de la Incorporación del Personal Civil nombrado (no policial) del Ministerio del Interior en las categorías remunerativas de oficiales y subalternos de la Policía Nacional; aunque a la fecha de la demanda no se había hecho lo propio con el Reglamento correspondiente al Ministerio de Defensa, motivo por el que los peticionarios solicitaron, vía amparo, se procediera a expedir el instrumento normativo correspondiente, bajo apercibimiento de aplicarse supletoriamente el citado Decreto Supremo N° 024-90-IN.

b) La sentencia del Tribunal, reunido en sesión de pleno jurisdiccional, fue expedida el 11 de diciembre de 1997¹²³⁸ y firmada por los magistrados Acosta Sánchez (Vicepresidente, encargado de la Presidencia), Nugent, Díaz Valverde y García Marcelo.

Para desarrollar su razonamiento, luego de transcribir el art. 60 del referido Decreto Legislativo N° 608 y de aclarar que formaba parte de una autorización para un crédito suplementario en el presupuesto del Gobierno central para el ejercicio fiscal de 1990, el Tribunal señaló que “la naturaleza de la norma objeto de atención, si bien es de índole programática, y por tanto, generadora de una obligación por parte del Estado, no posee solamente los caracteres de aquellas que s[ó]lo requieren para su vigencia, de una previa reglamentación legal, sino los de aquellas, que, además conllevan, la necesaria habilitación de condiciones económicas para que su ejercicio pueda tornarse efectivo. No en vano, forma parte de una norma de contenido eminentemente presupuestal. El problema en cuestión, no es entonces, un asunto baladí, sino que colinda directamente con la Teoría Constitucional y la explicación que aquella otorga a la operatividad inmediata o mediata de unas normas constitucionales por sobre otras” (párrafo 3° de los Fundamentos).

Añadió que si bien es cierto que se puede hacer exigible una norma que sólo requiriera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se hubiese venido prolongando durante un período notoriamente irrazonable, no se podría aplicar el mismo criterio (demandar la exigibilidad de una norma) cuando además de la reglamentación aquella reclamara la creación de condiciones económicas, ya que eso no era ni podría ser materia de evaluación conforme a criterios jurisdiccionales, sino de exclusiva competencia política (párrafo 4° de los Fundamentos).

Asoció a tal idea el hecho de que la Constitución Política de 1979, bajo cuya vigencia se interpuso la acción, estableciera en su Disposición General y Transitoria que “[l]as disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente” [remarcado del original], extrayendo de ello que era la idea de la *progresividad* y no la de la *inmediatez*, la que explicaba el carácter de normas como la analizada en la sentencia de marras (párrafo 5° de los Fundamentos).

Ciertamente, a los fines de esta investigación, se presenta como particularmente rescatable el párrafo 7° de los Fundamentos, del que se puede concluir la posición del Tribunal en punto a que sí sería posible demandar la *inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los poderes públicos* “ya que a la Constitución no s[ó]lo se le

1238 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/0083-1992-AA.html.

transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer”, aunque (siguiendo la matriz de su razonamiento) ello resultaría viable o procedente solamente de acuerdo con el tipo de norma programática cuya exigibilidad se invocara, descartándose dentro de tal contexto las de corte económico, por no ser materia de análisis en sede jurisdiccional.

Sobre tal base el Tribunal argumentó que si el art. 60 del Decreto Legislativo mencionado estableció un período de noventa (90) días calendario para la correspondiente reglamentación y ella no se cumplió, se debió a que las condiciones económicas que demandaba no podían darse de inmediato, como tal vez pudo haber sido la intención inicial (párrafo 8° de los Fundamentos).

En definitiva, el Tribunal confirmó la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, declarando la nulidad de la resolución de 29 de abril de 1991 que había confirmado la de fecha 19 de noviembre de 1990, determinó la improcedencia de la acción de amparo interpuesta.

c) A modo de reflexión final, vemos que la lectura del fallo permite insinuar como principio general que el Tribunal consideraba viable, al menos en abstracto, el planteo para corregir la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Afinando el análisis, se aprecia que el elemento dirimente para habilitar una pretensión en tal sentido radicaba en el tipo de norma programática cuya exigibilidad se reclamara: si ella fuera de naturaleza económica, no daría lugar a la articulación por la omisión inconstitucional; mientras que si no fuera de tal tenor, la proposición del reclamo sí resultaría factible.

Por lo demás y si bien el razonamiento del Tribunal se refirió explícitamente a la Constitución de 1979, creemos que el mismo resulta igualmente aplicable a la luz de la actual Ley fundamental sancionada en 1993.

En efecto, el grado de generalidad de la afirmación volcada en el párrafo 7° de los Fundamentos excedía el marco concreto y específico de una Carta magna en particular. ¿De qué otro modo podría si no entenderse la consideración del Tribunal en punto a que no sería imposible demandar la *inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los poderes públicos, ya que a la Constitución no sólo se le transgredía por lo que se hacía, sino por lo que se dejaba de hacer?*

B) Expediente N° 010-2002-AI/TC

a) La causa en cuestión giraba en torno a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil (5.000) ciudadanos contra los Decretos Leyes N°s.

25.475¹²³⁹, 25.659¹²⁴⁰, 25.708¹²⁴¹ y 25.880¹²⁴², así como sus normas complementarias y conexas.

Respecto de los dispositivos normativos atacados, y sintetizando al máximo la postulación de los demandantes, puede destacarse que estos sustentaban la inconstitucionalidad en tanto aquellos contravenían en el fondo a la Constitución Política del Perú (de 1979) y por no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establecía; añadiendo que contradecían y violaban los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en la Constitución de 1993 y en los tratados internacionales suscritos por el Perú.

La resolución del Tribunal, reunido en sesión de pleno jurisdiccional, fue emitida por mayoría el 3 de enero de 2003¹²⁴³. Dicho componente mayoritario estuvo constituido por los magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda y García Toma.

Por su parte, a través de un voto fundamentado (discrepante de la mayoría respecto de una cuestión muy puntual), se expidió el magistrado Rey Terry; lo propio hizo el magistrado Aguirre Roca; y, por último, mediante un voto singular se pronunció la magistrada Revoredo Marsano.

b) En uno de los tramos iniciales del pronunciamiento, el Tribunal argumentó acerca de su competencia para analizar la constitucionalidad de los mencionados Decretos Leyes (ver, en concreto, el Fundamento —F.— 21).

El problema se presentaba porque tales instrumentos jurídicos (Decretos Leyes) no quedaban comprendidos en el cuadro literal de las normas señaladas en el inc. 4° del art. 200 de la Constitución, referido a la acción de inconstitucionalidad.

Debe recordarse que el mencionado art. 200 consagra las denominadas “garantías constitucionales”¹²⁴⁴. Justamente en su inc. 4°, incluye dentro de éstas a “[l]a Acción

1239 Acerca del delito de terrorismo.

1240 Normativa que tipifica el delito de traición a la patria.

1241 El art. 1 de tal Decreto Ley, cuya constitucionalidad se cuestionó, rezaba: “En los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N° 25.659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones. “El juez instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el artículo 13° del Decreto Ley N° 25.475”.

1242 Cuyo art. 1 sancionaba penalmente la apología de terrorismo cometida por docente o profesor, que influyeran en sus alumnos.

1243 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2002-AI.html.

1244 El Código Procesal Constitucional (C.P.C., Ley N° 28.237), sobre el que volveremos, ha optado por emplear la denominación “procesos constitucionales” en remplazo de la de “garantías constitucionales” contenida en el art. 200 de la Ley fundamental peruana.

de *Inconstitucionalidad*, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

Por su parte, de acuerdo con el art. 202, inc. 1º, y como viéramos, correspondía al T.C. conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

En síntesis, el Tribunal indicó que según lo había entendido —implícitamente— en sentencias anteriores¹²⁴⁵, los instrumentos comprendidos en dicho dispositivo constitucional sólo tenían un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que eran susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad.

Fue así como se declaró competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1 de la Ley Orgánica del T.C.).

c) Luego y en función de la trascendencia de la acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del Perú, juzgó necesario efectuar una explicación del tipo de sentencia que dictaría, “con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecundo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional” (F. 26).

En el sentido expuesto, recordó que tradicionalmente, según se acogiera o rechazara el petitorio de la demanda, las sentencias del T.C. podían clasificarse en “estimatorias” o “desestimatorias”. No obstante ello, manifestó que el dinámico contexto social de Perú le obligaba —como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos (v. gr., de Italia, España y Alemania)— a dictar resoluciones que en cierta medida se apartaban de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias (F. 28). Indicó que tal era el caso de las sentencias *interpretativas*, que podían ser estimatorias y desestimatorias (F. 29).

Luego se refirió sucesivamente a las sentencias *aditivas*, en cuyo ámbito se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo que era necesario que se previera para que resultara conforme a la Constitución, caso en el que no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la *omisión*, de manera que tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición a aquello omitido (F. 30); *sustitutivas*, en las cuales se declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que

1245 Por ejemplo, en relación con el Decreto Ley N° 25.967 pronunció sentencia en fecha 23 de abril de 1997 en Expediente N° 007-96-1/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* de 26 de abril de dicho año.

prevé una determinada cosa, en vez de prever otra (F. 31); y *exhortativas*, en las que, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, el Tribunal sólo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado —y no sancionado— (F. 32).

A continuación indicó que en cualquiera de los casos, “detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la *omisión*, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora sólo condicionados” (F. 33).

Ello sentado, consideró que bien podía decirse que la sentencia que pronunciaba era “*estipulativa*”, puesto que exponía sus conceptos, alcances y efectos, de manera que, más adelante, ya no tuviera que volver a explicarlos (id. F.).

Seguidamente, sostuvo que dictar en el caso “una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, *sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho*, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático” (F. 35).

d) Luego de una extensa serie de consideraciones jurídicas, entre otros puntos resolutivos y focalizando específicamente lo que aquí interesa, el T.C. *exhortó* al Congreso de la República para que, *dentro de un plazo razonable*:

- Reemplazara la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en los FF. 190 y 194 de la sentencia.
- Estableciera los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los arts. 2; 3, incs. ‘b’ y ‘c’; 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25.475, conforme a lo expuesto en el F. 205.
- Regulara la forma y el modo como se tramitarían las peticiones de nuevos procesos a los que se refieren los FF. 229 y 230.

d.1) Acerca del primer asunto (reemplazo de la legislación correspondiente), se aprecia que en el F. 190 indicó que “el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez

de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que *el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación*. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de ‘mera incompatibilidad’ en este punto, el T.C. considera que *corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación*”.

Por su parte, en el segundo de los FF. citados en el particular (el 194), sostuvo que “el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otros que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, *por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias*”.

d.2) El segundo ítem (establecimiento de límites máximos de las penas correspondientes a los delitos allí indicados) reviste —desde nuestro punto de vista— una importancia singular, toda vez que el Tribunal efectivamente detectó una *omisión inconstitucional* y así lo declaró, pasando seguidamente a exhortar al Legislativo para que procediera a corregirla dentro de un plazo razonable.

De tal manera y luego de expresar que la impugnación planteada por los demandantes debía entenderse referida a los arts. 2; 3, literales ‘b’ y ‘c’; 4 y 5, del Decreto Ley N° 25.475, en tanto allí no se fijaban los límites máximos de las penas (F. 202), señaló que ello era inconstitucional (por afectar el principio de proporcionalidad), aunque tal inconstitucionalidad no estaba referida a lo que dichas disposiciones legales establecían, *sino a la parte en que no prevenían los plazos máximos de pena* (F. 205).

d.3) Finalmente, el último rubro exhortativo (dirigido a que se regularan la forma y el modo como se tramitarían las peticiones de nuevos procesos) reposaba —como vimos— en la urdimbre argumental tejida por los FF. 229 y 230.

En el F. 229, el Tribunal reiteró su obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que ellas generarían en el ordenamiento jurídico del Estado.

1246 Con la puesta en vigencia del C.P.C. quedaron derogados —entre otras prescripciones legales— los arts. 20 a 63, con excepción del 58, así como la primera y segunda disposiciones generales de la Ley

Señaló en este último sentido que el art. 40 de la Ley Orgánica del T.C.¹²⁴⁶ precisaba que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permitían revivir procesos fenecidos en los que se hubiera hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el 2º párrafo del art. 103 de la Constitución (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del art. 74, *Ibid.* (cfr. F. 229).

Consideró el Tribunal que la mencionada regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limitaba su posibilidad de modular los efectos en el tiempo de su decisión; es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pudiera disponer una *vacatio sententiæ* y de esa manera permitir que el legislador democrático regulara en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permitiera una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria (cfr. F. 230).

En consecuencia, declaró que la sentencia en cuestión no anulaba automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N° 25.659 declarados inconstitucionales (id. F.). Igualmente, estableció que de tal declaración de inconstitucionalidad tampoco se derivaba que dichos sentenciados no pudieran ser nuevamente juzgados por el delito de terrorismo, pues como expuso el Tribunal en los FF. 36¹²⁴⁷, 37¹²⁴⁸ y 38¹²⁴⁹, los

N° 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Justamente, la nueva Ley Orgánica del Tribunal N° 28.301 (sancionada el 1 de julio de 2004 y promulgada el 22 de julio del mismo año) entró en vigor concomitantemente con el citado C.P.C. (o sea, seis —6— meses después de su publicación, operada el 31 de mayo de 2004). La disposición derogatoria única de la Ley N° 28.301 estableció que con el comienzo de la vigencia de dicha preceptiva legal se derogaba la Ley N° 26.435, así como las demás disposiciones que se opusieran a aquella.

1247 Tal segmento de la sentencia reza: “El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el artículo 2º del Decreto Ley N° 25.475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1º del Decreto Ley N° 25.659, cuando indica que *‘Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2º del Decreto Ley N° 25.475’* [...]. Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1º y 2º del Decreto Ley N° 25.659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3º y 4º del Decreto Ley N° 25.475. En esencia, pues, un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos”.

1248 Allí, el fallo dispone: “En la misma situación se encuentran los siguientes casos: el inciso a) del artículo 1º y el inciso a) del artículo 2º del Decreto Ley N° 25.659, los que se asimilan a los artículos 2º y 3º, inciso a), primer párrafo, del Decreto Ley N° 25.475, respectivamente. El inciso b) del artículo 2º del Decreto Ley N° 25.659 se asimila al artículo 3º, inciso a), segundo párrafo, del Decreto Ley N° 25.475. El inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N° 25.659 se asimila al inciso a) del artículo 4º del Decreto Ley N° 25.475. Y, finalmente, el inciso b) del artículo 1º del Decreto Ley N° 25.659 se asimila al inciso e) del artículo 4º del Decreto Ley N° 25.475”.

1249 Punto en el que el Tribunal establece: “En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo

mismos supuestos prohibidos por el Decreto Ley N° 25.659 se encontraban regulados por el Decreto Ley N° 25.475 (id. F.).

Finalmente, determinó que una vez el legislador regulara el cauce procesal señalado, la posibilidad de plantear la articulación de un nuevo proceso penal habría de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado (id. F.).

C) Expediente N° 0006-2003-AI/TC

a) En el caso se ventilaba una acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cinco (65) congresistas de la República contra el inc. 'j' del art. 89¹²⁵⁰ del Reglamento del Congreso de la República. Dicho artículo regulaba el procedimiento del "antejuicio político", que se vinculaba con el procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el art. 99 de la Constitución¹²⁵¹, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, solicitaban que se declarara la nulidad de la Resolución N° 018-98-99-CR, de 2 de julio de 1999, que hacía lugar a la formación de causa contra un excongresista, aduciendo que tal disposición también vulneró los arts. 93¹²⁵², 99 y

preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria".

1250 Como pone de manifiesto el Tribunal, en dicho inciso no se hace mención expresa a cuál es el número de votos necesarios para el levantamiento de la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político, pues aquel tramo normativo se limita a establecer: "Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley, sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política. En el segundo caso, el expediente se archiva" (cfr. F. N° 7).

1251 Disposición que reza: "Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas".

1252 Que dispone: "Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

"No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.

"No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento".

100¹²⁵³ de la Carta fundamental, puesto que fue aprobada con cuarenta y un (41) votos en una sesión en la que estuvieron presentes ochenta y cuatro (84) congresistas hábiles, a pesar de que para alcanzar una mayoría calificada se requerían cuarenta y ocho (48) votos, si se restaban los miembros de la Comisión Permanente.

b) La sentencia fue emitida el 1 de diciembre de 2003¹²⁵⁴, habiéndose reunido el T.C. en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzáles Ojeda y García Toma.

Aquel cuerpo declaró infundada en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el inc. 'j' del art. 89 del Reglamento del Congreso; ordenó interpretar la disposición impugnada conforme a los FF. 12 y 15 de la sentencia, e improcedente en lo demás que contenía; y, finalmente, efectuó diversas *exhortaciones* al Congreso de la Nación¹²⁵⁵.

Es interesante colacionar el criterio que el Tribunal plasmara en el aludido F. 12, para lo que recurrió al tipo de *sentencia integrativa del ordenamiento*, también denominada sentencia "*a rima obligata*" de acuerdo con las enseñanzas de CRISAFULLI. En tal sentido consideró que debía "interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros" (id. F.).

A su turno y respecto de la aludida frase "sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política", contenida en el inc. 'j' del art. 89 del

1253 Dicha cláusula estipula: "Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

"El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

"En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

"La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

"Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso".

1254 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0006-2003-AI.html.

1255 Debe advertirse que con fecha 9 de diciembre de 2003, el Tribunal dictó un auto referido a la sentencia en cuestión, en el que —aclarando de oficio los alcances de ésta (cfr. art. 59 de la Ley N° 26.435, entonces vigente normativa Orgánica del Tribunal Constitucional)— precisó que los efectos de la sentencia regirían a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*. Su texto puede ser consultado en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0006-2003-AI%20Aclaracion.html.

Reglamento del Congreso, el Tribunal entendió (en el F. 15) que debía ser interpretada como aquella potestad sancionadora de la que era titular el Congreso para imponer los correctivos previstos en el primer párrafo del art. 100 de la Constitución, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios enumerados en el art. 99, *Ibid.*, “*siempre que dichos delitos hayan sido previamente declarados como tales en una sentencia firme expedida por el Poder Judicial, quedando proscrita toda interpretación contraria*” [subrayado del original].

c) En torno a la cuestión que nos interesa a los efectos de este trabajo, más que la elaboración argumental del Tribunal respecto del objeto central de la pretensión actora, importa poner de relieve algunas consideraciones que pueden figurativamente calificarse como *periféricas* aunque resultan de gran importancia pues, ni más ni menos, el Tribunal *exhortó al Congreso de la República a reformar la Constitución ante ciertas omisiones detectadas en el texto constitucional (y en el del Reglamento del Congreso de la República)* o determinadas especificaciones literales en aquel que resultaban inconstitucionales. Pasaremos a evocar algunos detalles de la cuestión.

c.1) Respecto de la primera de las cuestiones (*omisiones en el texto constitucional*), el Tribunal observó que los miembros del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) no contaban con la prerrogativa del antejucio político, no obstante ser funcionarios públicos de la mayor importancia en un Estado Democrático de Derecho, teniendo la obligación de “asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa” (artículo 176 constitucional).

En virtud de ello, el Tribunal decidió exhortar al Congreso de la República a reformar el precitado art. 99, *Ibid.*, “*incluyendo a los mencionados funcionarios del sistema electoral entre aquellos dignatarios que gozan del privilegio de antejucio político, o, en su caso, incluyendo una disposición que permita ampliar el privilegio de antejucio a aquellos funcionarios que la ley establezca, tal como lo hiciera el artículo 183° de la Constitución de 1979*¹²⁵⁶” (F. 27).

c.2) A su tiempo y con referencia al (censurable) contenido literal de la Ley fundamental, el Tribunal señaló que no existían criterios razonables que permitieran concluir que la prerrogativa del antejucio político debiera dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y la autonomía de los poderes públicos encargados,

1256 Antecesora de la actual Constitución de 1993 y sustituida por ésta (cfr. Disposición Final y Transitoria decimosexta).

por antonomasia, de la persecución e investigación del delito (F. 17), refiriéndose concretamente al Poder Judicial y el Ministerio Público.

Así, observó “con preocupación” lo expuesto en el tercer y el quinto párrafos del art. 100 de la Constitución; es decir, respectivamente, que: “En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente”; y que: “Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso” (id. F.).

Consideró que ambas disposiciones eran contrarias al principio fundamental de separación de poderes sobre los que se sustentaba el Estado Democrático de Derecho, agregando que “[s]i bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159^{o1257}; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139^{o1258}), la que, desde luego, alcanza

1257 Que establece: “Corresponde al Ministerio Público:

“1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

“2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.

“3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

“4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

“5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

“6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

“7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación”.

1258 El art. 139 individualiza los principios y derechos de la función jurisdiccional. Sus incisos 1 y 2 disponen, respectivamente:

“1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

“No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

“No hay proceso judicial por comisión o delegación.

“2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

“Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.

también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso” (id. F.).

Por consiguiente, adoptó idéntica actitud a la señalada precedentemente, *exhortando al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente* (id. F.).

c.3) En estrecho ligamen con el punto inmediatamente anterior, se presentan algunas omisiones descubiertas por el T.C. en el Reglamento del Congreso de la República, que también le condujeron a exhortar a éste para que procediera a su modificación.

Una de ellas radicaba en que no se había previsto la votación necesaria para aplicar las sanciones estipuladas en el nombrado primer párrafo del art. 100 de la Constitución, en los casos de juicios políticos, *omisión* que ni siquiera se encontraba prevista en el ordenamiento para supuestos sustancialmente análogos, razón por la cual, el Tribunal consideró que en el caso no cabía recurrir a una sentencia integrativa (F. 22).

Sobre el particular, juzgó que tal *omisión*, desde luego, podía desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el mencionado artículo constitucional, por lo que decidió *exhortar* al Congreso a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones (F. 23).

Para tales menesteres, dispuso que el Congreso tuviera en cuenta que los arts. 157 y 161, *Ibid.*, establecían que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requería el voto conforme de los dos tercios (2/3) del número legal de miembros del Congreso, por lo que, siendo así, a efectos de evitar incongruencias que pudieran desprenderse del propio orden constitucional, juzgó necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el citado art. 99 de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por diez (10) años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no fuera menor a los dos tercios (2/3) del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente (id. F.).

Por otra parte, y en vista de que el procedimiento regulado por el art. 89¹²⁵⁹ del Reglamento parlamentario se encontraba, *prima facie*, dirigido a regular el procedimiento de acusación constitucional para los casos de antejuicio político,

1259 Que establece el procedimiento del antejuicio político.

el Tribunal dispuso exhortar al Congreso a regular un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, conforme a las características de dicha institución que se desprendían de la sentencia anotada. Hasta que ello ocurriera, el Tribunal precisó que no encontraba inconveniente en que el procedimiento regulado en los incisos del artículo 89 del Reglamento fueran aplicados también a los juicios políticos, mientras resultaran compatibles con las características de dicha institución (F. 24).

Además, detectó que tampoco existía procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pudiera declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inc. 2º del art. 113 de la Constitución, esto es, por “su permanente incapacidad moral o física”, debido a lo que estimó procedente *exhortar al Congreso a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial* por la causal prevista en el inciso aludido, a los efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debía estipularse una votación calificada no menor a los dos tercios (2/3) del número legal de miembros del Congreso (F. 26).

Finalmente, y aun cuando el Tribunal concediera que el artículo constitucional 106 determinaba que para la aprobación o modificación de las leyes orgánicas se requería el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, advirtió que existía *silencio* respecto del número de votos necesarios para la aprobación de una ley ordinaria y que, en consecuencia, ese *vacío constitucional* debía ser cubierto por medio de la correspondiente disposición en el Reglamento del Congreso. De lo contrario, siendo permisible el voto de abstención de los congresistas, podría llegarse al extremo de que, con un reducido número de votos a favor, pudiera aprobarse una ley, especialmente cuando el número de congresistas presentes superara apenas el mínimo del quórum (en cuyo cómputo no se considerarían a los que gozaban de licencia).

Consiguientemente, *exhortó al Poder Legislativo a establecer el mínimo de votos necesarios para la aprobación de leyes ordinarias.*

D) Expedientes N^{os} 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC

a) Aunque sucintamente, vale traer a colación el fallo dictado por la Sala Primera del T.C. el 20 de abril de 2004, *in re* “A. A. M. G.,” al que ya hiciéramos alguna alusión anteriormente.

En el caso, se ventilaba una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA,

es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral; ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera.

Tal amparo fue acogido sólo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al T.C. por vía de recurso extraordinario.

Concretamente, vale destacar la argumentación del Tribunal en torno a los derechos económicos y sociales en general y en particular el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era necesario analizar la actuación del Estado para evitar que su falta de atención en la materia *deviniese en situaciones de inconstitucionalidad por omisión* (F. 39).

Añadió que en el campo de los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, de ninguna manera podía justificarse *la inacción prolongada, ya que ello devendría en una omisión constitucional* (F. 49).

Esta argumentación resulta un punto de alto interés que ofrece el presente fallo.

b) El segundo de los casos identificados en el título fue resuelto de idéntica manera al anterior en fecha 5 de octubre de 2004, también por la Sala Primera del T.C., en autos “J. L. C. C.”.

En este caso los tramos de la sentencia que marcan con claridad la conexión entre el abastecimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de los derechos sociales (en el caso, derecho a la salud respecto de una persona con SIDA) son los Fundamentos —FF.— 38 y 48 (equivalentes a los FF. 39 y 49 del pronunciamiento anterior).

E) Expediente N° 004-2004-CC/TC

a) La sentencia recaída en el expediente del epígrafe constituye un interesante precedente emitido el 31 de diciembre de 2004¹²⁶⁰, en el marco de una demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

El fallo del Tribunal, reunido en sesión de pleno jurisdiccional, fue suscrito por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, García Toma y, uniéndose a ellos, mas con sendos votos fundamentados, también lo hicieron los magistrados Alva Orlandini (Presidente), Revoredo Marsano y Gonzáles Ojeda.

1260 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/0004-2004-CC.html.

En concreto, el demandante aducía que el Poder Ejecutivo había invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República excluyendo el monto total del Poder Judicial conforme al art. 145 de la Constitución¹²⁶¹. Añadía que el ejercicio de tal competencia requería que el Ejecutivo incluyera en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remitía; y que la cuestionable atribución de que el Poder Ejecutivo pudiera variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que el Poder Judicial tuviera que sustentar ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.

Acusaba la accionante que por obra de la sustitución realizada por el Poder Ejecutivo, aquella se encontraba impedida de ejercer su competencia constitucional consistente en sustentar ante el Congreso de la República su proyecto de presupuesto, al tiempo de recordar que no se encontraba obligada a defender su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo y de dejar expuesto que la invasión de su competencia significaba un agravio a su independencia por parte de otro Poder del Estado.

Básicamente, entonces, el Poder Judicial solicitó al T.C.: *i*) que reafirmara que era competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo; *ii*) que reafirmara que era competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo; *iii*) que determinara que no era competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presentaba el Poder Judicial; *iv*) que declarara la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial consignada en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República; y *v*) que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, ordenara la inclusión en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.

b) Entre diversos asuntos relevados por el Tribunal y al modo como lo hiciera, aunque con variantes y menor densidad argumental, al dirimir el Expediente N° 010-2002-AI/TC —FF. 26 a 35—, pasó revista a distintas variantes taxonómicas de sentencias que estaba facultado a emplear, bajo el rótulo de “La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional”.

1261 Norma que establece: “El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso”.

Luego, y en forma sucesiva, examinó la naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto, los principios constitucionales en materia presupuestaria y las características del presupuesto.

Concretamente respecto de las categorizaciones taxonómicas y acotando al máximo las reflexiones del Tribunal, éste especificó que la doctrina había establecido una doble clasificación: la primera distinguía entre sentencias de *especie* o de *principio*, y la segunda entre sentencias *estimativas* o *desestimativas*.

Respecto de la primera clasificación, expuso que las de *especie*, se constituían por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto, en cuyo caso la labor del juez constitucional era meramente “declarativa”, ya que se limitaba a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

Por su parte, las de *principio* formaban la jurisprudencia propiamente dicha porque interpretaban el alcance y el sentido de las normas constitucionales, llenaban las lagunas y forjaban verdaderos precedentes vinculantes.

Acerca de la segunda clasificación, el Tribunal recordó que las sentencias *estimativas* podían ser de *simple anulación*, *interpretativas propiamente dichas* o *interpretativas-manipulativas (normativas)*. A su vez, entre estas últimas (interpretativas-manipulativas), el Tribunal identificaba las sentencias *reductoras*, *aditivas* (donde el órgano de control de la constitucionalidad determinaba la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa), *sustitutivas*, *exhortativas* y *estipulativas*.

Ya en torno de las *desestimativas*, precisó que podían consistir en una *desestimación por rechazo simple* o una *desestimación por sentido interpretativo (interpretación ‘stricto sensu’)*.

c) Del recorrido taxonómico anterior, sólo ahondaremos en la consideración del Tribunal acerca de las *sentencias exhortativas* (pues, al menos, nominalmente, una de ellas habría sido la implementada en el caso del epígrafe), respecto de las cuales advirtió que, a diferencia de las sentencias *reductoras*, *aditivas* y *sustitutivas*, no tenían efectos vinculantes¹²⁶².

1262 En ese sentido, el Tribunal expresó que las *exhortativas* son recomendaciones o sugerencias, *stricto sensu*, “que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la Constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional”.

En las *exhortativas* el órgano de control constitucional declaraba la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no disponía su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomendaba al Parlamento que, dentro de un plazo razonable, expidiera una ley sustitutoria con un contenido acorde con las normas, los principios o valores constitucionales.

Agregó que si en sede constitucional se consideraba *ipso facto* que una determinada disposición legal era contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confería al legislador un plazo determinado o determinable para que la reformara, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental. Aquí se invocaba el concepto de *vacatio sententiæ*, mediante el cual se disponía la suspensión de la eficacia de una parte del fallo, es decir, se modulaban los efectos de la decisión en el tiempo.

