

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión y reflexiones histórico-comparativas entre Brasil y México

André Ramos Tavares*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contextualización del sistema de control de constitucionalidad mexicano en el modelo latinoamericano y la inconstitucionalidad por omisión. 3. Bases del control abstracto de constitucionalidad por omisión en Brasil. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN¹

Brasil se enmarca en una tradición de países que, inspirados en la pionera Constitución mexicana de 1917, siguieron un camino constitucional especialmente preocupado por el aspecto social del derecho, que, hasta ese momento, ignoraban las constituciones liberales que se generalizaban por todo el continente.

Sobre la Constitución mexicana de 1917 ya tuve ocasión de señalar lo siguiente:

Uno de los aspectos que destaca de la Constitución mexicana de 1917 es [...] su clara oposición a desarrollos normativos típicamente liberales y propios del constitucionalismo procedente de los Estados Unidos que se difundía con fuerza y rigor por toda América Latina, con particular intensidad, por ejemplo, en Argentina y Brasil. Solo con la Constitución de 1917 *se supera la invisibilidad de lo colectivo*. Se enfrentó al individualismo exacerbado, al liberalismo económico, por una preocupación con lo social, con la colectividad y sus intereses.² La Constitución brasileña de 1988 incorporó esta forma de constitucionalismo. Por

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y presidente de la Asociación Brasileña de Derecho Procesal Constitucional.

¹ Traducción de Laura Criado Sánchez.

² Ramos Tavares, André, "Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições econômicas brasileiras", en Fix-Zamudio, Héctor; Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México, Senado de la República, 2017, p. 708.

consiguiente, no ignoró la realidad socioeconómica de un país subdesarrollado y atribuyó al Estado la misión de transformar esa situación.³

Las constituciones sociales reconocen la realidad y los conflictos sociales, sobre todo, las relaciones de dominación social que se mantienen en países como Brasil, para después adoptar reglas capaces de transformar esa realidad. En este sentido, los derechos sociales desempeñan un papel esencial. Sin embargo, aunque estén reconocidos de manera ostensiva, son una realidad lejana para la gran mayoría de la población.

En estas circunstancias, ajenas a los países que cuentan con un elevado nivel de garantías sociales, el Poder Judicial juega un papel fundamental en la integración de las políticas prestacionales del Estado.

En este contexto, el Poder Judicial debe enfrentarse a la inercia de los demás poderes, el Legislativo y el Ejecutivo, situación que las doctrinas constitucionales abordan como un grave problema teórico, pues consideran que el Poder Judicial no podría invadir el espacio legítimo del legislador ni el tiempo político necesario para aprobar leyes, tiempo que, en general, es superior al de la sociedad. Sin embargo, las omisiones inconstitucionales perjudican el cambio y el avance social. Por ello, la lucha contra esta inercia debería considerarse un proyecto de superación de la pobreza y la condición periférica de sociedades latinoamericanas, de los pueblos que sufrieron el degradante proceso de colonización de las metrópolis ibéricas. De nuevo, teorías forjadas en Europa sirven para impedir el avance y la diferenciación necesarios. En gran medida las omisiones inconstitucionales interfieren en el desarrollo socioeconómico, pues Estado social y Constitución económica son realidades indisociables. No se pueden superar las barreras del tercermundismo con políticas económicas puras, sin realizar los derechos sociales. La situación social delimita la situación económica de cualquier nación. Por ello, considero que la lucha frente a la omisión inconstitucional se configura como un elemento importante para el éxito económico de un país.

En este sentido, Brasil manifiesta en la Constitución su preocupación por “mitigar las dificultades derivadas de la inacción del Poder Legislativo a la hora de concretizar las normas constitucionales” al tiempo que exige “un papel más activo del Poder Judicial, máxime cuando el Estado-Administración se niegue a cumplir los deberes y los objetivos constitucionalmente establecidos”.⁴

³ Ramos Tavares, André, *Direito Econômico Diretivo, percurso das propostas transformadoras*, São Paulo, 2014.

⁴ Ramos Tavares, André, “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”, en *Rivista Federalismi (Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato)*, vol. 1, 2016, p. 3.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

No obstante, como ya he señalado en otro trabajo, esta actuación del Poder Judicial ha generado “numerosas y repetitivas demandas”⁵ que podrían resolverse de manera más eficiente, igualitaria y menos costosa si se aplicara un sistema de control de constitucionalidad abstracto.

La Constitución mexicana, pionera en el constitucionalismo social, también tiene un fuerte carácter implementador de derechos prestacionales y, al igual que la brasileña, contempla *mecanismos* para alcanzar el Estado social y evitar que estos derechos se conviertan en meras declaraciones ajenas a la realidad de la población.

De este modo, en ambos países, la lógica de los sistemas abstractos de control comparte el paradigma de la prestación judicial, que “ya no [...] se dirige solo a resolver conflictos entre particulares, que es el clásico conflicto que surge en una sociedad tradicionalmente integrada por intereses uniformes y claramente reconocidos”,⁶ sino que el “Poder Judicial también pasa a ser el garante último de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter social”.⁷

En este sentido, no es excesivo afirmar que, en la actualidad, la realidad de los derechos sociales promueve una revolución en “el perfil, las funciones y las responsabilidades del Poder Judicial”.⁸

En todo este nuevo contexto que afecta al Poder Judicial, se atribuyó al Supremo Tribunal Federal brasileño la función de control abstracto de constitucionalidad, de forma que, en 1965, empezó a funcionar como un tribunal constitucional típico, aunque dentro de la estructura del Poder Judicial.

En la vigente Constitución de 1988, el Supremo Tribunal Federal pasó a ostentar, por primera vez, la competencia de control abstracto de constitucionalidad también de la omisión, a través de una acción propia prevista a estos efectos en el artículo 103.2 de la Constitución brasileña, que reza:

Declarada la inconstitucionalidad por la omisión de una medida para hacer efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para que adopte las medidas necesarias y, cuando se trate de un órgano administrativo, para hacerlo en el plazo de treinta días.

