

LAS OMISIONES ESTATALES Y LOS REMEDIOS JUDICIALES PARA SUPLIRLAS EN EL DERECHO BRASILEÑO Y EL DERECHO LATINOAMERICANO

Marcelo FIGUEIREDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los remedios judiciales*. III. *Las decisiones del Supremo Tribunal Federal*. IV. *La doctrina nacional*. V. *El tratamiento del tema en otros países de América Latina*.

I. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, el fenómeno de la inconstitucionalidad puede suceder cuando la actividad legislativa o normativa es *contraria a la Constitución* o cuando el legislador *no implementa las normas* o principios constitucionales.

Esta segunda modalidad de inconstitucionalidad (por omisión) viene adquiriendo relevancia en los últimos tiempos. Diferentes países y algunas Constituciones prevén, de una forma o de otra, un medio de combatir la omisión legislativa. Es el caso de Yugoslavia, de Italia, de España, de Portugal y de Alemania¹ y, en Latinoamérica, de Venezuela, Colombia, Costa

*Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

¹ En Portugal, el control de inconstitucionalidad por omisión no goza de ninguna efectividad jurídica, siendo una solución normativa de rarísimo uso, conforme lección de Agasiz Almeida Filho, “Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, año 38, núm. 152, octubre-diciembre de 2001. En Alemania es explícita la distinción entre omisiones “aún” constitucionales y “omisiones inconstitucionales”. Existen también las “decisiones apelativas”, resultado de la constatación de situaciones “aún” constitucionales, donde simultáneamente “se apela al legislador para alterar la situación”, eventualmente dentro de un plazo expresamentede-

Rica y Brasil. Veamos como el tema ha sido regulado en el derecho brasileño.

La omisión ocurre siempre que la norma constitucional preceptiva de determinada relación o situación ordena practicar determinado acto o actividad en las condiciones que establezca, pero el destinatario no lo hace en los términos exigidos, ni en tiempo hábil, originándose de tal comportamiento consecuencias indeseables.

La omisión legislativa no se reduce a un simple no hacer, sino que presupone una exigencia constitucional de acción. Surge, en determinadas situaciones, el deber constitucional de legislar. Para Jorge Miranda² la omisión inconstitucional se caracteriza: *a)* por la falta o insuficiencia de medidas legislativas; *b)* por la falta de adopción de medidas políticas o de gobierno; *c)* por la falta de implementación de medidas administrativas, incluso las medidas de naturaleza reglamentar, o de otros actos de la administración pública.

De acuerdo con Víctor Bazán,³ para declarar la inconstitucionalidad omisiva, el juez deberá revisar el siguiente estándar situacional: *a)* que exista un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley) que, luego de declarar la norma “programática”, requiera de complementación “operativa”; *b)* que se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación, por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos, y *c)* que la omisión produzca la vulneración de un derecho o garantía.

El tema se sitúa, en último análisis, en la tensión entre la *máxima efectividad* de un texto constitucional y la realidad, pasando también por el núcleo de los poderes del Estado.⁴ Cuando pensamos en la omisión legislativa, pasible de control por el Judiciario (sindicabilidad), inmedia-

terminado por el Tribunal, técnica que también se ha utilizado en Brasil. El caso de la ex Yugoslavia (Constitución de 1974), dos artículos constitucionales (artículos 376 y 377) daban al Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos”.

² Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coímbra, 1991, t. II, pp. 394 y ss.

³ Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos Del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Cuidad Argentina, 1996, pp. 221 y ss.

⁴ La Constitución brasileña, en el párrafo primero de su artículo 5 afirma “que las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”. La doctrina ha interpretado esa norma de la siguiente manera: en la medida de

tamente nos viene a la mente el principio del equilibrio y armonía entre los poderes, como supuesta barrera para obstaculizar un ejercicio efectivo de la garantía que la propia Constitución de 1988 ha concebido, en el intento de resolver el tormentoso problema de la omisión legislativa.

Cómo debe ser forjado el principio de la separación de poderes frente a una Constitución detallista y programática que, por un lado afirma el equilibrio, la armonía y la independencia entre los poderes, y por otro lado, atribuye competencia al Judiciario para tentar resolver las omisiones legislativas y administrativas.

Procuraremos mostrar cómo la doctrina y la jurisprudencia brasileña vienen enfrentando esta temática.

II. LOS REMEDIOS JUDICIALES

La omisión del Estado en la concreción de un comando constitucional se puede controlar, en el sistema brasileño, por medio de dos mecanismos, a saber: *a) la acción directa de inconstitucionalidad por omisión* prevista en el artículo 103, § 2, y *b) el mandado de injunção*, previsto en el artículo 5, inciso LXXI, de la Constitución Federal (CF).

Veamos la redacción de los dos preceptos:

Artículo 5, inciso LXXI. Se concederá *mandado de injunção* siempre que la falta de norma reguladora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.

