

PRESENTACIÓN

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y LOS RETOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Los ensayos que integran este volumen tienen por objetivo común suministrar las bases para actuar frente a las omisiones de las autoridades que producen una violación de los textos constitucionales. La pregunta central que intentan responder es: ¿cómo hacer frente a las omisiones de los legisladores o de la administración que vulneran la Constitución al no crear las leyes, los reglamentos o las disposiciones administrativas que las propias normas supremas exigen?¹ La doctrina tradicional en materia de control constitucional parece no estar en condiciones de aportar respuestas a esta interrogante.

Tanto los postulados básicos de la importante sentencia *Marbury versus Madison* (1803), como los más recientes planteamientos de Hans Kelsen² parecen dar por supuesto que el control de constitucionalidad

1 José Julio Fernández Rodríguez, en su ensayo “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, incluido en este libro, entiende que la inconstitucionalidad por omisión se refiere únicamente al legislador, es decir, a la ausencia de normas de rango legislativo que la Constitución ordena que sean dictadas. Si bien en línea de principio estoy de acuerdo con esa limitación, creo que en sistemas presidenciales como el mexicano, en el que el Poder Ejecutivo tiene unas muy amplias facultades constitucionales, puede extenderse el concepto de la inconstitucionalidad por omisión al ámbito de responsabilidades del presidente de la República o, de forma más general, de la administración pública (y lo mismo puede operar en el nivel de las entidades federativas respecto al gobernador y a la administración pública estatal); véase también, en el mismo ensayo de Fernández Rodríguez, el concepto que aporta de la “omisión de normación”.

2 *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928), trad. de Rolando Tamayo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001 (reimpr.). Hay un párrafo dentro de su *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1988 (4a. reimpr.), que parece resumir la postura de Kelsen sobre la inconstitucionalidad por omisión; es el siguiente: “Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben

puede operar frente a acciones, pero no frente a omisiones. Sin embargo, el constitucionalismo contemporáneo demanda una visión distinta del papel de los tribunales constitucionales. Por varias razones. La primera de ellas, quizá la más importante, es que bajo el modelo del Estado social, los textos constitucionales contienen una serie de mandatos de actuación que requieren por parte de los órganos públicos actuaciones concretas de muchos tipos (medidas legislativas, administrativas, promocionales, jurisdiccionales, de prestación, etcétera);³ si esas actuaciones, por los motivos que sean, no existen, la Constitución se verá irremediamente vulnerada. Una segunda consiste en el hecho de que las Constituciones de la segunda posguerra aspiran con toda claridad a someter al legislador a los mandatos constitucionales (de cualquier tipo, ya sea que ordenen un no hacer o que demanden una actuación positiva por parte de los poderes públicos); como señala Luigi Ferrajoli, al menos por lo que hace a los derechos fundamentales, las Constituciones determinan la esfera de lo no decidible: lo no decidible que sí —principalmente en materia de derechos de libertad— o lo no decidible que no —principalmente en materia de derechos sociales—.⁴

José Julio Fernández Rodríguez, Ignacio Villaverde, Víctor Bazán y Javier Tajadura Tejada son cuatro autores que han estudiado desde hace años la institución de la inconstitucionalidad por omisión; lo han hecho con el rigor y la seriedad que les caracteriza y conducidos por una preocupación fundamental: cómo lograr que las normas constitucionales desplieguen en la práctica su máxima eficacia garantista. Desde sus respec-

un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas”, p. 310.

³ Villaverde, Ignacio, señala que son los cometidos que el tipo del Estado social constitucionalizado impone al legislador los que vuelven relevante el tema de los silencios legislativos, los cuales se asocian, hasta la identificación, con el incumplimiento de los mandatos propios de ese tipo de Estado; *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 1.

⁴ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 50 y 51; las ideas de Ferrajoli se encuentran más ampliamente expuestas en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edic. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

tivas adscripciones académicas y profesionales, han escrito varios de los más importantes estudios sobre la materia que nos ocupa. Por eso es un orgullo para quienes laboramos en la UNAM que hoy reúnan su talento en una obra editada con el sello de su Instituto de Investigaciones Jurídicas.

En México es importante reflexionar sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión por razones teóricas (la mejor defensa de la Constitución, la optimización de sus mandatos, el mejoramiento de la efectividad de los derechos fundamentales, etcétera), pero también por razones de coyuntura política. La experiencia de los denominados “gobiernos divididos”⁵ y la escasa tradición en materia de rendición de cuentas han generado un pavoroso bloqueo de las actividades legislativas y una consecuente falta de legislación sobre muchos supuestos en los que la intermediación legislativa viene exigida de manera clara y contundente por el texto constitucional. Un ejemplo nada más: por medio de una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1994 se incorporó como párrafo cuarto del artículo 21 constitucional la siguiente disposición: “Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”; dicha determinación legislativa tardó casi seis años en detallarse dentro de la legislación federal y todavía en el momento de escribir estas líneas (abril de 2002) no existe en muchos ordenamientos de las entidades federativas.