⁵ Ramos Tavares, André, “CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos”, en Bittencourt da Cruz, Fabrício (coord.), *CNJ 10 Anos*, Brasília, CNJ, 2015, vol. 1, p. 50.

⁶ Ramos Tavares, André, *Manual do Poder Judiciário*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 51.

⁷ *Idem*.

⁸ Ramos Tavares, André, “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”, ...*cit.*, p. 3.

2. CONTEXTUALIZACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MEXICANO EN EL MODELO LATINOAMERICANO Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La reforma constitucional de 1994, que introdujo la acción de inconstitucionalidad, abrió la posibilidad “inédita hasta ese momento en México, de un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes”.⁹ En el mismo sentido Fix-Zamudio afirma que este “instrumento de defensa de la carta fundamental fue introducido por vez primera en nuestro ordenamiento constitucional en las reformas publicadas en 31 de diciembre de 1994”.¹⁰

El referido artículo de la Constitución mexicana, tras nuevas reformas constitucionales, tiene en la actualidad la siguiente redacción:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. (Párrafo reformado *DOF* 22-08-1996).¹¹

La Constitución de 1917, hasta la referida reforma constitucional, tan solo disponía de un sistema de control jurisdiccional concreto, pues México, en los orígenes de esta Constitución, no optó por un control abstracto.

Sin embargo, el origen del control abstracto de constitucionalidad puede remontarse a la Constitución mexicana de 1824, que es la inmediatamente anterior a la vigente Constitución de 1917.¹² Esta Constitución histórica del siglo XIX preveía un control de constitucionalidad realizado por dos órganos, uno judicial, la Corte Suprema de Justicia, y otro político, el Congreso General.¹³

⁹ Brage Camazano, Joaquín, “La acción abstracta de inconstitucionalidad”, cap. VIII, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel, *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2015, p.75.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitucionalidad en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 231.

¹¹ Extraído de la versión disponible en la web de la Cámara de Diputados mexicana consulta 5 jun 2017, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf

¹² De acuerdo con Iván Carlo Gutiérrez Zapata “la génesis del control abstracto de constitucionalidad en México reside en la Constitución Federal de 1824”. Gutiérrez Zapata, Iván Carlo, *La acción de inconstitucionalidad en México: análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, 562 f. Tesis (Doctorado), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, p. 66, consulta 3 feb 2017, disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/247510/ticgz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹³ *Idem*.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

Este control permitía juzgar “las infracciones de la constitución y leyes generales, según se prevenga por ley” (art. 137, V, 6).¹⁴ Esta forma de control, estaba muy cerca de la establecida en la Constitución de Venezuela de 1858.¹⁵

Como ya he tenido ocasión de señalar sobre la Constitución de Venezuela, esta “es una constitución claramente pionera [...] en la previsión del control abstracto-concentrado de constitucionalidad anterior a las conocidas constituciones austríaca y checoslovaca de 1920”. Lo mismo se puede afirmar de la Constitución mexicana de 1824, aunque esta regulara el control abstracto de constitucionalidad de forma más genérica y lo hiciera depender de legislación infraconstitucional.

En este sentido, debemos concluir que esta modalidad mexicana de control abstracto de constitucionalidad ***se enmarca en una tradición latinoamericana de control de constitucionalidad, que, en muchos casos, se adelantó a los modelos europeos que hoy se consideran pioneros.***

Otra peculiaridad del modelo de control de constitucionalidad mexicano es que, en 1994, se adoptaron conjuntamente los dos sistemas más conocidos de control, a saber, el concreto y el abstracto. Este sistema “dual” está integrado por dos modelos clásicos en los que se “conservan los elementos propios de cada una de las matrices. Por ello, en este caso, prefiero hablar de combinación o modelo dual (multiplicidad de modelo)”.¹⁶

Este nuevo instrumento de la Constitución mexicana, no obstante, solo admite abiertamente el control de constitucionalidad *por acción*, con arreglo a lo señalado en el texto constitucional antes transcrito. La inconstitucionalidad *por omisión parcial* solo se admitió por criterio jurisprudencial, como veremos más adelante. Y ya anticipo que para poder reconocerla se concibe la inconstitucionalidad parcial como un caso de inconstitucionalidad por acción, aunque en este supuesto, se trata de una acción incompleta, fallida. Esta es la razón por la que el sistema no permite el control de constitucionalidad de la *omisión legislativa absoluta*, es decir, en aquellos casos en los que no existe ***nninguna*** ley que pueda impugnarse frente a la Constitución.

¹⁴ Véase http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf

¹⁵ No obstante, a diferencia de la Constitución de Venezuela, no se preveía el ejercicio por parte de los ciudadanos, véase, Tavares, André Ramos, “Justiça Constitucional. Originalidades históricas e tipicidade latinoamericana”, en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 29, 2014, p. 248.

¹⁶ Ramos Tavares, André, “Justiça Constitucional. Originalidades históricas e tipicidade latinoamericana”, ...cit., p. 254.

Sobre esta diferencia relativa a las omisiones legislativas, GILMAR MENDES explica que hay “omisión absoluta o total cuando el legislador no adopta la medida legislativa reclamada. Por su parte, la omisión parcial se produce cuando un acto normativo refleja solo de forma parcial o de manera insuficiente la voluntad constitucional”.¹⁷

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México asentó la siguiente tesis:

OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA. Del análisis de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se advierte que la acción de inconstitucionalidad proceda contra la omisión legislativa [...], sino que tal medio de control sólo procede contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial, ya que a través de este mecanismo constitucional se realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma, con el único objeto de expulsarla del orden jurídico nacional siempre que la resolución relativa que proponga declarar la invalidez alcance una mayoría de cuando menos ocho votos, esto es, se trata de una acción de nulidad y no de condena a los cuerpos legislativos del Estado Mexicano para producir leyes.¹⁸

No obstante, cuando se trata de una omisión parcial, la Suprema Corte mexicana admite el control en los siguientes términos:

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

¹⁷ Ferreira Mendes, Gilmar, “Cap. 10: Controle de Constitucionalidade”, en Ferreira Mendes, Gilmar, Gonet Branco, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 1030. Báez Silva, explica que las omisiones pueden dividirse en absolutas y relativas, lección que también puede reconocerse en Brasil: “la primera que ser definida como la absoluta y cabal ausencia de desarrollo de un precepto constitucional, es decir, el legislador simplemente no ha creado ninguna norma legislativa [...] El segundo tipo de omisión legislativa es la denominada parcial o relativa pues implica la vulneración del principio de igualdad debido al olvido deliberado de ciertos conjuntos de sujetos en la legislación que desarrolla un precepto constitucional”. Báez Silva, Carlos, “Una definición del Concepto de «Inconstitucionalidad por Omisión»”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mc Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, p. 245.