Artículo 103. Pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad:

- 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 lo Estado o del Distrito Federal
- VI. El Procurador General de la República
- VII. El Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil
- VIII. Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional

lo posible, se hace una interpretación generosa de la norma para que todos los derechos fundamentales puedan ser aplicados en su efectividad máxima.

IX. Confederación Sindical o entidad de clase de ámbito nacional

§ 2o. Declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para hacer efectiva norma constitucional, se comunicará al Poder competente para que adopte las acciones necesarias, y tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días.

En los moldes en que ha sido configurado el *mandado de injunção*, se entiende que no existe similar en el derecho comparado.⁵ Se trata de una verdadera creación brasileña. En el mandado de injunção se da la fiscalización concreta de la inconstitucionalidad, mientras que la acción directa de inconstitucionalidad por omisión constituye un mecanismo de control abstracto de la inconstitucionalidad.

En el mandado de injunção el judiciario se ocupa, o debería preocuparse, con el derecho subjetivo de la parte. En cambio, en la inconstitucionalidad por omisión el judiciario se debería preocupar con el orden jurídico global, con la rigidez del orden jurídico lagunoso, con el objetivo de la producción normativa faltante, para tornar efectiva a la norma constitucional.

Los efectos de la decisión también serían diferentes. En el mandado de injunção, interpartes y en la inconstitucionalidad por omisión, *erga omnes*. Además los legitimados también son diferentes; en el mandado de injunção, quien resulta lesionado por la ausencia del derecho constitucional regulado y en la inconstitucionalidad por omisión, únicamente las autoridades mencionadas en el artículo 103 de la Constitución Federal (CF).

Por último, el órgano competente para juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión es el Supremo Tribunal Federal, mientras que en el *mandado de injunção*, la competencia está en diversos órganos del Judiciario (artículo 102, I, q, artículo 105, I, h todos de la CF).

Promulgada la Constitución de 1988, gran parte de la doctrina defendía la posición de que el *mandado de injunção* serviría para proteger

⁵ Flávia Piovesan afirma que algunos vislumbran en el instituto del *mandado de injunção* similitud con el instituto *Verfassungbeschwerde* del Derecho alemán. El instituto puede ser propuesto tanto frente a una acción como a una omisión que signifique afronta al derecho fundamental. Según la apreciación del *Verfassungsbeschwerde*, la mora legislativa puede ser declarada inconstitucional por el Poder Judicial, y corresponde a éste dictar solución satisfactoria para el caso *sub judice*. En este sentido, el Judiciario tutela el derecho violado por omisión del legislador, sin perjuicio de que el Legislativo, en el futuro, ejerza su deber. Véase Piovesan, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

cualquier derecho subjetivo preceptuado en la CF. No exigía que el derecho subjetivo fuera fundamental; si su concreción fuera obstada por la ausencia de norma reguladora, procedería proponer el mandado de injunção.

Yo mismo, en un trabajo publicado en 1981, defendí una posición más “liberal” para la interpretación y finalidad del mandado de injunção al afirmar:

El mandado de injunção es la única acción constitucional que autoriza al juez a romper con la tradicional aplicación rígida de la ley en el caso concreto para, de acuerdo con el pedido y el ordenamiento jurídico, construir una solución satisfactoria, de modo de concretar el derecho constitucional del impetrante. Ésta nos parece ser la finalidad del mandado de injunção brasileño.⁶

Por otro lado, teníamos y tenemos posiciones más restrictivas al entender que el mandado de injunção sólo se aplicaría frente a omisiones relacionadas con los derechos fundamentales, excluyendo a los demás derechos subjetivos, también derivados de normas constitucionales.

Cuanto a los efectos producidos por la decisión dictada en el mandado de injunção, la doctrina brasileña ha construido dos tesis principales. La primera considera que el mandado de injunção debe servir para que el Judiciario elabore la reglamentación que permita el ejercicio inmediato de los derechos y libertades constitucionales.

La segunda entiende que al Judiciario corresponde apenas declarar “la mora en la elaboración de la norma reguladora” y notificar al órgano al que le fue asignada la competencia, como sucede en la acción de inconstitucionalidad por omisión. Ante la inercia continuada, el Judiciario no tendría, sin embargo, cualquier posibilidad de obligarlo a actuar. La decisión estaría desprovista de fuerza cogente.