Por último, el Tribunal señaló que la exhortación podía concluir por alguna de las siguientes tres vías:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformadora de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia; lo que se configuraba cuando el legislador había incumplido con el dictado de la ley sustitutoria dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
- Expedición de una segunda sentencia, que se producía por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutoria.

d) Más allá de lo apuntado y para comprender el sentido de la resolución, también nos interesa evocar que —según lo indicara el propio accionante— el Tribunal advirtió que a diferencia de lo estipulado en los arts. 160¹²⁶³, 162¹²⁶⁴ y 178¹²⁶⁵ de la Constitución, que disponían que el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y el Jurado Nacional de Elecciones sustentaran su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo, el art. 145, *Ibid.*, no imponía tal condición al Poder Judicial.

1263 Es que constitucionalmente se dispone que el proyecto de presupuesto del Ministerio Público se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos; se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso.

1264 Norma cuya parte final establece que el proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

1265 El tramo *in fine* de dicha cláusula prescribe que el Jurado Nacional de Elecciones presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de presupuesto del sistema electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema, sustentándolo en esa instancia y ante el Congreso.

De las citadas normas constitucionales el Tribunal advertía un trato distinto para el Poder Judicial.

Además, puso de manifiesto la incoherencia entre el art. 80¹²⁶⁶, *Ibid.*, y las disposiciones referidas en el párrafo anterior; y, además, la *omisión* en aquel artículo de consignar al Presidente del T.C. y al Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, que presidían órganos constitucionales autónomos, y que por ello sustentaban sus respectivos presupuestos ante el Congreso sólo por mandato legal.

En consecuencia, el Tribunal estimó que el fallo técnico-constitucional por dictar debía también precisar que en el texto del artículo 80 constitucional, se enumerara a los funcionarios que tuvieran atribución para sustentar sus presupuestos ante el Congreso de la República.

e) Moviéndonos hacia el segmento dispositivo de la resolución, aunque fuera de lo específicamente vinculado con el núcleo del tema que nos interesa a los efectos de la investigación —a lo que nos referiremos expresamente más adelante—, el Tribunal consignó que había operado la sustracción de materia respecto de la pretensión de declaración de nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, y que se ordenara la inclusión del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el 27 de agosto de 2004 en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”. Además, declaró fundada la demanda en el extremo de la competencia conferida al Poder Judicial en el artículo 145 constitucional, por lo que, consecuentemente, interpretó que era competencia de tal Poder presentar su proyecto de presupuesto al Ejecutivo, sin que este último lo modificara, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República.

Ya en lo atinente al objeto de nuestro interés, el Tribunal decidió *exhortar*:

- Al Poder Judicial para que formulara una política judicial de corto, mediano y largo plazo (que debería ser el sustento técnico para la toma de decisiones del

1266 Tal disposición estipula: “El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector. El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.

“Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo.

“Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros”.

Poder Legislativo en relación con la aprobación del presupuesto del Judicial), en la que se definiera el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientaría la organización judicial para administrar justicia, a cuyo efecto debería identificar los fines generales y objetivos específicos, el inventario y la evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos, y la determinación de líneas de acción.

- Al Poder Legislativo para que dictara una ley mediante la cual se establecieran los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el art. 145 de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el art. 78 del mismo cuerpo legal. Y, asimismo, para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementaran las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia al que se encontraba abocado.

f) Como anticipábamos, el fallo del Tribunal contó con sendos votos fundamentados de los magistrados Alva Orlandini, Revoredo Marsano y González Ojeda.

El primero de ellos, si bien aclaró que compartía el fallo y los fundamentos que lo justificaban, planteó algunas consideraciones adicionales, enfocadas —en sintética presentación— a destacar:

- Que la diversa redacción de los arts. 145, 160, 162 y 178 de la Constitución no debía ser el único fundamento de la demanda incoada, pues existía “un clamor nacional a efectos de que el Poder Judicial cumpla cabalmente su atribución de impartir justicia. Los magistrados no sólo tienen derecho de percibir adecuadas remuneraciones, sino, adicionalmente, deben contar con el personal auxiliar y con los instrumentos técnicos necesarios” (F.J. 15).
- Que la “justicia en el Perú está en crisis desde hace muchos años” (F.J. 16), lo que atribuía a diversos factores y no sólo al económico. Más adelante, indicó que “[e]n la coyuntura actual, en que la sobrecarga procesal proviene de la transferencia de cientos de procesos del fuero privativo militar al Poder Judicial, del incremento de los procesos por corrupción de funcionarios, y del cada vez mayor número de procesos por tráfico ilícito de drogas (todos complejos), hay una necesidad perentoria de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencia de partidas” (F.J. 17).
- Finalmente, enfatizó la necesidad de un plan de reorganización del Poder Judicial y del Ministerio Público, para que, con el suficiente número de magistrados, afrontaran el problema de la justicia en el Perú (F.J. 18).

A su tiempo, la magistrada Revoredo Marsano construyó su razonamiento sobre algunos pilares fundamentales:

- Su discrepancia respecto de la catalogación como “fundamentos” de las consideraciones del Tribunal acerca de las clasificaciones doctrinarias de sentencias que éste acometió, las que juzgaba que no eran “útiles o pertinentes para el caso concreto a resolver, salvo el tipo de sentencia estimativa exhortativa”, que era la que se pronunciaba en la oportunidad, calificando además de “peligroso que el Tribunal Constitucional, frente a un caso concreto, se refiera innecesariamente y a modo de enseñanza a todos los tipos de sentencias constitucionales, definiendo sus objetivos y características” por cuanto estas definiciones “aun siendo ajenas al caso concreto, dejan sentada una posición vinculante del Tribunal Constitucional”, por lo que estimó que los magistrados debían actuar “con especialísimo cuidado y pertinencia en los fundamentos vertidos en cada caso” (todas las alusiones fueron plasmadas en el F. 1).
- Su posición acerca del tipo de “sentencias exhortativas” que —según sus colegas— podrían concluir con la expedición de una “segunda sentencia”, acerca de lo cual la magistrada manifestó su reparo, sobre todo si se tomaba conciencia de “que la gran mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes dictadas por el Congreso, sino a OMISIONES del Congreso en legislar determinados asuntos. Las omisiones legislativas del Congreso, en principio, no deben ser llenadas o superadas por el T.C. y menos de un modo conminativo, con plazo presunto y vía una ‘segunda sentencia’, no sabemos propulsada por qué norma constitucional” [mayúsculas del original] (F.J. 2).
- Se refirió a diversas cuestiones sobre la problemática presupuestaria (FF.JJ. 3 y 4).
- Por último, a lo largo del F.J. 5, reivindicó la necesidad de que las resoluciones del Poder Judicial fueran respetadas y ejecutadas sin denostaciones ni demoras “especialmente cuando es el Estado el obligado directamente a cumplirlas”, respecto de lo cual añadió que hacía enorme daño a la democracia y al Estado de Derecho, así como a la autoridad y al prestigio del Poder Judicial, que sus sentencias definitivas fueran ignoradas por el Ejecutivo, lo que “ocurre, principalmente, cuando tales sentencias implican un pago importante a cargo del Estado. Muchas veces, los montos que deben cancelar diversos sectores de la Administración Pública no son incluidos, año tras año, en los Presupuestos Generales de la República, con lo cual no sólo el Congreso —que aprueba el Presupuesto— sino el propio Presidente de la República —responsable constitucionalmente de la ejecución de las sentencias judiciales— vulneran flagrantemente la Constitución y lo que es más grave, impunemente”. Indicó que el cuadro de situación descrito debía cambiar y dejó

manifestado su anhelo en punto a que la sentencia que emitía el T.C. incidiera en un beneficioso cambio.

Por último, el Dr. Gonzáles Ojeda se refirió sucesivamente a:

- La trascendencia histórica y política del caso (FFJJ. 1 y 2).
- El T.C. y su participación en el proceso de deliberación sobre la construcción de un Poder Judicial autónomo (FFJJ. 3 y 4).
- El debate constituyente sobre el art. 145 de la Constitución (FFJJ. 5 y 6).
- La división de funciones, el Estado de Derecho y la autonomía del Poder Judicial (FFJJ. 7 a 14).
- El Poder Judicial y los derechos fundamentales (FFJJ. 15 a 17).
- El Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, como conformadores de dos contextos y dos concepciones sobre el rol de la judicatura en la democracia constitucional (FFJJ. 18 a 27).
- La necesaria vinculación de la autonomía presupuestaria, la independencia judicial y el derecho fundamental de tutela (FFJJ. 28 a 35).
- La interpretación constitucional como “cierre” del debate constituyente (FFJJ. 36 y 37). Terminó señalando, justamente en el FJ. 37, que “[e]l Poder Judicial, en el proceso de elaboración de su presupuesto, no puede estar sometido a interferencia alguna de parte del Poder Ejecutivo, menos a que éste sustituya su proyecto por otro no elaborado por los órganos de gobierno interno del Poder Judicial”, además de destacar que el art. 145 de la Constitución, para ser compatible con los derechos reconocidos por ella y con la tutela de los mismos que la propia Carta fundamental reservaba de modo exclusivo al Poder Judicial, “no puede sino ser interpretado como una facultad que debe ser ejercida por este Poder del Estado sin que el Ejecutivo pueda modificarlo a la hora de elaborar el proyecto de Ley de Presupuesto. Una lectura distinta supondría una seria amenaza para la autonomía institucional del Poder Judicial y, a la larga, para la independencia de los jueces”.

g) Luego del señalamiento de diversas pautas relativas al fallo en cuestión, no es difícil descubrir la importancia que posee.

En él, el T.C. se animó a explorar con una actitud amplia y aperturista diversos pliegues procesales constitucionales relativos al tenor, el alcance y los efectos de las sentencias que puede dictar para el cumplimiento de su rol como órgano de control de constitucionalidad. Incluso, reservando para sí un marco competencial habilitante para el empleo prospectivo de distintas variantes sentenciales que le permitan entrar

en diálogo con los poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo en orden a corregir acciones y omisiones inconstitucionales.

Además, el Tribunal se entregó valerosamente —tanto a partir de la conformación argumental de la mayoría, cuanto desde las aportaciones adicionales de los votos razonados— a afrontar un problema de sustancial importancia: la reivindicación de la trascendencia que, como reaseguro del Estado de Derecho y la pervivencia de los derechos fundamentales, tiene en un esquema constitucional un Poder Judicial confiable, imparcial, independiente y respetado por los restantes poderes del Estado.

F) Expediente 006-2008-PI/TC

a) En este asunto (conocido también como “Caso de la hoja de coca”) la sentencia fue emitida por el pleno jurisdiccional del T.C. el 11 de junio de 2008 en el marco del proceso constitucional incoado por el Presidente de la República contra el Gobierno regional de Puno con el objeto de que se expulsaran del ordenamiento jurídico peruano los arts. 1 y 2 de la Ordenanza Regional N° 022-2008¹²⁶⁷ emitida por la parte demandada, ordenanza que —según se alegaba— excedía su competencia e invadía la del Gobierno nacional.

La resolución juzgó fundada la acción incoada y declaró inconstitucionales las normas impugnadas y, por conexidad¹²⁶⁸, los demás artículos de la Ordenanza.

Llevando al límite la síntesis de la cuestión, se observa que ella versaba sobre el tema de la “hoja de coca”, resaltándose la íntima relación del cultivo y el uso tradicional de la misma como parte de un conjunto de prácticas sociales, culturales, medicinales y de intercambio comercial, de determinadas comunidades del Perú, con el derecho reconocido en el art. 2.19 de la Constitución a la identidad étnica y cultural, obligando al Estado a proteger estas manifestaciones como expresión del pluralismo que constituye el principio que define al Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

1267 El primero de los artículos establecía: “Reconocer a la planta de coca, como Patrimonio Regional, cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico histórico, alimenticio, medicinal e industrial, como símbolo del Pueblo quechua-aymara de la Región de Puno”.

El segundo de ellos estipulaba: “Reconocer como zonas cocaleras de cultivo tradicional a las cuencas de: Inambari y Tambopata en la Provincia de Sandía; y a la cuenca del Inambari en la Provincia de Carabaya; donde el volumen de cultivo guarde estricta relación directa con la carga familiar, el sueldo mínimo vital, o el equivalente a una UIT por mes, mientras no exista otra fuente de ingreso rentable. Asimismo declárese de interés regional el cultivo del arbusto de la hoja de coca debiéndose imponer políticas de revalorización de la misma, como recurso natural y patrimonial de Puno”.

1268 El fallo fue firmado coincidentemente por todos los magistrados intervinientes, recibiendo sólo un fundamento de voto del Magistrado Ernesto Álvarez Miranda.

b) Antes del decisorio que anotamos, el T.C. había emitido sentencias en los Exptes. N^{os}. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), efectuando exhortaciones: *i*) al Congreso, a fin de que procediera a reconocer a la hoja de coca como patrimonio cultural de la Nación; *ii*) al Instituto Nacional de Cultura (INC), a fin de que evaluara la conveniencia técnica de esa declaración como patrimonio cultural inmaterial; y *iii*) al Poder Ejecutivo y a DEVIDA (organismo encargado de diseñar y conducir la política nacional de lucha contra el consumo de drogas), a fin de que concretaran el desarrollo del Programa de Desarrollo Alternativo.

c) En la causa que referimos, el T.C. llamó la atención sobre la inactividad del legislador a pesar de haber transcurrido dos (2) años desde el dictado de aquellas exhortaciones.

En ese marco, sostuvo que *la desidia o inacción legislativa* es, al igual que la acción positiva del legislador, *susceptible de ser objeto de control constitucional*. En el caso de la omisión inconstitucional, cuando concurren las siguientes circunstancias: *i*) transcurso de un período razonable sin que el órgano legislativo haya emitido la norma exigida desde la Constitución; *ii*) existencia de un mandato claro sobre la obligación de legislar; y *iii*) posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional, de modo que el ocio del legislador pueda ser superado con la actuación del órgano jurisdiccional (F.J. 36).

Según el T.C., la justificación del control de las omisiones legislativas se basa, entre otras razones, en las siguientes (F.J. 41):

- La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución.
- La reivindicación de la naturaleza “social” del Estado Constitucional, en el entendido de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales.
- La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución.
- La naturaleza y el rol actual que han asumido los tribunales constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena.
- Finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y la efectividad de los derechos fundamentales.

Añadió (en el F.J. 42) que debía distinguir entre *omisiones absolutas u omisiones del legislador* y *omisiones relativas u omisiones de la ley*.

Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia de la Norma fundamental.

En cambio, las omisiones de la ley u omisiones relativas están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. El parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas es el principio constitucional de igualdad.

Puntualizó que dos son los mecanismos que suelen utilizarse a efectos de remediar los problemas que presentan las omisiones por parte del legislador en el tiempo: **a)** la apelación al plazo razonable como un tiempo prudencial que permita cubrir la omisión; y **b)** la fijación de un plazo fijo por parte de las instancias judiciales (F.J. 45).

Señaló también que correspondía distinguir las *omisiones constitucionalmente explícitas*, es decir, las que contravienen un mandato constitucional explícito de legislar, *de aquellos supuestos en los que la constatación de la omisión solamente se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa*. Dichas pretermisiones, denominadas de “configuración jurisprudencial”, se conforman como mandatos normativos que se proyectan con efecto *erga omnes* conforme al art. 204¹²⁶⁹ de la Constitución y los arts. 81 y 82¹²⁷⁰ del Código Procesal Constitucional [C.P.C.] (FFJJ. 42 a 44).

1269 Tal disposición constitucional determina:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

“No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

1270 Bajo el título de “Efectos de la Sentencia fundada”, el art. 81 del C.P.C. establece:

“Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

“Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

“Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano”.

Por su parte, con el rótulo de “Cosa juzgada”, el artículo 82, *Ibid.*, dice:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Juzgó que en el caso que analizaba, se corporizaba una *omisión de configuración jurisprudencial* porque pese a que ya había señalado en anterior oportunidad que el Congreso debía proceder a declarar a la hoja de coca como patrimonio cultural de la Nación, como consecuencia de la protección que el Estado debe brindar al derecho a la identidad cultural consagrado en el citado art. 2, inc. 19, de la Constitución, el *legislador no había cumplido con tal mandato no obstante haber transcurrido un plazo razonable*.

El T.C. puntualizó que no obstante que la Constitución peruana no contempla expresamente la posibilidad de fiscalizar las omisiones legislativas, el fundamento del control de éstas *“debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas [...], sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad”* (F. 37).

d) Más allá del resultado del proceso, el fallo es de notable relevancia pues el T.C. asume claramente y sin ambages el fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión* y, con apoyo en aportes doctrinarios y jurisprudenciales extranjeros, delinea un conjunto de elementos significativos para dar cuerpo a una suerte de modelo teórico de la figura en el escenario jurídico peruano.

G) Expediente 05427-2009-PC/TC

La sentencia se dictó el 30 de junio de 2010 por el pleno jurisdiccional en la causa “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva —AIDSESP—”, que fuera aludida anteriormente.

En la causa, AIDSESP dedujo un *proceso de cumplimiento* a los efectos de que el Ministerio de Energía y Minas cumpliera con adecuar sus “normas”, “reglamentos” y

“Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.

“La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código”.

“directivas” de conformidad con lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT¹²⁷¹, respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales.

De acuerdo con el art. 200, inc. 6°, de la Constitución, el *proceso de cumplimiento* procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. A su tiempo, el art. 66 del C.P.C. establece que el objeto de dicho proceso es ordenar que el funcionario o la autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

En el F.J. 10 el T.C. razonó que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretendía estuviera inserto en un tratado de derechos humanos y ostentara, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representaba más bien un *argumento de fuerza* para requerir judicialmente su efectivización. Ello porque si en el ordenamiento jurídico peruano se brindaba adecuada protección al *derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos*, con mayor razón se podía exigir, a través de este proceso, se tutelara el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que estaba inscrito en una norma de rango constitucional.

Dicho de otro modo, si según el art. 66, inc. 2°, del C.P.C., “el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal expresa, más legítimo resulta afirmar que éste se encuentra obligado a emitir dicha norma si ella viene exigida por un *tratado internacional de rango constitucional directamente aplicable* que impone similares obligaciones a la entidad demandada en orden a sus competencias normativas” [énfasis del original].

Luego, en los FFJJ. 11, 18, 22 y otros, reiteró algunas de las pautas relativas a la inconstitucionalidad por omisión que había vertido en el recientemente nombrado Expediente 006-2008-PI/TC (“Caso de la hoja de coca”) y dijo apreciar con preocupación la incoherencia presente en el ordenamiento jurídico del Perú, que había habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero había ignorado recoger un proceso que

1271 Es preciso recordar que en la STC 0022-2009-PI/TC, “Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5.000 ciudadanos” (pleno jurisdiccional, 9 de junio de 2010), el T.C. interpretó que el Convenio N° 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de *resistir* infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales —fuerza pasiva— sino de *innovar* el ordenamiento jurídico [peruano], incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquel a título de derechos de rango constitucional —fuerza activa— (F.J. 10).

permitiera “*el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional. Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial*” (F.J. 19).

En definitiva, lo que nos interesa particularmente destacar aquí es que aunque el sistema normativo peruano no cuente con una acción específica para corregir las omisiones inconstitucionales, el T.C. *adecuó o redimensionó el proceso de cumplimiento* planteado para dar respuesta a la pretensión de la AIDSESEP.

Advirtió al respecto que, en estricto, “la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una *omisión normativa inconstitucional directa*, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; sino que se encuentra dentro de la categoría de *omisión normativa inconstitucional indirecta*, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional” [énfasis del original] (F.J. 25).

Por lo demás, aclaró que si bien no existía una ley que hubiera desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería no existir el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, “dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio N° 169 vincula a todos los poderes públicos y no sólo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N° 169, deben ser consultadas” (F.J. 26).

III. Recapitulación y mensaje final

1. Ya desde sus orígenes funcionales, y expresamente de cara al plexo constitucional de 1979 aunque tácitamente con efecto expansivo hacia la actual sancionada en 1993,

el T.C. pareciera haber admitido como principio general la viabilidad del planteo correctivo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los poderes públicos, al afirmar que “a la Constitución no s[ó]lo se le transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer” (cfr. sentencia recaída en Expediente N° 083-92-AA/TC).

Ciertamente y a partir de la lectura de la trama argumental que el Tribunal elaborara en la citada sentencia, dicho control podría ejercerse respecto de las normas programáticas de cualquier tipo, excepción hecha de las de contenido económico, pues éstas quedarían exentas de la fiscalización de constitucionalidad en función de la aplicabilidad del principio de progresividad y no de inmediatez en los postulados constitucionales que las contienen. Esto último, sin perjuicio de cuanto diremos *infra* en torno a lo resuelto por la Sala Primera del T.C. en los Expedientes N°s. 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC.

2. Más allá de lo anticipado en el subapartado anterior, en otros pronunciamientos también el Tribunal ha evidenciado que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión no le es extraña, además de dar muestras de la posibilidad de corregirlas.

Así ha ocurrido, *inter alia*, al referirse a las *tipologías sentenciales susceptibles de cubrirlos*, por ejemplo, los pronunciamientos *aditivos* (*vid.* Expedientes N°s. 010-2002-AI/TC y 004-2004-CC/TC); o incluso al *exhortar* al Legislativo a modificar la Constitución para salvar la omisión contenida en uno de sus artículos (el 99) debiendo para ello incluir en la nueva normativa constitucional a ciertos funcionarios del sistema electoral entre aquellos dignatarios que gozan del privilegio de antejuicio político, o, en su caso, incorporar una disposición que permitiera ampliar el privilegio de antejuicio a aquellos funcionarios que la ley establezca (Expediente N° 0006-2003-AI/TC).

3. Quizá en el resolutorio emitido en el Expediente N° 010-2002-AI/TC pueda visualizarse con mayor nitidez el ejercicio del control sobre una pretermisión anticonstitucional, ya que en uno de sus tramos y luego de constatar tal *omisión* y de declararla inconstitucional, pasó a *exhortar* al Congreso a que la corrigiera dentro de un plazo razonable.

En concreto, determinó que los arts. 2; 3, literales ‘b’ y ‘c’; 4 y 5, del Decreto Ley N° 25.475, en la medida en que en ellos no se fijaban los límites máximos de las penas, eran inconstitucionales por afectar el principio de proporcionalidad, aunque se encargó de advertir que dicha inconstitucionalidad no estaba dada en lo que aquellas disposiciones prescribían, *sino en la parte en que no preveían los plazos máximos de pena*.

4. No es precisamente un dato menor que el Tribunal tenga en cuenta y verbalice las clasificaciones doctrinarias sobre tipos sentenciales que puede dictar un tribunal

constitucional, definiendo sus particularidades, alcances y objetivos, pues ello supone que no está cerrado en modo alguno a admitir y aplicar cualquiera de los subtipos que allí explica, los que en forma pura o combinada pueden llevarle, como de hecho ha sucedido, a ocuparse de la corrección de las omisiones inconstitucionales.

Es así como en el introito del F. 1 de la sentencia proferida en el Expediente N° 004-2004-CC/TC dijo claramente que consideraba conveniente “*fixar su posición acerca de cuatro temas relevantes en materia constitucional y que se derivan del caso [por dirimir]*”, cuarteto temático encabezado por la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional, tal como también lo efectuara en el pronunciamiento recaído en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.

Mutatis mutandis, y si bien precisamente el tratamiento de tal cuestión en la sentencia pronunciada en el Expediente N° 004-2004-CC/TC entrañó uno de los motivos del voto fundamentado de la magistrada Revoredo Marsano, para ella no pasó inadvertida la consideración sobre dicho asunto.

En efecto, luego de afirmar que las clasificaciones de los tipos de sentencias que contenía el pronunciamiento no se trataban de “fundamentos” propiamente dichos sino de una reseña didáctica y doctrinaria sobre las clases de decisorios que pueden darse en general, señaló que aquellas clasificaciones doctrinarias no resultaban útiles o pertinentes en el caso concreto por resolver, salvo el tipo de sentencia *estimativa exhortativa*, que era la que se pronunciaba en la ocasión.

En un interesante párrafo aseveró que “aun constituyendo doctrina jurídica, considero peligroso que el Tribunal Constitucional, frente a un caso concreto, se refiera innecesariamente y a modo de enseñanza a todos los tipos de sentencias constitucionales, definiendo sus objetivos y características: *estas definiciones, aun siendo ajenas al caso concreto, dejan sentada una posición vinculante del Tribunal Constitucional*, por lo que estimo que debemos actuar —los magistrados— con especialísimo cuidado y pertinencia en los fundamentos vertidos en cada caso”.

Más adelante, aclaró que su particular preocupación se centraba en el tipo de “sentencias exhortativas” en tanto sus colegas indicaban que la exhortación contenida en el fallo de esas resoluciones podía concluir —entre otras consecuencias— con la expedición de una “segunda sentencia”; en otras palabras, “cuando el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso a elaborar y a aprobar una futura ley que el Tribunal estima necesaria, y el Congreso no la aprueba en un plazo razonable, entonces [...] el Tribunal Constitucional puede expedir una «segunda sentencia»”.

Y justamente a continuación reconoce que “[e]l asunto se agrava si se toma conciencia que la gran mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes

dictadas por el Congreso, sino a OMISIONES del Congreso en legislar determinados asuntos. Las omisiones legislativas del Congreso, en principio, no deben ser llenadas o superadas por el Tribunal Constitucional y menos de un modo conminativo, con plazo presunto y vía una ‘segunda sentencia’, no sabemos propulsada por qué norma constitucional” [mayúsculas del original].

Algunas breves acotaciones finales nos merece el voto razonado de la exmagistrada: en primer lugar, creemos que no niega indiscriminadamente la posibilidad de superación de las omisiones legislativas por el T.C., pues sólo dice que “en principio” ello no debería hacerse; en segundo lugar, pareciera que su verdadera discrepancia radicaría en la circunstancia de solventar tales omisiones de un modo conminativo, con plazo presunto y por vía de una segunda sentencia; y, en tercer lugar, no es irrazonable inferir que —tácitamente, al menos— reconoce que en el caso en cuestión el Tribunal había procedido a ejercer control de constitucionalidad sobre una omisión legislativa, pues admite que aquel dictó en el particular una sentencia *estimativa exhortativa* y luego afirma que *la mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes dictadas por el Congreso, sino a omisiones de éste en legislar determinados asuntos*, justamente lo que sucedió en el particular, donde una de las exhortaciones al Congreso contenidas en la parte dispositiva apuntaba a que sancionara una ley mediante la cual se establecieran los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

5. Dos fallos significativos son los recaídos en Expedientes N^{os}. 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC, dictados por la Sala Primera del T.C., en los que enlazó el riesgo cierto del Estado de caer en *omisiones inconstitucionales* en la medida en que *incumpliera las obligaciones asumidas en el campo de los derechos sociales*; en el caso, particularmente el derecho a la salud de personas que padecen SIDA.

Aunque no sea demasiado original lo que diremos, vale la pena recordar que el ámbito en el que se producen las *pretericiones inconstitucionales* cuantitativamente más importantes es precisamente el de los derechos sociales.

De allí la importancia de vincular éstas y otras cuestiones: las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales en general y del derecho a la salud en particular; el concepto de progresividad y la percepción en punto a que una prolongada (e injustificada) demora del Estado en satisfacer semejantes derechos fundamentales podía hacerlo incurrir en una indolencia inconstitucional.

6. No deja de ser importante testimoniar cómo desde ciertos sectores de la doctrina peruana se destaca la existencia de algunas hipótesis contenidas en el propio texto de la Constitución, en función de las cuales se habilitaría alguna vía alternativa para corregir ciertas omisiones o inercias inconstitucionales.

En esa dirección, y luego de identificar como alguna de las posibilidades de solución el hecho de que la competencia no ejercida fuera transferida de pleno derecho a otro organismo, MORÓN URBINA¹²⁷² expone que tal mecanismo ha sido utilizado con mesura en el contexto del procedimiento de generación normativa, cuando —por ejemplo— la actual Constitución peruana autoriza al Presidente de Congreso y, en su defecto, al de la Comisión Permanente para promulgar los proyectos de ley no sancionados en su oportunidad por el Presidente de la República (art. 108¹²⁷³), o cuando otorga competencia al Poder Ejecutivo para promulgar la norma anual de presupuesto no votada por el Congreso dentro del término previsto (art. 80).

7. Ligado a lo anterior, una vertiente de la doctrina peruana se expide —con mayor o menor contundencia— por hacer viable la alternativa fiscalizadora correctiva de la inconstitucionalidad por omisión.

Pueden incluirse en dicha nómina, entre otros autores¹²⁷⁴, al citado MORÓN URBINA y a ETO CRUZ.

1272 MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, p. 453.

1273 Dicha norma establece: “La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

“Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

“Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

1274 Por ejemplo, ÉDGAR CARPIO MARCOS, CARLOS MESÍA RAMÍREZ y ALBERTO BOREA ODRÍA.

Respecto del primero puede verse, por ejemplo, su trabajo titulado “La inconstitucionalidad por omisión legislativa a propósito de la jurisdicción constitucional en el Perú”, *El Jurista. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres*, Año I, N° 1, Lima, enero de 1991, pp. 89-104.

Ya acerca del segundo, es posible compulsar “La primera acción de cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión”, *Diálogo con la jurisprudencia. Revista de crítica y análisis jurisprudencial*, Año II, N° 2, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, pp. 19 y ss.

En torno al tercero, ETO CRUZ relata que en el nivel de la legislación ordinaria el tema de la omisión inconstitucional fue previsto al debatirse en la Comisión que elaboró la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23.506). Apoyándose en palabras de BOREA ODRÍA, recuerda que la mayoría de la Comisión aprobó un artículo que en el proyecto llevaba el N° 26, de acuerdo con el cual se disponía que “[n]o dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado” (BOREA ODRÍA, Alberto, *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985, p. 187; cit. por ETO CRUZ, Gerardo, en el capítulo denominado “La inconstitucionalidad por omisión”, de su libro en coautoría con CARPIO MARCOS, Édgar, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado. Reflexiones a propósito del caso peruano*, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, FUNDAP, Querétaro, 2004, p. 53). Ante el temperamento adoptado, BOREA ODRÍA emitió un voto singular proponiendo la precedencia de la acción de amparo en aquellos casos en los cuales fuera necesaria la previa reglamentación legal (ETO CRUZ, Gerardo, ídem).