¹⁸ Novena Época, Tesis P. XXXI/2007, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 1079.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

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.¹⁹

Un claro ejemplo de las consecuencias de la sanción por omisión legislativa parcial es la Acción de inconstitucionalidad núm. 22/2001, relativa a la legislación estatal que fijaba el financiamiento público de la campaña de determinados partidos, con lo que rompía el equilibrio electoral y perjudicaba a los demás partidos en las elecciones. La Suprema Corte mexicana estipuló que el Poder Legislativo estatal subsanara la omisión parcial y ampliara el financiamiento:

Debe distinguirse entre el derecho mismo para recibir financiamiento público y el porcentaje que a cada partido le corresponde; lo primero atañe a la situación legal que autoriza y garantiza que, conforme a las bases y criterios respectivos, cada partido esté en condiciones de recibir los recursos económicos necesarios; y, lo segundo, se refiere a la situación real de cada partido, que justifica el otorgamiento de mayores o menores recursos por financiamiento público, pues las circunstancias particulares de un partido no necesariamente coinciden con las de los demás, lo que justifica la aplicación de porcentajes o montos diferentes.

Así, el principio de equidad se logra, primero, mediante el establecimiento de reglas generales, a través de las cuales se garantice que, conforme a los mecanismos y criterios respectivos, los partidos políticos puedan obtener financiamiento público; y, segundo, mediante disposiciones que establezcan reglas de diferenciación entre los respectivos partidos, acorde con su grado de representatividad y situación particular, a efecto de concederles de manera proporcional los recursos que a cada uno corresponda.

[...]

Debe precisarse que la invalidez del artículo 38, fracciones I, inciso h) y II, inciso e), de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo surtirá efectos a partir de la publicación de esta sentencia en el Diario Oficial de la Federación, por lo que la Legislatura de la entidad deberá emitir en su lugar la disposición que prevea el financiamiento público por actividades generales para los partidos políticos que no tengan antecedente electoral en la elección de Diputados y adecuar el sistema previsto en el inciso e), de la fracción II del citado artículo, en los términos indicados.

Atento a lo anterior, con fundamento en el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, se otorga a la Legislatura del Estado de Hidalgo un plazo de veinte días naturales conta-

¹⁹ Novena Época, Tesis P./J.5/2008, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, noviembre de 2009, p. 701.

dos a partir de la publicación de la presente ejecutoria en el Diario Oficial de la Federación, para cumplimentar la misma en los términos ya señalados.²⁰

Pese a que existen mecanismos que atajan la omisión legislativa parcial, considero que ampliar este control abstracto de forma a integrar la inconstitucionalidad absoluta en México, se configuraría como un mecanismo más dirigido a asegurar los derechos, en particular, los prestacionales.

La utilidad de un instrumento de control abstracto de la omisión legislativa puede ejemplificarse en el caso de la Acción de inconstitucionalidad núm. 37/2006, que trata sobre la legislación de San Luis Potosí.

Una enmienda al artículo 18 de la Constitución mexicana, derivada de la reforma de 2005, estableció la obligatoriedad de que los estados federados crearan un sistema de justicia integral para los menores infractores, que respetara las circunstancias concretas de estas personas en desarrollo.

Tras la referida reforma constitucional de ámbito federal, el estado de San Luis Potosí fijó, mediante la oportuna legislatura local, un nuevo plazo para establecer el sistema especializado, incluso tras años sin cumplir la disposición constitucional, que la Acción de inconstitucionalidad núm. 37/2006 calificó como omisión, aunque no se llegara a aplicar ninguna sanción, pues la norma, transitoria, ya no está en vigor, y el Tribunal quedara paralizado al no poder adoptar ninguna medida efectiva. Pese a la imposibilidad de corregirla, se reconoció la omisión legislativa en los siguientes términos:

En relación con el concepto de invalidez hecho valer en el sentido de que, al disponerse, en el artículo séptimo transitorio del ordenamiento impugnado, el envío al futuro del funcionamiento de este sistema especializado, la Legislatura Local incurre en violación por omisión al texto constitucional, puesto que los diputados locales tuvieron del doce de diciembre de dos mil cinco al doce de marzo de dos mil seis para elaborar esta ley y el Ejecutivo Estatal tuvo seis meses, hasta el doce de septiembre de dos mil seis, para llevar a cabo la implementación del nuevo sistema; se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria [...].²¹

Para evitar problemas similares en el ámbito del control estatal de constitucionalidad, el estado de Veracruz²² estableció, en el año 2000, un instru-

²⁰ Consulta 3 feb 2017, disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=760765&fecha=07/09/2001

²¹ SCJM, Pleno, Publ. Tomo XXVII, Mayo de 2008, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=20979&Clase=VotosDetalleBL>, consultado el 3.6.2017.

