

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION: ¿CAUCE DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE NATURALEZA SOCIOECONOMICA?

Francisco Fernández Segado
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela

El reconocimiento constitucional de los derechos de segunda y tercera generación, incorporados en base a criterios sociales y económicos, plantea la problemática del diseño de mecanismos eficaces para garantizarlos. Este tipo de derechos se protegen de manera mucho más operativa con medidas legislativas de promoción que con intervenciones de los órganos jurisdiccionales, a pesar de la evidente importancia de éstas. En la práctica es frecuente, sin embargo, que los poderes del estado no desarrollen legislativamente los derechos de segunda y tercera generación, a pesar de la existencia de un mandato expreso en el propio texto constitucional. Nos encontramos entonces ante la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

El doctor Fernández Segado desarrolla a lo largo del presente artículo el concepto de inconstitucionalidad por omisión, su aplicación por los tribunales europeos y su inclusión en las constituciones de Brasil y Portugal. Además, analiza la novedosa figura procesal del «mandado de injunção», que a pesar de tener la misma finalidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión, guarda notables diferencias con ésta.

1. DINAMICIDAD DE LOS DERECHOS Y MECANISMOS DE GARANTIA

La evolución de los derechos humanos, su carácter esencialmente dinámico, en definitiva, su historicidad, como advierte Bidart¹, están en la misma base sobre la que se apoya la diversidad de técnicas de protección de los derechos que encontramos en el decurso del tiempo, y muy acentuadamente en los últimos lustros.

Como es de sobra conocido, hoy podemos hablar de la existencia, al menos, de tres generaciones de derechos: 1) una primera generación, la de los derechos individuales aparecidos en el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVIII e inicios del XIX; 2) una segunda, la de los derechos sociales y económicos, que afloran en el constitucionalismo de entreguerras entrelazados, como nos recordara Mirkine-Guetzévitch², con la tendencia general del constitucionalismo de esa época a la racionalización del poder, o lo que es lo mismo, a la penetración del Derecho en todos los fenómenos de la vida social, y que encuentra en las Constituciones de México de 1917³ y de Weimar de 1919 su manifestación culminante, y 3) la

¹ Germán J. Bidart Campos y Daniel E. Herrendorf. *Principios de derechos humanos y garantías*. Ediar, Buenos Aires, 1991, pp 86-87.

² Boris Mirkine-Guetzévitch. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, traducción de Sabino Alvarez Gendín, Reus, Madrid, 1934. ps. 86-87

³ Como ha recordado recientemente Lara Ponte, los artículos 3, 27 y, sobre todo el 123, hicieron de la libertad y la justicia los ejes de la vida política de México. El estado mexicano adquirió así responsabilidades fundamentales en el ámbito económico y social, con el único fin de buscar la justicia social. De ahí el carácter profético de las palabras pronunciadas por el diputado constituyente Cravioto, el 28 de diciembre de 1916: "... la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros". Rodolfo Lara Ponte. *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, UNAM, México, 1993, p. 156.

que se conoce como tercera generación de derechos, de reciente aparición, que constituye un ciclo aún no clausurado, dentro de la cual encontramos un conjunto de derechos que se asientan, como bien ha significado Vasak⁴, en la solidaridad⁵.

Cabe ahora que nos detengamos muy brevemente en una reflexión complementaria sobre esta tercera y última (aunque no faltan sectores de la doctrina que hablan ya de una cuarta generación) generación de derechos, dotados, como apunta Bonavides⁶ de un altísimo grado de humanismo y universalismo, fruto, a nuestro modo de ver, no sólo de la eclosión de un conjunto de nuevos valores sociales, mayoritariamente compartidos por amplios sectores de la humanidad, sino también, al mismo tiempo, de la irrupción impactante en nuestro mundo, en buena medida como paradójica consecuencia de los últimos avances de la ciencia y de la tecnología⁷, de una serie de graves amenazas directamente dirigidas a la existencia del ser humano y a la necesaria conservación de su hábitat.

