

TÍTULO PRIMERO

CIERTOS TEMAS RELEVANTES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL CON LOS QUE SE RELACIONA LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

CAPÍTULO

I

**DEL ESTADO LEGAL O
LEGISLATIVO DE DERECHO
AL ESTADO CONSTITUCIONAL**

I. Acerca de la tensión constitucionalismo-democracia o justicia constitucional-parlamento (o congreso)

1. Introito

Como es fácil suponer, si ya el control de constitucionalidad de la ley desplegado por un tribunal constitucional o una corte suprema de justicia genera a éstos tensiones con el parlamento o el congreso, tales fricciones se agudizarán si el contralor se centra no ya en productos normativos del órgano legislativo sino en su inercia o inactividad total cuando media una imposición o un mandato legisferante contenido en la Norma superior (*omisión absoluta*), o cuando la fiscalización apunta a corregir leyes que resultan insuficientes o incompletas, por preterición, para abastecer las exigencias constitucionales (*omisión relativa*).

Cumple mencionar que algunos autores sostienen la existencia de (sutiles) diferencias entre las omisiones absolutas y las totales y entre las relativas y las parciales. Sin perjuicio de ello, a los fines de esta investigación y por razones de simplificación discursiva, nos referiremos indistintamente a las omisiones *absolutas o totales* y a las *relativas o parciales*.

2. Una faceta agravada de la tensión constitucionalismo- democracia o justicia constitucional-parlamento (o congreso)

Percibimos entonces a la inconstitucionalidad por omisión como un capítulo agravado de la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-parlamento. O, expresado de otra manera, un pliegue sensible en la siempre delicada vinculación entre jurisdicción y legislación¹¹.

Como apunta SUNSTEIN, no es sencillo analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última, y otras subvertirla. Así, la tarea por emprender consiste —desde la particular óptica del autor mencionado— en descubrir concepciones

11 La frase que cierra el párrafo al que esta nota se refiere: “la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación”, es paráfrasis de la apreciación de ZAGREBELSKY, quien alude a “lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 152).

apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas¹².

Simplificando al máximo los contornos de la cuestión, movidos por un propósito referencial y partiendo de la constatación que da cuenta que democracia y constitucionalismo no son precisamente conceptos unívocos, traemos a colación a ELSTER, para quien la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio “una persona, un voto”¹³.

A su tiempo, el vocablo *constitucionalismo* alude —en este contexto específico— a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario vayan más allá de la revisión en el ámbito judicial. Así, y en términos generales, puede ligarse la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo. Aquella encarna la participación popular; éste, las restricciones constitucionales¹⁴.

Como se afirmara, el *constitucionalismo actual* implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de Derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no sólo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos mediante una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador¹⁵.

Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la *democracia*, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades¹⁶.

En el fondo, y como adelantábamos, la problemática de la inconstitucionalidad por omisión se suma a la saga de tensiones valorativas propias del texto constitucional, fundamentalmente de aquellas que median entre la supremacía y la normatividad de la Ley fundamental y el principio de libertad de conformación del legislador.

12 SUNSTEIN, Cass R., “Constituciones y democracias: epílogo”, trad. de Mónica Utrilla de Neira, en ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune y colabs., *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública (A.C.), Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1999, p. 368.

13 ELSTER, Jon, en la “Introducción” a la obra citada en la nota anterior, p. 33.

14 *Ibid.*, pp. 34 y 36.

15 Hemos seguido la explicación que se formula en la “Presentación” de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado “Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho”, bajo la dirección de PRIETO SANCHÍS, Luis, Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo, 2002.

16 Ídem.

Ese terreno de fricciones, lejos de ser meramente teórico o especulativo, se manifiesta de distintas maneras, además de las anunciadas. Así, por ejemplo, en Austria, si bien en principio el legislador respeta las concepciones jurídicas expresadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en determinadas situaciones entendió que una regulación derogada por aquel le resultaba imprescindible, por lo que, para inmunizarla, *la elevó a rango constitucional* (una situación similar se configuró en Hungría, como veremos en su oportunidad). Esta criticable técnica, forjada para circunvalar los efectos materiales de las decisiones del Tribunal Constitucional, resulta —como ha mencionado SCHÄEFFER— “muy problemática desde el punto de vista jurídico-político”¹⁷.

Respecto de la gravedad del tema, LOEBENSTEIN ha precisado: “Cuando un acto del legislador tiene exclusivamente como finalidad el apartarse de una sentencia ya dictada, debe considerarse que constituye una intromisión ilegítima en la independencia judicial. Por tanto, en este ámbito hay que construir un muro de protección de la jurisdicción constitucional para evitar que, a través de leyes constitucionales formalmente correctas, pero materialmente inconstitucionales, se pueda socavar la jurisdicción constitucional”¹⁸.

Aquella discutible técnica se vio favorecida por la facilidad y flexibilidad que ofrecía el proceso de reforma constitucional en el ámbito austríaco. Sin embargo, a partir de fines de la década de los 80 del siglo XX, SCHÄEFFER hace constar que el Tribunal Constitucional apuntó ciertos límites que podían afectar a la corrección de la jurisprudencia constitucional por parte del legislador¹⁹. Así, en la medida en que esta práctica pudiera aquejar institucionalmente a la justicia constitucional y/o vaciar de sustancia a los derechos fundamentales, las pretendidas modificaciones constitucionales debían ser consideradas como *reforma total de la Constitución* y, en tanto tales, requerir para su licitud la celebración de un referéndum (art. 44.3 de la Constitución)²⁰.