²² Se trata de una posibilidad plenamente aceptada en los Estados federales, como México y Brasil. Con relación al derecho brasileño ya he tenido ocasión de señalar que: "Se permite

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

mento de control abstracto de constitucionalidad semejante al del sistema brasileño. Figueroa Mejía señala que este Estado fue pionero en el establecimiento de la justicia constitucional local. En consonancia con el autor, “la justicia constitucional local tiene su origen en la reforma al ordenamiento fundamental veracruzano de 2000, en la que por primera vez se introducen instrumentos de tutela jurídica de la Constitución estatal”.²³

Carlos Báez Silva destaca el parecido entre sistema de control por omisión de Veracruz y el brasileño (que es anterior) en los siguientes términos:

En Veracruz se ha establecido una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión, similar a la que existe en Brasil; aunque en el ordenamiento veracruzano la institución es más restringida, pues se limita a la omisión legislativa, en tanto que en el país sudamericano esta infracción puede ser cometida por “todo ente que esté capacitado para dictar normas jurídicas, por lo que no se restringe sólo al Poder Legislativo”, en tanto que en la Constitución de Veracruz sí se restringe sólo a la inactividad legislativa (normativa) del órgano legislativo estatal.²⁴

El artículo 65, III de la Constitución de este Estado establece, de forma análoga al modelo brasileño, el control de constitucionalidad por “omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución”.

Carlos Báez Silva cita, además, otros sistemas estatales de control de inconstitucionalidad por omisión legislativa, como el de los estados de Tlaxcala,²⁵

[...] una verdadera jurisdicción constitucional estatal, a la que se someterán los actos normativos del estado federado [...]. Esta previsión puede considerarse que deriva de la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, que se debe reproducir, manteniéndose las debidas proporciones, también en el ámbito de cada ente federativo”. Ramos Tavares, André, *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 454

²³ Figueroa Mejía, Giovanni A., “La justicia constitucional local en México. Análisis y propuestas de mejora”, en Bagni, Silvia, *Justicia Constitucional Comparada*,. México, Porrúa, 2014, p. 372.

²⁴ Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa e su inconstitucionalidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, sep-dic, 2002, p. 775, consulta 3 feb 2017, disponible en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex105/BMD10501.pdf>

²⁵ **Constitución del estado de Tlaxcala:**

“Artículo 81. El Pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado, conocerá de los asuntos siguientes:

VI. De las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, Gobernador y Ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados en términos de las Constituciones Políticas, de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes.

[...] De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta

Chiapas²⁶ y Quintana Roo.²⁷ Asimismo, César Astudillo identifica este tipo de control de constitucionalidad en el estado de Coahuila.²⁸

sentencia, será motivo de responsabilidad. [...]” (Constitución disponible en <<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento-entidad/757-constitucion-politica-del-estado-libre-y-soberano-de-tlaxcala>>, consultada el 6.6.2017).

²⁶ **Constitución del estado de Chiapas:**

“Artículo 78. El Tribunal de Justicia Constitucional [...]. Tendrá las siguientes atribuciones: II. Conocer de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa y de las cuestiones de inconstitucionalidad en términos del artículo 79 de esta Constitución”.

“Artículo 79. La justicia del control constitucional local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional.

III. De las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución [...]

La resolución que emita el Tribunal de Justicia Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que este resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución Local, si el Congreso del Estado no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal de Justicia Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa”.

²⁷ **Constitución del estado de Quintana Roo:**

“Artículo 103. Corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, el Ejercicio de las siguientes atribuciones:

VIII. Resolver las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad local y las acciones por omisión legislativa, en términos de los artículos 104 y 105 de esta Constitución y conforme al procedimiento que establezca la Ley respectiva”.

“Artículo 105. Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del Artículo 103 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, integrada por un Magistrado numerario, que tendrá competencia para substanciar y formular, en los términos de la Ley respectiva, los correspondientes proyectos de resolución definitiva que se someterán al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes medios de control:

III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o Decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución [...]

La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decrete el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.

En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la Ley o Decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite”. Báez Silva, Carlos, *“Una definición del Concepto de «Inconstitucionalidad por Omisión»”, ...cit.*, p. 45.

²⁸ **Constitución del estado de Coahuila conforme reforma (P.O. 20 de marzo de 2001):**

“Artículo 158. La Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Es-

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

De este modo, el control abstracto de la omisión absoluta no es incompatible con el modelo constitucional mexicano ni completamente ajeno a este sistema jurídico.

El presente trabajo se centra en la inconstitucionalidad en control abstracto, pues el pionero constitucionalismo mexicano ya abarca formas de control concreto de la constitucionalidad, como señala Carlos Báez Silva:

El derecho extranjero (Estados Unidos de América, Portugal, Brasil, Argentina, etcétera) ha desarrollado instituciones de derecho procesal constitucional distintas para esas situaciones; por un lado, un mecanismo de tutela de derechos públicos subjetivos que permite, mediante la intervención del juez, el ejercicio del derecho afectado por la omisión legislativa, que recibe diversos nombres (*writ of mandamus*, *mandado de injunção*, por ejemplo), función que en México ha desarrollado exitosamente el amparo desde sus orígenes; por el otro lado, en el extranjero se ha creado una acción difusa para revisar la constitucionalidad de las omisiones legislativas, cuando la afectación a la vigencia de la Constitución no implica un agravio directo a un individuo, similar a la acción de inconstitucionalidad prevista en el ordenamiento federal mexicano.

Esta última modalidad del mecanismo de revisión de la constitucionalidad de las omisiones legislativas 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 omiso.²⁹

La experiencia brasileña en el control abstracto de constitucionalidad de la omisión puede contribuir al debate sobre el desarrollo de esta institución en el ordenamiento mexicano.

Como se ha señalado, la institución de la inconstitucionalidad por omisión parcial está muy desarrollada en México. Por ello, considero que es más relevante que me atenga al aspecto de la omisión absoluta.

tado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional.

Las acciones de inconstitucionalidad se sujetarán a lo siguiente:

3. Procederán contra:

f) La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria". Astudillo, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Ciudadela, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2010, p. 1666.

²⁹ "La omisión legislativa e su inconstitucionalidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, sep-dic 2002, p. 435, consulta 3 feb 2017, disponible en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex105/BMD10501.pdf>

3. BASES DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN EN BRASIL

**3.1. Presupuestos sociales y línea general
del control abstracto por omisión**

En el estudio de las omisiones inconstitucionales de Constituciones sociales no se puede ignorar la característica periférica de ciertos países como Brasil,³⁰ donde “la población aún carece de derechos sociales básicos como, por ejemplo, salud y educación, que el Estado presta de forma precaria”.³¹

Como he tenido ocasión de señalar,³² en 2013, el 35,7 % de los hogares brasileños no tenía acceso a la red de saneamiento, lo que equivale a que más de 23 millones de casas no contaban con este servicio esencial para la salud de la población.