Con algunos matices, entre otras importantes coincidencias, estos últimos se detienen a evocar la historia constitucional del Perú y destacan en tal recorrido que numerosas normas constitucionales jamás llegaron a aplicarse por falta de leyes de desarrollo constitucional.

Así, puede señalarse que la Constitución de 1920 exigía una legislación sobre seguridad industrial (art. 47), una relativa a los monopolios (art. 50), un Congreso Regional (arts. 102, inc. 3°, y 140), un Consejo de Estado, que no tuvieron encarnadura a causa de la inexistencia de normativa infraconstitucional¹²⁷⁵; la Constitución de 1933 que consagró los concejos departamentales (arts. 184-194), cuya decisión política —según enseña MORÓN URBINA— feneció sin ser desarrollada durante los cuarenta y siete años (47) de vigencia de dicha Constitución, o la acción popular (art. 133) que necesitó el transcurso de treinta (30) años para entrar en vigencia; o la Carta de 1979 que fue remplazada (por la actual de 1993) sin llegar a cumplir sus mandatos efectivos¹²⁷⁶.

De los autores reseñados, el que con mayor vehemencia se pronuncia favorablemente es ETO CRUZ, quien ha llegado a proponer en una futura reforma constitucional la incorporación de un nuevo proceso constitucional en defensa de la Ley fundamental bajo el *nomen iuris* de “acción de inconstitucionalidad por omisión” ubicada en el marco de competencia exclusiva del T.C., dirigida al control abstracto de la omisión inconstitucional y cuya sentencia estimativa no sólo debería disponer una simple recomendación al legislador renuente, sino su expreso desarrollo legislativo a través de un plazo inmediato o razonable¹²⁷⁷.

Siguiendo la evocación de ETO CRUZ, BOREA ODRÍA ha sostenido al respecto: “Si ha pasado un tiempo razonable y el legislador no ha cumplido con pronunciarse sobre el tema que la Constitución ordena, cabe la interposición de la acción de amparo y la suplencia de la inactividad legislativa por medio de una resolución judicial aplicada solamente al caso concreto del reclamante y con vigencia tan sólo hasta que el Poder Legislativo cumpla con emitir la norma” (BOREA ODRÍA, Alberto, op. cit., p. 188, aludido por ETO CRUZ, Gerardo, op. cit., p. 54).

Recuerda ETO CRUZ que, cuando la Comisión concluyó el proyecto, éste fue aprobado por el Consejo de Ministros y posteriormente remitido al Parlamento, donde la Comisión de Constitución lo revisó e hizo diversos retoques, suprimiendo el art. 26 del proyecto original y quedando el art. 25 que establece: “No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución [de 1979]”, es decir, las disposiciones constitucionales que irrogan nuevos gastos e inversiones (op. cit., p. 55 y nota 71).

1275 ETO CRUZ, Gerardo, en el capítulo llamado “La inconstitucionalidad por omisión”, del libro de su coautoría con CARPIO MARCOS, Édgar, op. cit., p. 51.

1276 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 452.

1277 ETO CRUZ, Gerardo, en el capítulo titulado “Una propuesta específica de Reforma Constitucional en el Perú: la creación del Proceso Constitucional de la acción de inconstitucionalidad por omisión”, en el libro de su coautoría con CARPIO MARCOS, Édgar, op. cit., p. 102.

No sin firmeza, MORÓN URBINA también despliega un abanico argumental en favor del instituto en cuestión, poniendo de relieve —entre variados fundamentos— que corresponde llamar la atención respecto de “la necesidad de asegurar igual sujeción a la Constitución de la función normativa, con la asignada a otras funciones del Estado (administración y jurisdicción). En efecto, no obstante que la omisión del accionar estatal constituye un fenómeno posible durante el ejercicio de cualquier función pública; hasta la fecha, el Derecho sólo ha previsto soluciones parciales al problema, como son, por un lado, el reconocimiento del silencio administrativo, el agotamiento de la vía procedimental o la acción de cumplimiento, cuando la omisión es producida por la función administrativa del Estado y, por otro lado, la penalización como delito de denegación de justicia, a la preterición dolosa incurrida por los encargados de la función judicial”¹²⁷⁸.

Semejante situación le lleva a afirmar que “entre las posibles omisiones estatales en el ejercicio de las funciones administrativa, judicial y legislativa, *la única desprovista de algún remedio jurídico eficaz resulta ser la omisión legislativa*”¹²⁷⁹.

8. Más allá de algunas señales perceptibles en la jurisprudencia del Tribunal y en algún segmento del arco doctrinario, en cuanto a su situación actual en el derecho positivo peruano, debe aclararse que la figura no quedó cristalizada en el Anteproyecto de la Ley de Reforma Constitucional de abril de 2002 ni en el Proyecto de Reforma Constitucional de julio de 2002, elaborados por la Comisión de Constitución del Congreso del Perú, y tampoco fue incorporada al Código Procesal Constitucional (Ley N° 28.237).

9. Dejamos para el final poner de manifiesto la existencia de algunos signos muy alentadores en la jurisprudencia reciente del T.C., en torno al incremento de su preocupación por las formas o los modos de superar las preterisiones inconstitucionales.

Nos referimos por ejemplo a los casos de la “Hoja de coca” y de “AIDSESP”, en los que enfocó frontal y sistemáticamente la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, aun cuando no exista un remedio específico para conjurarla en el esquema normativo del Perú.

Se perfilaron, así, ciertas pautas para su aplicación; se examinaron sus distintas modalidades (incluso verbalizándose en el primero de los casos nombrados que se había conformado una particular hipótesis de *omisión de configuración jurisprudencial*);

1278 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 452.

1279 Ídem.

se ponderaron los aportes de la jurisprudencia del Tribunal para colaborar con el legislador a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, en las que “sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad” (como lo mencionara también en el mismo fallo).

Y, con un tinte aperturista, se dejó en claro la idea de buscar vías para controlar las pretericiones inconstitucionales, a partir de la existencia de un principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales, por ejemplo, mediante la readecuación de un *proceso de cumplimiento* incluso para dar operatividad a disposiciones surgidas de un instrumento internacional de derechos humanos como el Convenio N° 169 de la OIT (como lo hiciera en la segunda de las causas señaladas).

Así, no cabe duda de que el instituto de la inconstitucionalidad por omisión pareciera haber recibido carta de ciudadanía, al menos por ahora, en el ámbito de la doctrina jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO

III

**GUATEMALA Y MÉXICO.
ALGUNAS IMÁGENES EN CHILE,
EL SALVADOR Y NICARAGUA**

I. Guatemala

1. Algunos signos incipientes en la materia anteriores a la sentencia de 17 de julio de 2012 (Expte. N° 1.822/2011)

Antes de la sentencia que identifica el epígrafe, la Corte de Constitucionalidad (C. de C.) exhibía en su repertorio jurisprudencial ciertos precedentes en los que enfocaba —aunque no con demasiada contundencia— la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Efectuaba algunas citas doctrinarias sobre la materia y concluía en la imposibilidad de declarar la denominada omisión inconstitucional absoluta, decantándose sólo por la viabilidad de la omisión inconstitucional relativa.

En líneas generales, la tesis que sostenía la C. de C. puede expresarse de la siguiente manera: “En el ordenamiento jurídico guatemalteco *no está contemplada la posibilidad de plantear inconstitucionalidad ante la actitud omisiva total por parte del órgano legislador*, [... aunque] *sí es posible instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión cuando se impugne ‘una regulación insuficiente o discriminatoria’*, ya que en esos casos sí concurre el señalamiento concreto de la norma, reglamento o disposición de carácter general sobre la cual se pretende el examen y por medio de la cual se concreta la omisión denunciada”.

Como muestra de cuanto afirmamos, podemos a manera de ejemplo citar lo resuelto en:

- i) *La sentencia de 19 de julio de 1994*, emitida en el Expte. N° 174-1994, en la que sí se examinó una inconstitucionalidad por omisión contra una supuesta regulación insuficiente, concretamente del Decreto N° 2-94 (de 11 de abril de 1994) del Tribunal Supremo Electoral, que en la visión del impugnante violaba por omisión el art. 23, nuevo transitorio, de la Constitución¹²⁸⁰.
- ii) *El auto de 2 de marzo de 2009*, dictado en el marco del Expte. N° 63-2009, en el cual se desestimó un planteo de inconstitucionalidad formulado contra la supuesta omisión de dar cumplimiento al art. 70 de la Constitución¹²⁸¹.

1280 Norma que estableció cómo debía procederse para adecuar el Congreso de la República a las reformas a la Constitución de 1985, aprobadas por el Acuerdo Legislativo N° 18-93, de 17 de noviembre de 1993.

1281 La cláusula en cuestión establece que una ley específica regulará lo relativo a las materias de la sección tercera: “Comunidades indígenas”. La citada sección se ubica en el capítulo II (“Derechos Sociales”) del título II (“Derechos Humanos”).

iii) La sentencia de 8 de febrero de 2011, proferida en el Expte. N° 2.229-2010, donde se examinó la acción de inconstitucionalidad general por omisión del Congreso de la República en la emisión de la ley que debía regular las materias relativas a comunidades indígenas.

2. Un importante avance jurisprudencial: el fallo de 17 de julio de 2012

A) El caso se configura a partir de la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida contra el art. 201 bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la *omisión legislativa de incluir* “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”; supuestos contenidos en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Luego de realizar una interesante argumentación (que después detallaremos), la C. de C. concluyó en la existencia de la *inconstitucionalidad por omisión parcial* de la mencionada norma del Código Penal, tomando en cuenta que *su regulación incompleta* transgredía el art. 46 de la Constitución, que consagra la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el art. 149, *Ibid.*, en cuanto señala la obligación de Guatemala en punto a normar sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales, con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y la defensa de los derechos humanos.

Sobre tal base, hizo lugar a la acción instada y dispuso que el art. 201 bis del Código Penal conservara su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque debía ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en las citadas convenciones internacionales, que fueron omitidas en la legislación penal vigente.

Asimismo y a pesar de no tener fijado plazo en la Constitución para la emisión de la legislación señalada, *exhortó a los órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa* (diputados al Congreso de la República, el organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia) a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión, para lo cual determinó que, recibidas y admitidas iniciativa o iniciativas de reforma del art. 201 bis del Código Penal por el Congreso y conforme los trámites

previstos en la Constitución y la Ley Orgánica de este último organismo, se procediera a la discusión y la aprobación correspondientes.

B) Con citas doctrinarias, jurisprudenciales (de la Corte Constitucional de Colombia y la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica) y normativas (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), además de lo establecido en el art. 267 de la Constitución guatemalteca, consideró *viabile el conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión* planteada.

El decisorio analizado de modo principal aquí es relevante pues afronta y asimila varios capítulos significativos de la *inconstitucionalidad por omisión*:

- La *finalidad* del control a su respecto, es decir, corregir la pérdida de eficacia normativa de la Constitución que impide la realización de la voluntad popular plasmada en la Ley fundamental, por la inacción de los poderes constituidos.
- La tipología *wesseliiana* de omisiones inconstitucionales: *absolutas y relativas*.
- El ámbito de configuración de la *omisión relativa* en la emisión de una norma, que puede generar una *transgresión a la igualdad* cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida a otros, provocando una norma desigual e incompleta. También puede ser denunciada cuando infringe normas constitucionales, en la medida en que tal omisión se vincule con la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos.
- La posibilidad de instar la *acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión*, cuando se impugne “una regulación insuficiente”; ello derivado del art. 267 de la Constitución, que en su parte pertinente establece: “Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”.
- La identificación del problema que surge *luego de declarar infracciones a la normativa suprema por omisión legislativa en la expedición de leyes que aquella haya ordenado*, o bien por la dejación administrativa para la reglamentación de las leyes establecidas *en relación con la determinación de las formas de obligar a ese cumplimiento*. En otras palabras, enfoca la cuestión procesal constitucional de definir el tipo de sentencia a dictar y su alcance y efectos.

3. Necesaria alusión a la sentencia de 14 de febrero de 2013 (Expte. N° 266/2012)

A) Más allá de lo apuntado en la resolución que mencionábamos en el subap. anterior (17 de julio de 2012), un pronunciamiento posterior (14 de febrero de 2013) ha despertado algunas críticas.

B) El caso giraba en torno a cuestiones sumamente sensibles y complejas, como las relativas a la propiedad comunal de los pueblos indígenas.

De hecho, los antecedentes de la causa marcan que la Asociación Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas, mediante su representante legal, dedujo *acción de inconstitucionalidad general parcial* indicando que la preceptiva contenida en los arts. 456, 460, 485, 504, 1074, 1125, 1129 y 1130 y el Libro II del Código Civil, Decreto Ley N° 106, adolecía del vicio de *inconstitucionalidad por omisión*, sustentándose en la inobservancia que la regulación impugnada exhibía acerca de los mandatos contenidos en los arts. 2, 3, 4, 44, 46, 49, 58, 66, 67, 68 y 70 de la Constitución, concretamente en cuanto no se reconocía el derecho a la propiedad comunal ni los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad de los pueblos indígenas.

Al resolver la cuestión, la C. de C. comenzó evocando el sentido de lo resuelto en la sentencia de 17 de julio de 2012 (Expte. N° 1.822-2011): *la viabilidad del conocimiento de acciones en las que lo que se acusa es un vicio de inconstitucionalidad por omisión parcial respecto de un mandato contenido en la Constitución vigente.*

El Tribunal realizó luego una serie de consideraciones que trasuntan la importancia que asigna a los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, respecto del mandato que dispone mantener el sistema de administración especial de tierras que históricamente les hayan pertenecido y su vinculación con lo estipulado en el art. 70 del texto constitucional, en cuanto a que “una ley regulará” lo relativo a tales aspectos, tarea que la C. de C. consideró que es aún una materia pendiente en la historia legislativa guatemalteca.

Incluso dejó en claro que el reto que en tal sentido debe superar el organismo legislativo involucra también el cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por Guatemala, como el Convenio N° 169 de la OIT, que impone la emisión de una legislación que impulse el desarrollo de los pueblos indígenas en todas las esferas de su vida social.

De hecho, la C. de C. recordó el dictado de la opinión consultiva de 18 de mayo de 1995 (Expte. N° 199-95), en la que enfatizó que dicho instrumento internacional

constituye “un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad”.

Por lo demás y entre otras apreciaciones, también puso el acento en la intelección que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte IDH ha realizado respecto de lo establecido en el art. 21 de la CADH (protección al derecho a la propiedad) en casos como “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, y “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006¹²⁸², sin omitir una referencia a la relevancia de la “Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, adoptada por Resolución 61/295 de la Asamblea General de dicha Organización el 10 de diciembre de 2007.

Como conclusión de las anteriores apreciaciones, indicó que “existe una serie de obligaciones que deben cumplirse al momento de regular, de acuerdo con el principio de reserva de ley, el derecho a la propiedad comunal y lo relacionado con la protección de las formas tradicionales de propiedad de las comunidades indígenas, especialmente cuando aquéllas no cuenten con personería jurídica; todo ello, en observancia del mandato específico dirigido al Congreso de la República por medio del artículo 70 de la Constitución”.

Luego de argumentar acerca de la gran importancia que atribuía a la cuestión, la C. de C. sostuvo que *las omisiones absolutas no pueden configurar un vicio objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta*, pues si la función esencial de la Corte es la defensa del orden constitucional, por pretender subsanar aquella omisión, asumiría una “posición extremadamente activista” y además rebasaría “el ámbito de sus atribuciones, al arrogarse una función legislativa” que en la Constitución le fue concedida al Congreso de la República. Puntualizó también que los afectados por una omisión absoluta “pueden acudir ante sus representantes electos para el Congreso de la República de acuerdo con un sistema democrático de representación indirecta” y solicitar “siempre en el ejercicio legítimo de sus derechos y de acuerdo con los

1282 Las referencias correctas de los fallos que el Tribunal cita son las siguientes: Corte IDH, “Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79; y “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125.

De cualquier modo, las consideraciones que la C. de C. transcribe en el fallo y en particular atribuye a la última de las sentencias aludidas en el párrafo anterior, corresponden en realidad al “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párrafo 120; y no al “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”.

procedimientos propios de una democracia y un Estado Constitucional de Derecho, el cese de aquella ausencia total de legislación, en un plazo razonable”.

Acotó que para el caso de omisiones relativas, “únicas que son justiciables en la jurisdicción constitucional”, el planteamiento debe satisfacer, al menos, los siguientes presupuestos de procedibilidad: “*i*) que el texto de la norma constitucional que contenga el mandato omitido sea el texto vigente en el momento en el que se promueve la pretensión; y *ii*) que la norma impugnada haya sido emitida con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política de la República”.

Argumentó que en la causa que examinamos, las normas impugnadas por vía de inconstitucionalidad por omisión son *preconstitucionales*, es decir, fueron emitidas y entraron en vigor en fecha anterior (1963) a la de la actual Constitución (1985), por lo que “es fácil colegir que cuando se emitieron los artículos 456, 460, 485, 504, 1074, 1125, 1129, 1130 y el Libro II, todos del Código Civil, Decreto Ley 106 no existía la previsión constitucional aludida en los artículos 67, 68 y 70 del texto supremo, que el emisor de los artículos impugnados tuvo necesariamente que observar para que pueda evidenciarse inconstitucionalidad por omisión, en este caso, por omisión relativa”.

En consecuencia y por su carácter *preconstitucional*, las citadas normas eventualmente *podrían ser objeto de enjuiciamiento pero por vicio de inconstitucionalidad sobrevenida no así por vicio de inconstitucionalidad por omisión relativa*, por lo cual la C. de C. procedió a desestimar la acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general parcial, por omisión, promovida en los autos.

C) A modo de breve comentario, entendemos que la solución dada por la C. de C. es opinable, tal vez demasiado formalista y con una argumentación no del todo consistente.

Siempre es saludable que un órgano máximo de justicia constitucional sea prudente y consciente de sus límites, pero ante la magnitud y la relevancia de la cuestión sobre la que versaba este proceso en particular, tal vez la C. de C. podría haber explorado algunas vías alternativas como la de, por ejemplo, una *sentencia exhortativa* al Congreso de la República.

Si bien en la primigenia percepción de WESSEL respecto de las variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales, las pretericiones absolutas no tendrían remedio en el marco de la justicia constitucional, creemos que tal posición hoy aparece un tanto desenfocada ante las necesidades funcionales y la importancia institucional de las cuestiones que los tribunales, las cortes o salas constitucionales deben resolver.

Sin extralimitarse, deben operar con un *activismo prudente y equilibrado* y no obturar de manera categórica y tajante cualquier compuerta que pudiera conducir a

brindar soluciones constitucionalmente sustentables ante *omisiones totales o absolutas* de los órganos legisferantes.

La supremacía y la fuerza normativa de la Constitución son dos piezas fundamentales a las que se puede y debe acudir para fundar soluciones jurisdiccionales en tal sentido, las que, sin ser intolerablemente invasivas de espacios competenciales de otros poderes del Estado, impliquen el cabal ejercicio por la C. de C. de sus roles de guardianas máxima y última intérprete de la Ley fundamental.

4. Mensaje final

En suma, en el señero pronunciamiento de 17 de julio de 2012 (Expte. N° 1.822/2011) la C. de C. *consolida la viabilidad del control sobre las omisiones inconstitucionales parciales o relativas* ya anticipado —bien que someramente— en fallos anteriores, y afronta con mayor contundencia la problemática general de la inconstitucionalidad por omisión con sus pliegues y repliegues.

Pero también (en lo que consideramos una muestra más de la conexión entre los controles de constitucionalidad y de convencionalidad) aplica con una visión innovadora y creativa el *bloque de constitucionalidad* y cristaliza la percepción de los estándares internacionales como *parámetros de control de constitucionalidad de las leyes*.

Y aunque no lo verbalice, los insumos analíticos que utiliza permiten conjeturar que tal vez el fallo reconozca cierta inspiración en la categoría de la *inconventionalidad por omisión*.

Si bien el avance es plausible, no puede ocultarse que la posterior sentencia de 14 de febrero de 2013 (Expte. N° 266/2012) ha encendido algunas luces de alerta sobre los alcances de la percepción que la C. de C. tiene en torno al instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

Tal como anunciábamos, existen asuntos muy sensibles social, cultural, política e institucionalmente que ameritan una actitud un poco más potente del Tribunal atreviéndose, incluso, a explorar posibles respuestas jurisdiccionales contra las *omisiones inconstitucionales totales o absolutas*, generando vías de articulación dialógica con el Congreso de la República en la búsqueda de soluciones consistentes con las imperiosas exigencias del Estado Constitucional y Convencional y la protección y realización de los derechos fundamentales¹²⁸³.

1283 Respecto de éstos y otros temas contemporáneos de importancia en materia de jurisdicción constitucional, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “La justicia constitucional en América Latina y

II. México

1. Sobre la naturaleza de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Al solo efecto ilustrativo, pero de utilidad para posicionarnos en la realidad jurídica mexicana, no podía faltar alguna referencia a la interesante y debatida cuestión relativa a si la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) presenta o no los caracteres de un tribunal constitucional, especialmente a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 31 de diciembre de 1994¹²⁸⁴ (sin soslayar, por supuesto, la de 29 de agosto de 1987) y computando, asimismo, las modificaciones constitucionales de 21 de agosto de 1996 y de 11 de junio de 1999.

Como aspectos centrales de la mencionada modificación constitucional de 1994 puede apuntarse que¹²⁸⁵:

- Se proporcionó a la SCJN una nueva estructura y composición de acuerdo con las también nuevas funciones que se le adjudicaron.
- Se introdujo y perfeccionó lo referido a las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.
- Se reformó el juicio de amparo para facilitar el cumplimiento o la ejecución de las sentencias.
- Se estableció que en los conflictos laborales en el Poder Judicial de la Federación que se suscitaren entre la SCJN y sus funcionarios y empleados, sea a ésta a la que corresponda la solución de los mismos; mientras que cabría al Consejo de la Judicatura solventarlos cuando tales conflictos se produzcan entre los empleados de los demás tribunales federales.
- Se determinó que pueden ser impugnadas jurisdiccionalmente las resoluciones de la Procuraduría General de la República para establecer el “ejercicio” o el “no ejercicio” de la acción penal y con ello plantear alguna denuncia para que conozca un juez penal.

algunos desafíos temáticos que afronta”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, N° 1/2014, data pubblicazione: 7 febbraio 2014 (http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/1_2014_Bazan.pdf).

1284 En cuya exposición de motivos se consignaba textualmente el propósito de “consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal de Constitucionalidad y otorgar mayor fuerza a sus decisiones”.

1285 Seguiremos aquí el esquema descriptivo de BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, D.F., 1998, pp. 17 y ss.

Luego de quedar delineados los perfiles salientes del paisaje posterior a aquellas innovaciones constitucionales, y en orden a desarrollar algunas respuestas al problema que anunciábamos al inicio de este epígrafe, es dable indicar que la doctrina está hasta cierto punto dividida en cuanto a si la SCJN ha devenido o no en un tribunal constitucional.

Entre los que responden afirmativamente a dicho interrogante central —y que, según se dijera, son mayoría—, puede contarse a CORZO SOSA, quien indica que la aludida Corte tiene las características que la identifican plenamente como un tribunal constitucional, aun cuando sigue conservando algunas materias en las que puede ejercer el control de legalidad, lo que no reduce su competencia constitucional¹²⁸⁶. En sentido coincidente, lo hacen —por citar sólo algunos ejemplos— FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA¹²⁸⁷.

En dirección contraria, puede contabilizarse la visión ofrecida por GARCÍA BELAUNDE, quien si bien concede que la Corte Suprema tiene cierto parentesco con las salas constitucionales de otros países o con los tribunales o cortes constitucionales, no debe imputársele ser un tribunal constitucional, sino en todo caso, una corte ordinaria con prevalente función constitucional, sin perjuicio de lo cual afirma que corresponde rescatar el avance de la institucionalidad mexicana y el nuevo papel que ha adoptado la mencionada Corte¹²⁸⁸. El catedrático peruano, sustentándose en BRAGE CAMAZANO y entre otras razones que llevarían a éste a negar una asimilación de tal naturaleza, recuerda que la Corte ve muchas cosas relacionadas con el quehacer judicial de la Federación y es además el ente jerárquico más alto del Poder Judicial de ese país, por lo que equipararla a un tribunal constitucional es, en realidad, un exceso¹²⁸⁹.

1286 CORZO SOSA, Édgar, “La justicia constitucional mexicana a fin de siglo”, AA.VV., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, IJ de la UNAM, México, D.F., 1998, p. 221.

1287 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 6ª ed., Porrúa - IJ de la UNAM, México, D.F., 2009, p. 876.

1288 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº I, 4ª ed., 2003, p. 326.

1289 Ídem.

Para ampliar la referencia de GARCÍA BELAUNDE, comprobamos que BRAGE CAMAZANO en concreto ha sostenido: “aun cuando pensamos que no puede afirmarse en rigor que la Suprema Corte sea un verdadero tribunal constitucional por ser ésta una evolución todavía no completamente ultimada por cuanto que dicho tribunal retiene ciertas competencias de mera legalidad ordinaria cuya atribución a un auténtico tribunal constitucional no puede justificarse (recursos de apelación y de revisión; unificación de doctrina; conflictos jurisdiccionales, etc.), lo cierto es que materialmente se aproxima a uno de estos tribunales y, desde luego, aunque no sin notables limitaciones, se halla más próxima en la actualidad de ser uno de ellos que de ser lo que su ‘nomen iuris’ parece continuar indicando, es decir, un tribunal de naturaleza casacional” (BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº I, 4ª ed., 2003, pp. 921-922, nota 7 a pie de página, parte *in fine*).

Por su parte, CARBONELL precisa que en México se han hecho sucesivas reformas constitucionales que han acercado a la SCJN al modelo kelseniano de tribunal constitucional, no obstante lo cual no se ha conseguido la existencia de un verdadero tribunal constitucional ya que faltan —apunta— dos requisitos importantes: *i*) la declaración general de inconstitucionalidad que solamente puede emitir la Corte en algunos de los casos de las controversias constitucionales y en la relativamente limitada “acción de inconstitucionalidad”, pero no en las resoluciones de los juicios de amparo; y *ii*) la separación orgánica entre poder judicial ordinario y jurisdicción constitucional, pues a pesar de que —reconoce— en las reformas de 1988, 1994 y 1999 ya se ha realizado una importante separación funcional entre ambas jurisdicciones, pareciera que todavía falta dar un pequeño salto y distinguirlas nítidamente de modo que exista un verdadero órgano controlador de la legalidad y otro dedicado solamente a los asuntos de constitucionalidad¹²⁹⁰.

Aparentemente, el primero de los cuestionamientos del autor citado en el párrafo anterior ha quedado salvado con la citada reforma constitucional en materia de *amparo* (publicada en el D.O.F. de 6 de junio de 2011), desarrollada mediante la también nombrada ley reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la Constitución (publicada en el D.O.F. el 2 de abril de 2013), que implementa nuevos conceptos e instituciones como la *declaratoria general de inconstitucionalidad por la SCJN* en los juicios de amparo indirecto en revisión (ver arts. 231-235 de la nueva ley de amparo, capítulo VI, título cuarto).

A su tiempo, NAVA GOMAR advierte que una cosa es que se califique a la Corte con el “carácter” de un tribunal constitucional y otra muy distinta es que lo sea¹²⁹¹.

Tal autor afirma, en primer lugar, que si un tribunal constitucional es un órgano de naturaleza constitucional, no integrado, en sentido estricto y desde una perspectiva orgánica, en el Poder Judicial y tiene además el monopolio sobre la competencia constitucional en todo el Estado, es evidente que la Suprema Corte no es un tribunal constitucional, sino el máximo de los tribunales en el Estado mexicano y cosa distinta es que efectivamente cuente con facultades, en algunos casos correlativos a otros tribunales constitucionales. El segundo punto de la fundamentación es de naturaleza material y consiste en aseverar que la materia constitucional no convierte a un tribunal

1290 CARBONELL, Miguel, “Nuevos paradigmas de la división de poderes (con especial referencia al ordenamiento jurídico mexicano)”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Año I, N° 1, diciembre de 2000, Grijley, Lima, pp. 177-178.

1291 NAVA GOMAR, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, Colección Estudios Constitucionales, Universidad Anáhuac del Sur, México, D.F., 2003, p. 182.

en constitucional, pues en todo caso los juzgados de distrito lo serían desde que se les facultó para conocer del juicio de amparo¹²⁹².

Sea como fuera y más allá de las interesantes disquisiciones doctrinarias, a nuestro juicio existe un punto que no admite discusión: la Suprema Corte (que en sus sentencias se autotitula “Tribunal Constitucional”) ha experimentado una metamorfosis funcional en cuyo grado actual de evolución puede apreciarse que ha absorbido primordialmente la competencia en materia constitucional, acercándose materialmente a un órgano jurisdiccional especializado sobre el particular, sin perjuicio de conservar algunas competencias de mera legalidad ordinaria.

Por último, un dato importante a tener en cuenta radica en que en la Exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, se puntualizó: “*Consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad exige otorgar mayor fuerza a sus decisiones, exige ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan efectos generales, para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno y para fungir como garante del federalismo*”.

2. El art. 105 de la Constitución mexicana

Precisamente en el escenario mencionado y con la lógica descrita, debe entenderse el nuevo contenido que la aludida reforma constitucional de 1994 en su momento proporcionó al art. 105 de la Ley fundamental mexicana.

En condensada referencia a las atribuciones que tal precepto acordó a la Suprema Corte, valga decir que le atribuyó el conocimiento y la resolución de tres tipos de asuntos: **i)** controversias constitucionales (fracción I); **ii)** acciones de inconstitucionalidad (fracción II); y **iii)** recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten (fracción III).

Lo anterior de acuerdo con el siguiente detalle:

- En la denominación genérica de las primeras, *controversias constitucionales*, se concentraron procesos con distintas características, los que —siguiendo el esquema taxonómico propuesto por Cossío Díaz— podían discriminarse en tres categorías: **a)** la relativa a los conflictos entre *distintos órdenes jurídicos* con motivo de la constitucionalidad o legalidad de normas generales o individuales;

1292 *Ibid.*, p. 183.

b) la compuesta por los conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por los mismos motivos y tipos de normas; y **c)** la atinente a los conflictos entre órganos del mismo orden jurídico, con motivo de la constitucionalidad de sus normas generales o individuales¹²⁹³.