La negligencia legislativa, los bloqueos tanto de la oposición como del partido en el gobierno, el entorpecimiento de los dictámenes, la ausencia de responsabilidad y otras patologías parecen ser el pan de cada día en las Cámaras del Poder Legislativo mexicano. De ahí la importancia de que, desde la teoría constitucional, se aporten los conceptos y las experiencias de otros países para intentar destrabar una situación que parece haber llegado para tomar carta de residencia. No hay que olvidar que, como señala Luigi Ferrajoli, una de las tareas fundamentales de la teoría jurídica dentro de un Estado constitucional es el de denunciar la ausencia de las normas que vienen exigidas por la Constitución;⁶ sin embargo,

5 Lujambio, Alonso, “Adiós a la excepcionalidad. Régimen presidencial y gobierno dividido en México”, *Este País. Encuestas y opiniones*, México, núm. 107, febrero de 2000; Lujambio, Alonso (ed.), *Gobiernos divididos en la Federación mexicana*, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública-IFE-UAM, 1996.

6 *Derechos y garantías. La ley del más débil...*, op. cit., p. 68.

dicha denuncia, si se quiere que sea algo más que simple palabrería, debe encontrar cauces institucionales que la hagan efectiva: la inconstitucionalidad por omisión es uno de ellos.

Por otro lado, si es que es verdad, como apunta Ignacio Villaverde, que el silencio del legislador es también una forma de hacer política, y concretamente de hacerla en favor del *status quo*,⁷ el escenario político y social mexicano suministra muchas razones para ir pensando en un control constitucional sobre dichos silencios. Ante unos muy elevados índices de pobreza y frente a una clase política acostumbrada a mantener relaciones de mutua conveniencia con los poderes fácticos (económicos, comunicativos, corporativos, etcétera), hace falta crear mecanismos para que esas “leyes del más débil” que son los derechos fundamentales, según Ferrajoli, no puedan ser vulneradas por la complicidad y el silencio de quienes tienen la responsabilidad de crear el marco jurídico necesario para su protección.

Pese a lo anterior, en México la reflexión teórica sobre la inconstitucionalidad por omisión ha sido prácticamente nula y el desarrollo práctico es todavía en la actualidad muy escaso. Habría que destacar quizá la excepción importante que se encuentra en lo establecido —no sin algunos defectos, ciertamente— en la Constitución del Estado de Veracruz, que contempla la posibilidad de instituir juicios por omisión legislativa ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado (artículo 65); las acciones por omisión legislativa podrán ser interpuestas por el gobernador del estado o por cuando menos una tercera parte de los ayuntamientos. Si el Tribunal declara fundada la acción por omisión legislativa, el Congreso del estado contará con dos periodos de sesiones ordinarias para expedir la ley o decreto por cuya ausencia se interpuso la acción; si transcurrido dicho plazo el Congreso no ha atendido la resolución, será el propio Tribunal Superior el que dicte las bases a las que se deberán sujetar las autoridades hasta en tanto se expiden la ley o el decreto que exige la Constitución.

La consecuencia jurídica establecida en la Constitución de Veracruz, es decir, la posibilidad de que sea el Poder Judicial quien dicte las medidas necesarias para paliar temporalmente la omisión, si bien tiene antecedentes en otros ordenamientos, tal vez pasa por alto algunas dificultades. En primer lugar, conceptuales y de ingeniería constitucional, pues

⁷ *La inconstitucionalidad por omisión...*, *op. cit.*, p. 1.

la inconstitucionalidad por omisión no puede dar lugar a la sustitución del Poder Legislativo por otro órgano del Estado; su objetivo es simplemente verificar que ha habido una vulneración constitucional y, en su caso, eliminar la norma implícita que se crea con dicha vulneración.⁸ La solución veracruzana no atiende, por ejemplo, a la dificultad que tendría que enfrentar el Tribunal Superior de aquella entidad para regular las materias sometidas a reserva de ley (pensemos en la materia penal o en la tributaria);⁹ tampoco repara en la dimensión temporal que acompaña a la inconstitucionalidad por omisión.¹⁰ Una solución distinta a la de Veracruz se tomó en Portugal, cuya Constitución dispone que, verificada por el Tribunal Constitucional una inconstitucionalidad por omisión legislativa, se dará conocimiento al órgano legislativo correspondiente (artículo 283.2). También distintos a los previstos en la Constitución veracruzana son los efectos que se asignan en la Constitución brasileña a la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión.¹¹ Como quiera que sea, lo cierto es que la Constitución de Veracruz ha sido la pionera en el establecimiento de este tipo de controles de constitucionalidad, lo cual es sumamente encomiable.