Otro dato alarmante del que ya me hice eco en otras ocasiones³³ es el índice de analfabetismo del 8,5 %, en 2013, lo que supone que más de 13 millones de personas de más de 15 años de edad son iletradas.

Una de las vías que se buscan para paliar este preocupante escenario es el Poder Judicial, llamado a socorrer a aquella parte de la población que reclama poder acceder a derechos básicos como “camas de hospital, medicamentos esenciales, plazas en guarderías y colegios, además del derecho a la seguridad y asistencia sociales que simplemente se les niegan desde esferas administrativas”.³⁴

Esta actuación del Poder Judicial es propia de países de modernidad tardía “que aún no han alcanzado la plena realización de un Estado social mínimo”.³⁵

La importancia del Poder Judicial en el modelo de Estado social brasileño se pone de manifiesto en el hecho de que la política pública brasileña de tratamiento del VIH, paradigma internacionalmente reconocido, “em-

³⁰ Furtado, Celso, *O capitalismo global*, 6a ed., São Paulo, Paz e Terra, 2006, pp.58-60; del mismo autor “Celso Furtado esencial”, ed. por Rosa Freire D’Aguiar, São Paulo, Penguin Clássicos Companhia das Letras, 2013.

³¹ Ramos Tavares, André, “CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos”, ...*cit.*, p. 50.

³² Ramos Tavares, André, “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”, ...*cit.*, p. 4.

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ Ramos Tavares, André, *Manual do Poder Judiciário*,... *cit.*, p. 42.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

pezó con resoluciones judiciales que obligaban al Estado a suministrar los medicamentos”.³⁶

Estas resoluciones, cumple señalar, se pronunciaron en el marco de procesos concretos y no de control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, en ellos se apuntaba a la *omisión* del Poder Público para establecer un tratamiento adecuado.

Aunque se considere que “el hecho de que el Poder Judicial reconozca la asistencia a personas concretas (de manera tópica) no excluye ni impide la obligación del Estado de enfrentar la cuestión de forma general”,³⁷ la modalidad de control abstracto puede ser más efectiva para solucionar problemas de políticas públicas nacionales, pues los efectos de las sentencias concretas, necesariamente, se limitan a aquellos sujetos que instan la Justicia, por lo que no promueven una solución amplia en términos nacionales.

Por consiguiente, el control abstracto de la omisión puede servir para complementar el sistema concreto, que ya existe en México. En este punto, añadido un matiz al tema. En Brasil, al contrario que en otros países, como puede ser Portugal, no cabe el control judicial abstracto a partir de un cierto número y un cierto tipo de resoluciones judiciales concretas. Este tipo de mecanismo, cuando existe, permite instar de forma automática el control abstracto, en determinadas circunstancias, realizando dicha complementación de manera impositiva.

3.2. Procedimiento objetivo con número limitado de legitimados

La acción directa de inconstitucionalidad brasileña se asemeja,³⁸ en determinado aspectos, a la acción de inconstitucionalidad mexicana, prevista en el artículo 105, II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁹.

³⁶ Ramos Tavares, André, *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 141.

³⁷ *Ibidem*, p. 148.

³⁸ Las acciones comparadas de los dos países latinoamericanos forman parte de un procedimiento abstracto “que se realiza con independencia de la aplicación concreta en la realidad, en los casos particulares” y de “un procedimiento objetivo, donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su cualidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo como defensores abstractos de la Constitución” Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, p. 342.

³⁹ Art. 105, inc. II, de la Constitución mexicana: “Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación

Los legitimados en el procedimiento objetivo brasileño, al igual que en el ordenamiento mexicano, son actores políticos. Así, en el artículo 105, II de la Constitución mexicana y en el artículo 103 de la Constitución brasileña se enumeran de forma taxativa los sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad, que en Brasil son: (i) el Presidente de la República, (ii) la Mesa del Senado Federal, (iii) la Mesa de la Cámara de los Diputados, (iv) la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, (v) el Gobernador de Estado o Distrito Federal, (vi) el Procurador General de la República, (viii) el Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil, (viii) los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, y (ix) la confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

3.3. El ámbito del control abstracto de la omisión en el derecho brasileño

Como ya se ha señalado, el sistema de control abstracto brasileño, que se lleva a cabo mediante la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO), no se destina solo a la omisión legislativa, sino también a la inercia de los órganos de la Administración. En este sentido, la ADO puede ejercitarse frente a cualquier autoridad que deba aplicar *directamente* la norma constitucional.

El Supremo Tribunal Federal exige que se trate de una violación directa de la Constitución.⁴⁰ Se considera una omisión indirecta o refleja cuando el cumplimiento de una determinada ley depende de su desarrollo reglamentario, en cuyo caso, su ausencia vulnera directamente la ley y solo de forma indirecta la Constitución de Brasil.⁴¹

Además de esta limitación, al menos hasta 2005, el Supremo Tribunal Federal tampoco admitía acciones de control de omisión cuando las medidas necesarias tuvieran naturaleza *no normativa*, es decir, no se admitía la acción para luchar contra la falta (omisión) de actos concretos de la Admi-

de la norma" (véase la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf>, consultada el 6.6.2017).

⁴⁰ Entre otras resoluciones en este sentido, véase STF, ADPF 192 AgR/RN, Tribunal Pleno, ponente Luiz Fux, de 19.8.2015, DJe de 17.9.2015.