- Las segundas, *acciones de inconstitucionalidad*, son procesos en los cuales determinados órganos o fragmentos de órganos, o los órganos directivos de determinadas personas morales (partidos políticos) reconocidas constitucionalmente de interés para la sociedad, planteaban ante el pleno de la Corte el control abstracto de la regularidad constitucional de determinadas normas generales¹²⁹⁴.
- Por último, en la fracción III del mencionado art. 105 de la Constitución federal, se reguló la competencia de la Corte para conocer del recurso de apelación en los *procesos ordinarios del orden federal en que la Federación fuera parte*, esto es, en los que podía intervenir como actora o demandada, concurriendo en su carácter de orden normativo y no como autoridad, sino como sujeto de relaciones privadas¹²⁹⁵.

A su tiempo, y si bien no existe norma expresa que prefigure una acción específica para controlar las omisiones anticonstitucionales en el orden federal mexicano (sí en determinadas normativas constitucionales e infraconstitucionales locales como tuviéramos ocasión de constatar en el título decimotercero, capítulo II, de este trabajo), algunas voces doctrinarias reconocieron que la figura de la inconstitucionalidad por omisión podía operar en el ámbito competencial del Máximo Tribunal de Justicia de México (y, agregamos por nuestra parte y según veremos más adelante, la propia jurisprudencia de la SCJN en cierta medida ha dado muestras afirmativas en tal sentido).

Así, siempre teniendo en consideración el panorama abierto por la reforma constitucional de 1994 (el que a su vez ha recibido varias innovaciones posteriores) y ya en lo referido específicamente al ámbito de las *controversias constitucionales* reguladas como pudimos apreciar en la fracción I del citado artículo 105 constitucional, Cossío Díaz recordó que en punto a la *materia* sobre la que podían versar aquellas, la Constitución se refería a *disposiciones generales y actos*, lo que abría amplias posibilidades de impugnación al grado que prácticamente podía comprenderse cualquier tipo de norma jurídica o, incluso, que bajo la segunda acepción se llegasen a

1293 Cossío Díaz, José Ramón, "Artículo 105 constitucional", op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº II, 4ª ed., 2003, p. 982.

1294 *Ibid.*, p. 991.

1295 *Ibid.*, p. 998.

abarcas las actuaciones u *omisiones* de las autoridades correspondientes (cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, T° X, agosto de 1999, p. 568)¹²⁹⁶.

Sobre el punto, el autor citado en último término advirtió que siendo clara la posibilidad de impugnación de ciertas normas (leyes, reglamentos, etcétera), podían surgir dudas respecto de otras, entre las cuales incluyó la de determinar si la Suprema Corte podía conocer de controversias planteadas con motivo de una *omisión* (la jurisprudencia ulterior del tribunal le respondería afirmativamente), problema que tendría particular importancia respecto de las competencias denominadas “coincidentes en sentido restringido”, es decir, aquellas en las que, correspondiendo la materia a los órdenes federal y locales en sus respectivos ámbitos, recaía en uno de los órganos de esos órdenes la fijación de las modalidades de la distribución¹²⁹⁷.

Aquel autor explicaba al respecto que, en términos generales, mientras *el órgano del cual se reclamase la omisión no ejerciera sus facultades*, la Corte podría compelerlo a que lo hiciera sin señalar el sentido material de su actuación, ya que si procediera de esa forma, terminaría por sustituirse en el ejercicio de las facultades del órgano de que se tratase¹²⁹⁸.

Por su parte y contrariamente a la hipótesis descrita en el párrafo precedente, entendía el citado doctrinario que cuando se estimaba que el órgano había incurrido en su actuar en una *omisión parcial* respecto de lo ordenado por una Norma superior (fuera o no la Constitución), podía llevarse a cabo el control de regularidad a efecto de establecer, incluso, el contenido de la norma que debería ser expedida¹²⁹⁹.

De lo anterior podía extraerse provisionalmente que en el sector específicamente valorado de las *controversias constitucionales*, como hipótesis de mínima *la SCJN podía conocer de las omisiones relativas o parciales*, ámbito en el que estaría habilitada incluso para marcarle al órgano omitente el sentido material de la actuación.

Este punto nos abre el camino hacia la trilogía de tópicos que abordaremos sucesivamente a continuación: la jurisprudencia de la SCJN en materia de *controversias constitucionales* relativas a omisiones, indolencias, incumplimientos (ap. 3); la idoneidad o falta de aptitud de la *acción de inconstitucionalidad* en el campo de las pretermissiones inconstitucionales (ap. 4), y la eventual potencialidad del *amparo* en tales menesteres (ap. 5).

1296 *Ibid.*, p. 983.

1297 Ídem.

1298 *Ibid.*, pp. 983-984.

1299 *Ibid.*, p. 984.

3. Algunos pronunciamientos interesantes de la SCJN sobre omisiones en general y omisiones legislativas en particular, en el marco de controversias constitucionales. Ciertas cuestiones dudosas o conflictivas

Transitando en lo posible una senda cronológica y sin ánimo de taxatividad, reseñaremos algunos casos relevantes encapsulados en controversias constitucionales que depararon ciertos lineamientos jurisprudenciales significativos en torno a las omisiones en general y a las omisiones legislativas en particular.

Sin perjuicio de cuanto aquí diremos acerca de determinados avances de la doctrina jurisdiccional de la SCJN en el área del control de las pretericiones inconstitucionales, no debe perderse de vista que ese proceso no ha sido lineal ni ininterrumpido, sino que presenta algunos “lunares” o cuestiones opinables.

Seguidamente presentaremos en primer lugar un conjunto de causas que han permitido construir ciertos estándares interpretativos del tribunal en la materia para luego efectuar algunas matizaciones que explican por qué afirmábamos que la secuencia jurisprudencial no ha sido siempre uniforme.

A) Decisiones que han afrontado la cuestión de las omisiones en general y las pretericiones legislativas en particular

a) Controversia constitucional 3/97

Esta controversia se resolvió el 13 de julio de 1999, por unanimidad de nueve (9) votos de la SCJN, Tribunal pleno. El actor fue el Ayuntamiento Constitucional de Berriozábal, Estado de Chiapas¹³⁰⁰.

En la sentencia que la dilucidó se estableció que “*cuando se reclaman omisiones, corresponde a la parte actora desvirtuar las pruebas con las que la demandada demostró su inexistencia*”.

Al respecto, la SCJN determinó que si bien es cierto que tratándose de *omisiones* corresponde a la autoridad demandada probar su inexistencia, también lo es que si ésta acredita esa circunstancia, traslada la carga de la prueba a la actora, quien debe desvirtuar las pruebas ofrecidas por aquella para demostrar que no incurrió en la omisión que se le atribuía.

1300 Controversia constitucional 3/97, tesis jurisprudencial N° 81/1999; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° X, agosto de 1999, p. 567, pleno, tesis P./J. 81/99; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° IX, junio de 1999, p. 661, Apéndice 1917-2000, T° I, Jurisprudencia, Acciones de Inconstitucionalidad y Controversias Constitucionales, p. 32, pleno, tesis 32.

b) *Las controversias constitucionales 46/2002 y 61/2010*

Un importante antecedente de controversia constitucional en el marco de una *omisión legislativa* se dio con la controversia 46/2002, resuelta por mayoría de siete (7) votos del Tribunal pleno de la SCJN, el 10 de marzo de 2005.

El 1 de agosto de 2002, el Presidente, el Síndico Segundo y el Secretario del Ayuntamiento, todos del Municipio de San Pedro Garza García, promovieron la aludida controversia constitucional demandando del Poder Legislativo del Estado de Nuevo León, la *omisión* en la expedición de las disposiciones legales en materia municipal sobre las bases del procedimiento administrativo, incluyendo medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares.

La SCJN, con la citada mayoría, declaró procedente y fundada la controversia constitucional en cuestión. Así, y con la finalidad de salvaguardar el orden jurídico en la entidad federativa involucrada, condenó al *Congreso del Estado de Nuevo León a que dentro del segundo período de sesiones* (que de acuerdo con los arts. 55 de la Constitución local y 5 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo de esa entidad comprendía desde el 30 de marzo al 30 de junio de 2005), *realizara las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el art. 115 de la Constitución federal.*

El Poder Legislativo local efectuó *una serie de reformas y modificaciones al marco jurídico del Estado de Nuevo León, y por auto de 13 de junio de 2007 el Presidente de la SCJN tuvo por cumplida la sentencia.*

Vinculada con la anterior se dio la controversia 61/2010 (Actor: Municipio de San Pedro Garza García, Estado de Nuevo León, SCJN, Tribunal pleno, resuelta el 14 de junio de 2012), donde en lo específicamente pertinente a los efectos de este estudio se analizó la *omisión* en la discusión y aprobación de las disposiciones en materia municipal que establecieran la integración, el funcionamiento y las atribuciones del órgano de lo contencioso municipal, conforme a las disposiciones del decreto publicado en el D.O.F. de 23 de diciembre de 1999, que efectivizara los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares.

El planteo de la controversia fue considerado temporáneo porque “si de las constancias de autos no se advierte que esté demostrado que en la fecha *de presentación de la demanda, la parte demandada hubiera subsanado las omisiones que se le imputan, debe considerarse oportuna, ya que el plazo para ello se computa de momento a momento mientras las omisiones subsistan*” (ap. 56). Ello resulta consecuencia de la tesis de

jurisprudencia P./J. 43/2003 que, como podremos apreciar, constituye cristalizada doctrina del tribunal.

Éste indicó que por una parte se impugnan actos omisivos, y derivado de estas omisiones se cuestiona el sostenimiento del ejercicio de la competencia o intromisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo local en el ámbito municipal.

Uno de los argumentos del Poder Legislativo del Estado de Nuevo León consistía en que la pretermisión endilgada *en ambas controversias constitucionales era la misma*. Al analizar tal causal de improcedencia, la SCJN la desestimó porque su estudio involucraba cuestiones del fondo del asunto y, a diferencia de los actos positivos en los cuales la certeza puede derivar de su mera comparación, en el caso de los actos omisivos, esto no resulta de la misma operación, pues para valorar si la omisión impugnada en una primera controversia es idéntica a la segunda o no, era necesario estudiar los planteamientos en el estudio de fondo. Para formular tal aserto se basó en lo resuelto en la tesis N° P./J. 92/99 de rubro: “*Controversia constitucional. Si se hace valer una causal de improcedencia que involucra el estudio de fondo, deberá desestimarse*”.

Concluyó que los actos, las autoridades demandadas y los conceptos de invalidez no eran completamente idénticos en ambas controversias. Agregó que si bien los arts. 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León se adicionaron en cumplimiento de la controversia constitucional 46/2002, “*este cumplimiento configura a su vez una nueva omisión que es de la que se duele ahora el municipio, ya que, si bien actualmente se prevé legalmente la existencia de estos órganos, la remisión que hace el segundo párrafo del artículo 169 a un inexistente ‘ordenamiento legal correspondiente’, cancela la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan los órganos mencionados, haciendo inoperante el ejercicio de su facultad constitucional municipal de crear los órganos necesarios para la resolución de controversias entre la administración municipal y los particulares. La omisión impugnada en la presente controversia es una nueva omisión, ya que si bien los artículos analizados de los que deriva esta omisión fueron emitidos en cumplimiento de la diversa controversia 46/2002, lo cierto es que esta omisión procede justo del segundo párrafo del artículo 169 el cual remite a otro ordenamiento legal para lograr su plena eficacia, ordenamiento que no existe y que configura esta nueva omisión. Así, en la controversia constitucional 46/2002 se trató de una omisión absoluta y en esta controversia que se analiza se combate una omisión parcial o relativa*” (ap. 91).

En definitiva, y en lo estrictamente vinculado al tema que interesa a los fines de esta investigación, la SCJN (por mayoría de diez —10— votos) *declaró fundada la controversia constitucional, en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Nuevo León, consistente en la falta de emisión del ordenamiento legal a*

que se refiere el párrafo segundo del art. 169 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal de la entidad federativa, que contuviera las bases de integración, funcionamiento y atribuciones de los órganos de lo contencioso administrativo, que dirimirían las controversias administrativas entre la administración pública municipal y los gobernados. Ya por unanimidad de once (11) votos se estableció que la mencionada omisión *debería subsanarse mediante la emisión de la regulación correspondiente, a más tardar en el siguiente período ordinario de sesiones del Congreso local que iniciaba en el mes de septiembre de 2012* (pto. resolutivo tercero).

c) **Controversia constitucional 80/2004**

Fue dilucidada el 14 de julio de 2005, habiendo sido planteada por el Municipio de Juárez, Estado de Chihuahua, contra el Poder Legislativo de tal entidad federativa. Básicamente, se endilgaba a éste la *omisión de legislar* en materia de servicios públicos municipales, en los términos del art. 115 de la Constitución federal, reformado mediante decreto publicado en el D.O.F. el 23 de diciembre de 1999, conforme lo ordenaba el artículo segundo transitorio del propio decreto.

La SCJN, en Tribunal pleno, señaló que “en el caso no basta con que la autoridad demandada niegue haber incurrido en las omisiones que se le imputan y pretenda acreditar su dicho con diversos elementos de prueba, toda vez que para que quede demostrada la inexistencia de actos, es menester analizar, no únicamente si la autoridad incurrió o no en conductas omisivas, sino también si constitucionalmente existe el deber de realizar esas conductas y, en su caso, si éstas fueron acatadas en sus términos, lo que constituye una *cuestión relativa al estudio de fondo del asunto*”.

Sobre el particular reenvió a lo que había decidido en la tesis jurisprudencial 92/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, septiembre de 1999, p. 710, en relación con que *si en una controversia constitucional se hace valer una causal donde se involucra una argumentación en íntima relación con el fondo del negocio, debe desestimarse y declararse la procedencia*, y si no se surte otro motivo de improcedencia, hacer el estudio de los conceptos de invalidez relativos a las cuestiones constitucionales propuestas.

El artículo transitorio segundo del decreto por el que se reformó el artículo 115 constitucional, publicado el 23 de diciembre de 1999, estipuló que *los Estados debían adecuar sus constituciones y leyes conforme a lo dispuesto en este decreto a más tardar en un (1) año a partir de su entrada en vigor*. En tal sentido, y acerca de la temporaneidad de la demanda, la SCJN expresó que si la propia constitución estableció dicho plazo para que las legislaturas locales adecuaran su legislación en relación con los servicios públicos municipales, tal circunstancia tenía como efecto conceder un período

suficiente para que se realizaran esas adecuaciones y, al concluir el plazo otorgado y no cumplirse con el mandato constitucional, *la autoridad legislativa incurría en omisión, sin que por ello variara la naturaleza de ésta, puesto que seguía siendo un acto que se reiteraba de momento a momento hasta tanto no se cumpliera con el deber constitucional; por tal motivo, no podía establecerse válidamente un tiempo determinado para que iniciara el plazo para su impugnación a través de la controversia constitucional.*

En torno a la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* sentó algunas importantes premisas, al manifestar que:

- Se refiere a las violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de una *omisión del legislador*, en su función primordial, esto es, expedir leyes. Así, puede producirse cuando el legislador no observa en un “tiempo razonable” o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o bien cuando al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la Norma suprema exigía. Luego, la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional, es decir, *la omisión legislativa puede ser absoluta o parcial*; la primera, se da ante la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé en el marco constitucional; la segunda, cuando el legislador al dictar una ley en ejercicio de su facultad constitucional, lo hace en forma deficiente o incompleta.
- En el sistema jurídico mexicano, que cuenta con una Constitución escrita y rígida, el legislador ordinario ha recibido del órgano reformador de la Constitución determinados mandatos, contenidos en la norma constitucional, por lo que no sólo cuenta con la facultad o autorización, sino que *está obligado a crear las leyes necesarias para darle plena eficacia a las disposiciones constitucionales y, ante su inactividad, debe estimarse que se transgrede la supremacía constitucional y aún más, cuando con ese silencio se llega a originar una situación jurídica contraria a la Constitución, esto es, con motivo de las consecuencias que de esa inactividad se deriven.*
- En algunos casos si dentro de un “plazo razonable” existe la inactividad o el silencio del legislador, se está ante una violación a la Constitución, ya que, aun cuando para ello se requiere de la labor e interpretación del juzgador constitucional para establecer en cada caso cuál es ese tiempo razonable, no depende del legislador el elegir en forma discrecional el momento en que se ha de desarrollar una norma constitucional.

- La falta de desarrollo de mandatos constitucionales de legislar dentro del plazo que establece el propio órgano reformador de la Constitución origina una *omisión legislativa* que transgrede la Constitución, pues en este caso se está ante un mandato expreso al legislador secundario para expedir una ley.
- Ante la exigencia marcada en la propia Constitución para que el legislador desarrolle en una ley una disposición constitucional, está obligado a acatarla, pues *de lo contrario se conculca la supremacía constitucional y se impide su plena eficacia*. La eficacia jurídica de la Norma fundamental se colma precisamente a partir del cumplimiento de sus disposiciones, por lo que si los poderes legislativos estatales se encuentran obligados por dichas normas a adecuar las leyes locales a las disposiciones constitucionales federales, al no hacerlo, se impide su plena aplicación.
- En el caso, la *omisión legislativa* impugnada se traduce en que no se han expedido el procedimiento y las condiciones a que se sujetarán los municipios del Estado, ni las demás disposiciones legales que deben desarrollar todos los supuestos que contiene el art. 115 de la Constitución federal, lo cual impide que las reformas a ésta puedan tener plena eficacia, ya que en los términos en que está redactado el citado artículo 115 constitucional, no podría sostenerse que la omisión legislativa se subsane con la aplicación directa del propio precepto fundamental, sino que se requieren las normas legales que desarrollen los supuestos previstos en dicho marco constitucional, pues precisamente el órgano reformador de la Constitución dejó a las legislaturas locales el desarrollo del contenido de la Norma fundamental, el cual no podrá colmarse hasta tanto sean adecuadas no sólo las disposiciones constitucionales estatales, sino aquellas leyes secundarias que rijan la materia municipal en lo particular y que es en todo caso, además, en las que podrían desarrollarse las bases de la administración pública municipal.
- La obligación constitucional de adecuar la legislación municipal dentro de un plazo determinado, deriva de un mandato expreso del órgano reformador de la Constitución, dirigido al legislador estatal, por lo que la contravención a aquella existe desde el momento en que dichas adecuaciones no se realizaron dentro de ese plazo.
- Si la Constitución federal, como Norma suprema del país, es “vinculatoria” para todos los sujetos políticos por igual, entre ellos, el órgano legislativo estatal, al ordenar el citado artículo segundo transitorio un plazo específico para que se hicieran las adecuaciones correspondientes, el Congreso estatal debió hacer todo lo que estuviera a su alcance para lograr su cumplimiento efectivo y oportuno, máxime cuando se trata de un *mandato al legislador con un plazo determinado*, pues

ante el texto de la Constitución federal, el Congreso estatal tenía la obligación de ajustar a aquella la Constitución local y las leyes correspondientes; ya que cuando en la Constitución federal se establece una disposición determinada e incluso se señala la obligación de la legislatura estatal a acatarla en un determinado plazo, *la mayor violación a la Constitución es no hacer lo necesario para que ésta se acate.*

- En esas condiciones, en el presente caso, *al no haberse adecuado las disposiciones legales municipales y continuar vigentes las existentes, se transgredía el marco constitucional* que para el ámbito municipal estableció el órgano reformador de la Constitución, esto es, la falta de adecuación de tales normas contravenía por sí lo dispuesto en el artículo 115 constitucional, pues se impedía su plena eficacia; así como también se transgredía el artículo segundo transitorio del decreto por el cual fue reformado, ya que de acuerdo con este numeral el plazo para realizar dichas adecuaciones había fenecido el 21 de marzo de 2001.
- En efecto, para el cabal cumplimiento del imperativo constitucional en comento, no bastaba con que la legislatura local reprodujera en la Constitución y en el Código municipal de la entidad, los postulados constitucionales, sino que era menester implementar en las leyes municipales la forma en que los municipios deberían asumir el ejercicio y la prestación de los servicios públicos de su competencia, con todos los efectos y las consecuencias jurídicas que de ello derivasen.

En definitiva, con mayoría de siete (7) miembros el Tribunal pleno de la SCJN declaró procedente y fundada la controversia constitucional; estableció que el Congreso del Estado de Chihuahua, dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la notificación de la sentencia, debería realizar las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el artículo 115 constitucional, con fundamento en los numerales 41, fracciones IV y V, y 45, último párrafo, y con la finalidad de salvaguardar el orden jurídico en la entidad federativa; y, además, *determinó la existencia de la omisión legislativa correspondiente.*

d) Controversia constitucional 14/2005

Resuelta el 3 de octubre de 2005, fue promovida por el Municipio de Centro del Estado de Tabasco contra el Poder Legislativo de tal entidad federativa por la *omisión* de dictaminar y resolver respecto de la iniciativa de actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que servirían de base para el cobro de las contribuciones correspondientes, y la iniciativa por la que el citado municipio solicitó autorización para celebrar la contratación de empréstitos para llevar a cabo inversiones y proyectos productivos, garantizando el cumplimiento de este crédito con las participaciones federales que le correspondían.

Una síntesis de lo decidido en el particular por la SCJN puede exponerse como sigue:

- La *controversia constitucional procede contra omisiones*, y mientras éstas subsistan la oportunidad para su impugnación se *actualiza día a día*.
- En cuanto a la posibilidad de actuación de las autoridades del ordenamiento jurídico, el principio de reparto competencial fijado por la Constitución federal marca que “*todo aquello que no se encuentra expresamente facultado para las autoridades se encuentra prohibido*” y que “*las autoridades sólo pueden realizar los actos dictados sobre bases expresas previstas en el ordenamiento y, en particular, en la Constitución*”.
- Así, existen: **i)** *prohibiciones expresas*, que operan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; **ii)** *competencias de ejercicio potestativo*, en las cuales el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución dispensada; y **iii)** *competencias de ejercicio obligatorio*, en las que el órgano del Estado está obligado a ejercerlas como lo determina la Constitución.
- Respecto de los órganos legislativos, las *competencias de ejercicio potestativo*, al no implicar una obligación permiten que ellos puedan decidir si las ejercen o no, y en qué momento lo harán; y las *competencias de ejercicio obligatorio* son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, o sea, una obligación (expresa o implícita) de realizarlas, por lo que su incumplimiento trae aparejada una sanción.
- Ante las *competencias* señaladas en el párrafo anterior puede existir una *omisión absoluta* del órgano legislativo si éste no ha ejercido tal competencia ni ha manifestado normativamente su voluntad de hacerlo; o bien puede haber ejercido su competencia pero de modo parcial o incompleto produciendo una *omisión relativa*.
- Llevando tales consideraciones generales al supuesto concreto planteado, la SCJN concluyó que el Congreso local incurrió en una *omisión legislativa de carácter absoluto respecto de una competencia de ejercicio obligatorio*, quebrantando con su inactividad la normatividad constitucional al desobedecer un mandato expreso señalado en los arts. 115, fracción IV, inc. ‘a’, antepenúltimo y penúltimo párrafos, y 5 transitorio de la reforma de 1999, *impidiéndose la plena eficacia constitucional*.
- En definitiva, estableció que el Congreso del Estado de Tabasco debía pronunciarse de maneras fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente respecto de la iniciativa de actualización a las tablas de valores y construcciones que le presentó el municipio actor, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos

115 constitucional y 5 transitorio del decreto que lo reformó en diciembre de 1999. Ello debería hacerse dentro del segundo período de sesiones que, de acuerdo con los arts. 23 de la Constitución local y 35 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado, comprendía del 1 de octubre al 15 de diciembre de 2005.

e) Controversias constitucionales 122/2011 y 38/2011

En las relativamente recientes controversias constitucionales 122/2011 (Promovente: Estado de Nuevo León, SCJN, Segunda Sala, de 30 de enero de 2013) y 38/2011 (Actor: Poder Legislativo del Estado de Michoacán, SCJN, Segunda Sala, de 9 de noviembre de 2011), se reenvió a la aludida jurisprudencia P./J. 43/2003¹³⁰¹, cuyos rubro y texto son:

“Controversia constitucional. Cuando se trate de omisiones, la oportunidad para su impugnación se actualiza día a día, mientras aquéllas subsistan. El artículo 21 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece plazo específico para la promoción de la controversia constitucional respecto de omisiones, entendiéndose por éstas las que implican un no hacer del órgano demandado y que por su especial naturaleza crean una situación permanente que no se subsana mientras subsista la omisión, de tal suerte que dicha situación se genera y reitera día a día, lo que produce consecuencias jurídicas que se actualizan de igual forma. Esta peculiaridad lleva a considerar que el plazo para su impugnación se actualiza día a día mientras la omisión subsista”.

Ya particularmente en la controversia constitucional 38/2011, se instituyó que cuando en una controversia constitucional se impugne una *omisión* debe probarse que la autoridad correspondiente se abstuvo por completo de actuar en el sentido que le obliga la ley. Por consiguiente, para acreditar una omisión es necesario analizar las disposiciones jurídicas de las que deriva la obligación cuya falta de realización se combate.

Para sustentar tal criterio aludió nuevamente a la jurisprudencia P./J. 43/2003, en la parte que dice:

“Cuando en una controversia constitucional se reclamen omisiones, el plazo para promover la demanda es indefinido en tanto prevalezca la inactividad cuestionada. Sin embargo, para que dicha norma de excepción creada por la jurisprudencia cobre aplicación, es menester que precisamente esa inactividad sea el motivo de la impugnación, de tal forma que la pretensión del actor sea que se llene un vacío legal

1301 Registro IUS: 183581, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XVIII, agosto de 2003, Instancia: pleno, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 43/2003, p. 1296.

o se materialice una obligación derivada de la ley, de manera que la sentencia que en su momento se dicte declare que la omisión de la demandada es contraria a las normas jurídicas aplicables, ante la evidencia de que no actuó como debía hacerlo; en la inteligencia de que no basta el incumplimiento de una norma general para que se actualice una omisión impugnable en esos términos, pues para ello es necesario que con ese proceder se produzca un vacío legal o bien la falta absoluta de actuación de la autoridad, ya que de otra forma cualquier infracción a la ley implicaría la omisión y, por tanto, dejar de hacer debidamente lo ordenado bastaría para que el actor pudiera reclamarla sin sujetarse a un plazo, lo cual no puede ser aceptable, por lo que en este supuesto deben regir las reglas previstas en el artículo 21 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional”.

f) Respeto de la controversia constitucional 4/2005

Aunque no respetemos la línea cronológica, insertamos aquí una breve alusión a la controversia del epígrafe, ya anunciada, para contrastar las posiciones adoptadas en ésta y en su par 1/2007 que examinaremos *infra*.

La controversia 4/2005¹³⁰² fue interpuesta por el Poder Judicial del Estado de Tlaxcala contra el Poder Legislativo de esa entidad federativa, demandándole la convocatoria para elegir a once (11) magistrados propietarios y a tres (3) magistrados supernumerarios y sus respectivos suplentes, con el objeto de que se integrara el pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado para el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2005 y el último día del mes de enero de 2011.

La controversia fue resuelta por la SCJN el 13 de octubre de 2005. En el proceso, si bien la parte actora no alegó la existencia de una pretermisión legislativa, fue el propio tribunal el que —en la parte considerativa del pronunciamiento, aunque sin trasladarlo al segmento dispositivo— concluyó que en el caso existía una *omisión legislativa atribuible al Congreso del Estado de Tlaxcala*.

Así, en el considerando 7º sostuvo que dicho órgano legisferante había incurrido en una *omisión legislativa de carácter absoluto en el ejercicio de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio*, ya que tenía la obligación constitucional de adecuar su Constitución y sus leyes locales a las disposiciones de la Constitución federal, a más tardar el 18 de marzo de 1988, y no lo hizo, resaltando aún más, que a la fecha del dictado de la sentencia tampoco lo había realizado. Así, con esta *omisión legislativa absoluta* se actualizaba una violación directa a la Constitución federal, ya que el legislador del Estado de Tlaxcala, con su inactividad respecto de la actualización de

1302 Controversia constitucional 4/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tº XXII, diciembre de 2005, p. 1677.

su normativa local a las disposiciones de la Constitución federal, había quebrantado la normatividad constitucional al desobedecer un mandato expreso constitucional, que le impuso el Poder Reformador de la Constitución en el artículo segundo transitorio de la reforma de 1987. Por tanto, al no haberse adecuado la normativa estatal a las disposiciones de la Constitución federal, concretamente a lo establecido por el art. 116, fracción III, resultaba claro que este precepto constitucional fue transgredido, ya que en el Estado de Tlaxcala no se habían hecho efectivas sus disposiciones por lo que se impedía su plena eficacia¹³⁰³.

En definitiva, la SCJN *conminó al Congreso de la entidad federativa para que, a la brevedad posible, diera cumplimiento al mandato constitucional de legislar y procediera a realizar las adecuaciones a la normativa estatal, conformándolas a los principios establecidos en el citado art. 116, fracción III, de la Carta magna federal.*

B) Ciertos pronunciamientos polémicos

a) Controversia constitucional 1/2007

Planteada por el Municipio de Lázaro Cárdenas, Michoacán, fue resuelta el 18 de septiembre de 2007 por la SCJN en Tribunal pleno.

El Municipio actor denunció que el Decreto N° 519, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Michoacán*, el 13 de enero de 2005, que adicionó las disposiciones jurídicas contenidas en el título tercero, capítulo tercero, denominado ‘Del Procedimiento para la Desaparición y Suspensión de Ayuntamientos y suspensión o revocación de alguno de sus miembros’, era contrario a la Constitución federal, y su aprobación, promulgación, publicación y ejecución eran igualmente inconstitucionales, al contradecir el art. 115, fracción I, *Ibid.* Señaló además que en el decreto en cuestión no se establecían las causas graves para suspender ayuntamientos, declarar la desaparición de éstos y suspender o revocar el mandato a alguno de sus miembros a que se refiere el artículo 115 constitucional, *por lo que de manera evidente y clara el decreto impugnado contradecía por omisión* la citada disposición constitucional.