Otra situación (a nuestro juicio, igualmente disfuncional) que también se ha dado en el escenario austríaco es la *exclusión preventiva de la jurisdicción constitucional por el legislador constitucional*. O sea, cuando el legislador pretende crear una determinada medida legislativa y sustraerse *a priori* al control del Tribunal Constitucional, opta por

17 SCHÄEFFER, Heinz (con la colaboración de HAAS, Thomas), “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 41.

18 LOEBENSTEIN, Edwin, “Nochmals: von der Verfassungskultur zur Verfassungskultur”, ÖJZ, 1994, p. 363; referido por SCHÄEFFER, Heinz, op. cit. llamada anterior, p. 41 y nota 52 a pie de página.

19 Por ejemplo, T.C. de 3 de marzo de 1988, en B 987/87, B 1025/87 y B 1233/87 (cfr. SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, p. 41).

20 Ídem.

aprobarla directamente como ley constitucional o preverla en un precepto de rango constitucional. De este modo, obtura anticipadamente la posibilidad de su impugnación ante el órgano de cúspide de la justicia constitucional, y éste, en consecuencia, se ve imposibilitado de ejercer a su respecto la fiscalización constitucional²¹.

Ambos ejemplos muestran claramente cómo la autorrestricción o *self-restraint* debe operar no sólo para el Tribunal Constitucional sino también para el propio legislador²².

II. Robustecimiento de la Constitución y la justicia constitucional

Retomando el núcleo de la cuestión presentada someramente en el apartado precedente (y más allá de los aspectos de tensión señalados en su parte final), el

21 Si bien median claras diferencias entre los institutos en cuestión, la situación que exponemos en el texto respecto de Austria en cierto modo nos lleva a evocar lo que consideramos una *curiosidad procesal constitucional* en el derecho brasileño, ideada para neutralizar o galvanizar hacia el futuro un nuevo potencial control de constitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley federal. Es que en el contexto jurídico de ese país, y como veremos más adelante, además de la acción declarativa de inconstitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, etc., existe una *acción declarativa de constitucionalidad* (ADC).

Esta acción, cuya legitimidad jurídica lejos está de haber generado total consenso doctrinario, fue implementada por la Enmienda Constitucional N° 3, de 17 de marzo de 1993. Así el art. 102.I.'a' de la Constitución federal (C.F.) habilita la competencia del Supremo Tribunal Federal (STF) para defender precipuamente la Constitución y de tal modo procesar y juzgar originariamente la *ADC de ley o acto normativo federal*.

La legitimación activa para interponer la ADC (idéntica a la acordada para la proposición de la acción declarativa de inconstitucionalidad, en mérito a lo disciplinado por la Enmienda Constitucional N° 45, de diciembre de 2004) viene discernida en el art. 103 de la C.F., a favor de: *i*) el Presidente de la República; *ii*) la Mesa del Senado Federal; *iii*) la Mesa de la Cámara de Diputados; *iv*) la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; *v*) el Gobernador de un Estado o del Distrito Federal; *vi*) el Procurador General de la República; *vii*) el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil; *viii*) un partido político con representación en el Congreso nacional; y *ix*) una confederación sindical o entidad de clase de alcance nacional.

Básicamente, el propósito de la ADC consiste en eliminar la incertidumbre sobre la constitucionalidad de la ley o del acto con fuerza de tal que fuesen enjuiciados, a partir del surgimiento de interpretaciones judiciales contrapuestas en el ordenamiento jurídico que pudieran jaquear la seguridad jurídica.

La ADC supone el ejercicio en abstracto del control concentrado de constitucionalidad en el marco de un proceso de naturaleza objetiva.

La resolución que la dirige tiene efectos *erga omnes* y la *declaración de constitucionalidad* trae como consecuencia la eliminación de las controversias existentes acerca de la compatibilidad de la ley o del acto normativo federales *vis-à-vis* la C.F. Asimismo, tratándose —como advertíamos— de un juicio en abstracto, la declaración de compatibilidad constitucionalidad de aquellos se proyecta hacia todos los procesos judiciales en curso o futuros, obliterándose la posibilidad de rediscutir judicialmente la cuestión constitucional dirimida por el STF.

22 SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., "Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador", pp. 41-42.

fortalecimiento del protagonismo de la Ley fundamental y de la justicia constitucional fue instituido por el constitucionalismo del Estado Contemporáneo (al que un buen número de autores denomina “neoconstitucionalismo”), que es justamente *Estado Constitucional de Derecho*, modelo que reemplaza al *Estado Legal o Legislativo de Derecho*.

Este último estaba impregnado —*inter alia*— por el “mito del legislador infalible”, el dogma de la omnipresencia y la preeminencia de la ley, la vigencia del axioma *dura lex sed lex* (“quintaesencia del positivismo acrítico”²³) y el acotado papel del juez como “*bouche de la loi*” (en la imagen metafórica de MONTESQUIEU²⁴) u operador jurídico *neutro*.