⁴¹ En este sentido ya he señalado que "la omisión que puede combatirse mediante la acción abstracta debe derivar directamente de la Constitución". Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", ...*cit.*, p. 7.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

nistración pública, como puedan ser los actos necesarios para la ejecución de políticas públicas existentes (que no tienen naturaleza reglamentaria).⁴² En este sentido, la ADI núm. 19 establece que:

La acción directa de inconstitucionalidad por omisión del artículo 103.2 de la nueva Constitución Federal no puede interponerse para que se ejecute un determinado acto administrativo en concreto, sino para que se dicte un acto normativo necesario para que se cumpla el precepto constitucional que, sin él, no podría aplicarse.⁴³

Sin embargo, en la Reclamación Constitucional núm. 1017, el ponente admitió la pertinencia de la ADI en la modalidad omisiva por incumplimiento de “medidas administrativas concretas”:

Una resolución del Supremo Tribunal, justo cuando acababa de entrar en vigor la Constitución (la ADIn 19, de 23.2.89, Passarinho, DJ de 14.4.89, RT 645/184), limita en su resumen la pertinencia de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión a que su objeto sea la adopción de un acto normativo. El asunto tiene una cierta similitud con el presente.

[...] en los términos en que se plantea, *data venia*, no debe seguirse el precedente.

Resulta evidente que el supuesto más frecuente de inconstitucionalidad por omisión es aquel en el que falta la publicación de acto normativo, casi siempre de rango legal, necesario para que la Constitución sea plenamente eficaz.

Sin embargo, nada impide que la propia Constitución imponga directa e inmediatamente la adopción de medidas administrativas concretas, necesarias para su efectividad y exigibles sin necesidad de intermediación legislativa ordinaria, en cuyo caso nada parece impedir que se pueda recurrir a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.⁴⁴

Debo señalar que ya he tenido ocasión de posicionarme a favor de la admisión de la ADI por omisión incluso cuando se trate de medidas administrativas concretas sin carácter normativo, en este sentido ya he afirmado que:

[...] la Constitución de Brasil se refiere expresamente a la “omisión de medida”, sin ninguna limitación relativa al tipo de medida (no se habla, por

⁴² Véase en la ADI núm. 19, ponente Aldir Passarinho, Pleno, de 23.2.1989, DJ de 14-04-1989 PP-05456 RESUMEN VOL-01537-01 PP-0000. En el mismo sentido Recl. 1017, ponente Sepúlveda Pertence.

⁴³ ADI núm. 19, ponente Aldir Passarinho, Pleno, de 23.2.1989, publicado en el DJ de 14-04-1989, PP-05456 RESUMEN VOL-01537-01 PP-0000.

⁴⁴ Fragmento del voto del ponente en la Recl. 1017, Pleno, ponente Sepúlveda Pertence, de 7.4.2005.

ejemplo, de “omisión de medida normativa”), lo que lleva a concluir que es posible deducir acción por omisión en aquellos casos en los que la omisión es normativa como en los que no.⁴⁵

En Brasil, esta polémica se superó tras la promulgación de la reciente Ley 12063, de 2009, que admite la ADI por omisión para compeler el cumplimiento del “deber constitucional [...] relativo a la adopción de medidas administrativas” (art. 12-B, I, de la referida ley introducido por la Ley 12063/2009). Asimismo, como ya afirmé en otro trabajo, “la ley supera el debate al excluir las tesis doctrinales (incoherentes) más restrictivas”.⁴⁶ (Tavares 2016, p. 8).

3.4. Aplicación subsidiaria de la acción por incumplimiento de precepto fundamental

Con la finalidad de ampliar el control abstracto de constitucionalidad, la Constitución de Brasil, en el artículo 102.1, estableció una acción de control objetivo, cuyo procedimiento era análogo al de la ADI y para la que estaban legitimados los mismos sujetos, denominada Acción (demanda) por incumplimiento de precepto fundamental (ADPF, por sus siglas en portugués).

La ADPF, al igual que la ADI, puede utilizarse tanto en caso de inconstitucionalidad por acción como por omisión.

El carácter subsidiario⁴⁷ de esta acción, en consonancia con la Ley 9882/99, se puso de manifiesto en la reciente sentencia del STF, que resolvió la medida cautelar en la ADPF núm. 378, (Pleno del STF, ponente EDSON FACHIN, redactor de la sentencia Roberto Barroso, fecha 17.12.2015), sentencia que tuvo repercusión en Brasil porque definió el procedimiento del *impeachment* al que se sometió a la presidenta de la República. En su voto, el ponente reafirma el carácter subsidiario de la ADPF, destinada a permitir que se aprecien cuestiones constitucionales que “el Supremo Tribunal Federal no tendría competencia directa para conocer, como es el caso de normas preconstitucionales o resoluciones judiciales que atenten contra cláusulas fundamentales del orden constitucional” (transcripción del ponente del fragmento de la ADPF 127, cuyo ponente fue Teori Zavaski).

⁴⁵ Ramos Tavares, André, “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”, ...*cit.*, p. 87.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁷ En este sentido se ha posicionado siempre Gilmar Mendes, quien elaboró, entre otros, el anteproyecto de ley (véase ADPF 33, DJ 27.10.2006).

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

Además, el carácter subsidiario de la ADPF no se limita a aquellos supuestos en los que no quepa otra medida como la ADI, sino que puede darse cuando esa sea menos efectiva que la ADPF.

Este criterio se aplicó en un caso paradigmático con relación al Estado social brasileño. Se trata de la ADPF núm. 4 en la que se cuestionaba el monto del salario mínimo establecido en el año 2000 y que los recurrentes consideraban insuficiente para satisfacer las finalidades constitucionales de asegurar las necesidades básicas del trabajador y su familia. Pese a que en este caso se podía utilizar la ADO, en la ADPF núm. 4 (ponente Ellen Gracie, de 17.4.2002) se mantuvo el criterio de que la ADPF sería más eficiente para cuestionar la omisión legislativa, sobre todo porque los efectos de la ADO se consideran técnicamente muy limitados, como veremos en el apartado siguiente.

En los debates en torno a esta polémica, transcritos en la sentencia de la referida ADPF, el ministro Carlos Velloso defendió, incluso, la posibilidad de que el Supremo Tribunal Federal supliera la omisión fijando, de forma provisional, el monto del salario mínimo que fuera más adecuado.