Esta última orientación venía siendo adoptada predominantemente en el Supremo Tribunal Federal (STF), principal tribunal competente para la defensa directa de la Constitución:

El mandado de injunção no autoriza al Judiciario a suplir la omisión legislativa o reguladora, editando el acto normativo omitido, y, menos aún

⁶ Véase Figueiredo, Marcelo, *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, São Paulo, Ed. RT, 1981.

le permite ordenar, de inmediato, al concreto de satisfacción del derecho reclamado: pero, en el pedido, puesto que de atención imposible, para que el Tribunal lo haga, se comprende el pedido de atención posible para la declaración de inconstitucionalidad de la omisión normativa, llevado a conocimiento del órgano competente, para que la supla.⁷

El STF entendía que el mandado de injunção es “acción que busca obtener del Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad de esa omisión si estuviera caracterizada la mora en regular por parte del poder, órgano, entidad o autoridad de la cual dependa, con la finalidad de que se le comuniquen tal declaración, para que adopte las acciones necesarias, a semejanza de lo que sucede con la acción directa de inconstitucionalidad por omisión”.⁸

En algunos fallos el Supremo Tribunal Federal fijaba plazo para que fuera suplida la omisión y establecía la auto-aplicabilidad de la norma constitucional en caso de ser transcurrido. Ejemplos de ese tipo de decisiones son las que versan sobre la concreción del artículo 8, párrafo 3, del ADCT, por el cual “a los ciudadanos que hayan sido impedidos de ejercer, en la vida civil, una actividad profesional específica, en virtud de las “Portarias Reservadas” del Ministério de Aeronáutica, se les concederá reparación de naturaleza económica, en la forma que determine la ley de iniciativa del Congreso Nacional, a entrar en vigor en el término de doce meses a contar de la promulgación de la Constitución”.

Cumplido este plazo, el STF consideraba que la norma legitimaba “al beneficiario de la reparación a entrar con mandado de injunção, dada la existencia, en el caso, de un derecho subjetivo constitucional de ejercicio obstado por la omisión legislativa denunciada”.

En esta hipótesis, además de declarar al legislador en mora, la decisión fijaba el plazo de 45 días para concluir el proceso legislativo, y 15 días más para que se diera la sanción presidencial; si se excediera el plazo, se le reconocía al proponente “la facultad de obtener de la Unión, por la vía procesal adecuada, una sentencia líquida de condenación, la reparación constitucional debida, por las pérdidas y daños que se arbitren”.

⁷ MI 68, *Boletín Oficial de Justicia*, 20 de abril de 1990, p. 3047.

⁸ MI 107, *Boletín Oficial de Justicia*, 21 de septiembre de 1990, p. 9782.

III. LAS DECISIONES DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Son las siguientes las decisiones en que el STF declaró la mora del Poder Legislativo y cuya materia todavía está pendiente de disciplina, normalmente del legislador:⁹

<i>Proceso</i>	<i>Ministro relator</i>	<i>Fecha de juzgamiento</i>
MI* 788	Carlos Britto	15/4/2009
MI 795	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 796	Carlos Britto	15/4/2009
MI 797	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 808	Carlos Britto	15/4/2009
MI 809	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 815	Carlos Britto	15/4/2009
MI 825	Carlos Britto	15/4/2009
MI 828	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 841	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 850	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 857	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 879	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 905	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 927	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 938	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 962	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 998	Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 758	Marco Aurélio	1/7/2008
MI 670	Maurício Corrêa	25/10/2007
MI 708	Gilmar Mendes	25/10/2007
MI 712	Eros Grau	25/10/2007
MI 721	Marco Aurélio	30/8/2007
ADI ² * 3682	Gilmar Mendes	9/5/2007
MI 695	Sepúlveda Pertence	1/3/2007
ADI 3276	Eros Grau	2/6/2005

⁹ Cuadro disponible en la página de internet del Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInstitucional>.

MI 278	Carlos Velloso	3/10/2001
MI 95	Carlos Velloso	7/10/1992
MI 124	Carlos Velloso	7/10/1992
MI 369	Sidney Sanches	19/8/1992

Por otra parte, felizmente, el STF, tal vez en función de las posiciones sucesivas de la doctrina mayoritaria, buscando que sus decisiones tuvieran fuerza jurídica y aplicabilidad suficientes, avanzó en la materia, mostrándose más sensible a la concreción del *mandado de injunção*.

Son ejemplos de esa nueva posición, decisiones en las que, además de reconocer la mora del legislador, el Tribunal busca de forma creativa atender el pedido del proponente viabilizando en el caso concreto, el ejercicio de los derechos constitucionales, evitando, cuando sea posible, las consecuencias de la inercia del legislador. Veamos algunos casos significativos.¹⁰