Han surgido de esta forma un conjunto de derechos que emergen de la reflexión del ser humano sobre cuestiones relativas a la paz, al medio ambiente, a la conservación de la naturaleza, a la explotación racional de los recursos naturales, a la salud y a la calidad de vida, al respeto del patrimonio histórico y cultural de la humanidad en su conjunto, etc. En definitiva, los nuevos valores sociales del hombre de las postrimerías de nuestro siglo han dado vida a otros tantos derechos originales perfectamente ubicables dentro de esta tercera generación a que antes aludíamos.

El reconocimiento constitucional de los nuevos derechos surgidos con este siglo, esto es, de los

de la segunda y tercera generación, ha planteado con toda crudeza la problemática del diseño de mecanismos eficaces de garantía. Y es que resulta evidente que los derechos constitucionalmente reconocidos son, ante todo, Derecho, lo que ineludiblemente exige unos cauces de tutela que los protejan frente a cualquier violación, con independencia de quién sea el potencial agresor, de acuerdo con el conocido aforismo *where there is no remedy there is no right*.

Este diseño de mecanismo de garantía o, como dijera Jellinsk⁸, de unas posibilidades jurídicas de poner en movimiento la sanción, reviste unas peculiaridades específicas en relación con los derechos de la segunda generación, esto es, con los derechos de naturaleza socioeconómica.

La positivación jurídica de los derechos sociales, como bien señala Cascajo⁹, con ser importante, no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección y eficacia que alcanzan estos derechos en los distintos ordenamientos. El ejemplo alemán pone de manifiesto cómo desde una base positiva ciertamente reducida se pueden conseguir a través de la verificación jurisprudencial unos amplios y estimables resultados. Con razón indica la doctrina germana que la teoría de los derechos sociales debe atender no sólo a la tutela jurídica en sentido material, sino también prestar una mayor atención al Derecho Procesal Constitucional, con lo que quizá puedan verse atenuadas las escasamente útiles contraposiciones entre derecho subjetivo y norma programática o, con más rigor quizá, norma de asignación de fines al estado. A este respecto Cappelletti ha considerado que una de las primeras consecuencias de la labor del Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido la formulación de un conjunto de importantes afir-

⁴ Karel Vasak. *Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: Les Droits de Solidarité*. (Lección inaugural en el Instituto Internacional de Derechos Humanos del Consejo de Europa), Estrasburgo, 1979.

⁵ Como indica Diego Valadés (*Constitución y Política*, 2ª ed. UNAM, México, 1994, p. 62), el estado social de derecho consistía en la forma que permitiría alcanzar el movimiento obrero y a la burguesía un equilibrio jurídicamente regulado.

⁶ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 523.

⁷ Cfr. al efecto, Antonio E. Pérez Luño. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías*. Madrid, 1987.

⁸ Recordemos que para Jellinek, a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al Derecho. Esta idea de la auto-obligación del estado respecto a su Derecho ha desempeñado, a juicio del propio Jellinek, un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. Cfr. al respecto, Georg Jellinek. *Teoría General del Estado*. Albatros, Buenos Aires, 1980, p. 276 y 279.

⁹ José Luis Cascajo Castro. "La tutela constitucional de los derechos sociales". En: *Cuadernos y Debates*, nº 5, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, ps. 81-82.

maciones de principio por las que se aprecia que la jurisdicción constitucional de la libertad ha contribuido a eliminar el peligro que en el ámbito de las disposiciones sobre derechos de libertad impone una radical distinción entre las normas preceptivas y las normas meramente programáticas¹⁰.

2. MEDIDAS LEGISLATIVAS DE PROMOCION DE LOS DERECHOS DE NATURALEZA SOCIOECONOMICA E INACCION DEL LEGISLADOR

Los derechos de la segunda generación encuentran un ámbito de tutela mucho más operativo en las medidas legislativas de promoción que en las intervenciones de los órganos jurisdiccionales, sin que tal circunstancia, obvia por lo demás, en modo alguno pueda hacernos olvidar que la jurisdicción civil y, más aún, la penal, pueden contribuir a la protección eficaz de algunos de estos derechos o intereses sociales.