Sin embargo, esta acción no llegó a resolverse pues antes de que la sentencia fuera pronunciada se derogó la ley provisional objeto del recurso.

3.5. Efectos de la resolución de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión brasileña

3.5.1. Omisión de acto legislativo

Cuando la omisión deba suplirse mediante la publicación de un acto legislativo, si la inconstitucionalidad se ha declarado en una acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO), “se dará conocimiento al poder competente para que adopte las medidas necesarias” (art. 103.2 CB). La interpretación del Supremo Tribunal Federal es que, en estos casos, la Corte no podrá suplir la omisión y se limitará a *declararla*.

Por ello, se crítica que la ADO se habría convertido en un instrumento ineficaz “dada la poca importancia que el Congreso da a las comunicaciones de omisiones que le realiza el Supremo Tribunal” (fragmento del voto de MARCO AURÉLIO en la referida ADPF núm. 4).

Ya he tenido ocasión de criticar este criterio extremadamente restrictivo del STF:

Este criterio restrictivo del STF parece radical e inadecuado. No se debe olvidar que su principal fundamento es retórico (la separación de poderes, que no deja

de ser una cláusula que él mismo interpreta). Además, si se sigue aplicando este criterio restrictivo a la ADIn por omisión, se trasladará a la ADPF una innovación que debería ser de la ADIn por omisión.⁴⁸

El tema del posible traslado del *locus* de la innovación a otra acción, la innovadora ADPF, demuestra que esta acción puede sustituir a la ADO, al vaciarla de su utilidad justamente como consecuencia de esta estricta interpretación jurisprudencial.

Reflejo de este fallo es el hecho de que el STF se sirvió de un instrumento de control concreto de constitucionalidad para suplir, con efecto *erga omnes*, una omisión legislativa. Se entiende que esta resolución del STF tuvo un efecto trascendente, es decir, un efecto que fue más allá de los casos particulares objeto del recurso de las acciones individuales.

Con ello, me estoy refiriendo al pronunciamiento más famoso de omisión inconstitucional en Brasil, en el marco de una serie de recursos particulares por omisión, los *mandados de injunção* núm. 670, 708 y 712, interpuestos por los sindicatos profesionales del sector público que buscaban asegurar el derecho de huelga de sus afiliados, dada la inexistencia de una ley de huelga para el sector público (Pleno, de 25.10.2007).

La resolución del Supremo Tribunal Federal declaró la omisión legislativa inconstitucional y determinó que se aplicaría al sector público la Ley núm. 7783/1989, de Huelga del Sector Privado.⁴⁹

Otro caso en el que se declaró una omisión legislativa por una vía concreta, que pone de manifiesto la necesidad de una acción abstracta de inconstitucionalidad, fue la sentencia de un conjunto de recursos particulares por omisión, los *mandados de injunção* núm. 943, 1010, 1074 y 1090 (ponente GILMAR MENDES), que declaró el retraso del Congreso Nacional para legislar sobre el derecho laboral, constitucionalmente previsto, de recibir un preaviso proporcional a los años trabajados, en caso de despido imprevisto.⁵⁰ Sin embargo, antes de que el STF se volviera a reunir para

⁴⁸ Ramos Tavares, André, "The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge", ...*cit.*, p. 12.

⁴⁹ La solución adoptada en los referidos *mandados de injunção* de 2007 la reafirmó el STF en la Recl. 138845/Agv/SP (Sala Primera, ponente Rosa Weber, de 15.3.2016, publicada en el DJe de 18.04.2016) y el RE 693456 (ponente Dias Toffoli, de 27.10.2016, cuya sentencia aún no se ha publicado).

⁵⁰ Se trata de definir cuántos días antes del despido el empleador debe comunicarle al empleado su futuro despido, de forma que este pueda buscar un nuevo empleo mientras aún está trabajando. El mismo derecho al preaviso tiene el empleador en caso de que el empleado quiera dimitir.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

determinar cómo debía regularse el derecho al preaviso, se promulgó la Ley 12506/2011, según consta en el *Diario Oficial* de 13.10.2011. Durante el proceso legislativo supremo que aprobó esta ley se tuvo en cuenta la resolución del STF, como factor adicional que justificaba una tramitación más rápida.

Al final del proceso conjunto de los referidos recursos particulares por omisión (*mandados de injunção*) retomado el 6.2.2013, el Pleno decidió que el Tribunal debería pronunciarse igualmente aunque ya se hubiera publicado la ley reguladora de la materia, pues la Corte aún debía “manifestarse sobre la situación de los trabajadores cuyos recursos estaban en suspenso” (Voto de Gilmar Mendes, 6.2.2013).

Se decidió que en los casos objeto de estudio, aunque se tratara de trabajadores que habían sido despedidos antes de la entrada en vigor de la ley y cuya situación no entraba en su ámbito de aplicación, se adoptarían los criterios legales y se supliría la omisión legislativa en los casos concretos.

De este modo, los efectos de las resoluciones son más efectivos en el marco de la Constitución del Estado de Veracruz (CV). Aunque se pudiera haber inspirado en el derecho brasileño, la CV va más lejos en los efectos de las sentencias al disponer sobre las acciones por omisión legislativa. En este sentido, Cesar Astudillo afirma lo siguiente:

La CV dispone en su art. 65 que si su sentencia es estimatoria de inconstitucionalidad, se otorgará un plazo de dos períodos de sesiones ordinarias al Congreso del Estado a efecto de que expida la ley o decreto que se trate la omisión. Sin embargo, si transcurre ese plazo sin atenderse lo dispuesto en la resolución, el TSJV dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades, en tanto si expide dicha ley o decreto.