Jubilación Especial del Artículo 40, § 4º, de la CF: El Tribunal juzgó parcialmente procedente el pedido formulado en un mandado de injunção impetrado contra el Presidente de la República, por una funcionaria del Ministerio de Salud, para asentar, como mandamiento, el derecho de la impetrante al cálculo diferenciado del tiempo laboral, derivado de actividad en trabajo insalubre prevista en el § 4º del artículo 40 de la CF, adoptando como parámetro el sistema del régimen general de previsión social (Ley 8.213/1991, artículo 57), que dispone sobre la jubilación especial en la iniciativa privada. En el caso en cuestión, la impetrante, auxiliar de enfermería, pleiteaba que se supliera la falta de la norma reguladora a que se refiere el artículo 40, § 4, a los efectos de posibilitar el ejercicio de su derecho a la jubilación especial, considerando haber trabajado durante más de 25 años en actividad considerada insalubre. Destacando el carácter de mandamiento y no simplemente declaratorio del mandado de injunção, se afirmó corresponder al Judiciario, por fuerza de lo establecido en el artículo 5, LXXI y su § 1, de la CF, no solamente emitir declaración de omisión del Poder encargado de regular el derecho a las libertades constitucionales, a las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía, sino también viabilizar, en el caso concreto, el ejercicio de ese derecho, evitando las consecuencias de la inercia del legislador. (MI 721/

¹⁰ Todo según la página de internet del Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>.

DF, rel. Min. Marco Aurélio, juzgada el 30.08.2007). En la sesión del día 15.04.2009, el Plenario del Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, concedió parcialmente la orden en los MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar la mora legislativa a la autoridad coercitiva competente y determinar la aplicación, en lo que sea pertinente, del artículo 57 de la Ley n° 8.213/91. Así, se firmó el entendimiento del Tribunal en el sentido de que, ante la prolongada mora legislativa, en lo que respecta a la edición de una ley complementaria reclamada por la parte final del § 4° del artículo 40 de la Constitución Federal, se impone la aplicación de las normas conexas previstas en el artículo 57 de la Ley n° 8.213/91, en el ámbito de un proceso administrativo. En esa misma ocasión, el Tribunal resolvió una cuestión de orden suscitada por el Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que los Ministros decidan de forma monocrática y definitivamente los casos idénticos.¹¹

Derecho de Huelga: El Tribunal juzgó tres mandados de *injunção* impetrados, respectivamente, por el Sindicato de los Servidores de la Policía Civil en el Estado de Espírito Santo —Sindipol—, por el Sindicato de los Trabajadores en Educación del Municipio de João Pessoa —Sintem—, y por el Sindicato de los Trabajadores del Poder Judicial del Estado de Pará - SINJEP, en que se pretendía que se garantizara a sus asociados el ejercicio del derecho de huelga contemplado en el artículo 37, VII, de la CF (“Artículo 37. ... VII. (...) el derecho de huelga se ejercerá en los términos y en los límites definidos en ley específica;”). El Tribunal, por mayoría, estimó los mandados de *injunção* y propuso la solución para la omisión legislativa con la aplicación, en lo que fuera pertinente, de la Ley 7.783/1989, que dispone sobre el ejercicio del derecho de huelga en la iniciativa privada.¹²

Aviso Previo Proporcional: O Tribunal juzgó precedentes cuatro pedidos formulados en un mandato de *injunção* para declarar la mora legislativa del Congreso Nacional en la reglamentación del derecho al aviso previo proporcional previsto en el artículo 7, XXI, de la CF, y para determinar la comunicación de la decisión a este órgano (CF: “Artículo 7 Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales... XXI - aviso previo proporcional al

¹¹ MI 721, *Boletín Oficial de Justicia*, 30 de noviembre de 2007, p. 29.

¹² MI 670, *Boletín Oficial de Justicia Electrónico*, 31 de octubre de 2008; MI 708, *Boletín Oficial de Justicia Electrónico*, 31 de octubre de 2008; MI. 712, *Boletín Oficial de Justicia Electrónico*, 31 de octubre de 2008.

tiempo de servicio, siendo como mínimo de treinta días, en los términos de la ley;”).¹³

Tribunal de Cuentas: Creación de Cargos en el Modelo Federal: El Tribunal juzgó procedente solicitud formulada en una acción directa propuesta por el Partido Democrático de Trabajadores - PDT y declaró la inconstitucionalidad por omisión, por ausencia de ley de creación de las carreras de auditores y de miembros del Ministerio Público Especial junto al Tribunal de Cuentas del Estado de Ceará, a impedir la atención del modelo federal (CF, artículo 73, § 2 y artículo 75, nota 653 de la *Súmula* del STF).¹⁴

Esta nueva orientación del STF queda muy clara en el fallo de una acción directa de inconstitucionalidad por omisión resumido a continuación:

ENUNCIADO: ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMI-SIÓN. INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR CUANTO AL DEBER DE ELABORAR LA LEY COMPLEMENTAR A QUE SE REFIERE EL § 4 DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CON LA REDACCIÓN DADA POR LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL 15/1996. ACCIÓN JUZGADA PROCEDENTE. 1. La Enmienda Constitucional n° 15, que alteró la redacción del § 4 del artículo 18 de la Constitución, fue publicada el día 13 de setiembre de 1996. Pasados más de 10 (diez) años, no ha sido editada la ley complementar federal definidora del período dentro del cual se podrán tramitar los procedimientos dirigidos a la creación, incorporación, desmembramiento y fusión de municipios. Existencia de notorio lapso temporal que demuestra la inactividad del legislador con relación al cumplimiento de inequívoco deber constitucional de legislar, derivado del mandato del artículo 18, § 4o de la Constitución. 2. A pesar de que existen en el Congreso Nacional diversos proyectos de ley presentados con miras a la reglamentación del artículo 18, § 4 de la Constitución, es posible constatar la omisión inconstitucional cuanto a la efectiva deliberación y aprobación de la ley complementar en referencia. Las peculiaridades de la actividad parlamentar que afectan, inexorablemente, el proceso legislativo, no justifican una

¹³ MI núm. 369, *Boletín Oficial de Justicia*, 26 de febrero de 1993, p. 2354; MI 95, *Boletín Oficial de Justicia*, 18 de junio de 1993, p. 12.108; MI 124, *Boletín Oficial de Justicia*, 18 de junio de 1993, p. 12.108; MI 278, 18 de junio de 1993, 14 de diciembre de 2001, p. 28.; MI 695, *Boletín Oficial de Justicia*, 20 de abril de 2007, p. 87

¹⁴ ADI núm 3276, *Boletín Oficial de Justicia Electrónico*, 1 de febrero de 2008, p. 137.

conducta manifiestamente negligente o desidiosa de las Casas Legislativas, conducta que puede colocar en peligro el propio orden constitucional. La inercia deliberandi de las Casas Legislativas puede ser objeto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. 3. La omisión legislativa con respecto a la reglamentación del artículo 18, § 4º, de la Constitución, acabó por propiciar la conformación y a la consolidación de estados de inconstitucionalidad que no pueden ser ignorados por el legislador en la elaboración de la ley complementaria federal. 4. Acción juzgada procedente para declarar el estado de mora en que se encuentra el Congreso Nacional, a los efectos de que, en un plazo razonable de 18 (dieciocho) meses, éste adopte todas las medidas legislativas necesarias para el cumplimiento del deber constitucional impuesto por el artículo 18, § 4 de la Constitución, debiéndose contemplar las situaciones imperfectas derivadas del estado de inconstitucionalidad generado por la omisión. No se trata de imponer un plazo para la actuación legislativa del Congreso Nacional, sino tan sólo de la fijación de un parámetro temporal razonable, teniendo en cuenta el plazo de 24 meses determinado por el Tribunal en las ADI n° 2.240, 3.316, 3.489 y 3.689 para que las leyes estatales que crean municipios o alteran sus límites territoriales continúen en vigor, hasta que la ley complementaria federal sea promulgada contemplando las realidades de esos municipios.

Decisión

El Tribunal, por mayoría, desestimó la preliminar de ilegitimidad activa del presidente de la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso, vencidos los señores ministros Marco Aurelio y Sepúlveda Pertence. Por unanimidad, el Tribunal juzgó procedente la acción para reconocer la mora del Congreso Nacional, y por mayoría, estableció el plazo de 18 (dieciocho) meses para que éste adopte todas las medidas legislativas para el cumplimiento de la norma constitucional impuesta por el artículo 18, § 4, de la Constitución Federal, según los términos del voto del Relator, vencidos los Señores Ministros Marco Aurelio y Sepúlveda Pertence, que no fijaban plazo. Votó la presidenta, ministra Ellen Gracie.¹⁵

IV. LA DOCTRINA NACIONAL

Por otro lado, podríamos preguntarnos, ¿existe entonces una solución para la ausencia de actuación del Poder Legislativo? ¿Hay un deber de legislar? ¿Cuál es su alcance?

¹⁵ ADI 3682, *Boletín Oficial de Justicia*, 06 de septiembre de 2007, p. 37.

En el mundo político, el *impasse*, la paralización de un determinado proceso es un fenómeno natural. La no caracterización de una voluntad predominante, es un fenómeno que, en la racionalidad propia del sistema de la política, conduce necesariamente a la inercia.

Como bien señala Vanice Regina Lírio del Valle,¹⁶ al final, es propio del sistema de la política el gusto por las decisiones avalizadas por la voluntad de la mayoría (que se traduce, en tesis, en votos); y como uno de sus criterios típicos de razonamiento institucional es el de costo-beneficio, la no identificación, en determinada materia, de cual sea el querer de la mayoría tiende a determinar la inercia, la inmovilidad.

No existe, en la actividad parlamentaria (que integra el sistema de la política), un imperativo de decidir; al contrario, la no pronuncia es una alternativa válida de decisión que, salvo otros vectores determinantes de su movimiento, remanecerá así, no resuelta, hasta el cambio en la percepción social de la materia.