De esa primacía en la operatividad real de estos derechos de las medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias promocionales, no debe derivarse que resulte vedado al ciudadano todo tipo de recursos con el fin de hacer frente a aquellas inacciones de los poderes públicos, de resultas de las cuales, los derechos que ahora analizamos quedan convertidos de facto en meras entelequias, afirmación *de lege ferenda*, verificada con total independencia de lo que pueda derivarse de nuestro vigente ordenamiento jurídico. Como resulta evidente, la problemática que estamos planteando no es otra sino la de la inconstitucionalidad por omisión.

Cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona, a nuestro entender, debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a

controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones¹¹. Que ello sea así puede tener su importancia en orden a operativizar ciertos ámbitos normativos de la *Lex superior*. Como ha advertido Bidart¹², uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las Constituciones, y específicamente de sus cláusulas económico-sociales, suele ser en todas partes el proveniente de la falta de funcionamiento de las normas de asignación de fines a favor de sus beneficiarios por ausencia de la necesaria legislación complementaria.

El problema ha sido planteado por Canotilho con calidad meridiana¹³: «*O problema é esse: bem ou mal, os textos constitucionais tendem a incorporar, directa ou indirectamente, ordens legiferantes dirigidas ao legislador no sentido de este concretizar, densificar, realizar, a disciplina, fragmentária e incompleta, dos preceitos constitucionais. Quid juris se o legislador permanecer passivo? Qual a reacção da ordem juridico-constitucional ao silencio legislativo? Ainda por outras palavras: como obrigar um órgão legiferante a agir sempre que se verifique uma inconstitucionalidade por omissão?*».

Es evidente que mientras la inconstitucionalidad por violación, por transgresión frontal, de la Ley Fundamental tiene un carácter positivo, la inconstitucionalidad por omisión es de naturaleza negativa, en cuanto que, determinada la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena, es la inacción, la omisión de la obligación constitucionalmente contemplada la que provoca el vicio de inconstitucionalidad.

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión se vincula, de una parte, a la estructura de determinadas normas constitucionales, que requieren para su complitud de una intervención reguladora ulterior, normalmente del legislador, si bien, aunque de modo excepcional, dicha intervención puede provenir asimismo de un órgano administrativo, con lo que la omisión -no cualquier omi-

¹⁰ Mauro Cappelletti. *La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 80.

¹¹ Análoga tesis sostiene Germán J. Bidart Campos. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En: *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, tomo 78, ps. 785 y sigs.; en concreto, p. 785.

¹² Germán J. Bidart Campos. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En: *Anuario Jurídico*, n.º VI, México, 1979, ps. 9 y sigs.; en concreto, p. 14.

¹³ José Joaquim Gomes Canotilho. "Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito a emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas", en Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*. Saraiva, São Paulo, 1993, ps. 351 y sigs.; en concreto, p. 352.

sión, conviene aclarar ya desde este mismo momento- del legislador genera la inconstitucionalidad por omisión.

De otra parte, junto a esta perspectiva básicamente formal del instituto, éste presenta otra vertiente material¹⁴ que se nos revela con meridiana claridad en la creación jurisprudencial alemana de la llamada exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio.

Esta última perspectiva en particular y, en realidad, más ampliamente, la misma existencia del instituto que nos ocupa, encuentran en buena medida su razón de ser en el nuevo perfil, en la nueva caracterización que los códigos constitucionales presentan en nuestro tiempo. A diferencia del pasado siglo, las constituciones no son meros estatutos organizativos del poder que se limiten a precisar instrumentos de garantía frente al arbitrio de los poderes públicos, sino que las constituciones han ampliado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y redistribución del bienestar social y económico; en definitiva, las leyes fundamentales han asumido, globalmente consideradas, una función transformadora de la sociedad. Las constituciones, afirma al efecto Ribeiro Bastos¹⁵, ya no son un mero retrato de las relaciones existentes actualmente en la sociedad. No se resignan a su dimensión estática. Quieren ser, y efectivamente lo son, objetos útiles en la anticipación del futuro. Delinean las bases conformadoras del porvenir, procurando, por lo mismo, suministrar los parámetros para la actuación del estado. De ahí que Canotilho, con buen criterio, haya podido hablar de «constitución dirigente».