FERRAJOLI cataloga a ese modelo tradicional como “paleopositivista y jacobino”, con esencial primacía de la ley y la democracia, entendidas como omnipotencia de la mayoría y, por tanto, del parlamento²⁵.

Como elocuentemente se ha puntualizado, semejante dogmática jurídica positivista permitía “considerar al juez casi como un autómatas, un sujeto que, pertrechado sólo de la lógica y del derecho hacía realidad las prescripciones legales sin poner nada de su parte”²⁶.

Partiendo de la (hoy más que evidente) base de que *las leyes también pueden ser injustas* (lo que quedó nitidamente patentizado en y con los deletéreos regímenes fascistas), el control de constitucionalidad aparecía como una garantía básica de la democracia, y las propias circunstancias y necesidades de la época (segunda posguerra) imponían un refuerzo de la Constitución, visualizada en términos de “garantía mutua de respeto a las reglas del juego democrático y a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución”²⁷.

Vale traer a colación a BACHOF, pese a que sus palabras se ciñan a la situación en Alemania, cuando al referirse al rol del juez como guardián de la Constitución expresa que ello “señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento

23 ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 134.

24 Recordemos que en el *Espíritu de las leyes* (*Esprit de lois*, Libraire de Firmin Didot Frères, Paris, 1844, pp. 127 y ss.), MONTESQUIEU sostuvo: *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*.

25 Vid. FERRAJOLI, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, en ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), UNAM, México, D.F., 2005, p. 89.

26 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 62.

27 AJA, Eliseo, “Prólogo. El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados europeos”, op. cit., AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, p. XXIII.

político y jurídico alemán, *la pérdida de la creencia de la omnipotencia del legislador estatal*²⁸.

Con singular fuerza discursiva FERRAJOLI sostiene que el *constitucionalismo* corresponde a una *segunda revolución* en la naturaleza del derecho, que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Así, mientras la *primera revolución* se expresó en la *omnipotencia del legislador*, la segunda se sustenta en el “principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos”, una de cuyas consecuencias radica en que “la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional”²⁹.

En el contexto descrito surge con nitidez que el legislador aparece vinculado por los derechos fundamentales en el Estado Constitucional. Al respecto, una fórmula léxica tan intensa como conocida, de autoría de KRÜGER, expresa: “Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley; hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”³⁰.

Ya más cercanamente en el tiempo, PRIETO SANCHÍS puntualiza que el Estado Constitucional parece exigir una nueva teoría del derecho, el “neoconstitucionalismo”, cuyos rasgos sobresalientes son³¹:

- *Omnipresencia de la Constitución* en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria.
- Más *principios* que reglas.
- Más *ponderación* que subsunción.
- *Omnipotencia judicial* en lugar de autonomía del legislador ordinario.
- Y, por último, *coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios*, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a

28 BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, 1ª ed., Civitas, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1985, pp. 45-46.

29 FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca BACCELLI, Michelangelo BOVERO, Riccardo GUASTINI, Mario JORI, Anna PINTORE, Ermanno VITALE y Danilo ZOLO*; en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 2001, pp. 53 y 55.

30 KRÜGER, Herbert, “Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1950, p. 626.

31 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - IJ de la UNAM, Madrid, 2003, pp. 131-132.

un puñado de principios coherentes entre sí y, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Para el citado autor, la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un “riesgo” para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia. Sin embargo, juzga que tal riesgo es “inevitable” si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo), el que, como modelo de organización jurídico-política, pretende representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho y si un postulado de éste es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador³².

Bien cierto es, añade, que el neoconstitucionalismo implica también una apertura al “judicialismo” —al menos desde la perspectiva europea—, “de modo que si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene la ponderación rectamente entendida³³.

Ligada a tal cuestión aparece la llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, estudiada pormenorizadamente —v. gr.— por GUASTINI, quien ha reconocido que para forjar tal expresión se ha servido de alguna sugerencia de FAVOREU. Aquel autor concibe a dicha problemática como *un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual éste resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*. Luego amplía el alcance conceptual de tal visión afirmando que *un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (“pervasiva”, “invadente” en el texto italiano), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*³⁴.

En un ilustrativo acercamiento, AGUILÓ predica que para usar de modo *relevante* la expresión “Estado Constitucional” corresponde aludir a un sistema jurídico-político en el que:

- i) Se cuente con una Constitución rígida o formal; esto es, una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria.

32 *Ibid.*, p. 157.

33 *Ídem.*

34 GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, op. cit., *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 49.

- ii) Dicha Constitución responda a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: limitación del poder político y garantía de los derechos, asumiendo los valores y fines del constitucionalismo como ideología.
- iii) La Constitución formal sea “practicada”. Es decir, que para hablar de “Estado Constitucional” tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas, de modo que aquella pueda ser considerada como Norma fundamental y, en consecuencia, que desempeña su papel en los problemas de identificación, unidad y continuidad del sistema jurídico-político. En otras palabras, la Constitución formal tiene que ser “positiva”, o sea, usada desde los cánones del constitucionalismo³⁵.