1303 Al resolverse esta cuestión se establecieron las siguientes tesis de jurisprudencia:

Tesis P./J. 14/2006, de rubro: *Congreso del Estado de Tlaxcala. El incumplimiento del mandato constitucional expreso impuesto por el Poder Reformador de la Constitución federal en los artículos primero y segundo transitorios de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y siete a los artículos 17 y 116, configura una omisión legislativa absoluta* (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XXIII, febrero de 2006, p. 1250, IUS 175, 996).

Tesis P./J. 13/2006, de rubro: *Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos —artículos primero y segundo transitorios de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y siete—* (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XXIII, febrero de 2006, p. 1365, IUS 175, 939).

Distanciándose de lo que hiciera en la nombrada controversia 4/2005, en la presente controversia 1/2007, donde *se acusó de modo expreso la omisión inconstitucional*, la SCJN no se pronunció al respecto y recondujo la cuestión declarando la “invalidez” del art. 174 de la Ley Orgánica y de Procedimientos del Congreso del Estado de Michoacán, contenido en el nombrado Decreto N° 519, por contravenir el párrafo tercero de la fracción I del art. 115 de la Constitución federal (cfr. punto resolutivo tercero), al no establecer las “causas graves” en las que se encontraba fundada la intervención del Congreso local para tales efectos.

Dicho ítem resolutivo, en lo específicamente referente a la declaración de invalidez del art. 174 de aquella ley, fue aprobado por mayoría de diez (10) votos. El Ministro Aguirre Anguiano votó en contra y reservó su derecho de formular voto particular; mientras que el Ministro Cossío Díaz reservó el suyo para formular *votos particular*, respecto de la existencia de la omisión, y concurrente acerca de la declaración de invalidez.

b) Cuarenta y cuatro (44) controversias constitucionales declaradas improcedentes respecto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

Pese a algunos considerables avances en la materia (como dimos cuenta en varios de los pronunciamientos citados en la primera parte de este apartado), en un determinado momento de su despliegue jurisprudencial la SCJN cambió su criterio.

Así, como pone de manifiesto RANGEL HERNÁNDEZ, en un total de cuarenta y cuatro (44) controversias constitucionales encabezadas por la 59/2006, el tribunal mudó su criterio y se pronunció por la improcedencia de la controversia constitucional respecto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, determinación con la que “se da un paso atrás, retornando a un clima de total inseguridad sobre el tema y consecuentemente se produce una falta de acceso a la justicia constitucional”¹³⁰⁴.

Se trata de las controversias 59/2006, 60/2006, 61/2006, 63/2006 a 102/2006 y 104/2006, discutiéndose sólo la primera de ellas y por votación favorable del pleno el resto se resolvió en idénticos términos, dadas sus características y semejanzas, todas en torno a la falta de establecimiento de condiciones especiales de acceso a los medios de telecomunicación a los pueblos y comunidades indígenas. La autora mencionada en el párrafo anterior recuerda que en el resolutivo cuarto de las sentencias de 15 de octubre de 2007 el tribunal determinó la improcedencia de la controversia constitucional respecto de la omisión legislativa¹³⁰⁵.

1304 RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 33, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2009, pp. 313-314.

1305 *Ibid.*, p. 314, nota 40 a pie de página.

Sin embargo, advierte la aludida doctrinaria que “en el bloque de controversias donde se revirtió el criterio anterior, apenas se alcanzó una apretada mayoría, toda vez que la votación fue de cinco contra tres, dado que al momento de tomar la votación definitiva, sólo hubo participación de ocho Ministros, siendo muy significativas las ausencias [de los Ministros Góngora Pimentel y Cossío Díaz, ambos partidarios de corregir las omisiones legislativas por medio de las controversias constitucionales]. El punto aquí es que esta reducida mayoría de cinco votos no es suficiente para dejar sin efectos la determinación lograda por una mayoría de diez votos en el sentido de la procedencia de la controversia constitucional [por ejemplo en la N° 14/2005], no obstante, es innegable que tendrá un altísimo impacto el hecho de que se trate de cuarenta y cuatro controversias en las que se optó por la improcedencia”¹³⁰⁶.

Sea como fuera, con posterioridad al rechazo de tan considerable cantidad de controversias la SCJN ha dado algunas muestras en el sentido de retomar la senda discurrida anteriormente, es decir, en favor de la procedencia de controversias constitucionales respecto de pretermissiones legislativas.

4. Acercamiento a la acción de inconstitucionalidad

A) *Panorama*

BÁEZ SILVA indica que la *acción abstracta de inconstitucionalidad* no es el instrumento adecuado para *atacar la inactividad total del legislador o de otro órgano*, ya que aquella tiene por objeto examinar la posible contradicción entre una norma impugnada y una norma constitucional, o sea, se analiza el resultado o producto de una actividad normativa, y en el caso de las omisiones normativas tal actividad no existe¹³⁰⁷.

En cambio, en la óptica del autor mencionado en último término, la aludida acción sí procede contra *omisiones legislativas parciales*, supuesto en el cual la SCJN “otorga un plazo razonable, conmina, al órgano legislativo a legislar *completamente*, es decir, a subsanar la omisión parcial”¹³⁰⁸ [énfasis del original].

En realidad, tal panorama puede corroborarse repasando algunos pronunciamientos de la SCJN sobre la materia. Nos referimos, por ejemplo, a las sentencias correspondientes a la acción de inconstitucionalidad 22/2001 (y sus

1306 *Ibid.*, pp. 314-315.

1307 BÁEZ SILVA, Carlos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en el ordenamiento federal”, en su libro *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 27, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2009, p. 63.

1308 *Ibid.*, p. 64.

acumuladas 23/2001 y 24/2001)¹³⁰⁹ y a la acción de inconstitucionalidad 27/2002¹³¹⁰, por un lado; y a la acción de inconstitucionalidad 7/2003¹³¹¹, por el otro. Pasaremos a reseñarlas sucintamente.

a) *El primer grupo de decisorios*

a.1) Acción de inconstitucionalidad 22/2001 y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001

Sintéticamente, tres partidos políticos (Convergencia por la Democracia, de la Sociedad Nacionalista y Alianza Social) dedujeron sendas acciones de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 216 por el que se reformó, *inter alia*, el art. 38 de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo, publicado en el *Periódico Oficial* local de 10 de mayo de 2001.

Consideraban que el inc. 'h' de la fracción I de aquel precepto violaba el art. 116, fracción IV, inc. 'f', de la Constitución federal dado que se excluía a los partidos políticos de reciente creación o que no tuvieran antecedentes electorales en las elecciones para diputados, del financiamiento público para actividades generales, a que tenían derecho de conformidad con la Carta magna federal.

El 23 de agosto de 2001 la SCJN, que oportunamente había acumulado las acciones planteadas, por unanimidad de diez (10) votos las juzgó procedentes y parcialmente fundadas (M.P. Humberto Román Palacios), declarando la invalidez del art. 38, fracciones I, inc. 'h' (totalmente), y II, inc. 'e' (parcialmente), de la Ley electoral de aquella entidad federativa; y con fundamento en el art. 41, fracción IV, de la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, ordenó a la legislatura estatal que regulara lo referente al financiamiento público respecto de actividades generales para los partidos políticos de reciente creación, para lo cual le fijó un plazo de veinte (20) días naturales para dar cumplimiento al fallo y emitir la señalada normatividad.

En suma, y ante la *omisión parcial o relativa* de la citada disposición en prever el financiamiento público para los partidos que no tuvieran antecedentes electorales en el Estado, se requirió a la legislatura de la entidad que emitiera la normativa correspondiente en la que se previera la "ministración" del financiamiento público para esos partidos.

a.2) Acción de inconstitucionalidad 27/2002

El Partido de la Revolución Democrática (PRD) formalizó acción de inconstitucionalidad en contra de la X Legislatura y del Gobernador constitucionales,

1309 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XIV, septiembre de 2001, p. 825.

1310 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XVII, marzo de 2003, p. 1047.

1311 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XVII, marzo de 2003, p. 961.

ambos del Estado de Quintana Roo, demandando la invalidez —en cuanto a lo que aquí importa— de los arts. 30, fracción III, y 38, de la Ley Orgánica del Instituto Electoral de esa entidad federativa. En el primero de los preceptos no se había establecido el plazo específico para que la legislatura local (o en caso de receso de ésta, la diputación permanente) resolviera respecto de la designación del consejero presidente sustituto en el supuesto de ausencia definitiva del consejero presidente del Consejo General del Instituto (además de que, mientras la legislatura estatal o la diputación permanente, en su caso, no resolvieran, seguiría encargado del despacho el secretario general); y en el segundo no se especificaba el plazo o tiempo máximo en que el director jurídico del referido instituto podía actuar como sustituto del secretario general.

El 18 de febrero de 2003 el pleno de la SCJN (M.P. Sergio Salvador Aguirre Anguiano), por unanimidad de diez (10) votos, acogió en lo pertinente la acción; declaró la invalidez de los arts. 30, fracción III, y 38 de la Ley Orgánica del Instituto Electoral de Quintana Roo (por no cumplir con el deber impuesto por el art. 116, fracción IV, inc. 'b', de la Constitución federal, en cuanto a que las constituciones y leyes estatales garanticen que la función electoral se rija por el principio de certeza), y en consecuencia requirió a la legislatura local que por lo menos noventa (90) días antes de que iniciara el proceso electoral realizara la adecuación de los citados preceptos.

Claramente, se observa aquí la convergencia (y subsanación) de una *omisión legislativa parcial o relativa*.

b) Acción de inconstitucionalidad 7/2003

Resuelta el 4 de marzo de 2003 (M.P. Juan Díaz Romero), la presidenta del Comité Ejecutivo Nacional del PRD pretendía impugnar por medio de tal acción una *omisión legislativa* —según verbalizó la propia SCJN—, consistente en que el Congreso del Estado de Tabasco no había ajustado las disposiciones legales orgánicas y secundarias al Decreto N° 192, de 26 de noviembre de 2002, mediante el cual se reformaron y modificaron diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Tabasco (relacionadas especialmente con la materia electoral), y que fuera publicado en el *Periódico Oficial* de la entidad el 27 de noviembre de 2002.

Separándose de lo que había resuelto en las acciones de inconstitucionalidad 22/2001 (y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001) y 27/2002, la SCJN sobreseyó (desestimó) la acción de inconstitucionalidad 7/2003 por mayoría de nueve (9) votos. Debe ponerse de resalto que en disidencia se pronunció el Ministro Góngora Pimentel

por medio de un sólido voto¹³¹² (al que enseguida aludiremos brevemente) en el que se manifestaba a favor de receptor la acción de inconstitucionalidad en el marco de las omisiones legislativas.

Concretamente, en su sesión privada de 18 de abril de 2005 el Tribunal pleno aprobó la tesis jurisprudencial 23/2005¹³¹³, bajo el epígrafe: “*Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente contra la omisión del congreso local de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de la entidad a las disposiciones de un decreto por el que se modificó la constitución estatal*”. Puntualizó lo siguiente:

“Del análisis gramatical y teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *no se advierte la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de una entidad federativa a las disposiciones de un Decreto por el que se modificó la Constitución estatal, sino únicamente contra la posible contradicción entre la Constitución federal y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente, dado que a través de este mecanismo constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma.* Lo anterior se corrobora con la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen a la reforma del citado precepto constitucional, de donde se advierte que *la intención del Órgano reformador de la Constitución federal, al crear la acción de inconstitucionalidad, fue la de establecer una vía para que los entes legitimados, entre ellos los partidos políticos, pudieran plantear ante esta Suprema Corte la posible contradicción entre una norma general publicada en el medio oficial correspondiente y la Constitución federal, características que no reviste la aludida omisión del Congreso local, dado que no constituye una norma general y menos aún ha sido promulgada y publicada, por lo que resulta improcedente dicha vía constitucional*”.

1312 Nótese por ejemplo que en uno de los puntos específicos dentro de los votos particulares que formulara la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 (resuelta por la SCJN, Tribunal pleno, el 7 de junio de 2007), promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, inauguró *su disidencia respecto del criterio mayoritario acerca de la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad para impugnar omisiones legislativas*.

La magistrada señaló lo siguiente: “En ocasiones anteriores, quien suscribe este voto ha compartido el criterio mayoritario, en el sentido de que no es posible ejercer un control constitucional respecto de una omisión legislativa. Sin embargo, *he decidido firmemente cambiar de criterio en atención al contenido del voto particular emitido por el ministro Genaro David Góngora Pimentel, en la acción de inconstitucionalidad 7/2003*” (los votos en cuestión de la Ministra pueden verse en D.O.F., segunda sección, 4 de septiembre de 2008).

1313 P./J. 23/2005, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tº XXI, mayo de 2005, p. 781.

Más allá de la posición que fijaba, el tribunal se vio obligado a reconocer que en algunas resoluciones había impuesto a las legislaturas la obligación de legislar sobre *omisiones* en que incurrieron en lo referente a su sistema electoral, aclarando que ello se dio “*como resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas, pero nunca con motivo de una omisión total en la expedición de una ley*”.

Citó como ejemplos los casos de las aludidas acciones de inconstitucionalidad 22/2001 (y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001) y 27/2002, aunque enfatizó que en dichos supuestos “*la omisión de las legislaturas consistía, simplemente, en una regulación deficiente de la ley, esto es, se trataba de una omisión parcial, pues lo cierto es que había ley, pero no se trataba de una omisión total en cuanto a la expedición de una disposición o disposiciones, independientemente de que había oportunidad constitucional para componerlas, lo que no se da en el presente asunto*”.

Por último, tal como anunciábamos y entre otras apreciaciones, en su citado voto particular el Ministro Góngora Pimentel expresó: “Desde mi punto de vista que en esta ocasión difiere del que sostiene el criterio de la mayoría de este Tribunal Pleno y parte de la hipótesis central sobre *la eficacia jurídica que pueden tener las normas constitucionales si el legislador, al cual obligan, hace caso omiso al mandato constitucional de emitir una disposición legislativa o adecuar la ya existente*. A mi entender, considero que se deja muy mal parada la norma constitucional, la que queda como una hoja de papel. *Un tribunal constitucional no puede dejar de incentivar la eficacia jurídica de una norma constitucional, pues en la medida en que no lo haga, estará permitiendo su propia vulneración*. Sin ánimo academicista pero con la responsabilidad de formar parte de un tribunal constitucional, debe insistirse sobre la eficacia jurídica de las normas constitucionales y el grado de obligación que despliegan respecto al legislador, uno de los destinatarios naturales de las normas constitucionales, ya que a él le corresponde desarrollar el contenido de las normas constitucionales para lograr una mayor eficacia de las mismas”.

1314 Puede también mencionarse, a guisa de ejemplo, a la acción de inconstitucionalidad 8/2010, que fue promovida por el Procurador General de la República, resuelta el 22 de marzo de 2012 (M.P. Guillermo I. Ortiz Mayagoitia) y publicada en el D.O.F., tercera sección, 16 de octubre de 2012, pp. 47 y ss.

El demandante planteó, en lo que aquí concierne, que el art. 70, fracción III, de la Constitución Política del Estado de Yucatán (referido a la *acción por omisión legislativa o normativa*) violaba los arts. 14, 115 y 116 de la Constitución federal. Se basó en que la figura jurídica o medio de control constitucional llamado *acción por omisión legislativa o normativa*, imputable al Congreso, al Gobernador o a los ayuntamientos, sobrepasaba el verdadero objetivo de control constitucional en el nivel local, puesto que el Poder Judicial, a través del pleno del Tribunal Superior de Justicia, se colocaba —al resolver—

B) Un significativo precedente: la acción de inconstitucionalidad 118/2008¹³¹⁴

Es preciso detenerse unos instantes en la *acción de inconstitucionalidad 118/2008*, pues de la sentencia que la resolvió surgen algunos elementos significativos a los fines de esta indagación.

El promovente de la acción fue el PRD y la sentencia fue proferida el 9 de diciembre de 2008¹³¹⁵ (M.P. Mariano Azuela Güitrón). Básicamente, la acción perseguía la declaración de invalidez del decreto de reformas a los arts. 82 y 105 del Código Electoral del Estado Libre y Soberano de Morelos, emitido por el Congreso de esa entidad federativa y promulgado por su Gobernador, publicadas en el *Periódico Oficial* local de 2 de octubre de 2008.

El núcleo del planteo del PRD contra el Poder Legislativo del Estado de Morelos radicaba en dos puntos: *i*) acusaba el incumplimiento de la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007 respecto del artículo transitorio sexto que establecía que las reformas deberían ser instrumentadas por los Estados a más tardar en un (1) año contado desde la publicación de tal modificación constitucional; y *ii*) argumentaba la falta de establecimiento de una regla de recuento de votos conforme al art. 116, fracción IV, inc. 1, de la Constitución federal, porque de la simple lectura de la legislación del Estado de Morelos no surgía la existencia de modelo, sistema o disposición algunos para semejante recuento de sufragios.

por encima de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como de los municipios.

Tal concepto de invalidez fue rechazado por la SCJN, por mayoría de diez —10— votos, reconociendo en consecuencia la constitucionalidad de la fracción III del art. 70 de la Ley fundamental local.

La SCJN sostuvo que los Congresos de los Estados tienen un amplio margen de configuración constitucional y legal para establecer —en el caso concreto— el diseño de su órgano de control constitucional local así como los respectivos medios de control e impugnación, sin que ello implique por sí mismo, una invasión a la esfera de atribuciones de los otros poderes u órganos de gobierno estatales.

Entendió asimismo que el pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional estatal, únicamente resolverá una eventual disputa sobre la existencia o inexistencia de omisiones legislativas o normativas, para que, en su caso, su resolución judicial haga jurídicamente aplicables y exigibles los plazos constitucionales —previamente fijados— para que cada órgano público, en uso pleno de sus facultades y autonomías, ejerza las atribuciones que le corresponden para subsanar dichas omisiones.

Añadió, entre otros fundamentos, que la acción por omisión legislativa o normativa no es un medio que permita al Poder Judicial controlar el ejercicio de la facultad soberana del Poder Legislativo, ni de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, o de la potestad normativa municipal, sino que más bien le otorga la potestad de determinar si existe una obligación de legislar o emitir normatividad y en su caso, declarar si existe incumplimiento o no de tal obligación.

Además, afirmó que dicha vía no compromete ni afecta el proceso legislativo estatal ordinario, ni la facultad de iniciativa o de discusión, aprobación o promulgación de las leyes, ya que la resolución del Tribunal Constitucional local no tendrá ningún alcance respecto del contenido de la normatividad faltante, sino únicamente sobre su ausencia y sobre la obligatoriedad de su expedición.

1315 D.O.F., 20 de enero de 2009.

La SCJN rechazó el primer argumento y consideró fundado el segundo. Acerca de este último se basó en que las Constituciones y leyes de los Estados, en materia electoral, debían garantizar que tanto en los ámbitos administrativo como jurisdiccional se fijaran las reglas para el recuento total o parcial de votación; adecuación que no se verificaba en el Código Electoral estatal ya que la única disposición legal que se refería al tema era su art. 286 donde sólo se establecieron dos reglas para el *recuento parcial* de votos en sede administrativa, en los niveles distrital y municipal.

En consecuencia, el tribunal estimó que tal previsión legal no colmaba la exigencia derivada de la reforma constitucional en materia electoral de 13 de noviembre de 2007, contenida en el art. 116, fracción IV, inc. 'I', de la Constitución federal, porque nítidamente se prescribía que las leyes electorales de los Estados “*deben garantizar que se señalen los supuestos y las reglas para la realización, en los ámbitos administrativo y jurisdiccional, de recuentos totales o parciales de votación*”.

En el caso, sólo se preveían dos (2) supuestos y reglas de recuento *parcial* de votos en sede administrativa en los niveles distrital y municipal. Faltaban, por tanto, *los supuestos y las reglas de recuentos totales en sedes administrativa y jurisdiccional*.

Precisamente en lo que incumbe a los fines de este trabajo, manifestó (consid. sexto):

“No es óbice a lo anterior, que la violación constitucional consista en una omisión legislativa y que este Alto Tribunal haya anteriormente sostenido el criterio de que la acción de inconstitucionalidad resultaba improcedente en estos casos, porque derivado de una nueva reflexión debe precisarse que los órganos legislativos cuentan con facultades de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una *omisión absoluta* cuando aquellos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes; por otro lado, puede presentarse una *omisión relativa* cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades —de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo—, y de omisiones —absolutas y relativas—, *pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas*: a) *Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) *Relativas en competencias de ejercicio obligatorio*, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) *Absolutas en competencias de ejercicio potestativo*, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) *Relativas en*

competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente”.

Para desarrollar tal fundamentación, se basó en la siguiente jurisprudencia del Tribunal pleno (de idéntico contenido al texto transcrito en el párrafo anterior): N° Registro: 175.872. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° XXIII, febrero de 2006, Tesis: P/J. 11/2006. Página: 1527.

Añadió que en el caso la omisión legislativa que combatía era clasificable como “*relativa en competencia de ejercicio obligatorio*”, por cuanto el Congreso del Estado de Morelos emitió el Código Electoral de esa entidad federativa teniendo el mandato constitucional para hacerlo derivado de la reforma constitucional en materia electoral publicada en el D.O.F. el 13 de noviembre de 2007, obligación de adecuación que fue abastecida de manera general, aunque *ese cumplimiento resultaba deficiente en lo relativo a los supuestos y las reglas de recuentos parciales o totales en sedes administrativa y jurisdiccional*.

Se encargó asimismo de aclarar que si bien en principio había sostenido que la acción de inconstitucionalidad era improcedente contra la omisión de los congresos de los Estados de expedir una ley, sin embargo, tal criterio no aplicaba cuando se trataba de una *omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas*¹³¹⁶, como acontecía en el *sub lite*.

En suma, consideró que resultaba procedente y fundada la acción de inconstitucionalidad presentada por el PRD en contra de la *omisión legislativa del Congreso del Estado de Morelos* consistente en regular de manera deficiente en el Código Electoral de esa entidad, los supuestos y las reglas de los recuentos parciales o totales en los ámbitos administrativo y jurisdiccional prevista en el inc. 1, fracción IV, numeral 116, de la Constitución federal. Estableció en consecuencia que el órgano legislativo de esa entidad federativa *debía legislar a la brevedad posible, para corregir la*

1316 Se sustentó al respecto en el criterio jurisprudencial que señala: “*Acción de inconstitucionalidad. Si bien es improcedente contra una omisión absoluta en la expedición de una ley, no lo es cuando aquella sea resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas*. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra la omisión de los Congresos de los Estados de expedir una ley, por no constituir una norma general que, por lo mismo, no ha sido promulgada ni publicada, los cuales son presupuestos indispensables para la procedencia de la acción. Sin embargo, tal criterio no aplica cuando se trate de una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas” (N° Registro: 170.413, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XXVII, febrero de 2008, Jurisprudencia, Materia[s]: Constitucional, Instancia: pleno, Tesis: P/J. 5/2008, p. 1336).

deficiencia apuntada, antes de la celebración de la jornada electoral estatal de 5 de julio de 2009 (cfr. punto dispositivo cuarto, decidido por mayoría de ocho —8— votos).

5. El juicio de amparo

A) Amparo y omisión legislativa

Primeramente puede ser interesante evocar una causa que, resuelta por la SCJN, en cierta medida vinculó el amparo y la omisión legislativa.

En la citada reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994¹³¹⁷ se incorporó como párrafo cuarto del art. 21 la siguiente disposición: “Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional *en los términos que establezca la ley*” (hoy inexistente con ese texto¹³¹⁸).

Hubo de transcurrir bastante tiempo, más de seis (6) años, para lograr que tal dispositivo legal federal fuera dictado. En realidad, el 9 de junio de 2000 se reformó la Ley de Amparo, agregándose la fracción VII a su art. 114 para dar viabilidad al juicio de amparo directo contra las resoluciones del Ministerio Público a que hacía referencia el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, verificado el cumplimiento del principio de definitividad.

En el interregno hasta la emisión de tal preceptiva y ante el contenido del mencionado párrafo del citado precepto, los afectados por decisiones del Ministerio Público en el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal habían intentado ejercer tal derecho constitucional —inexistente antes de la modificación constitucional— empleando el *amparo indirecto* por tal fin y argumentando que se les violaba una “garantía individual”¹³¹⁹.

Como recuerda BÁEZ SILVA, los juzgados de distrito y los tribunales colegiados de circuito que conocieron de los diferentes casos establecieron criterios diversos sentando dos posiciones contradictorias:

1317 Innovación constitucional que entró en vigor el 1 de enero de 1995, es decir y de acuerdo con lo estipulado por su artículo primero transitorio, al día siguiente de su publicación en el D.O.F.

1318 Encontramos algunas similitudes en el actual art. 20 de la Constitución, ap. C: “De los derechos de la víctima o del ofendido”, fracción VII, que establece el derecho de estos de “[i]mpugnar ante autoridad judicial las *omisiones* del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño” (artículo reformado mediante Decreto publicado en el D.O.F. el 18 de junio de 2008).

1319 BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº I, 4ª ed., 2003, p. 905.

- Contra el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público se entendía procedente el juicio de amparo indirecto en virtud de que, a pesar de no existir la ley a que hacía mención el art. 21 constitucional, en el mismo se consagraba un derecho del individuo, siendo el amparo el mecanismo de garantía del mismo¹³²⁰.
- Contra el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público no era procedente el amparo, ya que la no reglamentación del derecho individual “de ninguna manera implica la procedencia del juicio de amparo, fundamentalmente porque el legislador no estableció que un órgano de control constitucional sea la autoridad competente para analizar el acto de que se trata, además de que no está precisado en alguna ley ordinaria que sea aplicable al caso a quien se legitima para exigir el respeto de la garantía individual que establece tal precepto”¹³²¹.

Ante semejante dicotomía de criterios, la SCJN analizó la cuestión y en fecha 5 de junio de 2000¹³²² (por unanimidad de diez —10— votos) salvó aquella discrepancia en la Contradicción de Tesis 18/98-PL entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Cuarto Circuito.

En tren de resaltar algunas de las líneas principales que trasuntó el pronunciamiento en cuestión —obviamente en punto a lo que aquí nos interesa principalmente—, pueden relevarse las siguientes¹³²³:

- “[L]a intención del Poder Revisor de la Constitución con la reforma del artículo 21, párrafo cuarto, de la Carta magna, es la de reconocer constitucionalmente en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de éste, o del legalmente interesado por la comisión de un ilícito, el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho a exigir del Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el *nacimiento de una garantía individual*, pues es un derecho que la Constitución garantiza al gobernado frente a la autoridad, la que, por consecuencia, se ve limitada en la función relativa, en la medida en que sus

1320 Dicha posición se apoya en el precedente de la primera sentencia de amparo (cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° III, junio de 1996, p. 759, Tesis I.3°.P.7 P.; y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° IV, agosto de 1996, p. 619, Tesis IV.1°.1 P.; siguiendo a BÁEZ SILVA, Carlos, id. p. y nota 72).

1321 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° IV, noviembre de 1996, p. 393, Tesis IV.3°.11 P. (cfr. BÁEZ SILVA, Carlos, id. p. y nota 73).

1322 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° XII, noviembre de 2000, p. 361.

1323 Cabe aclarar que todas las formulaciones que se transcribirán corresponden al consid. octavo del pronunciamiento relatado.

mencionadas determinaciones pueden ser revisadas por autoridad jurisdiccional y, en su caso, factible lograr que en reparación se ejercite la acción o se retire el desistimiento”.

- “*El respeto a esa garantía individual no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que se emita la disposición legal que reglamente el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria la determinación de mérito, puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en el caso, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente, desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, además, porque existe un medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones, que es el juicio de amparo, como medio de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad*”.
- “[L]a ausencia hasta ahora de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar por cuestiones de legalidad las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, no impide que tales determinaciones puedan ser reclamadas, por el momento, directamente, mediante el juicio de amparo, dado que estando regulada la relativa actuación de la representación social por el propio Pacto Federal, [...] bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de amparo, ya que éste es precisamente un medio de control constitucional por vía jurisdiccional; arribar a una postura que sobre el particular impid[a] la procedencia del juicio de amparo, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 103 y 107 del Pacto Federal, es procedente contra leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales”.

En suma y con un criterio aperturista, la SCJN dio libre tránsito a la norma constitucional aun ante la omisión del legislador de reglamentar la garantía materializada en el párrafo cuarto del entonces artículo 21¹³²⁴ constitucional, entendió que la ausencia de ordenamientos legales que precisaran la vía jurisdiccional ordinaria implicaría que tales determinaciones pudieran ser reclamadas de modo directo e inmediato usando el juicio de garantías (en el caso, *amparo indirecto*), en tanto se expidieran las leyes ordinarias.

1324 Debe recordarse, por lo demás, que el artículo transitorio undécimo de la mencionada reforma de 1994 determinó que “[e]n tanto se expidan las disposiciones legales, reglamentarias y acuerdos generales a que se refieren los preceptos constitucionales que se reforman por el presente decreto, seguirán aplicándose los vigentes al entrar en vigor las reformas, en lo que no se opongan a éstas”.

B) Posición refractaria de la SCJN

Sin perjuicio del caso reseñado en el apartado anterior, que en puridad exhibe aristas *sui generis*, la SCJN se ha mostrado reacia a admitir la operatividad del amparo para subsanar pretericiones legislativas.

Así, por ejemplo, en la tesis denominada “*Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional*”, ha puntualizado que respecto de la *omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los arts. 107, fracción II, de la Constitución federal y 76 de la citada legislación ordinaria [entonces vigentes], “en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado”¹³²⁵.

En línea convergente y bajo el siguiente rubro: “*Conceptos de violación y agravios expresados en el amparo directo en revisión. Son inoperantes cuando en ellos se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento a una reforma constitucional*”, se determinó que *cuando en la demanda de amparo directo o en los agravios expresados en la revisión interpuesta en dicho juicio constitucional, se impugna la omisión de una legislatura, ya sea local o federal, de expedir determinada codificación u ordenamiento, la imposibilidad jurídica de analizar tales cuestionamientos deriva del principio de relatividad que rige en el juicio de amparo*¹³²⁶.

1325 Registro N° 197.222, Amparo en revisión 961/97, 21 de octubre de 1997, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° VI, diciembre de 1997, tesis (aislada): P. CLXVIII/97, p. 180.