Todo ello, por lo demás, no es sino el lógico y necesario reflejo de un orden material de valores que antecede a la Constitución, que no ha sido

creado por ella, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental¹⁶, lo que se traduce en la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, que a todos los poderes vinculan y a cuyo logro último debe orientarse la actuación de todos los poderes públicos. Esta fuerte tendencia finalista acentúa la fuerza vinculante del programa constitucional, y en ello se ha de ver el germen de las construcciones teóricas de la omisión legislativa inconstitucional y del derecho subjetivo a la normación, como, lógicamente, de la búsqueda de vías procesales para convertir en realmente operativas esas categorías.

Consecuentemente con todo lo expuesto, si la actividad jurídicamente relevante del legislador no se ciñe al marco jurídico-material de la Constitución, será perfectamente posible constatar, en determinados supuestos, la existencia de una omisión material inconstitucional, de igual forma que, en otros casos, la inacción legislativa puede conducir al reconocimiento de un vicio de inconstitucionalidad, tesis ésta que formulamos *in genere*, al margen de cualquier ordenamiento constitucional concreto. Lo contrario sería tanto como el retorno a un nuevo neopositivismo de corte weimariano en el que la constitución no sólo dejaría de estar situada por encima del legislador, sino, más aún, quedaría sujeta a la libre disposición del mismo. Y como bien señalara Mortati en un trabajo ya clásico¹⁷, frente al incumplimiento de los principios o normas constitucionales que reclaman para su plena operatividad una actuación positiva del órgano legislativo, ni puede ser esgrimida la falta de medios de coerción aptos para doblegar la voluntad del órgano que omite su obligación legislativa, ni tampoco cabe aludir, para no censurar la omisión, a la discrecionalidad del legislador¹⁸, que debe ceder frente a las prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a

¹⁴ De igual opinión es José Joaquín Gomes Canotilho: *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra, Coimbra, 1982, ps. 333-335.

¹⁵ Celso Ribeiro Bastos: *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 14^o ed. Sao Paulo, 1992, p. 119.

¹⁶ Otto Sachof. *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid, 1985, ps. 39-40.

¹⁷ Costantino Mortati. "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore". En: Costantino Mortati. *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana* (Raccolta di scritti), vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, ps. 923 y sigs.; en concreto, p. 926.

¹⁸ No toda la doctrina es de igual opinión. A juicio de José Alfonso da Silva ("Aplicabilidade das normas constitucionais". En: *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 1982, p. 118), la omisión se revela como una cuestión política, que escapa de la apreciación jurídica. A su vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ("Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissao". En: *O Estado de São Paulo*, edición del 25 de junio de 1987, p. 32) pone en cuestión la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, por cuanto la regulación judicial de la norma programática viola la discrecionalidad del Legislativo en cuanto al modo y al (continúa en la siguiente página)

la tutela de los derechos fundamentales¹⁹. El dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución, bien que no haya que descartar, especialmente en determinados países, el problema, al que ya aludiera Loewenstein²⁰, de la desvalorización de la Constitución. En todo caso, en este contexto, conviene recordar que la primera finalidad del instituto de la inconstitucionalidad por omisión es, como bien señala Temer²¹, conseguir que la voluntad del constituyente se realice en plenitud.

3. CONCEPTUALIZACION DE LA OMISION INCONSTITUCIONAL

A partir de las reflexiones previas precedentes, hemos de centrarnos en el punto quizá nuclear del instituto analizado: ¿Qué se entiende por omisión? ¿Cuándo puede tildarse una omisión como inconstitucional?

La omisión legislativa inconstitucional, como la ha definido Canotilho²², es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos²³, definición de la que el propio autor entresaca una serie de elementos que, en síntesis, son los siguientes:

A) En primer término, el concepto de omisión le-

gislativa no es en modo alguno reconducible a un simple «no hacer». En sentido jurídico-constitucional, omisión significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado. La omisión legislativa, en lo que ahora importa, se debe vincular, pues, con una exigencia constitucional de acción, no bastando con un simple deber general de legislar para fundamentar una omisión inconstitucional²⁴.