Por otro lado, sin embargo, si del *impasse* institucional resulta la lesión o la amenaza a un derecho, se abre la posibilidad de que el Judiciario intervenga por fuerza del artículo 5º, inciso XXXV de nuestra Constitución. En esa hipótesis, provocado el Judiciario, está obligado a dar una respuesta jurisdiccional.

De forma acertada destaca Vanice Regina Lírio del Valle, aun en el campo de la jurisdicción constitucional, el sistema brasileño ni siquiera conoce la cláusula que autoriza la no decisión, propia del sistema norteamericano, a saber, la invocación de que se cuida de “cuestión política”. Afirmar la autora:

En el terreno específico de la jurisdicción constitucional abstracta, esa coordinación puede (y debe), incluso, alcanzar mayor amplitud, al agregar otros actores sociales al proceso de superación de la situación constitucional imperfecta -centros de poder y fuerzas organizadoras de la sociedad- que al aportar, a su vez, elementos de otros sistemas sociales, contribuyen efectivamente para la superación de un *impasse* (que puede ser técnico, moral, político, social, o incluso derivado de una combinación de todos esos factores) que haya determinado la inacción a ser superada. Cabe observar que esa práctica ofrece también el beneficio tendiente a traer hacia el terreno de la visibilidad, la actuación de otros agentes sociales- asocia-

¹⁶ Valle, Vanice Regina Lírio do, *Sindicar a omissão legislativa- real desafio à harmonia entre os poderes*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.

ciones y demás centros de poder que, como tales, hoy, inequívocamente influyen en el proceso decisorio, sin, entretanto, la clareza que sería deseable.

[...]

Retomando el análisis del texto contenido en el artículo 103, § 2º de la CF, a partir de las premisas establecidas hasta ahora, es posible comprender que de él resultan dos tareas confiadas al Judiciario, al ejercer el control de la imputada omisión legislativa. La primera de ellas se identifica como aquella concerniente a la averiguación en concreto de la existencia en sí del deber de legislar; la segunda tarea es aquella de aclaración ante el poder político estatal, apuntado como omiso, de que efectivamente quedó en evidencia la existencia del deber de actuar, que puede no haberse concretado antes, no por infidelidad constitucional, sino por imprecisión cuanto a su existencia y contorno. Superadas tales cuestiones en el debate jurisdiccional y caracterizado el deber de actuar y los parámetros de su alcance, se ha de tener, en contrapartida, la inevitable presuposición de que los poderes constituidos actúan de conformidad con los mandamientos de la constitución que los ha instituido, la exhortación al Legislativo a que se retome ese rumbo de normalidad institucional.

Se comunica, por tanto, la conclusión acerca de la existencia del deber de legislar en *reverencia al principio del equilibrio y armonía entre los poderes*, en pleno ejercicio de las relaciones de cooperación y en el supuesto (y esa ha de ser mismo la premisa constitucional) de que los poderes constituidos, una vez informados del verdadero querer constitucional, darán ejecución a ese mandamiento. De ello, sin embargo, no se puede extraer la lección de que el artículo 103, § 2º, de la CF autorice única y exclusivamente esa medida. En verdad, la conclusión que se presenta es de que el precepto no traduce sino la única *etapa siempre indispensable* a ser recorrida, en el momento del control abstracto de la omisión, en la busca del rescate de la efectividad constitucional.¹⁷

La pregunta lógica que se impone es la siguiente: ¿si el legislador simplemente ignorara la decisión del Tribunal, qué hacer? ¿Si los órganos legislativos no decidieran dentro de un plazo razonable (Recaséns Siches) sobre un proyecto de ley que tramita en el Poder Legislativo? ¿Estaríamos delante de una omisión importante controlada por el STF?

El STF en Brasil ha considerado que, desencadenado el proceso legislativo, no se puede hablar de omisión constitucional del legislador.

¹⁷ Valle, Vanice Regina Lírio do, *op. cit.*, p. 278.

Personalmente, acompaño a Gilmar Ferreira Mendes¹⁸ que entiende que esta orientación debe ser adoptada con temperamento. Dice que:

la complejidad de algunas obras legislativas no permite que ellas se concluyan en plazo exiguo. El propio constituyente ha tenido a bien excluir del procedimiento abreviado a los proyectos del código (CF, artículo 64, § 4º), reconociendo expresamente que una obra de esa envergadura no se podría realizar de improviso. Habrá trabajos legislativos de igual o mayor complejidad. No hay que olvidar, también, que las actividades parlamentares se caracterizan por vehementes discusiones y difíciles negociaciones que derivan incluso del proceso democrático y del pluralismo político reconocido y consagrado por el orden constitucional (artículo 1, caput, inciso I). Orlando Bitar, distinguiendo a los Poderes, decía que el Legislativo es intermitente, el Ejecutivo permanente y el Judiciario sólo actúa como provocado. O sea, el Legislativo puede parar por algún tiempo, entrar en receso.