1326 Registro N° 192.864, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° X, pleno, noviembre de 1999, tesis: P. LXXX/99, p. 40.

En definitiva, tal *principio de relatividad de las sentencias de amparo* ha funcionado como una barrera prácticamente insalvable para la procedencia del juicio de garantías contra pretermisiones del legislador ordinario.

C) El nuevo paisaje jurídico a partir de las reformas constitucionales de 2011 relativas a derechos humanos y al proceso de amparo

a) La pregunta que se impone es si aquella postura cuasi radicalmente negatoria de la SCJN acerca del andamiento del amparo contra pretermisiones legislativas anticonstitucionales resulta hoy sustentable *vis-à-vis* el remozado panorama jurídico mexicano, en el que se entrelazan nutridas disposiciones, principios y valores constitucionales y convencionales en el área de los derechos humanos.

No puede ignorarse que el amparo es a un tiempo y entre otras facetas, un proceso encaminado a salvaguardar la supremacía de la Constitución frente a preceptivas legales o sublegales contrarias a ella, y un instrumento procesal constitucional útil para la defensa y la realización de los derechos fundamentales (*inter alia*, civiles y políticos y económicos, sociales y culturales).

b) Un elemento analítico significativo a la hora de ponderar la viabilidad del control respecto de las omisiones inconstitucionales en el ámbito federal de México se conecta con el *nuevo paradigma* cincelado por las innovaciones constitucionales en materias de *derechos humanos* y de robustecimiento del *proceso de amparo* (publicadas en el D.O.F. de 10 y 6 de junio de 2011, respectivamente)¹³²⁷, a las que aludiéramos en otro tramo de esta indagación.

b.1) Respecto de la primera de tales modificaciones, en el artículo 1 constitucional se estipula que *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección*, estableciéndose también —en franca aplicación del principio *pro persona*— que las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*. Asimismo, se establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los *principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Por su parte y dentro de la prohibición de discriminación que ya contenía

1327 Cabe acotar que unos días más tarde, concretamente el 13 de julio de 2011, se promulgó otra innovación constitucional que modificó los arts. 19, 20 y 73 para sancionar la trata de personas, delito que será perseguido sin necesidad de denuncia, garantizándose el anonimato de las víctimas en el proceso.

la Constitución por diferentes causales, se incluía la de “preferencias” que figuraba sin aditamento alguno, procediéndose por medio de la innovación constitucional a adjetivarlas añadiéndoles la palabra “sexuales” (id. art.).

En el art. 29 se diseñan importantes pautas de respeto a los derechos básicos durante los regímenes de excepción.

Entre otras novedades, en el marco de las acciones de inconstitucionalidad de las que conocerá la SCJN, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede articularlas en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte (art. 105, fracción II, ‘g’). Justamente la parte que hemos marcado en *itálicas* fue la añadida por la reforma en cuestión.

A partir del contenido literal del art. 1 reformado y del remozamiento de su matriz jurídica, axiológica e institucional, el art. 133, Ibid., adquiere una renovada textura, imponiéndose una relectura del ordenamiento normativo y de su sistema de fuentes a partir de una lógica que no se centre en el enfoque jerárquico sino que focalice una perspectiva de armonización normativa sobre la base del principio pro persona. En todo caso, si se habla de alguna primacía, esa debe ser la de los derechos humanos.

b.2) En el marco de la innovación en el área del proceso de amparo, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los arts. 94, 103, 104 y 107 de la Constitución federal.

Las modificaciones que aquí interesan de manera específica fueron desarrolladas pormenorizadamente, como anticipábamos en otro sector del trabajo, el 2 abril de 2013, fecha de publicación del decreto que contiene la llamada “Nueva Ley de Amparo” (NLA), texto reglamentario de los arts. 103 y 107 de la Constitución federal, como también los cambios producidos en cinco (5) leyes secundarias: **i)** Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; **ii)** Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del art. 105 de la Constitución federal; **iii)** Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; **iv)** Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos; y **v)** Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Tal como con menor grado detalle también anunciáramos, la NLA introdujo algunas variaciones relevantes, por ejemplo¹³²⁸:

1328 Ver otros elementos positivos de la NLA en “Nota introductoria” de la SCJN (www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/archivos/NotaIntroductoria.pdf).

- La premisa de los derechos humanos (de fuentes interna e internacional) como objeto expreso de protección del juicio de amparo.
- La perceptible ampliación del radio de cobertura protectora del juicio de amparo contra normas generales, actos u *omisiones*.
- La procedencia del amparo por transgresión a un interés legítimo (afectación indirecta) individual o colectivo.
- La atención prioritaria de asuntos, de modo excepcional y cuando exista una urgencia atendiendo al interés social o al orden público, cuando sea solicitada al Presidente de la SCJN por los presidentes de las Cámaras del Congreso de la Unión o el Consejero jurídico del Ejecutivo federal.
- La sistematización de las normas relativas al amparo directo y al amparo indirecto.
- La emisión de una declaración general de inconstitucionalidad ante la resolución de las salas o el pleno de la SCJN, de dos (2) juicios de amparo indirecto en revisión consecutivos que determinen la inconstitucionalidad de una norma general.
- La introducción del amparo y la revisión adhesivos.
- La resolución de contradicciones de tesis por Plenos de Circuito.
- La eliminación del sobreseimiento por inactividad procesal y la caducidad de la instancia.

El art. 1 de la NLA, dentro del título primero (“Reglas generales”) del capítulo I (“Disposiciones fundamentales”) es una especie de clave de bóveda esencial para comprender el espíritu de la nueva normativa. Establece que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

- i. Por normas generales, actos u *omisiones* de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución federal, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- ii. Por normas generales, actos u *omisiones* de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución federal.
- iii. Por normas generales, actos u *omisiones* de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución federal.

En su parte final, la citada disposición rezuma el propósito central de la nueva versión de la normatividad sobre juicio de amparo al establecer que éste “*protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares* en los casos señalados en la presente ley”.

Por ende, se observa que en una importante cantidad de disposiciones de la NLA aparece consagrada la procedencia de la tutela de la persona frente a las *omisiones* de las autoridades públicas.

Es interesante traer a colación que el art. 77, *Ibid.*, establece que los efectos de la concesión del amparo serán “obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija”, *cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión*, añadiendo que en el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho.

De su lado, el art. 107, *Ibid.*, preceptúa que el *amparo indirecto* procede contra actos u *omisiones* que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo (fracción II); contra actos, *omisiones* o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio en las hipótesis que en tal disposición se establecen (fracción III); y contra las *omisiones* del Ministerio Público en la investigación de los delitos y demás cuestiones indicadas en el segmento normativo que reseñamos (fracción VII).

Por último, en función del art. 108, *Ibid.*, y en lo pertinente, la demanda de amparo indirecto deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos autorizados por la ley, expresando —*inter alia*—: la autoridad o autoridades responsables (fracción III); la *omisión* que de cada autoridad se reclame (fracción IV); y los hechos o *abstenciones* que constituyan los antecedentes del acto reclamado o que sirvan de fundamento a los conceptos de violación (fracción V).

c) Realizado un repaso de las capitales reformas constitucionales de 2011 en los campos temáticos de los derechos humanos y el proceso de amparo y tomando en consideración los factores que telegráficamente se dejarán consignados a continuación, se impone un paulatino cambio de percepción en la SCJN que permita abrir la válvula para la operabilidad del proceso de amparo como medio idóneo para corregir omisiones legislativas inconstitucionales (e inconventionales).

Al efecto deben tenerse en cuenta, individual y colectivamente, los siguientes factores, producto de una enumeración no taxativa:

- Un nuevo paradigma en el plano de los derechos fundamentales.
- Los ingentes esfuerzos que la SCJN ha efectuado para deparar criterios interpretativos en el ámbito del control de convencionalidad.
- La entronización del postulado de *interpretación conforme*.
- La revalorización del principio *pro persona*.
- La resignificación y el *aggiornamento* del amparo como *juicio de garantías*.
- La multiplicación de alusiones a las *omisiones* principalmente de autoridades públicas tanto en la Carta magna como en la NLA, que habilitarían la procedencia del *amparo* en ese espacio temático.
- La apertura normativa hacia la *declaración general de inconstitucionalidad* ante la resolución de las salas o el pleno de la SCJN, de dos (2) juicios de amparo indirecto en revisión consecutivos que determinen la invalidez constitucional de una norma general.
- Las crecientes exigencias del Estado Constitucional y Convencional de Derecho.
- La importancia de intensificar esfuerzos que se concentren en la búsqueda de la *eficacia* de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que México sea parte.

Otra manifestación de la trascendente innovación del hasta entonces reinante modelo en las áreas de los derechos humanos y el juicio de amparo a causa de las respectivas modificaciones constitucionales, se canalizó a través de la decisión de dar inicio a la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, lo que se produjo a partir del 4 de octubre de 2011 por medio del Acuerdo General N° 9/2011, de 29 de agosto de 2011, del pleno de la SCJN, sustentándose en que ello permitiría una mayor consolidación del Poder Judicial de la Federación, desde que aquellas reformas se traducen en una reconstrucción de criterios para el Máximo Tribunal federal.

Todos los ingredientes aludidos hasta aquí se amalgaman y reclaman ser debidamente ponderados por la SCJN, a los efectos de repensar y mitigar la rígida vigencia del principio de relatividad de las sentencias de amparo ante omisiones anticonstitucionales (y, eventualmente, inconvencionales) cuando están en juego derechos esenciales, despejando el camino para que tal importante instrumento procesal constitucional pueda funcionar como vía apta para subsanar la inconstitucionalidad y/o la anticonvencionalidad por preterición legislativa.

Sea como fuera, la Sala Segunda de la SCJN ha persistido en la posición negatoria (ya con la vigencia de la NLA). Así, en tesis aislada y bajo el rubro: “*Omisión legislativa*.”

Es improcedente el juicio de amparo en su contra, conforme al artículo 73, fracción XVIII, de la ley de la materia, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, ha sostenido¹³²⁹:

“El precepto constitucional citado, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, dispone que las sentencias pronunciadas en el juicio de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, de donde deriva que respecto de dichas sentencias aún prevalece el principio de relatividad, dado que no pueden tener efectos generales. En congruencia con lo anterior, en términos del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución federal, *es improcedente el juicio de amparo contra una omisión legislativa, pues de concederse la protección constitucional al quejoso, el efecto sería obligar a la autoridad legislativa a reparar la omisión, dando efectos generales a la ejecutoria, lo cual implicaría la creación de una ley, que constituye una prescripción general, abstracta y permanente, que vincularía no sólo al promovente del amparo y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada.* No es obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que el artículo 107, fracción II, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establezca la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales, toda vez que esa declaración debe emitirse en un procedimiento específico por parte de este Alto Tribunal, sin que sea posible adoptar una decisión de tal naturaleza en un caso concreto; *máxime que el procedimiento para la declaratoria general de una norma se refiere a normas existentes y no a omisiones legislativas.* Por otra parte, tampoco es obstáculo que el artículo 103, fracción I, constitucional, establezca que los Tribunales de la Federación conocerán de toda controversia suscitada por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos, ya que dicho precepto *no contempla la posibilidad de que puedan reclamarse omisiones legislativas,* dado que opera la limitante prevista en el referido artículo 107, fracción II, párrafo primero, en el sentido de que *las sentencias dictadas en el juicio de amparo no pueden tener efectos generales*”.

De cualquier modo, no puede dejar de mencionarse que se ha puesto de relieve la existencia de un criterio minoritario que podría dar lugar a la admisión de ciertas hipótesis [omisivas] aun en *amparo*, al señalarse que en este juicio constitucional debe analizarse la *violación al principio de igualdad*, cuando hay “*un trato desigual por*

1329 Registro N° 2002843, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, T° 2, Tesis: 2ª VIII/2013, p. 1164.

exclusión tácita” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 1ª Sala, Tº XXXII, diciembre de 2010, p. 167)¹³³⁰.

6. Una necesaria referencia: la actividad jurisdiccional de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en materia de omisiones legislativas inconstitucionales

A) *Importante movilización jurisprudencial*

Antes de dejar paso al epílogo que clausurará estas líneas en torno al tratamiento que la SCJN ha brindado a las pretermissiones anticonstitucionales en el marco del ordenamiento federal, es menester resaltar el interesante movimiento jurisprudencial de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en la materia, fundamentalmente centrada en los poderes legislativos de algunas entidades federativas que han incurrido en indolencias inconstitucionales respecto de la oportuna reglamentación de la figura de las *candidaturas independientes*.

Para ponderar la trascendencia del avance jurisprudencial que aquí destacamos, no puede perderse de vista la circunstancia de que durante mucho tiempo la SCJN negó al TEPJF la atribución de ejercer control de constitucionalidad¹³³¹.

Advertido lo anterior y a los efectos de la validación competencial de la Sala Superior del TEPJF acerca de impugnaciones que giren en torno a *omisiones legislativas absolutas de carácter concreto*, vale recordar lo resuelto en el Expte. SUP-JRC-122/2013, que generó una tesis jurisprudencial aprobada en sesión pública de 16 de octubre de 2013, sobre la que volveremos.

Recientemente, el 14 de mayo de 2014, se observan los siguientes pronunciamientos:

i) Expte. N° SUP-JDC-357/2014, en el marco del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, Actor: Luis Alberto Zavala Díaz, Autoridad responsable: Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza, M.P. María del Carmen Alanís Figueroa; y **ii)** Exptes. N°s SUP-JDC-247/2014 y Acumulados, en los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, Actores: Roberto Alfonso Gallardo Galindo y otros,

1330 RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, voz “Omisiones legislativas relativas o parciales”, op. cit., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tº II, p. 977.

1331 Por citar sólo un par de ejemplos de tal interpretación refractaria, véanse: Tesis P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, *Semanario Judicial y su Gaceta*, Tº XV: “Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes”; y Tesis P./J. 25/2002, de 10 de junio de 2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tº XV: “Leyes electorales. La única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad”.

Autoridad responsable: Septuagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León, M.P. Salvador Olimpo Nava Gomar.

En el primero de ellos, por mayoría¹³³², el Tribunal ordenó al Consejo General del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Coahuila que dentro del plazo improrrogable de tres —3— días, contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia, escuchara al ciudadano Luis Alberto Zavala Díaz, y de reunir los requisitos constitucionales correspondientes, con fundamento en el art. 19 de la Constitución local, acordara la forma en que aquel pudiera ejercer su derecho a participar como candidato independiente en el proceso electoral en curso (al momento del dictado de la resolución) y dentro de las veinticuatro —24— horas siguientes a que ello ocurriera, esa autoridad debía informar y acreditar ante la Sala Superior del TEPJF el cumplimiento dado a la sentencia. Asimismo, dispuso dar vista al Consejo General del Instituto Nacional Electoral.

En el segundo, también por mayoría¹³³³, decretó la acumulación de diversos expedientes, sobreseyó dos —2— de ellos y ordenó a la Septuagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León que, a la “brevedad posible”, realizara las adecuaciones necesarias a su legislación secundaria en materia de candidaturas independientes, en los términos del artículo tercero transitorio del decreto publicado en el D.O.F. el 9 de agosto de 2012, por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución federal, en cuanto hacía a la materia político-electoral para armonizar la Constitución local y la legislación interna a la Ley fundamental federal.

B) Reformas constitucionales que reacondicionan el paisaje normativo en materia electoral

A modo de contextualización de las modificaciones que en época reciente fueron mutando la fisonomía del panorama normativo electoral federal, y por extensión los escenarios de las entidades federativas, deben tenerse en cuenta las circunstancias que reseñaremos a continuación.

- El citado decreto de reforma constitucional publicado el 9 de agosto de 2012 modificó el art. 35, fracción II, de la Carta básica federal para reconocer el derecho

1332 Constituida por los magistrados Alanís Figueroa, Carrasco Daza, González Oropeza y Nava Gomar. Por su parte, se pronunciaron a través de voto particular individual el magistrado Galván Rivera y en voto particular conjunto los magistrados Luna Ramos y Penagos López.

1333 Integrada por los magistrados Luna Ramos, Alanís Figueroa, Carrasco Daza, González Oropeza, Nava Gomar y Penagos López. En contra, por medio de voto particular, se expidió el magistrado Galván Rivera.

de los ciudadanos y las ciudadanas de solicitar su registro para ser votados a todos los cargos de elección popular de manera independiente, y dispuso que las legislaturas de las entidades federativas debían adecuar su legislación secundaria en un plazo no mayor a —1— un año a partir de la entrada en vigor de ese decreto (o sea, a más tardar el 10 de agosto de 2013).

- Mediante decreto publicado el 27 de diciembre de 2013 se reformó el art. 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso 'é', de la Constitución federal, en el sentido de suprimir la porción normativa en la que se establecía que, en el nivel estatal, los partidos políticos tenían el derecho exclusivo a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular, con excepción de lo dispuesto en el art. 2, ap. 'A', fracciones III y VIII, de la propia Ley fundamental federal.
- Posteriormente, el 10 de febrero de 2014 se publicó otro decreto de reforma constitucional con incidencia en el régimen de candidaturas independientes, modificándose el art. 116, párrafo segundo, fracción IV, inc. 'k', en el sentido de disponer que las constituciones y leyes de los Estados en materia electoral garantizaran que se regulara el régimen aplicable a la postulación, el registro, los derechos y las obligaciones de los candidatos independientes, asegurando su derecho al financiamiento público y al acceso a la radio y televisión en términos de lo establecido en la Constitución y las leyes aplicables.
- Por último, en el artículo cuarto transitorio del indicado decreto de reforma, se determinó que el precitado art. 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso 'k', constitucional, entraría en vigor una vez que el Congreso de la Unión expidiera las leyes a que se refiere el artículo segundo transitorio del mismo decreto (a más tardar el pasado 30 de abril de 2014) y, en la parte final del mencionado artículo cuarto transitorio, se estableció que las reformas al art. 116, fracción IV, de la Constitución, respecto de las entidades federativas que tuvieran procesos electorales en 2014, entrarían en vigor una vez que ellos hubiesen concluido.

C) Pautas y criterios interpretativos de la Sala Superior del TEPJF en el ámbito de la corrección de pretermissiones legislativas que mediatizan el desarrollo de las candidaturas independientes

Bien que con matices en función de las particularidades de cada causa, las pautas argumentales volcadas en el tándem de fallos citados *supra* (respecto de Coahuila y Nuevo León) y de otros pronunciamientos conexos, fueron —en lo específicamente correspondiente— convergentes. Recrearemos seguidamente algunas de las puntualizaciones efectuadas por la Sala Superior del TEPJF en los citados procesos.

- En materia competencial se aplica, *mutatis mutandis* y como anticipábamos, la Tesis XXVI/2013 con rubro: “*Competencia. Corresponde a la Sala Superior conocer del juicio de revisión constitucional electoral contra la omisión legislativa en la materia*”. Así se resolvió en el citado juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-122/2013, sentándose la *procedencia de impugnaciones que versaran sobre omisiones legislativas absolutas de carácter concreto* y del cual derivó aquella tesis aprobada en sesión pública de 16 de octubre de 2013, por unanimidad de seis —6— votos. También se mantuvo allí que la *omisión legislativa absoluta y concreta respecto a las candidaturas independientes* es violatoria del principio de supremacía constitucional y se configuraba cuando el legislador no cumplía con lo ordenado, en un tiempo razonable o determinado por la propia Ley Fundamental, máxime cuando ello implicara una inobservancia de los principios constitucionales que debían regir toda elección, como el de certeza, o una conculcación a los derechos político-electorales de la ciudadanía. Asimismo, se indicó que *el régimen de candidaturas independientes constituía un engranaje más del proceso electoral*, por lo que necesariamente dicha pieza debía ser articulada con el resto de los elementos que conformaban e integraban todo el aparato comicial.
- La Sala Superior es la máxima autoridad en materia electoral encargada de salvaguardar la regularidad constitucional de los actos y *omisiones* vinculados con dicho ámbito, con excepción de lo previsto en el art. 105, fracción II, de la Constitución federal, resultando por tanto competente para conocer y resolver las controversias relacionadas con la posible afectación a derechos político-electorales concretos. Ello, tomando en cuenta que el adecuado ejercicio de un control de constitucionalidad y convencionalidad en materia electoral supone conocer de todo acto u *omisión* que pudiera vulnerar los derechos político-electorales de la ciudadanía, a efectos de cumplir plenamente los deberes previstos en el art. 1 de la Constitución federal, de respeto y garantía de los derechos humanos, así como de su protección más amplia.
- En el caso específico de los Exptes. N° SUP-JDC-247/2014 y Acumulados, el acto destacadamente impugnado en todos los juicios era la *omisión del Congreso de Nuevo León de realizar las modificaciones y ajustes a la legislación local*, en lo relativo a las candidaturas independientes. Por ello, al tratarse de *un acto de tracto sucesivo*, la presentación de los medios de impugnación se consideró oportuna, aplicando la jurisprudencia de rubro: “*Plazo para presentar un medio de impugnación, tratándose de omisiones*”¹³³⁴.

1334 Cfr. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 4, N° 9, 2011, pp. 29 y 30.

- A partir de la reforma constitucional publicada en el D.O.F. el 9 de agosto de 2012, el derecho a ser votado previsto en la fracción II del artículo 35 constitucional, incluyó la posibilidad de participar como contendiente en los comicios bajo la figura de *candidatura independiente*, con lo cual el poder reformador de la Constitución había establecido como uno de los derechos humanos reconocidos en el nivel constitucional el derecho de los ciudadanos al *voto pasivo*, en congruencia con lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, particularmente el art. 23 de la CADH.
- Consideró (específicamente en el caso relativo a Coahuila) que el solo hecho de que los partidos políticos o algunos de los diputados integrantes del congreso local hubieran presentado iniciativas y éstas se hubiesen discutido, de ninguna manera podía suponer que se hubiere cumplido el mandato constitucional de legislar en la materia, pues los actos tendientes a legislar *no podían ser tomados como la propia emisión de una ley*.
- De manera análoga, el Tribunal advirtió (respecto de Nuevo León) que no se había emitido la legislación secundaria sobre las candidaturas independientes, lo que demostraba la *falta en que incurrió su legislatura frente a un mandato constitucional de ineludible cumplimiento*. Señaló que no bastaba la inclusión de dicha figura en el nivel constitucional local para tener por colmada la obligación constitucional indicada, sino que se requería de la legislación secundaria que hiciera real y materialmente posible el ejercicio de ese derecho fundamental, lo que no ocurrió en el caso. Tampoco alcanzaba con que el pleno de la Septuagésima Tercera Legislatura de Nuevo León hubiera turnado a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales las iniciativas de ley correspondientes, puesto que eso sólo demostraba ciertos trabajos legislativos, pero *no el cumplimiento del deber de legislar del Congreso estatal, dentro del plazo ordenado por el poder reformador de la Constitución*.
- Sostuvo (particularmente en el caso referido a Nuevo León) que *ante la omisión de expedir una legislación que resultaba indispensable para el ejercicio de un derecho humano fundamental de naturaleza político-electoral*, el Tribunal, en el ámbito de sus competencias y en tanto garante último de la regularidad constitucional y convencional de actos y *omisiones* de autoridades en la materia, *debía adoptar las medidas para garantizar tales derechos y las prácticas conducentes a su observancia efectiva*. Paralelamente, puntualizó que la *omisión* de dictar las normas a que el Estado se encontraba obligado, podía constituir, además de la inobservancia de la norma constitucional, una violación al tratado internacional, máxime cuando ello se traducía en la imposibilidad para el ejercicio de determinados derechos.

- Destacó la importancia de establecer en la legislación no sólo las modalidades, los requisitos, las condiciones y los términos para el ejercicio del derecho a ser votado en la vertiente de candidatura independiente, sino también los aspectos institucionales y de organización electoral que ello implicaba, dado que *una omisión legislativa debía considerarse una afectación a la organización de las elecciones, en un sentido amplio* (cfr. respecto de esta última afirmación, la nombrada Tesis XXVIII/2013, derivada del juicio SUP-JRC-122/2013, con rubro: “*Omisión legislativa. El juicio de revisión constitucional electoral es procedente para impugnarla*”).
- Si bien es cierto que al reformar el art. 35, fracción II, de la Constitución federal, se confirió al legislador ordinario una potestad de configuración legislativa relativamente amplia, al otorgarle un poder normativo para determinar los requisitos y términos y las condiciones, esa libertad de configuración legislativa no podía ser en modo alguno arbitraria ni absoluta, sino que se encontraba sujeta a *respetar necesariamente el contenido esencial de ese derecho humano previsto constitucionalmente* y, consecuentemente, las calidades, los requisitos, las condiciones y los términos que se establecieran habrían de estar razonablemente armonizados con otros derechos humanos y otros principios y bienes constitucionales de igual jerarquía, como el derecho de igualdad y, en particular, los principios rectores constitucionales en materia electoral fijados en los arts. 41, párrafo segundo, fracción V, y 116, fracción IV, inc. ‘b’, de la Constitución federal.
- La *ausencia de normas secundarias dirigidas a instrumentar el ejercicio de un derecho humano establecido en la Constitución* implica, por una parte, el incumplimiento al mandato del constituyente para legislar los aspectos instrumentales y operativos del derecho y por otra, la falta de observancia de la obligación del Estado mexicano de garantizar la existencia de condiciones para el ejercicio pleno de los derechos humanos. Por tanto, el incumplimiento de un órgano legislativo de emitir la normativa encaminada a regular las condiciones, los modos y términos para hacer efectivo un derecho fundamental, dentro del plazo señalado en el propio ordenamiento constitucional, se traducía en el *incumplimiento de un mandato supremo*, que en principio podía implicar una violación al ordenamiento constitucional, aunque también generaba una situación de hecho que podría hacer nugatorio el ejercicio de ese derecho, dada la *omisión del órgano legislativo* de emitir las disposiciones jurídicas que permitieran a la ciudadanía tener certeza y seguridad jurídica para ejercerlo plenamente y sin la existencia de razones que justificaran esa privación de manera proporcional, idónea y mucho menos necesaria.

- El poder revisor de la Constitución estableció que los congresos de los Estados (también la Asamblea Legislativa del Distrito Federal) *debían realizar las adecuaciones necesarias a su legislación secundaria, derivadas del propio decreto, en un plazo no mayor a un —1— año, contado a partir de su entrada en vigor.*
- Resultaba evidente (en el caso de Coahuila) que el Congreso de esa entidad se encontraba vinculado por el poder revisor de la Constitución a emitir las normas jurídicas de rango legislativo tendientes a instrumentar el ejercicio del derecho a ser votado, previo al inicio del proceso electoral. Sin embargo, esa *autoridad legislativa omitió expedir la normativa dentro del plazo establecido*, lo que generó una situación de hecho lesiva del derecho fundamental a ser votado, en razón de que implicaba un *vacío legal o una ausencia de normativa* que permitiera el ejercicio pleno de tal derecho.
- La *omisión del congreso* competente para emitir la legislación que permitiera el ejercicio eficaz del derecho a ser votado sin ser postulado por un partido político o coalición, conllevaba una privación injustificada, innecesaria, irracional, desmedida y desproporcionada de ese derecho, pues presuponia falta de certeza absoluta de los supuestos, las condiciones, los términos y requisitos para que los ciudadanos se encontraran en condiciones de ejercerlo con plenitud, porque se colocaba a todos los que pretendían participar bajo la institución de candidatura independiente y consecuentemente a los que pretendían votar por candidatos independientes, en una *situación indeterminada*, a pesar de contar con el derecho constitucional a ser candidato independiente y participar en condiciones de equidad en las contiendas electivas, en relación con el resto de los contendientes, así como a que los sufragios que se emitieran a su favor se computaran válidamente.
- La remisión que en el ordenamiento constitucional se realizaba a los legisladores ordinarios, se circunscribía al establecimiento de disposiciones operativas e instrumentales, en las que, además, se previeran las calidades que debían reunir los ciudadanos que aspiraran a ocupar determinado cargo de elección popular por vía ajena a los partidos políticos, y desde luego, a que estableciera los límites y vínculos de ese derecho con los demás que fueron consagrados en el ordenamiento constitucional, con el objeto de evitar su colisión con otros derechos humanos y otorgar plenitud y coherencia al sistema jurídico.
- El *cumplimiento de tal obligación no quedaba al arbitrio o voluntad del legislador, ni a la ponderación de las circunstancias que prevalecieran en determinado momento, por lo que cuando el legislador se abstenía de conformar dichas reglas, incurría en un claro incumplimiento de lo que le ordenaba la Constitución, es decir, incurría en*

una inconstitucionalidad por omisión, en detrimento de la ciudadanía, pues ello implicaba que quedaba impedida de ejercer uno de los derechos humanos.

- La *omisión de un órgano legislativo* en emitir la regulación que posibilitara a los ciudadanos hacer efectivo el derecho al sufragio sin ser postulado por un partido político, en manera alguna podía considerarse como una justificación válida para hacer nugatorio el ejercicio de ese derecho; al contrario, constituía una *restricción injustificada*, precisamente porque imposibilitaba realizar un ejercicio de verificación constitucional basada en la proporcionalidad de la medida a efecto de determinar si se estaba en presencia de una situación que válidamente permitiera restringir el ejercicio del derecho por ser necesaria para salvaguardar algún otro derecho fundamental o un bien jurídico tutelado en el ordenamiento constitucional.
- La *omisión legislativa impedía de manera absoluta el ejercicio del derecho fundamental*, lo que además, generaba un perjuicio a la ciudadanía en general, porque lejos de tutelar algún bien jurídico, salvaguardar algún otro derecho o evitar alguna afectación al interés social, se traducían en una limitante al derecho al voto pasivo y consecuentemente al voto activo, pues impedía a la ciudadanía conocer propuestas de candidatos ajenos a partidos políticos y, en su caso, de sufragar válidamente por los mismos, lo que implicaba una afectación al diseño constitucional electoral mexicano, en el que se preveía la obligación de las entidades federativas, por conducto de sus órganos legislativos, de expedir las normas para configurar y armonizar esa modalidad de candidatura independiente con las postulaciones que realizaran los partidos políticos, y por último hacía disfuncional el sistema jurídico, ya que privaba a la disposición constitucional de surtir efectos jurídicos plenos al impedir la participación de ciudadanos por vías ajenas a los partidos políticos en condiciones de equidad.
- La *omisión del órgano legislativo local de emitir la normativa en que se instrumentara el ejercicio de ese derecho fundamental*, se traducían en una *restricción absoluta para el ejercicio del derecho*, que además, imposibilitaba al órgano jurisdiccional analizar si se trataba de una medida necesaria, idónea y proporcional, dirigida a proteger algún otro derecho humano o un bien protegido en el ordenamiento constitucional. El Tribunal estableció que *la efectividad de ese derecho fundamental no podía condicionarse por cuestiones instrumentales o de operatividad, máxime cuando se trataba de una prerrogativa ciudadana prevista en la Constitución federal*, cuyo ejercicio debía garantizarse mediante la interpretación que más favoreciera la protección amplia del derecho en términos de lo previsto en el art. 1 del propio ordenamiento supremo, con independencia de que las medidas para ello, fueran

o no de naturaleza legislativa, tal como se disponía en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado mexicano.