Una decisión como la anotada ubica al sistema veracruzano dentro de aquellos sistemas que no se conforman con declarar la inconstitucionalidad de inercia del legislador [...] sino que [...] llega a actuar como instancia colegisladora al estar facultada a expedir normas de eficacia temporal limitada que vinculan a los poderes públicos [...].⁵¹

Volviendo a la realidad brasileña, el STF en la sentencia de la ADO 3682/MT (Pleno, ponente Gilmar Mendes, de 9.5.2007) fue un poco más lejos de la mera declaración de la omisión, pues señaló un plazo de 18 meses para que se dictara la ley.⁵²

⁵¹ Astudillo, César, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México”, ...cit., p. 1674.

⁵² En este caso, el contenido de la ley debería indicar el “período dentro del que se podrán tramitar los procedimientos tendentes a la creación, incorporación, separación o fusión de municipios” (fragmento del resumen).

Según un fragmento de la sentencia:

[...] 3. La omisión legislativa con relación al desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución, acabó dando lugar a la conformación y consolidación de estados de inconstitucionalidad que el legislador no puede ignorar al dictar la ley complementaria federal. 4. Acción procedente para declarar el estado de retraso en el que se encuentra el Congreso Nacional, a fin de que, en el plazo razonable de 18 (dieciocho) meses, adopte todas las medidas legislativas necesarias para cumplir el deber constitucional del art. 18.4 de la Constitución, debiendo contemplar las situaciones imperfectas derivadas del estado de inconstitucionalidad generado por la omisión.

3.5.2. *Omisión de la Administración pública*

En el caso de inercia de la Administración pública, y no de cualquier otro “poder”, el artículo 103.2 de la Constitución brasileña prevé que el STF determine el “órgano administrativo” que ha de suplir la omisión y establece la pena de responsabilidad por el incumplimiento:

Cuando se trata de omisión inconstitucional no del Parlamento o de cualquiera de los “poderes”, sino de la Administración pública, la Constitución adoptó directamente otra solución. En esos casos, la Carta Magna es taxativa y no deja margen para maniobras jurídicas. El STF puede y debe determinar el plazo de treinta días para suplir la omisión bajo pena de responsabilidad de quien incumpla la sentencia.⁵³

4. CONCLUSIONES

Los sistemas de defensa constitucional sofisticada llegan hasta la omisión del legislador, tema central en Estados sociales periféricos. Así, el tema de la omisión inconstitucional se articula con la necesaria participación del poder judicial, que impulsa los derechos sociales en países de modernidad tardía, contexto en el que se necesita que actúe de forma más efectiva.

En el caso brasileño, el sistema de control abstracto de constitucionalidad por omisión fue un camino creado en la Constitución de 1988 para implementar la promesa de los derechos socioeconómicos, de manera que en efecto se lograra la transformación de la realidad.

⁵³ Ramos Tavares, André, “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”, ...*cit.*, p. 13.

Perspectivas del control abstracto de constitucionalidad por omisión...

Sin embargo, en el caso brasileño se aprecia una ineficacia del sistema de control abstracto frente al amplio y funcional control concreto de inconstitucionalidad por omisión, que hasta el momento ha presentado unos resultados más satisfactorios.

Por su parte, el sistema mexicano todavía no cuenta con un control de constitucionalidad por omisión absoluta de ámbito nacional, aunque sí existan experiencias en el ámbito estatal, como es el caso de la Constitución del Estado de Veracruz. Esta Constitución estatal, aunque guarde semejanzas con el modelo brasileño, dota a las resoluciones judiciales de un mayor potencial de eficacia, de forma que, al menos en este Estado, el modelo ya supera al brasileño en este ámbito.

En definitiva, espero que este breve artículo sobre los varios años de funcionamiento del control abstracto de constitucionalidad por omisión en Brasil aporte algo a las reflexiones relacionadas con la realidad mexicana, que, aunque tenga sus particularidades, presenta sin duda paralelismos con el constitucionalismo brasileño.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTUDILLO, César, "Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa en México", en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Ciudadela, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2010.
- BÁEZ SILVA, Carlos, "Una definición del Concepto de «Inconstitucionalidad por Omisión»", en GONZÁLES OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.
- _____, "La omisión legislativa e su inconstitucionalidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, sep-dic 2002, consulta 3 feb 2017, disponible en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex105/BMD10501.pdf>
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, "La acción abstracta de inconstitucionalidad", cap. VIII, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ACUÑA, Juan Manuel, *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2015.
- _____. El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México. *Juris Dictio: Revista de Derecho*, vol. 4, núm. 7, 2003, disponible en <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiction/article/view/599>
- FERREIRA MENDES, Gilmar, "Cap. 10: Controle de Constitucionalidade", en FERREIRA MENDES, Gilmar, GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., “La justicia constitucional local en México. Análisis y propuestas de mejora”, en BAGNI, Silvia, *Justicia Constitucional Comparada*, México, Porrúa, 2014.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitucionalidad en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- FURTADO, Celso, *O capitalismo global*, 6a ed., São Paulo, Paz e Terra, 2006.
- _____, Celso Furtado esencial. D’Aguiar, Rosa Freire (ed.), São Paulo, Penguin Clássicos Companhia das Letras, 2013.
- GUTIÉRREZ ZAPATA, Inván Carlo, *La acción de inconstitucionalidad en México: análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, 562 f. Tesis (Doctorado), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, consulta 3 feb 2017, disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/247510/ticgz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- RAMOS TAVARES, André, “Influência de 1917 na doutrina e nas Constituições econômicas brasileiras”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México, Senado de la República, 2017.
- _____, “The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge”, en *Rivista Federalismi (Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato)*, vol. 1, 2016.
- _____, “CNJ como instância de suporte aos magistrados na complexidade decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos”, en *Bittencourt da Cruz*, Fabrício (coord.), *CNJ 10 Anos*, Brasília, CNJ, 2015, vol. 1.
- _____, *Direito Econômico Diretivo, percurso das propostas transformadoras*, São Paulo, 2014.
- _____, “Justiça Constitucional. Originalidades históricas e tipicidade latinoamericana”, en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 29, 2014.
- _____, *Manual do Poder Judiciário*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- _____, Justiça constitucional e direitos sociais no Brasil, en Francisco, José Carlos (coord.), *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2012.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99, São Paulo, Saraiva, 2001.