Estas peculiaridades de la actividad parlamentaria, que afectan, inexorablemente, el proceso legislativo, no justifican, sin embargo una conducta manifiestamente negligente o desidiosa de las Casas Legislativas, conducta que puede poner en peligro el propio orden constitucional.

Nos parece, entonces, que la salida siempre estará en el *proceso hermenéutico*, que ante las jurisdicciones constitucionales siempre debe ser un proceso abierto, creativo, prudente, pero con los ojos volcados hacia la aplicación máxima de los derechos fundamentales y de la coherencia y organicidad de la Constitución como un todo.

Además, con la edición de la Ley 9.868/99, que dispone sobre el proceso y juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad, se ha organizado satisfactoriamente el complejo sistema de fiscalización abstracta de la constitucionalidad existente en Brasil. La Ley 9.868/99 trajo importantes aportes como una mayor apertura en el proceso de interpretación constitucional, al admitir expresamente la manifestación de otros órganos o entidades, además de las partes formales, en el proceso de control abstracto, de acuerdo con su representatividad y la relevancia de la materia en discusión, así como la posibilidad de que los jueces de la Corte cuenten con el

¹⁸ Mendes, Gilmar Ferreira *et. al.*, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, IDP, 2007, p. 1130.

auxilio, para formación de su convicción, de los conocimientos técnicos de peritos y de testimonios de personas con experiencia y autoridad sobre el tema en debate, mediante realización de audiencias públicas. Un paso importante en la jornada por la democratización del proceso constitucional en el Brasil.

Parece igualmente relevante que Brasil profundice más el estudio y aplicación de las técnicas ya experimentadas por Tribunales Constitucionales en el mundo occidental, para identificar lo que puede ser mejor aprovechado en nuestra realidad constitucional.

Algunos caminos vienen siendo iluminados por la doctrina nacional. Así, Vanice Regina Lírio del Valle,¹⁹ en la obra ya citada, afirma:

- La afirmación segundo la cual no se podría confiar al judiciario la concreción de opciones políticas, sometidas originalmente al juicio del legislador, cuya formulación en concreto demandaría criterios de operación que no le son propios, es equivocada.
- Dos son los equívocos en que labora ese entendimiento: primero, que el terreno de la investigación jurisdiccional en abstracto de la omisión legislativa coincide con aquel espacio de libre opción en favor del legislador; y segundo, que la dualidad entre política y técnica se manifieste de forma absoluta y que resulte, necesariamente, en distintos órganos de actuación de esas mismas opciones.
- Conviven en nuestro sistema, áreas de libre y discrecional actuación del Legislativo, con otras en que parámetros surgen de la Constitución y subordinan esa misma actuación a favor de un núcleo esencial que se pretende proteger de decisiones contingentes (de la dictadura de la mayoría, etcétera).
- La calificación, por tanto, de una omisión legislativa como constitucionalmente relevante se hará, no sólo a la vista del marco constitucional como literalmente enunciado, sino también del cuadro de informaciones derivadas del diálogo institucional, que traducirán, además de la disponibilidad real de recursos y la interfaz posible de la decisión en construcción con otros ya existentes en la esfera de la deliberación política; como también los aportes del momento histórico y social en que el debate se desarrolle, todos elementos que ciertamente contribuyen para la identificación de

¹⁹ Valle, Vanice Regina Lírio do, *op. cit.*, pp. 369, 401, 425 y ss.

los límites a ser conferidos a esos mismos derechos fundamentales, cuya efectividad se busca asegurar.

- Las relaciones jurídicas constituidas y concluidas bajo la égida de la decisión substantiva proferida en Acción directa de Inconstitucionalidad por Omisión se dan por preservadas contra la incidencia de la nueva sistemática; en derivación de la irretroactividad de la ley (artículo 5º, inciso XXXVI de la CF), concreción en verdad del principio de la seguridad jurídica.
- En el trato de los efectos de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y sus relaciones con las situaciones supervenientes, se ha de tener en cuenta su carácter excepcional, que cederá siempre espacio a la restauración del camino normal de ejercicio del poder. El dictado de sentencia que ha reconocido la inconstitucionalidad por omisión y ha propuesto el criterio de superación de la situación constitucionalmente indeseable no expresa la victoria de un poder sobre el otro, pero sí la reafirmación del compromiso con la Constitución.

Estamos seguros de que mucho más se podría decir y estudiar al respecto de la materia, pero nuestro objetivo aquí es más modesto, el de simplemente exponer la noción básica de la inconstitucionalidad por omisión y del *mandado de injunção* en Brasil.

V. EL TRATAMIENTO DEL TEMA EN OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Ahora bien, cumple hacer una breve referencia al tratamiento del tema en otros países de América Latina.