7. Epílogo

A) Con el recorrido precedente hemos pretendido traer ciertas aproximaciones doctrinarias y jurisprudenciales que han puesto de manifiesto la viabilidad (también la inviabilidad, específicamente respecto de ciertos instrumentos procesales constitucionales según la visión de la SCJN) del control sobre las omisiones inconstitucionales en el plano federal ante la ausencia de una determinación normativa expresa de dicha figura.

B) Si bien los últimos años muestran en México un incremento cuantitativo y cualitativo de los planteos de la doctrina en pro de la institucionalización de la figura de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento federal, sugiriendo la implementación de una acción específica al respecto o en su defecto la utilización con tal fin de las herramientas procesales constitucionales existentes en la Carta magna, se observa que la línea de desarrollo jurisprudencial sobre el punto en la SCJN no ha tenido un nivel de avance totalmente consonante con dichos reclamos doctrinarios.

C) Entre los autores que esgrimen la utilidad que al sistema jurídico podría reportar la posibilidad de combatir la anticonstitucionalidad omisiva, se cuenta BÁEZ SILVA quien evoca en el derecho comparado la existencia de una acción difusa para revisar la constitucionalidad de las omisiones legislativas, cuando la afectación de la vigencia de la Constitución no implica un agravio directo a un individuo (cuando sí lo produce, esa función es cubierta por el amparo), similar a la acción de inconstitucionalidad prevista en el ordenamiento mexicano¹³³⁵.

Añade que esta última modalidad del mecanismo de revisión de la constitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo reviste una seria importancia por la problemática que plantea la solución que la judicatura ofrezca a la inconstitucionalidad: creación del ordenamiento jurídico ausente, creación de reglas generales de operación o recomendación al órgano omiso¹³³⁶. En definitiva, postula la necesidad de que, tomando en consideración la historia constitucional mexicana, “se incluya este tema en el debate sobre la nueva Constitución (o constitucionalidad) federal”¹³³⁷.

1335 BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº I, 4ª ed., 2003, p. 914.

1336 *Ibid.*, pp. 914-915.

1337 *Ibid.*, p. 915.

Correlativamente, CARBONELL puntualiza que en México “es importante reflexionar sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión por razones teóricas (la mejor defensa de la Constitución, la optimización de sus mandatos, el mejoramiento de la efectividad de los derechos fundamentales, etcétera), pero también por razones de coyuntura política”¹³³⁸.

Debe advertirse que la preocupación en aras de que tal debate se acreciente no es precisamente nueva, pues en un precursor trabajo publicado hace varias décadas ya FRISCH PHILIPP y TORRES EYRAS, comentando un señero caso del Tribunal Constitucional Federal alemán, precisaban que les animaba como propósito principal *ofrecer un estímulo para que surja la discusión entre los juristas mexicanos en torno de la interesante materia de las omisiones legislativas*¹³³⁹.

D) Resta entonces aguardar que esa discusión se acentúe y que la SCJN se haga eco de ella, teniendo en cuenta —entre otros elementos— el aporte que desde la praxis constitucional local pueden efectuar algunos Estados en los que, con Veracruz como precursor en el año 2000, se han instrumentado acciones específicas para controlar las omisiones inconstitucionales en el plano de sus respectivas jurisdicciones constitucionales, tal como indicáramos en otro sector de este trabajo (título decimotercero, capítulo II).

De hecho, la SCJN ha resuelto acciones de inconstitucionalidad en las que se acusaba precisamente la anticonstitucionalidad *vis-à-vis* la Ley fundamental federal de ciertos aspectos de los instrumentos de control constitucional creados por algunas entidades federativas para batallar contra las pretericiones legislativas.

En algunos de tales pronunciamientos, el Máximo Tribunal mexicano ha realizado interesantes consideraciones y aportes sobre el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Por citar sólo un ejemplo, viene a nuestra memoria la mencionada acción de inconstitucionalidad 8/2010 deducida por el Procurador General de la República contra el art. 70, fracción III, entre otros preceptos de la Constitución yucateca, demanda que fuera resuelta el 22 de marzo de 2012 (M.P. Guillermo I. Ortiz Mayagoitia).

Así, en tal acción de inconstitucionalidad el pleno de la SCJN aprobó el 1 de octubre de 2012, con el N° 24/2012 (10ª), la tesis jurisprudencial bajo el rubro

1338 CARBONELL, Miguel, “Presentación”, op. cit., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, p. IX.

1339 FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México”, *Anales de Jurisprudencia*, T° 138, Año XXXVI, enero-febrero-marzo de 1970, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, D.F., p. 303.

“Constituciones locales. Dentro de sus medios de control constitucional pueden establecerse mecanismos para supervisar y ordenar que se subsanen omisiones legislativas o normativas”. Establece lo siguiente: “No existe disposición constitucional alguna que impida que las Constituciones estatales establezcan, dentro de sus medios de control constitucional, un mecanismo para supervisar y ordenar que se subsanen omisiones legislativas o normativas, y hacer efectivos y judicialmente exigibles los plazos y requisitos señalados en las leyes y decretos del Poder Legislativo, cuando se prevé en ellos la emisión o reforma de otros cuerpos normativos con el objeto de dar eficacia plena a la Constitución o a las leyes de cada entidad federativa”.

E) Desde otro ángulo, aunque convergente en relación con la conveniencia de profundizar jurisprudencialmente los acercamientos a la figura de la inconstitucionalidad por omisión en la dimensión federal como un valioso medio de tutela de los derechos fundamentales y de fortalecimiento de la supremacía constitucional (y convencional), tampoco puede obviarse la trascendencia de las reformas constitucionales que en la materia se han operado en fechas relativamente recientes.

Aludimos a la publicada en el D.O.F. el 10 de junio de 2011 respecto del artículo 1 constitucional, nueva clave para una *interpretación actualizada de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos* tanto frente al ordenamiento jurídico interno cuanto al transnacional. Tal innovación debe leerse en sintonía con la modificación constitucional publicada en el D.O.F. el 6 de junio de 2011 acerca del *juicio de amparo para la protección de los derechos humanos*.

En suma, tanto desde el prisma *sustancial* cuanto desde la vertiente *adjetiva* las líneas de fuerza están dirigidas hacia la optimización de la defensa y la realización de los derechos básicos, reflejo de la dignidad de la persona humana.

F) Sea como fuera, y más allá de una trayectoria jurisprudencial que, no sin altibajos, deja entrever la permeabilidad de la SCJN a admitir la fiscalización de las omisiones inconstitucionales por vía de las *controversias constitucionales*, el tribunal mantiene una postura un tanto rigurosa al respecto en el campo de funcionamiento de la *acción de inconstitucionalidad*, aunque con ciertas aperturas, y una posición más reacia aún en el área de operabilidad del *amparo*.

G) Específicamente acerca del amparo (vía procesal constitucional en torno de la cual la SCJN se muestra —como vimos— más fuertemente reitante en cuanto a su aptitud para subsanar pretericiones legislativas), debe por ejemplo computarse que: *i)* en el marco constitucional se ha establecido que los tribunales de la Federación pueden resolver las controversias que se generen respecto de normas generales, actos u *omisiones* de la autoridad que vulneren los derechos humanos reconocidos

y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (art. 103, fracción I, de la Norma básica federal); **ii**) tal hipótesis ha sido correlativamente reflejada en la previsión del art. 77 de la NLA, que explícitamente determina que los efectos de la *concesión del amparo pueden versar respecto de actos de carácter omisivo*; y **iii**) cumplidas ciertas pautas y condiciones, la NLA también ha previsto la posibilidad de emitir una *declaratoria general de inconstitucionalidad* (arts. 231 y ss.).

El resultado de la sumatoria de tales elementos, además de otros relevados precedentemente, permite auspiciar la idea de que el juicio de amparo es un *instrumento protectorio apto para resolver los conflictos de naturaleza omisiva*.

H) Ojalá la jurisprudencia de la Suprema Corte avance en la línea de ampliar los espacios de funcionamiento de la fiscalización de las pretermisiones anticonstitucionales e inconvencionales.

La *eficacia* de la Constitución, la preservación de su *fuerza normativa y su primacía* (en retroalimentación con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado mexicano sea parte) y la *efectivización* de los derechos elementales, de fuentes interna e internacional, justifican y legitiman un esfuerzo jurisdiccional en tal sentido.

I) Por último y ya en materia específicamente relativa a la protección de derechos político-electorales, debe destacarse la refrescante impronta impulsada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al procurar corregir *omisiones legislativas inconstitucionales absolutas en concreto* particularmente de las legislaturas de algunas entidades federativas que se mostraban renuentes a la hora de producir la correspondiente reglamentación, ordenada en la Constitución federal, para desarrollar normativamente la figura de las *candidaturas independientes*.

III. Algunas imágenes en Chile, El Salvador y Nicaragua

1. Chile

A) *Breve introito*

En rigor de verdad, la preocupación jurisprudencial del Tribunal Constitucional (T.C.) chileno respecto de la *inconstitucionalidad por omisión* ha sido tenue.

Sin embargo, pueden ubicarse algunos pronunciamientos (primordialmente exhortativos) en los que, no con demasiada contundencia, de alguna manera el T.C. se aproxima al tema del control de las omisiones inconstitucionales.

En la presentación del asunto, realizaremos un sucinto muestreo jurisprudencial en el que pueden apreciarse ciertos acercamientos muy moderados del tribunal al respecto. Luego nos centraremos en un caso relativamente reciente para poner de manifiesto un abroquelamiento de la minoría disidente en torno al asunto de las pretericiones anticonstitucionales. Finalmente, dejaremos un telegráfico mensaje referido al recorrido jurisprudencial que para entonces habremos efectuado.

B) Una somera visita jurisprudencial

Pueden citarse por ejemplo en orden cronológico, los siguientes pronunciamientos.

a) *Rol N° 53*, sentencia de 5 de abril de 1988, sobre control de constitucionalidad respecto del proyecto de “Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios”¹³⁴⁰ (redactor: Min. Eugenio Valenzuela Somarriva). Se detectó allí una cierta *insuficiencia regulatoria en el proyecto de ley*.

Así, en el Fundamento (F.) 7°, se observa que algunos puntos específicos (de las materias relativas a las votaciones populares y escrutinios) “no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, *sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, con conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental*”.

También debe computarse la observación contenida en el F. 25 en cuanto a que siendo materia de la “ley determinar la fecha de la realización de las elecciones presidenciales y parlamentarias, en el evento previsto en la disposición ‘vigésimanovena’ transitoria y no habiéndose incorporado en el proyecto remitido una norma al efecto, ya que los artículos 177 y 178 no resultan aplicables en la especie, *es menester prevenir sobre la necesidad de completar, oportunamente, la normativa legal sobre la materia, incluyendo la determinación de la fecha en que deberían realizarse dichos procesos electorales*”¹³⁴¹.

b) *Rol N° 141*, sentencia de 12 de febrero de 1992, acerca del requerimiento respecto de las cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación del

1340 Su texto puede compulsarse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=556.

1341 Finalmente, la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios fue publicada en el Diario Oficial (D.O.) de 6 de mayo de 1988, bajo el N° 18.700.

proyecto que modifica la Ley Orgánica constitucional de Municipalidades N° 18.695, de 3 de marzo de 1988 (redactor: Min. Osvaldo Faúndez Vallejos)¹³⁴².

Allí se estipuló que si se considera que el mandato contenido en el artículo 85 constitucional “afecta, según sus términos, al legislador, *debe estimarse que la omisión representada constituye una situación de vacío legal; que lo que se objeta no representa entonces un vicio de inconstitucionalidad, sino sólo el incumplimiento de una obligación que tiene el legislador, lo que si bien hace improcedente la objeción de constitucionalidad planteada, aconseja hacerlo presente para los efectos de que sea oportunamente subsanado*” (F. 29).

Agregó en el F. 31 que la cuestión planteada tampoco constituía un problema de constitucionalidad sino de “*desarmonía entre preceptos legales o de problemas de técnica legislativa*”, materias cuya aclaración, corrección o rectificación no le correspondían al tribunal de acuerdo con las facultades que le había conferido la Constitución y “*sí al legislador dentro de sus atribuciones constitucionales privativas, reflexión que no obstante tornar improcedente la objeción de inconstitucionalidad formulada, también aconseja hacerla presente con la finalidad de evitar que produzca los problemas consiguientes en el cumplimiento de la normativa constitucional*”.

En la parte dispositiva del pronunciamiento se *hizo presente la necesidad de complementar oportunamente la ley cuya modificación se trataba con las materias indicadas en los citados FF. 29 y 31 de la sentencia.*

En síntesis, el requerimiento fue acogido en parte, no quedando la estimatoria alcanzada en la porción en que se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del art. 65 del proyecto de ley que contenía modificaciones a la citada Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. Esta cuestión en particular recibió las disidencias de los ministros Jiménez Bulnes, Bulnes Aldunate y García Rodríguez quienes consideraron que existía una *omisión del legislador para cumplir el mandato de la Constitución de aplicar el sufragio universal directo para la elección de los concejales*, violándose el art. 108, inc. 1°, de la Constitución, en el texto según la modificación introducida por la Ley N° 19.097, de 1991.

Sostuvieron, *inter alia*, que *donde más fehacientemente se constataba la omisión* era en el inc. 2° del art. 65 del proyecto pues ya no eran los integrantes de lista o de pacto los que se designaban en remplazo del concejal que fallecía o cesaba en el cargo, sino que era el partido político a que éste pertenecía el que presentaba una terna de

1342 El pronunciamiento puede consultarse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=471.

candidatos que sometía a la consideración del Concejo para que eligiera uno dentro de ellos, lo que abiertamente infringía la Carta fundamental en el supuesto descrito, “pues no existe ni se contempla en manera alguna en el artículo referido el sufragio universal para elegir concejales”.

c) *Rol N° 304*, sentencia de 3 de febrero de 2000¹³⁴³, relativa al control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que reforma el Código Orgánico de Tribunales¹³⁴⁴.

Básicamente, aquí puede resaltarse que en el F. 24 el tribunal manifestó que cumplía con el “*deber de instar al legislador*” a efectuar una minuciosa y decantada revisión del articulado transitorio del proyecto remitido, a fin de aclarar la complejidad de sus normas con el objeto de prevenir eventuales problemas que pudieran surgir en la aplicación práctica de la profusa reglamentación.

Los ministros Jordán, Colombo y Verdugo concurrieron a la declaración de constitucionalidad del nuevo art. 14 del Código Orgánico que estableció y fijó la competencia de los jueces de garantía, aunque formularon una prevención, en la que —entre otras consideraciones— manifestaron que:

- El juez de garantía diseñado por el legislador en cumplimiento del mandato del artículo 74 constitucional¹³⁴⁵ existe para garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción, destinada, en este caso, a castigar a los culpables de delitos demostrados; a garantizar la igual protección de las partes involucradas en el conflicto penal —víctima y delincuente—, y todo ello para que se logre la pronta y cumplida administración de justicia restableciéndose así el imperio de la Constitución y la ley quebrantados por aquel que decidió violentarlas.
- Sin embargo, se observaba una distorsión a toda esta lógica secuencia constitucional al colocar como primera función del juez de garantía la de dar protección al imputado y ubicar a la víctima entre los demás intervinientes en el proceso penal, materia que debía ser hecha presente por el tribunal encargado de la custodia de la perceptiva constitucional teniendo especialmente en cuenta que los numerales

1343 Puede verse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=314.

Redactaron la sentencia los ministros Faúndez Vallejos, Valenzuela Somarriva, Jordán López, Colombo Campbell, Verdugo Marinkovic y Álvarez García, mediando disidencias y prevenciones.

1344 Finalmente, la ley que reforma el Código Orgánico de Tribunales fue publicada en el D.O. de 9 de marzo de 2000, bajo el N° 19.665.

1345 Que establece que será materia de una ley orgánica constitucional “la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, añadiendo que la misma ley “señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados”.

2 y 3 del art. 19 aseguraban la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

- Y que, *en ese sentido y si lo estimaba conveniente, el legislador podría tener presente lo expresado en dicha prevención al regular esta materia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y restablecer así los valores consustanciales a la justicia penal.*

d) *Rol N° 1024*, sentencia de 1 de julio de 2008, relativa al control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal¹³⁴⁶.

Si bien el T.C. declaró la constitucionalidad de las disposiciones del proyecto de ley que asignaban a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) funciones cuyo cumplimiento envolvía ciertamente el ejercicio de potestades públicas (F. 23), hizo presente “*a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado*” (F. 24).

Tal exhortación, en la que subyace una omisión en cuanto al dictado de la normativa reglamentaria administrativa pertinente, fue trasladada al ap. 5 de la parte resolutive del pronunciamiento propuesta por la posición mayoritaria¹³⁴⁷.

C) *Algún signo interesante sobre la temática de la inconstitucionalidad por omisión transmitido por un grupo de magistrados del T.C.*

a) En un pronunciamiento relativamente reciente, de 3 de noviembre de 2011, Rol 1881-2010 (Sala Segunda del T.C., Rel. Sebastián López M.), puede atisbarse alguna

1346 El fallo puede leerse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=964.

1347 Sustentada por los ministros Cea Egaña, Fernández Baeza, Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán. Hubo una *prevención* del Ministro Fernández Fredes (centrada en su concurrencia a la sentencia en el sentido de declarar la constitucionalidad de las normas que en ella se singularizan como de carácter orgánico constitucional, puesto que todo lo relacionado con la regulación de la organización básica de la Administración del Estado ha sido encomendado por el constituyente al legislador orgánico constitucional, por lo que no advertía inconveniente alguno en que una norma legal aprobada con el quórum respectivo y sometida al control pertinente del tribunal, pudiera conferir potestades públicas a una entidad de derecho privado, si bien integrada, como en este caso, por organismos que formaban parte de la Administración Pública, haciendo excepción con ello a lo dispuesto con carácter general, pero en el rango exclusivamente legal, por el inc. 2° del art. 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Convergió además una *disidencia* de los ministros Bertelsen Repetto, Vodanovic Schnake y Correa Sutil, quienes propiciaron la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos del proyecto consultado, en tanto la CONAF no formara parte de la Administración del Estado.

remisión al problema por parte de cuatro (4) de sus ministros que plasmaron un voto particular concurrente.

Se trataba del *requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del art. 102 del Código Civil (C.C.), en los Autos Rol N° 6787-2010, recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de una Oficial de Registro Civil Adjunto (“Peralta Wetzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana”).

Como antecedentes, puede mencionarse que un abogado, actuando en nombre de los Sres. C. A. Peralta Wetzel, H. H. Arias Montero, V. M. Arce García, J. M. Lillo Isla, S. Abran y J. M. Mardones Godoy, interpuso recurso de protección en contra de Juana Soto Silva, oficial civil adjunta del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago, dando cuenta de que los Sres. Peralta y Arias, en septiembre de 2010, solicitaron a la recurrida hora para contraer matrimonio, petición que les fue denegada por aquella aduciendo que la legislación chilena sólo contempla el matrimonio entre un hombre y una mujer. Posteriormente, los Sres. Arce y Lillo le requirieron la convalidación de su matrimonio válidamente celebrado en Argentina y los Sres. Abran y Mardones le pidieron que se inscribiera su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, rechazándose ambas peticiones por la recurrida, quien señaló que solamente podía inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.

El entonces Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa sobre recurso de protección, requirió —como medida para mejor resolver— un pronunciamiento del T.C. sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el art. 102 del C.C., en el aludido proceso.

Tal disposición establece: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

b) La Sala Segunda del T.C. declaró admisible el requerimiento, pasando así al pleno, el que efectuó la sustanciación de rigor.

En síntesis, el T.C. desestimó el requerimiento sobre la base de los arts. 19, N° 2; 63, N°s 3 y 20; y 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución; así como en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del T.C.

En particular, dijo que era inviable porque “lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, *lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y*

mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil [...]. A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección *sub lite* se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo que establece que *‘los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer’*. De esta manera, el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas”.

c) Más allá de la solución final por la que optó la mayoría, nos interesa traer aquí algunos lineamientos contenidos en el voto particular concurrente de los ministros Fernández Fredes, Carmona Santander, Viera-Gallo Quesney y García Pino.

Entre otras apreciaciones y citando antecedentes de jurisprudencia comparada (del Consejo Constitucional francés, las Cortes Constitucionales de Sudáfrica y Colombia y el TEDH), aquellos sostuvieron:

- Que el ordenamiento jurídico —chileno— no contempla ninguna regulación explícita y completa de uniones del mismo sexo y que semejante *“omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección”* para ellas, aunque desde tiempo antes al dictado del pronunciamiento habían sido presentadas diversas iniciativas de ley destinadas a llenar ese vacío y a poner término a una falta de cumplimiento del deber del Estado de brindar protección y reconocimiento a ese tipo de convivencias (F. 28).
- Que, “[n]ada obsta a que, desde el punto de vista constitucional, el legislador cambie” la regla contenida en el art. 102 del C.C. (F. 34) y que “para efectuar tal modificación o para regular la convivencia de personas del mismo sexo, el legislador debe considerar que todas las personas, más allá de su orientación sexual, gozan de dignidad y de la libertad necesaria para desenvolver su personalidad, así como de la protección que el Estado debe brindar a su vida privada personal y familiar” (F. 35).
- Y que “legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a

situaciones de menoscabo y desamparo. *Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud*” (F. 36). Sin embargo, dejaron en claro que correspondía al Parlamento y no al T.C. “dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente” (F. 37).

Antes de pasar al epílogo, vale remarcar que la categoría del *déficit de protección* a la que se alude y que puede entenderse como la manifestación de una omisión legislativa inconstitucional, ya había sido empleada —por ejemplo y como vimos— por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-075/07, de 7 de febrero de 2007, y luego replicada en otras de sus decisiones.

D) *Final*

El acercamiento a la problemática propuesta por los ministros disidentes en el fallo reseñado en el subapartado precedente resulta plausible y en él se entrelazan elementos y aspectos vinculados a la corrección de las *omisiones legislativas* y a las *exhortaciones al legislador* en el marco de una *sentencia desestimatoria del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* individualizado *supra*, envolviendo una cuestión compleja y de alta sensibilidad jurídica, social, moral y religiosa.

Por lo demás, del resto de los decisorios abordados surge que en realidad no puede afirmarse la existencia en el seno del tribunal de una doctrina jurisprudencial consolidada en la materia, sino sólo algunas aproximaciones vehiculadas principalmente por medio de sentencias exhortativas a las autoridades competentes (legislativas o administrativas), aunque mostrándose muy cauteloso y haciendo uso de un intenso *self-restraint*.

2. El Salvador

A) En un momento ya lejano vemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación —Sala de lo Civil— declaró (el 27 de febrero de 1992), antes de la sanción del Código de Familia, que el art. 988 del Código Civil, que establecía una desigualdad de los hijos extramatrimoniales en sus derechos sucesorios respecto de los hijos legítimos, contrariaba la Ley fundamental y *que la mora del legislador en adecuar la legislación al nuevo texto constitucional no impedía a aquel Tribunal determinar la inaplicabilidad de la norma contraria a la Constitución*¹³⁴⁸.

1348 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Civil, 27 de febrero de 1992, *El Derecho*, 163-367, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., “La Constitución prevalece sobre las leyes”.

B) Ya con un grado mayor de desarrollo, la Sala de lo Constitucional de la citada Corte ha deparado algunos precedentes alentadores. Aludimos, v. gr., a los Exptes. N^{os}. 66-2005/4-2006, Inconstitucionalidad, de 15 de febrero de 2012 y 53-2005/55-2005, Inconstitucionalidad, de 1 de febrero de 2013.

a) Básicamente, el primero de ellos concentraba sendos procesos de inconstitucionalidad promovidos por dos ciudadanos que solicitaban se declarara, de un modo general y obligatorio, la *inconstitucionalidad por omisión parcial del art. 26, inc. 2º*, del Decreto Legislativo N^o 208, de 30 de noviembre de 2000, publicado en el *Diario Oficial* N^o 237, de 18 de diciembre del mismo año, que contenía la Ley del Fondo de Conservación Vial (LEFOVIAL), reformado por Decreto Legislativo N^o 597, de 31 de octubre de 2001, publicado en el *Diario Oficial* N^o 212, de 9 de noviembre de igual año, y por Decreto Legislativo N^o 114, de 12 de octubre de 2006, publicado en el *Diario Oficial* N^o 57, de 31 de marzo de 2008. Ello, ante la supuesta violación al principio de igualdad consagrado en el art. 3 de la Constitución.

En primer lugar, la Sala aclaró que el objeto de control planteado no era el contenido normativo del art. 26, inc. 2º, de la LEFOVIAL en tanto establecía una exención al pago de la contribución que el mismo artículo creaba, sino que el juicio de constitucionalidad versaría sobre la *omisión del legislador de incluir dentro de dicha disposición a diversos sujetos que compartían las mismas características que los exentos*.

Destacó además que ese tipo de análisis se realizaba no sobre normas previamente establecidas, sino sobre aquellos *comportamientos omisivos de los entes investidos de potestades normativas, en cuanto a la producción de disposiciones infraconstitucionales que desarrollaran las normas que contenían mandatos constitucionales*; es decir, el *principal efecto era constatar la omisión en desarrollar mandatos constitucionales* —normas que sin el consecuente desarrollo legislativo veían mermada su efectividad práctica—.

Luego de dejar en claro que la supremacía constitucional no sólo se limitaba a convertir a la Norma básica en referente negativo, como frontera que no podía ser traspasada, sino que también provocaba que el proyecto que los constituyentes reflejaron en su obra fuera de obligatorio cumplimiento, puntualizó que la falta de realización de semejantes obligaciones era también una violación a la supremacía constitucional al colocar a los poderes ordinarios o constituidos en el mismo nivel de la Ley suprema, quienes tendrían la opción de cumplirla o no. Por ello, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la *norma normarum* repercutía de manera positiva en la finalidad de asegurar el real cumplimiento de la voluntad del poder constituyente, voluntad que no se plasmaba solamente en prohibiciones, sino que también encontraba su reflejo en *obligaciones de hacer*, para cuya efectividad estaba diseñada la *inconstitucionalidad por omisión*.

En definitiva, entendió que el Legislativo había incurrido en *una exclusión arbitraria de beneficio* que conllevaba dos situaciones: *i*) la violación al principio de igualdad; y *ii*) la generación de una inconstitucionalidad por omisión. Así, juzgó procedente tildar de inconstitucional la disposición sujeta a examen de constitucionalidad y “reconstruirla” sustituyéndola por la otra, determinando que el art. 26 de la LEFOVIAL vulneraba el art. 3 de la Ley fundamental.

En síntesis, declaró la inconstitucionalidad —por vicio en su contenido— del inc. 2° del art. 26 de la citada ley por contravenir el nombrado art. 3 constitucional, “al establecer un vehículo acuático, en las excepciones contenidas en similares condiciones para la gasolina de aviación, lo cual genera una *inconstitucionalidad por omisión*”. Por consiguiente, estipuló que tal declaratoria implicaba que sería la Asamblea Legislativa, en uso de su libertad de configuración, la que debería adecuar el aludido inciso del art. 26 de la LEFOVIAL a los presupuestos tomados en consideración para pronunciar la inconstitucionalidad por omisión parcial, e incluir a aquellos sujetos o sectores que encajaran dentro de los motivos de la exención al tributo analizado.

b) El último de los expedientes nombrados concentraba dos procesos constitucionales acumulados promovidos por varios ciudadanos con el fin de que se declarara la *inconstitucionalidad por omisión total* en que habría incurrido la Asamblea Legislativa al no emitir la regulación que desarrollara el contenido de los arts. 38, ord. 12, y 252 de la Constitución. La primera de tales normas establecía que la ley determinaría las condiciones bajo las cuales los patronos estarían obligados a pagar a sus trabajadores permanentes que renunciaran a su trabajo una prestación económica cuyo monto se fijaría en relación con los salarios y el tiempo de servicio. Ya el segundo de tales preceptos especificaba que el citado derecho tendría aplicación una vez que fuese regulado en la ley secundaria, la cual no podría tener efecto retroactivo.

La sentencia resulta muy interesante, *inter alia*, porque vincula la problemática de los DESC y su justiciabilidad con la cuestión del control de las omisiones inconstitucionales. Al respecto, la sala puntualizó que cuando el goce efectivo de una prestación derivada de un determinado derecho fundamental requiriera de la intervención del legislador, porque la Constitución impuso a éste un mandato para emitir un cuerpo jurídico determinado, el mecanismo que se utilizaría para controlar semejante abstención era el de la *inconstitucionalidad por omisión*. Añadió que *la ausencia de legislación no podía significar la inexistencia de un contenido constitucionalmente definido del derecho y, por tanto, susceptible de protección jurisdiccional*.

Indicó además que la Ley de Procedimientos Constitucionales salvadoreña no previó expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos para garantizar la eficacia de la Ley suprema ante la inacción legislativa.

Sin embargo, advirtió que en su jurisprudencia había sostenido que ese instrumento de protección reforzada era aplicable en el derecho procesal constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (cfr. resolución de 5 de noviembre de 1999, Inc. 18-98). Fundamentalmente, de acuerdo con la nombrada decisión (reiterada en la sentencia de 28 de abril de 2000, Inc. 2-95), las razones que habían sido argüidas para justificar la *inconstitucionalidad por omisión* eran la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.

Juzgó que existía un *mandato explícito* para que el Legislativo emitiera un cuerpo jurídico que regulase el derecho de los trabajadores permanentes a una prestación económica por renuncia voluntaria.