III. Vinculación del legislador a la Constitución

1. La Constitución y los mandatos concretos de actuación al legislador

En un escenario con los perfiles y las características descritos (omnipresencia de la Constitución, importante margen de maniobra del juez constitucional para preservar la supremacía y la normatividad de la Ley fundamental y consecuente viabilidad de controlar al legislador, quien naturalmente también está vinculado por la Constitución), cobra fuerza legitimadora la posibilidad de ejercer la inspección de constitucionalidad no sólo respecto de productos normativos (leyes) sino también frente a omisiones del legislador contrarias a la Constitución, lo que —como anunciábamos— se apunta como un elemento más de la dinámica compleja y de tensión entre constitucionalismo-democracia o justicia constitucional-parlamento (o congreso).

Naturalmente, el legislador no se encuentra sistemáticamente cautivo de las redes judicialistas, sino que —como veremos— preserva la libertad de configuración legislativa y es merecedor del mayor de los respetos por su investidura institucional y su autoridad democrática.

Sin embargo, ello no lo habilita a mantenerse inmune *sine die* si no cumple los mandatos constitucionales y se abstiene de sancionar las normas pertinentes

35 AGUILÓ, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2004, pp. 50-53.

de desarrollo constitucional, pues su inoperancia, desidia o inercia resultan contraconstitucionales al bloquear la normatividad y la supremacía de la Carta básica. La nueva textura constitucional legitima la posibilidad de demandar *actuaciones concretas del legislador*: pronunciarse, hacer, obrar.

Justamente en aquel marco de indolencia legisferante, la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión se registra como un mecanismo útil para fluidificar el tránsito de normas, valores y principios constitucionales, que desde luego tienen vocación de eficacia.

El vigor normativo de la Constitución implica la *efectiva vinculación jurídica* (y no solamente *política*) de los poderes públicos —entre ellos el *legislador*— a las disposiciones constitucionales, que consagran *mandatos jurídicos* y no meras expresiones de deseo.

Como se sabe, la existencia de tales mandatos cargados de energía directriz que se dirigen al legislador proyecta una imagen más de la superación de la percepción de la Constitución como normativa exclusivamente encaminada a limitar la acción de los poderes públicos.

2. Libertad de configuración del legislador

En Alemania la categoría jurídico-política de la *libertad de configuración del legislador* (*gesetzgeberischen Freiheit*) ha adquirido un importante desarrollo jurisprudencial y doctrinal y ha suplantado a otra denominación, la de “discrecionalidad” (*Ermessen*) del legislador.

De cualquier modo, y valga el juego de palabras, esa “libertad” del legislador no es ni puede ser una zona “liberada” o inmune al control por el órgano correspondiente de justicia constitucional.

La *razonabilidad* en el ejercicio de aquella libertad es una de las piezas cruciales del engranaje que mueve las relaciones entre el legislador y el tribunal constitucional o la corte suprema de justicia en cuestión. Si bien estos últimos órganos deben conducirse con deferencia prudente y reflexiva respecto del margen de apreciación del legislador, este último no puede ignorar *ad aeternum* las demandas de actuación concreta que la Constitución le marca.

SCHNEIDER explica que el (por entonces) *nuevo* concepto (*libertad de configuración del legislador*) significaba que, dentro de los límites extremos (arbitrariedad, desproporcionalidad, abuso), no se producía control de contenido de las decisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional Federal

alemán, lo que ciertamente no impedía un control de comportamiento o de procedimiento³⁶.

Reiteramos que el legislador no puede escudarse en su libertad configurativa para eludir o posponer *sine die* el encargo constitucional que le impone materializar las determinaciones normativas contenidas en la Ley básica.

Desde otro ángulo, resulta interesante la visión que aporta REVENGA SÁNCHEZ, para quien la *fuerza normativa de la Constitución* no surge del vacío y la normatividad constitucional “presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el derecho —política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político— *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*”³⁷.

Acierta GARRORENA MORALES cuando afirma que las decisiones que contienen las sentencias de los tribunales constitucionales, además de resoluciones judiciales, son actos de neto *indirizzo político*; añadiendo que en definitiva la sentencia constitucional *es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en unidad de acto*, “ése es su riesgo, pero [...] también, en mayor medida, su riqueza y su virtud”³⁸.

En relación con el problema general que abordamos, HÄBERLE expresa que el proceso político “*no está excluido de la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua*. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también ‘confirmaciones’, que constituyen más que mero ‘material objetivo’ para la (posterior) interpretación constitucional; *son una parte de la interpretación de la Constitución*, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador ‘como’ intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional,

36 SCHNEIDER, Hans-Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N° 5, mayo-agosto 1982, Centro de Estudios Constitucionales (en adelante, CEC), trad. de Joaquín Abellán, Madrid, p. 55.

37 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie “Cuadernos del Rectorado”, N° 22, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2010, p. 40.

38 GARRORENA MORALES, Ángel, “La sentencia constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, N° 11, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1981, p. 27.

porque su amplitud se delimita en cada caso de forma técnicamente muy distinta, esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente³⁹.

En el fondo, el hecho de que los pronunciamientos constitucionales repercutan en el ordenamiento jurídico, actuando como fuentes creadoras de derecho, no autoriza a predicar la transmutación del juez constitucional en legislador.

Ciñéndonos al ámbito europeo, el respeto por la libertad de configuración del legislador no ha sido matemáticamente simétrico en todos los sitios. Así, por ejemplo, se aprecia que ha resultado un tanto mayor en el seno del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) alemán que en el de la Corte Constitucional italiana.