Una de las dificultades al momento de abordar el tema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, es el relativo a que no existe unanimidad en la doctrina por cuanto a su definición y alcances, e igualmente a nivel legislativo su tratamiento ha sido del todo falto de unidad, dado

que cada país —y aun más cada entidad federativa que la prevé— le imprime características distintas y efectos diversos.

Laura Rangel Hernández,²⁰ en su excelente trabajo, que pasamos a incorporar, afirma que Portugal, Brasil y Venezuela, por ejemplo, contemplan en forma expresa la omisión en sus constituciones. Sin embargo, en los casos de Ecuador y Paraguay, se infiere del contenido de varios preceptos constitucionales que prohíben su violación bajo el argumento de que no hay norma reglamentaria.

En cuanto al régimen estatal, destacan en México, los estados de Veracruz, Chiapas, Coahuila, Quintana Roo y Tlaxcala; en Brasil, los estados de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro, Santa Catarina, en *Argentina*²¹, las provincias de Tucumán y Río Negro, que además se estima que contempla una de las soluciones más avanzadas en la materia.

Regina Lirio también menciona que, sin que conste la figura de mérito en la Constitución vigente, países como Colombia, han reconocido expresamente competencia para conocer de estas acciones (únicamente por cuanto a la omisión relativa). Finalmente, una gran variedad de países que no cuentan con ella, se han visto en la necesidad de encontrar soluciones para los casos de verdaderas omisiones legislativas, como es el caso de España, Italia y México.

Finalmente, y siguiendo a Néstor Sagúes, diremos que, en términos generales, las distintas soluciones que se han adoptado para el problema que nos ocupa, se clasifican de la siguiente manera:

1. Denuncia ante un órgano superior, que implica que vista la omisión legislativa, se haga del conocimiento de la autoridad jerárquicamente superior;
2. La recomendación, donde el órgano superior o de control, simplemente recomienda a la autoridad omisa que cumpla con su labor;
3. El llamado de atención, la sitúa en Portugal, y como su nombre lo dice, no es más que un extrañamiento a la autoridad omisa.

²⁰ Hernández, Laura Rangel, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en La Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, 18, enero-junio de 2008, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/18/ard/ard7.pdf>.

²¹ Bazán, Víctor (coord.), *op. cit.*, nota 3.

4. La intimación, que implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal.
5. La cobertura, señalando el caso de Veracruz, y la provincia de Río Negro en Argentina, donde ante el incumplimiento de la autoridad el juzgador dictará las bases temporales mientras se expide la ley en cuestión.
6. La cobertura y el resarcimiento, se contempla en la provincia de Río Negro en Argentina, en cuya Constitución se prevé ante el incumplimiento que se integrará el orden jurídico y si esto no fuera posible se estipulará un resarcimiento en favor del promovente.
7. La compulsión constitucional, se presenta en los casos en que las propias Constituciones determinan que no pueden ser incumplidas por falta de ley reglamentaria, de modo que el juez debe ingeniárselas para resolver la situación de mérito. Se conoce principalmente en Ecuador y Paraguay.
8. La Constitución Política de México no la prevé, mas algunos de sus Estados sí.

Por último, Humberto Nogueira Alcalá,²² recuerda el tema de las sentencias exhortativas: “van desde un simple consejo al legislador hasta fórmulas más coactivas que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución.

El Tribunal Constitucional chileno, ya en sentencia del 5 de abril de 1988, al analizar en control preventivo de constitucionalidad, la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, constató la existencia de importantes vacíos en dicha normativa legal. Al efecto, el Tribunal Constitucional señaló:

[...] algunos puntos específicos de ellas no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental.

²² Alcalá, Humberto Nogueira, *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*, Chile, CECOCH-Librotecnia, 2009, p. 551.

El Tribunal Constitucional en su fallo determinó: “[...] Se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia”.

También el Tribunal Constitucional chileno realiza una exhortación al legislador en el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, referente al método de escrutinio para elegir los consejeros regionales, determinando en la sentencia “[...] el Tribunal considera constitucional la disposición citada pero observa y previene la conveniencia de establecer la forma de dilucidar o dirimir los empates que en cantidad de votos de dos o más candidatos puedan producir-se en el supuesto que contempla la norma”.

La Corte Constitucional de Colombia también ha dictado diversas sentencias exhortativas, una de ellas es la Sentencia C-473/94, referente a una acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 416, 430 y 450 del Código del Trabajo en la medida que dichas disposiciones prohíben la huelga en los *servicios públicos*, ya que dichas normas se consideran contrarias al artículo 56 de la Constitución que establece “se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho.

De varios aspectos, “la Corte estima vital que el Congreso, en un plazo razonable, expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución, por lo cual, en la parte resolutive de esta sentencia, lo exhortará en tal sentido”.²³

Esperamos que hayamos logrado éxito al mostrar el tema a nuestros compañeros de otros países.

²³ *Idem.*