Es cierto que no todos los silencios legislativos vulneran el texto constitucional; es también verdad que las Constituciones no pueden tener tantos mandatos al legislador como para llegar a sofocar la política del día a día (generando lo que Gustavo Zagrebelsky ha calificado como la asfixia del proceso político por saturación jurídica),¹² pero no es aceptable que ante las omisiones que violan una disposición constitucional la única

8 Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 4 y ss. Véase, del mismo autor, *La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional*, incluido en este libro, en el que aporta un examen renovado sobre este punto.

9 Véanse las observaciones de Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión, op. cit.*, p. 185; sobre el tema de la reserva de ley en el ordenamiento jurídico mexicano, Carbonell, Miguel, “Reserva de ley”, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

10 Sobre el punto de la temporalidad abunda Fernández Rodríguez en su ensayo “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, incluido en este libro.

11 Sobre el caso de Brasil véase el análisis que hace Víctor Bazán en su ensayo “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, incluido en este libro; véase también Fernández Rodríguez, José Julio, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, pp. 207 y ss.

12 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 152.

alternativa sea la resignación.¹³ Si existe una violación constitucional, sea por acción o sea por omisión, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa, porque de otra forma estaríamos permitiendo la violación sin consecuencias de la carta magna, lo cual sería tanto como aceptar que la Constitución es cualquier cosa menos una norma jurídica, pues como señala Ignacio de Otto: “si la infracción de la Constitución es lícita, los preceptos de esa Constitución serán constitucionales sólo en el sentido de que están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma”.¹⁴

Pese a todo, creo que no hay que caer en la ingenuidad de pensar que las respuestas frente a la inconstitucionalidad por omisión son fáciles. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en los que la declaración de una inconstitucionalidad por omisión puede tener el efecto —al remover una norma implícita— de añadir cargas económicas importantes para el gasto público,¹⁵ lo cual puede suponer algún desajuste en las previsiones presupuestales que suelen determinarse por los parlamentos al inicio de cada año fiscal.¹⁶ Pensemos también en la imposibilidad, jurídica y política, de aplicar las tradicionales medidas para la ejecución de sentencias en los casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa (no puede decretarse el arresto de todos los integrantes de un parlamento o destituirlos por negarse a cumplir una orden judicial, entre otras cosas, porque

13 Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 35 y ss.

14 *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 18.

15 Véase la aproximación que, desde la perspectiva de la prohibición de discriminar, realiza González Bielfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación positiva*, Madrid, CEPC, 2000.

16 Lo que sucede, por ejemplo, cuando la jurisdicción constitucional dicta sentencias en las que declara que se ha violado el principio de igualdad por falta de regulación de un supuesto que es, de hecho, igual a otro parecido; este tipo de sentencias puede, por ejemplo, extender la cobertura sanitaria sobre un grupo de personas que no estaban contempladas en la correspondiente regulación legislativa, con lo cual se añaden cargas económicas importantes en el presupuesto sanitario. Sobre este tipo de decisiones, que en algunas de sus vertientes la doctrina italiana llama “aditive”, Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 235 y ss., así como Parodi, Gianpaolo, “Lacune e norme inespresso nella giurisprudenza costituzionale”, en Bessone, Mario (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. II. Questioni di giurisprudenza costituzionale, civile e processuale*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. 43 y ss., entre otros.

la responsabilidad de las omisiones inconstitucionales es del órgano y no de sus integrantes en lo individual). Como en tantos otros temas, en el que nos ocupa no deben emprenderse análisis basados en la ingenuidad, ni teórica ni política.

Los cuatro ensayos que siguen, cubren una buena parte de la temática referida a la inconstitucionalidad por omisión; Fernández Rodríguez se centra en las cuestiones conceptuales; Villaverde aborda las posibilidades de desarrollo de la justicia constitucional frente a las omisiones; Bazán nos suministra, en su muy extenso y documentado ensayo, la perspectiva de derecho comparado, rica en sugerencias y ejemplos para una futura regulación en México; finalmente, Tajadura Tejada nos pone frente al que quizá sea el mayor reto en el orden práctico de la inconstitucionalidad por omisión: qué hacer cuando las omisiones vulneran derechos sociales. Como podrá ver el lector, todos los ensayos están acompañados por una amplia y actualizada bibliografía por lo cual son también, además de relevantes aportaciones, guías de lectura para seguir profundizando en este importante tema.

No me resta sino agradecer a los autores el esfuerzo y el entusiasmo que han demostrado para sacar adelante este proyecto, que se enmarca en una estrategia de más amplios alcances por poner al día al derecho constitucional mexicano, por un lado, y por integrar en el catálogo de publicaciones del Instituto a los más prestigiosos autores del constitucionalismo contemporáneo, por otro. Los cuatro autores que escriben en esta compilación son ya reconocidos constitucionalistas; su talento y juventud hace suponer, con fundadas esperanzas, que en los años por venir veremos aparecer importantes textos de su autoría. Esperemos que ese mismo talento, generosidad y dedicación acompañen también a los legisladores mexicanos en la tarea compartida de hacer que nuestra Constitución sea por fin un texto completamente normativo, es decir, realizable y realizado en la práctica.

Miguel CARBONELL