3. Reconducción cooperativa de las relaciones tensionales

Las relaciones tensionales entre la justicia constitucional y el parlamento o congreso deben recanalizarse en términos constructivos, sobre todo si —al menos en Europa— aquella dejó hace tiempo su connotación de limitación antidemocrática de la soberanía parlamentaria, para ser comprendida como un elemento más de ésta⁴⁰.

Y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativa anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano de confrontación o de puja de poder.

Por el contrario, y en la línea de enfoque del *constitucionalismo de cooperación*, debe ser percibida desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Carta magna, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes y la nombrada libertad de configuración política del legislador.

Algunos de los ingredientes de ese *constitucionalismo cooperativo* pueden extraerse *mutatis mutandis* de las palabras de ELIA (aunque estén formalmente dirigidas al escenario italiano): *i*) el *self-restraint* del órgano máximo de justicia constitucional; *ii*) el cumplimiento por este de las pautas de racionalidad en sus decisiones; y *iii*) la toma de

39 HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, N° 11, 2008, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, trad. de Xabier Arzoz Santisteban, Buenos Aires, pp. 39-40.

40 CASCAJO CASTRO, José Luis, “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 22, UNED, Madrid, 2008, p. 302.

conciencia por el parlamento o congreso en cuanto a que las elaboraciones sentenciales del tribunal de cúspide de la justicia constitucional (plasmadas en sentencias atípicas, particularmente aditivas —sobre las que volveremos—) no responden a un espíritu antiparlamentario⁴¹.

Como también tendremos ocasión de profundizar más adelante, en el marco de las *omisiones inconstitucionales relativas del legislador* que se producen, por ejemplo, cuando las leyes que dicta generan *exclusiones arbitrarias de beneficios* (estos son conferidos a algunos y no a otros sin que medien fundamentos razonables que sustenten tal tratamiento diferencial), pueden tales pretericiones ser salvadas *unilateralmente* por el juez constitucional mediante las *sentencias aditivas clásicas o puras* o bien, ya *bilateralmente*, por ejemplo (y naturalmente con matices según sea el país de que se trate), por medio de sentencias *exhortativas y/o apelaciones al legislador* y de sentencias de *inconstitucionalidad sin nulidad*, normalmente, aunque no siempre, *fijando un plazo a aquel para que proceda a corregirlas*.

Básicamente con tales técnicas decisorias se procura restaurar el principio de igualdad (u otro principio o valor) que la legislación infundadamente incompleta ha quebrantado, debiendo activarse al efecto una *protección cooperativa de la Ley fundamental* entre el órgano de cabecera de la justicia constitucional y el legislador.

41 ELIA, Leopoldo, “Constitucionalismo cooperativo. Racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed. lit.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 77-80.

CAPÍTULO

II

**FUERZA NORMATIVA DE
LA CONSTITUCIÓN**

I. De declamaciones y concreciones

1. Apertura

Comenzamos este análisis con un interrogante: ¿basta con la mera ‘declamación’ de derechos en los textos constitucionales?

La respuesta negativa se impone. Es que la dimensión normológica debe complementarse con vigencia fáctica, pues si esta última vertiente se desvanece, concluye por obturar el vigor normativo de la Constitución y su efectividad práctica, al tiempo de recrear inicuas frustraciones.

2. Acceso a la justicia

Sin perjuicio de retomar más adelante (y con mayor grado de detalle) el tema de los derechos sociales fundamentales, aquí vale traer a colación la advertencia de FERRAJOLI en punto a la convergencia de dos principios que, con las pertinentes adaptaciones según los diversos derechos de que se trate, se encuentran dotados de un alcance garantista de carácter general⁴².

En primer término, *el principio de legalidad*, sosteniendo *mutatis mutandis* a su respecto que, para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que legislativamente se prevean de manera unívoca sus presupuestos vinculantes y se identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos⁴³.

Por su parte, el que FERRAJOLI entiende como segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*. Sobre el particular, y para que las lesiones a los derechos fundamentales sean sancionadas y eliminadas, estima necesario que sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o *por omisión*. Apunta que semejante garantía, establecida

42 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 1997, p. 917.

43 Añade FERRAJOLI que para algunos derechos sociales, como el derecho a la subsistencia, la cuestión es relativamente simple, dado que basta la previsión legal de subsidios o salarios mínimos para todas las personas que no cuenten con los mínimos vitales y la atribución a ellas de un derecho de crédito correlativo. Considera que son menos simples, mas igualmente practicables, las garantías legales de los derechos a la educación y a la salud. Por el contrario, juzga que para otros derechos —como el derecho al trabajo o a la vivienda— es mucho más difícil una legislación social, aunque sólo sea por el carácter irrealizable de su satisfacción igual, ni siquiera mínima (*ídem*).

en vía de principio por el art. 24 de la Constitución italiana, debería tener por campo privilegiado no el derecho penal, sino el derecho privado y el derecho administrativo, y exigiría una reforma de los modelos tradicionales de legalidad civil y administrativa idónea para transformar en *derechos perfectos aquellos que actualmente son sólo concesiones, expectativas, intereses legítimos*⁴⁴.

Con nitidez agrega el citado profesor italiano que, para transformar a estos últimos en *derechos perfectos*, sería necesario que las leyes no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales, en cuyo contexto, *toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a la sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado*⁴⁵.