También verificó la convergencia de un *comportamiento omisivo* de parte de la Asamblea Legislativa, que había reconocido explícitamente en sus informes que, al momento del dictado de la sentencia, el ordenamiento jurídico no contaba con una ley vigente que regulara el derecho reconocido en el consignado art. 38, ord. 12, de la Constitución. Dicho reconocimiento quedaba robustecido por el hecho de que, según la autoridad demandada, existía un procedimiento legislativo que comprendía varias iniciativas de ley sometidas al análisis de una comisión técnica, con el fin de que se promulgara una “Ley de Indemnización Universal”.

Arguyó asimismo que el derecho establecido en la norma señalada en el párrafo anterior existía y, por ello, detentaba una fuerza normativa que vinculaba al Legislativo. Sin embargo, respecto de sus garantías, dicho órgano del Gobierno no había establecido normativamente los cauces mediante los cuales aquel derecho debía ser protegido y asegurado.

En definitiva, declaró de un modo general y obligatorio que *existía la inconstitucionalidad por omisión total* alegada, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 252 de la Constitución, en relación con el art. 38, ord. 12°, *Ibid.*, y no haber emitido la ley que determinara las condiciones bajo las cuales los patronos estarían obligados a pagar una prestación económica a los trabajadores permanentes que renunciaran a su trabajo.

Consecuentemente, ordenó que la Asamblea Legislativa emanara, a más tardar el 31 de diciembre de 2013, la ley por la que se fijaría de maneras precisa, organizada y sistemática las condiciones de ejercicio del citado derecho.

Como dato informativo, se subraya que en los últimos días de diciembre de 2013 el órgano legislativo dio cumplimiento a lo ordenado por la sala, sancionando la llamada Ley Reguladora de la Prestación Económica por Renuncia Voluntaria.

3. Nicaragua

Algún vestigio embrionario al respecto dejó la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, al dictar la Sentencia N° 90, el 22 de abril de 1999, en Expte. N° 1.375, Recurrente: Dr. Julio Centeno Gómez, Recurrido: Dr. Iván Escobar Fornos.

En tal pronunciamiento hizo lugar al amparo por omisión articulado en virtud de haberse constatado que la Asamblea Nacional de la República no había cumplido con las normas constitucionales establecidas en los arts. 113; 138, num. 6; y 150, num. 5; en punto a la obligación constitucional de “conocer, discutir y aprobar el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República para su aprobación”.

Ordenó *volver las cosas al estado que tenían antes de la violación constitucional por omisión, superando el estado de violación constitucional por la falta de aprobación del Proyecto de Presupuesto General de la República 1999*, señalando además que era obligación de la Asamblea Nacional cumplir con su atribución constitucional de conocer, discutir y aprobar el Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, a efecto de que no persistiera el estado de violación constitucional entonces existente.

CAPÍTULO

IV

SUCINTA ALUSIÓN A EE.UU.

I. Advertencia preliminar

En el modelo norteamericano operan concomitante y combinadamente algunos factores singulares que conforman una situación institucional y jurídica con particularidades propias respecto de los ordenamientos constitucionales y legales analizados hasta aquí.

En efecto, no debemos olvidar la articulación de la fórmula federal, que supone la configuración de la Unión o Estado federal dentro del que coexisten los Estados federados, que conservan su autonomía constitucional y legislativa¹³⁴⁹.

Tampoco puede obviarse la aparición por vía pretoriana de la *Judicial Review* y la consecuente implementación de un sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso; la falta de institucionalización expresa de la figura de la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito federal; y, entre otros elementos que componen una gama de ingredientes bastante particular, la germinación también jurisprudencial de la tesis de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*).

En consecuencia, y como en cierto modo sucede en el caso argentino al compartir con el modelo americano algunos puntos estructurales de visible proximidad, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión no puede ser analizado linealmente a la luz de los cánones reinantes en otros esquemas estadales moldeados bajo condiciones y premisas políticas y jurídicas diferentes (por ejemplo, sistemas donde rige el control de constitucionalidad concentrado, el mixto o el dual), por lo que cualquier examen objetivo de la cuestión relativa a un posible control correctivo de las omisiones inconstitucionales debe necesariamente tomar en consideración aquellas peculiaridades.

II. Consideraciones contextuales adicionales

1. Introducción

No es éste el lugar apropiado para entregarse a describir exhaustivamente el constitucionalismo norteamericano, tarea que además de inabarcable, sería vana a los efectos de esta sumaria exploración contextual.

1349 Cfr. CASCAJO CASTRO, José L. y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B., en “Nota preliminar” [a la Constitución de los Estados Unidos de América], op. cit., *Constituciones extranjeras contemporáneas*, pp. 60-61.

Sin embargo, unas breves pinceladas sobre ciertos aspectos del esquema institucional y particularmente de la rama judicial y el modelo de control de constitucionalidad encabezado por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), pueden ayudar a poner en perspectiva y comprender mejor cuanto aquí se dirá.

2. Jurisprudencia de la SCJ y estructuración del sistema jurídico-político

En primer lugar, el sistema jurídico-político norteamericano se ha edificado y estructurado en buena medida a partir de la praxis jurisprudencial de la SCJ.

Tanto así que GARCÍA PELAYO puntualizaba que el Estado de Derecho norteamericano es un Estado de Derecho judicial. Es que, como explica tal autor, si bien la dirección política de EE.UU. es llevada a cabo sobre todo por el Presidente, “en cambio el orden constitucional sobre el que se estructura el país es, ante todo, una creación de la Judicatura”¹³⁵⁰.

Pasa luego a citar a CORWIN, en cuanto afirma que la Constitución americana es, a la vez, “instrumento y símbolo”. *Instrumento*, en tanto medio para el ejercicio del poder político positivo, la creación de una Federación fuerte y efectiva, la marcha hacia adelante; y *símbolo*, en cuanto significa limitación y prohibición, consagración del orden establecido, defensa de los intereses privados frente al poder político. La descripción se remata con la siguiente afirmación: “Pero quien en último término tiene la llave para equilibrar o desequilibrar lo instrumental y lo simbólico es la *Judicatura*”¹³⁵¹.

III. Algunas pautas jurisprudenciales significativas

1. Injerencia de la jurisprudencia en la gestación normativa

En línea con lo indicado, la jurisprudencia de la SCJ ha tenido un rol muy importante en la creación de nuevas disposiciones *constitucionales* y *legales*.

1350 GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, en *Obras Completas*, Tº I, CEC, Madrid, 1991, p. 584.

Cabe aclarar que el texto citado constituye un libro autónomo, publicado por ejemplo conforme la siguiente referencia: *Derecho constitucional comparado*, reimpres., Alianza Universidad, Madrid, 1984; aunque la cita del párrafo anterior corresponde al trabajo localizado en el compilado de obras completas del autor.

1351 Ídem.

A) *Enmiendas constitucionales*

Así, la reacción contra diversas resoluciones del órgano judicial máximo en el ámbito federal han resultado determinantes para la instrumentación de ciertas enmiendas constitucionales. Pasamos a referir brevemente algunos de los casos.

a) La *undécima enmienda* (1798) fue ideada para abolir lo consagrado en *Chisholm v. Georgia*¹³⁵² (1793). Se eliminó la jurisdicción de la SCJ sobre los juicios “entre un Estado y los ciudadanos de otro Estado” y “entre un Estado y ciudadanos o súbditos extranjeros” de la sección 2ª del art. III¹³⁵³.

En definitiva, el texto de la innovación constitucional quedó redactado así: “El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero”.

La base fáctica de *Chisholm v. Georgia* muestra que un ciudadano de Carolina del Sur demandó ante la SCJ al Estado de Georgia por una determinada deuda. Si bien el accionado no la negó, sí se opuso a comparecer ante el tribunal alegando que, en tanto Estado soberano, no estaba obligado a comparecer en los procesos en que fuera demandado sin su consentimiento. La SCJ rechazó la defensa basándose en que el citado segmento del art. III limitaba la inmunidad de los Estados, concediendo explícitamente jurisdicción a los tribunales federales en casos entre individuos y Estados de los que aquellos no fueran ciudadanos.

La undécima enmienda, rápidamente adoptada, buscó dejar a salvo la inmunidad de los Estados en juicios articulados en su contra tanto por ciudadanos de otros Estados de la Unión como por extranjeros. Luego la jurisprudencia fue matizando el alcance de la citada inmunidad.

b) La *decimotercera enmienda* (1865) anuló la doctrina esclavista de *Scott v. Sandford*¹³⁵⁴ (1857), cuyo ponente fue el *Chief Justice* de la SCJ, Roger B. Taney. Desde nuestro punto de vista, ésta es una de las más reprochables sentencias de la historia institucional del Alto Tribunal, e indudablemente un antecedente inmediato de la Guerra de Secesión.

1352 2 U.S. 419 (1793).

1353 En el idioma original, el texto dispone: “The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state”.

1354 60 U.S. 393 (1857).

Dicha sentencia es también conocida como *Dred Scott Decision*.

La aludida modificación constitucional fue motorizada por el Presidente Abraham Lincoln y, por conducto de ella, todos los esclavos fueron emancipados. El texto, en su sección 1ª, dispone: “Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto”¹³⁵⁵.

c) La *decimosexta enmienda* (1913) fue aprobada para derribar la doctrina surgente de *Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Company*¹³⁵⁶ (1895).

En apretada síntesis, cabe recordar que en 1894 el Congreso aprobó la ley *Wilson-Gorman Tariff Act*, que fijaba un impuesto federal del dos por ciento (2%) sobre las rentas superiores a los US\$ 4.000 que procedieran tanto de propiedades muebles como inmuebles. En el caso nombrado, la SCJ determinó que tal impuesto era directo y en consecuencia inconstitucional al no ser proporcional al censo, como lo requería el art. I, sección 9ª, párrafo 4º, de la Constitución.

La decimosexta enmienda (ratificada en 1913) dejó sin efecto la citada sentencia, modificó aquel precepto constitucional y deshizo las limitaciones sobre impuestos, autorizando al Congreso a imponer y recaudar tributos sobre las rentas, sea cual fuere la fuente de que provinieran.

En suma, el texto quedó conformado del siguiente modo: “El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratarlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento”¹³⁵⁷.

B) Congreso y Suprema Corte de Justicia

a) Análogamente y como se anunciaba, cierta legislación emanada del Congreso reconoce frecuentemente su génesis en las decisiones que ha venido adoptando la SCJ.

En esa línea y por mencionar algunos temas que han tenido proyección pública, PÉREZ AYALA¹³⁵⁸ alude como ejemplo a: la ley sobre protección de la bandera (1989),

1355 En inglés, la parte pertinente del precepto establece: “Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”.

1356 157 U.S. 429 (1895).

1357 En lengua inglesa, la disposición establece: “The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several states, and without regard to any census of enumeration”.

1358 PÉREZ AYALA, Andoni, “Para conocer mejor el constitucionalismo norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 82, enero-abril de 2008, CEPC, Madrid, p. 421.

Es preciso aclarar que el citado estudio de PÉREZ AYALA se ha elaborado a propósito del libro de BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal*

en respuesta a la célebre sentencia *Texas v. Johnson*¹³⁵⁹ (1989), relativa a la quema de la bandera; o, en materia religiosa, la *Religious Freedom Restoration Act* (1993), en reacción al pronunciamiento de la SCJ sobre el tema, en 1990.

b) De su lado, LÓPEZ BOFILL advierte sobre un aspecto interesante en la evolución de la dinámica de la SCJ: el proceso hacia la superación de la influencia del modelo de enmienda constitucional (que apuntábamos más arriba) para contrarrestar el juicio negativo de la SCJ en el marco de la aludida *avoidance doctrine*.

El nombrado autor se refiere a la *conformación de un modelo en el que la determinación del significado constitucional no está gobernado por una confrontación entre los diferentes poderes sino por una colaboración expresada en un diálogo entre los jueces (con la SCJ en la cúspide), el Legislativo y, eventualmente, el Ejecutivo*¹³⁶⁰.

En definitiva, la idea central consiste en tender puentes dialógicos que conduzcan a la más adecuada solución constitucional surgida de una “previa interpretación compartida”¹³⁶¹.

2. Margen de discreción de la SCJ y los tribunales inferiores

Moviéndonos hacia el punto central que pretendemos enfocar aquí, podemos reenviar inicialmente a FERREIRA MENDES, quien luego de recordar el amplio margen de discreción del Tribunal Constitucional austríaco en la determinación de las consecuencias de sus decisiones y el modelo americano que, ceñido al caso concreto, en principio carece de semejante laxitud para manejar las nuevas técnicas de decisión implementadas por aquel tribunal europeo, pone en evidencia que no obstante ello existe una tendencia de la jurisprudencia de los tribunales inferiores americanos de no limitarse a casar las providencias emitidas por el Ejecutivo o el Legislativo, sino también a imponerles obligaciones positivas¹³⁶².

Así, continúa el mencionado autor, en caso de que las autoridades administrativas o legislativas no cumplan lo establecido en la sentencia, los tribunales pueden asumir la responsabilidad por la ejecución de la misma. Tal jurisprudencia, considerada como

Supremo de los Estados Unidos de América, 2ª ed., Colección *Textos y Documentos*, CEPC - BOE, Madrid, 2006.

1359 491 U.S. 397 (1989).

1360 LÓPEZ BOFILL, Héctor, op. cit., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, p. 260.

1361 *Ibid.*, p. 261.

1362 MENDES, Gilmar, op. cit., “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei — ‘Unvereinbarkeitserklärung’ — na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã”, p. 63, nota 5.

uno de los más interesantes desarrollos en el derecho constitucional norteamericano de los últimos tiempos, comenzó —según destaca el doctrinario brasileño¹³⁶³— con el esfuerzo por superar la segregación racial en las escuelas a partir de la decisión emitida por la SCJ en *Brown v. Board of Education*¹³⁶⁴ (1954 y 1955), y tuvo continuidad en otras decisiones que exigían o determinaban la concretización de reformas en cárceles e instituciones psiquiátricas (*Bounds et al. v. Smith et al.*¹³⁶⁵, 1977).

En línea convergente, MIRANDA recuerda que con frecuencia los tribunales en EE.UU. han ejercido el poder de solicitar a los órganos legislativos que aprueben las leyes que consideran necesarias¹³⁶⁶. Así, al declarar derechos constitucionales o fundamentales de los ciudadanos, esperan que el Congreso o las legislaturas estatales adopten enseguida las medidas legislativas destinadas a asegurar su ejercicio¹³⁶⁷. O es la propia SCJ que “descubre” un nuevo derecho, al abrigo de la Undécima Enmienda, en una interpretación creativa, aunque discutida por cierta corriente doctrinaria¹³⁶⁸.

3. *Legislative Injunctions*

De obligada consulta para un acercamiento a la problemática de los remedios contra la inercia legislativa en EE.UU., aparece el trabajo de SCHAPIRO sobre la potencialidad del denominado “*Legislative Injunction*” (o ‘*mandamiento judicial legislativo*’ en la traducción al español del ensayo en cuestión¹³⁶⁹).

El planteo inicial de tal autor radica en sostener que el aumento de la litigiosidad interorgánica en EE.UU., donde los jueces federales exigen una reordenación básica de las instituciones administrativas, ha ocasionado un incremento de conflictos entre los tribunales y los parlamentos¹³⁷⁰. Y, justamente, su trabajo queda ceñido al uso del “mandamiento judicial de legislar” por los tribunales federales frente a los parlamentos

1363 Ídem.

1364 347 US 483 (1954) y 439 US 294 (1955).

1365 430 US 817 (1977).

1366 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 512.

1367 AGRESTO, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Itaca y Londres, 1984, pp. 118-119; cit. por MIRANDA, Jorge, ídem, nota 1 a pie de página.

1368 Cfr., por todos, REIMAN, Jeffrem, “The Constitution, Rights and the Conditions of Legitimacy”, en ROSENBAUM, Alan S. (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, New York, 1988, pp. 127 y ss.; cit. por MIRANDA, Jorge, ídem, nota 2 a pie de página.

1369 Nos referimos específicamente a SCHAPIRO, Robert A., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N^{os} 20-21, Universidad de Valencia, trad. de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, Valencia, 1997, pp. 73-96.

1370 *Ibid.*, p. 73.

estatales y locales, que —según afirma— es el instrumento más común para los litigios interorgánicos¹³⁷¹.

En la proposición argumental de SCHAPIRO, se aprecia que a partir de la reseña de dos casos (*Jenkins v. Missouri*¹³⁷² y *United States v. City of Yonkers*¹³⁷³), aquel individualiza dos formas de superar la obstrucción legislativa: por un lado, el tribunal puede ordenar a los legisladores que promulguen ciertas normas, lo que podría llamarse “mandamiento judicial de legislar”; o bien, por el otro, sortear el procedimiento legislativo y dictar directamente una legislación a través de una sentencia judicial, lo que podría denominarse “mandamiento judicial legislativo” en sentido estricto¹³⁷⁴.

Mutatis mutandis, vemos algún punto de convergencia entre la cuestión que venimos relatando en la jurisprudencia norteamericana y la práctica alemana, donde se

1371 *Ibid.*, p. 76, nota 15.

En otras palabras, señala que no examinará los ‘mandamientos judiciales legislativos’ por los tribunales estatales, ni considera los intereses especiales que resultan implicados en los mandatos judiciales dirigidos al Congreso de los EE.UU. (*idem*).

1372 Trata de los medios empleados por un juez para financiar un plan contra la segregación racial escolar en Kansas City, Estado de Missouri. Cuando el distrito escolar no logró obtener financiación para poner en marcha el plan contra la segregación racial ordenado por el Tribunal, el juez ordenó incrementar el impuesto local de propiedad e impuso un recargo sobre el impuesto estatal de la renta generada dentro del distrito (672 F. Supp. 400 —W.D. Mo. 1987—, ratificada en parte, revisada en parte) —*Ibid.*, p. 75 y nota 12—.

Pese a que el Octavo Circuito revocó la orden sobre el impuesto a la renta por considerarla una ruptura demasiado abrupta en relación con los métodos de financiación de la escuela, convalidó el recargo del impuesto a la propiedad (855 F. 2d 1295 —8º Cir. 1988—; *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 —1989—) —*Ibid.*, p. 75 y nota 13—.

A su tiempo la SCJ de EE.UU. entendió que el Tribunal de Distrito no podía disponer directamente un incremento de impuestos, pero sí ordenar a las autoridades escolares de distrito el establecimiento de impuestos y, de tal modo, inhibir la aplicación de las leyes estatales que pudieran limitar esa potestad impositiva (495 U.S. 33 —1990—) [cfr. ‘*Addenda* a la traducción española’, en el trabajo citado de SCHAPIRO, Robert A., p. 95 y nota 106].

1373 Se trataba de la decisión del juez Sand consistente en aplicar una reparación a la segregación racial en la escolarización y asignación de viviendas en Yonkers, Estado de Nueva York. Dicho juez había ordenado a los miembros de la Asamblea Municipal, bajo pena de multa y encarcelamiento, promulgar la legislación requerida por un decreto consensual (*United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, N° 80-6761 —S.D.N.Y. 26 de julio de 1988—). Cuando el Ayuntamiento rechazó la legislación impuesta, el juez fijó las penas a los miembros de la Asamblea que votaron contra esa legislación y el Segundo Circuito confirmó la resolución (856 F.2d. 444 —2º Cir. 1988—). A su tiempo, el Tribunal Supremo suspendió las órdenes por desacato dictadas judicialmente (109 S. Ct. 14 —1988—) y en consecuencia acordó revisar las sanciones (109 S. Ct. 1337 —1989—) [*Ibid.*, pp. 74-75 y notas 8, 9, 10 y 11].

En definitiva, la Corte Suprema de EE.UU., en 495 U.S. 265 [1990], y luego del *certiorari* concedido a nombre de *Spallone v. United States*, anuló —por mayoría— las sanciones de desacato dictadas contra cada uno de los miembros del Ayuntamiento, afirmando que el juez debió haberse apoyado en la imposición de multas contra la ciudad de Yonkers para asegurar el cumplimiento de su decreto consensual (cfr. ‘*Addenda* a la traducción española’, en el trabajo citado de SCHAPIRO, Robert A., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, p. 95 y nota 103).

1374 *Ibid.*, p. 75.

observa que las omisiones legislativas también pueden ser analizadas en los conflictos interorgánicos (*Organstreit*), cuando el actor afirme que el demandado, al dejar de promulgar una ley determinada, violó un deber constitucional¹³⁷⁵.

Retomando la referencia específica al derecho americano, “mandamiento judicial legislativo” es —en la percepción de SCHAPIRO— la orden de un tribunal que sirve para crear legislación sin consideración de la discrecionalidad del legislador¹³⁷⁶.

Aquel mandamiento fuerza, o sustituye, la promulgación de una norma específica y es un medio para contrarrestar la omisión legislativa inconstitucional¹³⁷⁷, la que, cualesquiera que sean los términos empleados para describir el entendimiento contemporáneo del papel de los derechos en la regulación de la interacción de los individuos y el Estado, *no debería ocupar ningún lugar privilegiado*¹³⁷⁸.

En una especie de fórmula sintetizadora de su propuesta (moldeada, entre otros ingredientes, al influjo de la observación jurisprudencial), SCHAPIRO especifica que cuando una omisión legislativa prolongada transgrede directamente una orden reparadora de un tribunal emitida después de una declaración de una violación constitucional, los tribunales generalmente han asumido amplios poderes para forzar el cumplimiento del legislativo; mientras que cuando no ha existido dicha determinación judicial de responsabilidad y la omisión no viola ninguna orden judicial directa, los tribunales son prudentes a la hora de exigir una cooperación legislativa¹³⁷⁹.

4. Algunas sentencias de la SCJ dignas de mención

Abandonando la problemática específica que analiza SCHAPIRO (utilización del “mandamiento judicial de legislar” por los tribunales federales frente a los parlamentos estatales y locales), y desde una perspectiva más general, BARKER¹³⁸⁰ enumera determinados casos resueltos por la SCJ norteamericana en los que de algún modo se ventilaron cuestiones en torno de las omisiones inconstitucionales, a saber:

1375 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, p. 21.

1376 SCHAPIRO, Robert A., op. cit., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, pp. 75-76.

1377 *Ibid.*, p. 76.

1378 *Ibid.*, p. 94.

1379 *Ibid.*, p. 81.

1380 BARKER, Robert S. (Profesor de Derecho Constitucional, Duquesne University, Pittsburgh, Pennsylvania, EE.UU.), “Inconstitucionalidad por omisión”, informe especialmente elaborado para evacuar una consulta que oportunamente le formuláramos dentro del marco de la presente investigación [la traducción del inglés es de nuestra autoría].

- *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*¹³⁸¹ (1983), en el cual la SCJ declaró inconstitucional una acción unilateral de la Cámara de Representantes, al decidir que la conducta de ésta fue inconstitucional a causa de la falta de participación del Senado y el incumplimiento de presentar la cuestión ante el Presidente para su aprobación o veto (o sea, el Senado y el Presidente fueron inconstitucionalmente omitidos en el proceso).
- *Goldwater v. Carter*¹³⁸² (1979), asunto en el que el ex Presidente Carter había denunciado un tratado de mutua defensa con la República de China (Taiwán). El senador Barry Goldwater y otros senadores entablaron demanda argumentando que el tratado, que había sido aprobado por el Senado muchos años atrás, no podía denunciarse sin la aprobación del órgano senatorial; esto es, que la conducta de Carter era inconstitucional por omisión. La SCJ se pronunció contra el reclamo de los senadores, pero no existió opinión argumentalmente homogénea de la mayoría, pues algunos jueces dijeron que el asunto era una “cuestión política”, otros, que los senadores carecían de legitimación y finalmente los restantes entraron a analizar el fondo de la causa.
- *United States v. Richardson*¹³⁸³ (1974), en el cual un ciudadano planteó un mandamiento judicial (*injunction*) para obligar al Secretario del Tesoro a publicar el estado contable de los ingresos y gastos de la CIA (Central Intelligence Agency) como supuestamente vendría requerido por el art. I, § 9, cláusula 7, de la Constitución norteamericana. La SCJ decidió que el demandante carecía de legitimación.

Sea como fuera, BARKER puntualiza que el concepto de inconstitucionalidad por omisión no es una parte significativa del derecho constitucional de los EE.UU., porque la Constitución norteamericana impone “muy pocas *obligaciones* al Congreso” [énfasis del original]. Las garantías de los derechos en dicha Constitución no dependen de la legislación para su definición o ejecución, sino que más bien son directamente ejecutables sin una acción congresional¹³⁸⁴.

En definitiva, advierte que en EE.UU. es mucho más probable encontrar hipótesis de inconstitucionalidad por omisión en el derecho constitucional estatal que en el derecho constitucional federal¹³⁸⁵.

1381 462 U.S. 919, 103 S.Ct. 2764, 77 L.Ed.2d 317 (1983).

1382 444 U.S. 996, 100 S.Ct. 533, 62 L.Ed.2d 428 (1979).

1383 418 U.S. 166, 94 S.Ct. 2940, 41 L.Ed.2d 678 (1974).

1384 BARKER, Robert S., “Inconstitucionalidad por omisión”, en el informe citado.

1385 Ídem.

Como dato colateral, pero interesante para tener en cuenta por la discusión que la cuestión de la constitucionalidad de la sección 25 de la *Judiciary Act* generó, SAGÜÉS comenta que —para CROSSKEY, quien sigue los puntos de vista de POMEROY— en el tema dicha ley “era inconstitucional *por omisión*, ya que retaceó la competencia federal *exclusiva* en todos aquellos puntos en donde esa autoridad judicial debía entender, según la Constitución (en otros términos: si está en juego la exégesis de la Constitución federal, el asunto debió haberse discutido siempre en sede federal, y no principiar ante tribunales estatales, para desembocar únicamente en la etapa final en la Corte Suprema federal)”¹³⁸⁶.

A modo de digresión, pero para tender un enlace de ese tópico con Argentina, el antecedente más nítido de nuestro *recurso extraordinario federal* (REF) plasmado en la Ley N° 48¹³⁸⁷, promulgada el 14 de septiembre de 1863 (aunque sin aparecer tal denominación en dicho texto legal), se remonta a la nombrada *Judiciary Act*, de 24 de septiembre de 1789, concretamente en su sección 25 que daba forma al desaparecido *Writ of Error*.

La citada filiación del REF (en cuanto al art. 14 de la Ley N° 48) reconducible a la *Judiciary Act*, ha sido temprana y explícitamente reconocida por la propia Corte Suprema argentina, por ejemplo, *in re* “Recurso extraordinario deducido en la causa Banco de la Nación Argentina c/ David Gianelli por estafa”¹³⁸⁸, de 27 de diciembre de 1904.

En la ocasión, manifestó textualmente: “El art. 14 de la ley de jurisdicción y competencia del año 63 ha sido tomada de la ley americana de 24 de septiembre de 1789, *Judiciary Act*, sección 25, capítulo 50 (sección 709, Revised Statutes), y tanto la jurisprudencia nacional, como la de aquel país, han reconocido que la procedencia de ese recurso extraordinario exige: primero que se haya debatido en el pleito una cuestión federal; segundo, que la decisión haya sido contraria al derecho fundado en la Constitución, tratado o ley nacional invocados (Matas Pujadas v. Matas Hortal. Recurso de hecho, mayo 15 de 1902)”¹³⁸⁹.

1386 CROSSKEY, William W., *Politics and the Constitution in the history of the United States*, University Press, Chicago, 1953, pp. 219-220, y POMEROY, John N., *An introduction to the constitutional law of the United States*, 6ª ed., Mifflin & Co., Houghton, Boston, 1881, pp. 507-517; citados por SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, T° 1, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 239.

1387 Publicada en el R.N. 1863-1869, p. 49.

1388 *Fallos*, 101:70.

Votaron los ministros Bunge, del Solar, Daract y Bermejo.

1389 Ello consta específicamente en *Fallos*, 101:79.

IV. Epílogo

Retomando la referencia específica al contexto norteamericano, sin olvidar los ingredientes característicos a los que aludíamos al iniciar este sector del trabajo (estructura estadual federal, control de constitucionalidad difuso, doctrina de las *political questions*, inexistencia de una norma específica que institucionalice el control sobre la inconstitucionalidad omisiva), sino por el contrario, teniendo en cuenta al margen de acción que ofrece el régimen jurídico como resultado de la interacción de aquellos condicionamientos y pautas *idiosincrásicos*, vemos que resulta auspiciosa la búsqueda de mecanismos que —adecuados a dichas particularidades— permitan efectuar un control jurisdiccional sobre las pretermissiones legislativas dentro o fuera del contexto específico de los conflictos interorgánicos.

Especialmente dentro de tal tipología de conflictos, es dable ponderar positivamente la utilidad funcional del “mandamiento judicial legislativo” al que se refiere SCHAPIRO, en el entendido de que un aspecto fundamental de los derechos constitucionales es que no están sujetos a la discrecionalidad legislativa, por lo que al emplear el aludido “mandamiento” para garantizarlos, los jueces no están usurpando la potestad legislativa, sino creando una nueva línea maestra constitucional de modo que el ejercicio de la discrecionalidad por el Legislativo, por acción o por omisión, no exceda su prerrogativa violando garantías constitucionales¹³⁹⁰.

Siguiendo esta línea argumentativa no es irrazonable pensar que, para contrarrestar la omisión legislativa inconstitucional y tal como defiende el autor citado en último término, el “mandamiento judicial legislativo” comporta un legítimo ejercicio de la autoridad judicial, *realmente tan legítimo como la revocación de la legislación inconstitucional a través de la ‘Judicial Review’*¹³⁹¹.

Por lo demás y aunque no constituya el objeto específico de análisis en este sector de la investigación, vale resaltar la importancia de ciertas elaboraciones jurídicas forjadas tal vez no exclusiva pero sí principalmente en EE.UU., además del control difuso de constitucionalidad. Nos referimos a las sentencias interpretativas y a las sentencias prospectivas, respecto de las cuales ya efectuáramos algunas aproximaciones en tanto vinculadas en mayor o menor medida a la inconstitucionalidad por omisión.

1390 SCHAPIRO, Robert A., op. cit., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, p. 95.

1391 *Ibid.*, p. 76.