Por último, y previo a postular la necesidad de ampliar la legitimación activa en materia de derechos sociales de naturaleza colectiva (involucrando a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de tales derechos), concluye que, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrolle una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control con relación a los poderes públicos⁴⁶.

Por su parte, rememoramos que hace ya varias décadas BISCARETTI DI RUFFIA sostenía, al referirse a las normas que el legislador ordinario debía emanar para dar plena ejecución a la Constitución, que quedaba claro que *cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución*⁴⁷.

Es conveniente dejar en claro que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en los últimos tiempos ha adquirido nuevos bríos, al calor de su positación en algunos textos constitucionales o infraconstitucionales, su tratamiento doctrinal y el dictado de precedentes jurisprudenciales que de una u otra manera la abordan. Sin embargo, ciertos aspectos de la cuestión no eran completamente desconocidos para algunos autores clásicos como JELLINEK en el ocaso del siglo XIX o KELSEN a principios del siglo XX.

44 Ídem.

45 *Ibid.*, pp. 917-918.

46 *Ibid.*, p. 918.

47 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1965, p. 269.

Así, VILLAVERDE MENÉNDEZ recuerda que ambos juristas reflexionaron acerca del significado que cabía darles desde la perspectiva constitucional a los silencios del legislador y su posible control —bien que en forma somera y con enorme escepticismo sobre la efectividad del mismo—, entendiendo que dicho control sólo era posible si la Constitución que le sirve de parámetro era rígida⁴⁸.

Además, y dentro de la ciencia jurídica alemana, señala que la categoría de la inconstitucionalidad por omisión fue luego sometida a intenso estudio en los años cincuenta y sesenta del siglo XX por doctrinarios como SEUFERT, SEIWERTH, JÜLICHER, STAHLER, WESSEL⁴⁹. Tilda a los tres primeros de “obligacionistas”, posición que fustiga puntualizando —entre otras cosas— que lo relevante no es tanto si el legislador incumplió o no una obligación constitucional con su silencio, cuanto si la norma implícita que cupiera derivar de ese silencio crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución⁵⁰.

II. Vulneración constitucional por acción y por omisión

1. Preliminar

A pesar de la obviedad, recordamos que el modelo de fiscalización constitucional argentino se inspira en el sistema de EE.UU., conocido como *Judicial Review*, perfilado aunque en puridad no iniciado (mucho menos como lo conocemos hoy) en el fallo “*Marbury v. Madison*”⁵¹ de 1803, bajo la impronta del juez John MARSHALL.

En ese sentido, existen algunas pinceladas referentes al control judicial de constitucionalidad, previas a tal pronunciamiento, obrantes en ciertos antecedentes del *Common Law* y en la doctrina de *El Federalista*⁵².

Convergentemente, GARCÍA DE ENTERRÍA explica que la *Judicial Review* no es una invención personal de MARSHALL sino que este juez, en “*Marbury v. Madison*”,

48 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, M^cGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 23 (nota 2) y ss.

49 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2^a ed., IJ de la UNAM, México, D.F., 2007, p. 51 y nota 3.

50 *Ibid.*, pp. 59-61 y nota 19.

51 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

52 Ver, por ejemplo, TREATOR, William M., “Judicial Review Before Marbury”, *Stanford Law Review*, Vol. 58, N^o 2, 2005, pp. 455 y ss.

produjo el perfeccionamiento final y definitivo del sistema expresado en la propia Constitución norteamericana de 1787. Recuérdese que esta, en su art. VI, sección 2 —fuente inspiradora del art. 31 de la Ley fundamental argentina y del art. 133 de la Constitución mexicana— proclama a la Carta magna como *the supreme law of the land*: el derecho supremo de la tierra. Pero además, ya HAMILTON —en *El Federalista*— proponía el tratamiento de la Constitución como *Fundamental Law*. Asimismo, el autor español citado —apoyándose en SCHWARTZ— enfatiza que, entre la Revolución americana y el dictado de “*Marbury v. Madison*”, los tribunales de los Estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos en una veintena de casos, claro que sólo respecto de normas estatales y no federales. Sea como fuera, no deja de ponderar a la concepción de la supremacía normativa de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de la cual surgió⁵³.

A su turno, FERNÁNDEZ SEGADO expresa (sobre la *Judicial Review*) que si bien no cuestiona el mito de “*Marbury v. Madison*”, sí puede sostener que tal sentencia entraña tan sólo el establecimiento formal de una doctrina cuyos fundamentos teóricos se encontraban presentes no sólo en el N° LXXVIII de *El Federalista*, sino también en varias decisiones de la Corte anterior a MARSHALL y en diferentes planteamientos dogmáticos de los jueces de esta primera etapa del Tribunal⁵⁴.

Es interesante y clarificadora la aportación de AHUMADA RUIZ cuando señala: “Todo indica que la práctica actual del control de constitucionalidad hubiera sido

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental”, en su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 2ª reimpres., Civitas, Madrid, 1991, respectivamente, pp. 54-55 y 50-51. Lamentablemente este prestigioso autor español falleció el 17 de septiembre de 2013.

54 Ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La *Judicial Review* en la *pre-Marshall Court*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 28, 2011, UNED, Madrid, pp. 133-178. Específicamente en torno al “celebérrimo” art. LXXVIII, este autor sostiene que “Hamilton hace una sólida defensa de la supremacía de la Constitución y del derecho de los tribunales a declarar nulos (‘null and void’) los actos legislativos aprobados con violación de la Constitución y de los tratados. Tras considerar que ‘la independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada’, entendiéndolo por tal ‘la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa’, Hamilton se ocupará del ‘derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución’, admitiendo que tal facultad ‘ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que la sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo’, objeción frente a la que replicará que «no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben»” (*Ibid.*, p. 140).

impensable —probablemente, inaceptable— para MARSHALL y sus contemporáneos y quizá no sea un detalle simplemente trivial y anecdótico reparar en que el empleo de la expresión *Judicial Review* como denominación técnica del poder judicial de control, no se generaliza en los Estados Unidos hasta la segunda década del siglo XX. De manera que cuando se afirma que la idea del control judicial en los primeros tiempos sólo remotamente conecta con la práctica actual de la *Judicial Review*, y que es anacrónico leer las decisiones y comentarios de esa primera época desde las premisas y discusión teóricas actuales, realmente se está diciendo, también en sentido literal, que en la época de ‘*Marbury*’ y aun mucho después, no hay propiamente *Judicial Review*”⁵⁵.

En suma, la aludida autora puntualiza que la transformación de “*Marbury v. Madison*” en un ícono del derecho constitucional contemporáneo sólo se completa bien entrado el siglo XX, cuando ya el ejercicio judicial del control de constitucionalidad se había hecho corriente, pero no sin que antes se produjeran cambios fundamentales que afectaron cualitativamente a su modo de ejercicio y a su orientación⁵⁶.

2. Constitución normativa

Al hilo de la precedente introducción, cabe recordar que el Estado Constitucional de nuestro tiempo se caracteriza por poseer una Constitución normativa y garantizada por la jurisdicción⁵⁷ y, además, recipiendaria de supremacía. De ello se sigue que, en tanto receptores de normatividad jurídica, los preceptos constitucionales deben ser aplicables, pues sólo de tal modo podrá garantizarse la pervivencia de la Constitución como norma suprema o *fuerza de fuentes*.

Adviértase, a modo aclaratorio, que no postulamos una sinonimia entre *validez* y *eficacia*, pues las normas constitucionales *valen* por sí mismas con independencia de su eficacia, y es precisamente aquel anclaje axiológico la fuente de la que dimanar la vinculatoriedad y la vocación de efectividad de las mismas.

Sea como fuera, somos conscientes de la complejidad del tema y de las diferentes ópticas con que puede ser visualizado. Así, no se nos escapa que en su momento

55 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “*Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después”, en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 4, “La rebelión de las leyes. *Demos* y *nomos*: la agonía de la justicia constitucional”, Junta General del Principado de Asturias, Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2006, pp. 116-117.

56 *Ibid.*, p. 117.

57 Cítar. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, ‘Cuadernos y Debates’, N° 66, Actas de las ‘II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional’, Tribunal Constitucional - CEC, Madrid, 1997, p. 18.

KELSEN sostuvo que la *eficacia es sólo una condición de validez de las normas*, acerca de lo cual DE PÁRAMO ha apuntado que si para aquel autor la validez de las normas inferiores es el criterio de eficacia de la Constitución y la eficacia de esta es la condición necesaria de la validez, entonces la Constitución no puede fundamentar, sin caer en circularidad, la validez de las normas inferiores⁵⁸.

Para BOBBIO, toda norma jurídica puede ser sometida a tres valoraciones distintas e independientes entre sí: *i*) la de su *justicia*, que apunta a la correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que informan un determinado orden jurídico; *ii*) la de su *validez*, que se vincula con la existencia de la norma en cuanto tal, lo que supone su promulgación por el poder legítimo para sancionar normas jurídicas, no haber sido abrogada, ni ser incompatible con otras normas del sistema; y *iii*) la de su *eficacia*, que significa el efectivo cumplimiento de la norma por sus destinatarios⁵⁹.

Mutatis mutandis, y como verifica REQUEJO PAGÉS, si se entendiera que las prescripciones constitucionales sólo son respetadas en tanto el *deber-ser* efectivamente *sea*, se erige a la *eficacia* como criterio de verificación de la *validez*, lo cual conduciría a que se diluyera el límite entre el ordenamiento jurídico y la realidad sobre la que intenta incidir⁶⁰.

A su hora, y luego de indicar que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento (lo que considera que no es suficiente, y que no habrá tal norma suprema si no se establece que la infracción de lo dispuesto en la Constitución escrita es antijurídico), DE OTTO pasa a expresar que si el ordenamiento no dispone aquello, es decir, si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de esta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*⁶¹.

El desaparecido catedrático español añade que, por el contrario, si el ordenamiento establece que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son

58 DE PÁRAMO, Juan Ramón, "Sistema jurídico", en BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis, *Lecciones de Teoría del Derecho*, M^cGraw Hill, Madrid, 1997, p. 164.

59 BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* (1958 y 1960), Debate, trad. castellana de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, 1991, pp. 33 y ss.

60 REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N^o 39, septiembre-diciembre de 1993, CEC, Madrid, p. 155, nota 64.

61 DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 1^a ed., 5^a reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17-18.

igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema⁶².

De cualquier modo, y como opina NIETO, los preceptos constitucionales no son normas jurídicas ordinarias, porque tienen (o, agregamos, deberían tener) un *minus* de efectividad jurídica y un *plus* de efectividad social⁶³.

3. Supremacía de la Constitución

Por su parte, y como reiteradamente se ha insistido aquí, la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción, comisión o conducta positiva* (un “*facere*”), sino, también, por *omisión*, esto es, una violación negativa del texto constitucional (un “*non facere*” o “*non praestare*”).

Concretamente, en este último caso, ello acaece cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se legisla deficientemente, esto es, plasmando —v. gr.— una reglamentación insuficiente o discriminatoria.

Sentado lo anterior, ¿sería legítimo⁶⁴, permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhiban la vigencia de la Constitución o paralicen el ejercicio de algún derecho contenido en una disposición constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? El interrogante merece un rotundo no, ya que la supremacía de la Constitución hace que esta sea indisponible para los órganos del poder constituido.

62 *Ibid.*, p. 18.

63 NIETO, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, N^{os} 100-102, Vol. I, enero-diciembre 1983, CEC, Madrid, p. 396.

64 La relación semántica y jurídica entre “legalidad” y “legitimidad” dista de ser pacífica.

Así, DÍAZ expresa que “una cosa es la *legalidad* (normas vigentes y válidas que en su conjunto logran hacerse cumplir y aplicar) y otra la *legitimidad* (valores que están o no en esa legalidad); una cosa es el Derecho que es [...] y otra la prefiguración del Derecho que debe ser, el cual puede impulsar o, por el contrario, acabar socavando —vía deslegitimación— la propia existencia normativa y fáctica de aquél en caso de grave e irracional discrepancia y desavenencia”. Añade que la *legalidad* hace referencia, por tanto, a normatividad en el campo del Derecho, normatividad jurídica, Derecho positivo, Derecho sin más u ordenamiento jurídico; mientras que la *legitimidad* hace referencia a normatividad en el campo de la ética, a justicia, a propuestas, pretensiones, valores y exigencias que están más allá de lo estrictamente jurídico: normas morales y criterios racionales de valoración, autocríticos y también críticos de lo empírico (DÍAZ, Elías, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 27-28).

De su lado, HESSE asevera que la Constitución genera necesariamente *legalidad*, pero no *legitimidad*, aunque en su legalidad subyace un elemento —frecuentemente olvidado— de legitimidad (HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de Constitución”, *Escritos de derecho constitucional*, 2^a ed., CEC, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1992, p. 22).

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue —*inter alia*— ‘recomponer’ el imperio de la Ley fundamental, cuya *primacía* habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano renuente.

Bástenos, por ahora, con guarecernos bajo el refugio de la remanida pero acertada concepción que marca que *el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la idea de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado*⁶⁵; o, desde otro ángulo de mira —aunque convergente en punto al objeto de nuestra argumentación—, que es innegable que sin la fuerza condicionante de la Constitución como norma jurídica no habría control de constitucionalidad⁶⁶.

Acierta NIETO cuando sostiene que “la Constitución *es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico* (la cúspide de la simplista pirámide normativa kelseniana): *es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho*”⁶⁷.

La Carta magna es, en suma, manifestación suprema del ordenamiento jurídico en el ámbito interno. Como tal, estimamos relevante y necesario que se habiliten adecuadas vías procesales constitucionales para que el afectado por una omisión inconstitucional relevante tenga allanado el acceso a la jurisdicción. Así, le resultaría posible perseguir la descalificación de aquella pretermisión lesiva en que hubiera incurrido el órgano competente encargado del cumplimiento positivo del mandato constitucional.

Correlativamente, una vía que ensanchara el horizonte garantista dando cabida a reclamos por pretericiones anticonstitucionales, podría insuflar vida a un mecanismo potencialmente útil, sobre todo, en el marco del constitucionalismo latinoamericano, en ocasiones demasiado propenso a diagramar declaraciones de derechos de contextura *obesa*, que usualmente reciben *raqúitico* cumplimiento.

En tal sentido, aquel instrumento garantista cumpliría simultánea o alternativamente dos finalidades: edificar un muro imaginario de contención contra las ínfulas quiméricas de los constituyentes que intenten elaborar disposiciones constitucionales tan ampulosas como incumplibles; y/o disipar anticipadamente la tentación de instaurar un trasfondo de ‘indemnidad o irresponsabilidad’ en favor del Estado, entendiéndolo ‘inimputable’ por la incumplida mejora de situaciones vivenciales que promete, Constitución mediante.

65 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 3.

66 CARRILLO, Marc, op. cit., “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, p. 1476.

67 NIETO, Alejandro, op. cit., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 399.

4. **Ultílogo**

El párrafo que transcribiremos a continuación tal vez pueda resumir envolventemente las ideas que hemos intentado exponer en este capítulo.

Se ha dicho recientemente que el reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de la acción de inconstitucionalidad por omisión, “como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental”⁶⁸ [énfasis del original].

68 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú, pleno jurisdiccional, Expte. N° 05427-2009-PC/TC, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)”, 30 de junio de 2010, Fundamento Jurídico —F.J.— 12. Más adelante volveremos con mayor detenimiento sobre este importante fallo.