B) En segundo lugar, en cuanto que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, esto es, de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional, han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos (por ejemplo, lagunas de las normas de asignación de fines al Estado, también conocidas como normas programáticas). Ejemplos válidos, a nuestro juicio, de mandatos constitucionales concretos, a los efectos que nos ocupan y atendiendo al ordenamiento constitucional español, serían, entre muchos otros: la obligación que el artículo 41 establece para los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, acorde con las determinaciones del propio precepto; la obligación que igualmente incumbe a los poderes públi-

(continuación de la página anterior)

momento de hacer efectiva la promesa constitucional. El propio autor, en su *Curso de Direito Constitucional* (20ª ed. Saraiva, Sao Paulo, 1993, p. 35), insiste en la dificultad de la caracterización de la inconstitucionalidad por omisión, ya que el legislador dispone del principio de discrecionalidad, o sea, de la posibilidad de apreciar la oportunidad y conveniencia de dar ejecución al programa.

Por nuestra parte, frente a estas objeciones en ciertos sectores de la doctrina brasileña, entre la que existe un intenso debate al respecto, no podemos sino reiterar que la libertad de conformación del legislador, en definitiva, su discrecionalidad, no puede ser ya considerada como absoluta por cuanto los principios materiales de la norma suprema la condicionan muy notablemente.

¹⁹ Costantino Mortati. "Appunto per uno studio sui riempi giurisdizionali..." op. cit. p. 992.

²⁰ Loewenstein señalaría que una de las vertientes de la desvalorización de la Constitución, de resultas de la cual, ciertas disposiciones constitucionales se convierten en letra muerta, en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la Ley Fundamental. Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Ariel, 2ª ed. Barcelona, 1970. ps. 222-223.

²¹ Michel Temer. *Elementos de Direito Constitucional*. Malheiros, 10ª ed. Sao Paulo, 1992. p. 50.

²² Jose Joaquim Gomes Canotilho. *Dirito Constitucional*. 4ª ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1987. p. 829.

²³ Anna Candida de Cunha Ferraz (en "Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte". En: *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, nº 89, enero-marzo 1986, pp. 49 ss., en concreto, p. 52) destaca como elemento central de la inercia legislativa, el que la inactividad en aplicación de la Constitución por parte del legislador sea "consciente".

²⁴ Jorge Miranda (en "Inconstitucionalidades por omissão", en el colectivo *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, ps. 341-342) conecta asimismo esta inconstitucionalidad como una norma cuya no exigibilidad frustra el cumplimiento de la Constitución.

cos de tutelar la salud pública, estableciendo la ley los derechos y deberes de todos al respecto (artículo 43.2); la necesidad de que estos mismos poderes garanticen, mediante pensiones adecuadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (artículo 50) y; bien que sin ánimo exhaustivo, la obligación que el artículo 51 les impone a los poderes públicos de garantizar la defensa de consumidores y usuarios, protegiendo su salud y sus intereses.

Frente a estos mandatos constitucionales concretos, los que contienen deberes de legislación abstractos, aunque configuran auténticos deberes de acción legislativa, no establecen, sin embargo, lo que el legislador debe hacer para que, en caso de omisión, pueda hablarse de omisión legislativa inconstitucional²⁵. Ahora bien, el hecho de que sea en este plano de las normas finalistas que encierran mandatos abstractos -por ejemplo, las que acogen, entre otros, el artículo 9º.2 (promoción por los poderes públicos de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y remoción de los obstáculos que se opongan a ello), y el artículo 44 (promoción del acceso a la cultura y de la ciencia e investigación científica y técnica), el artículo 48 (promoción de las condiciones que hagan posible una mayor participación de la juventud en todos los ámbitos sociales) y el artículo 130.1 (modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y en particular de los más deprimidos tradicionalmente a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles), todos de nuestra *Lex superior*- en donde debe desenvolverse, en gran medida, la confrontación política, y en donde cobran especial vigor los mecanismos de participación democrática de los ciudadanos, no obsta en modo alguno, a nuestro entender, para que se reconozca que el incumplimiento de los fines constitucionalmente consagrados es también contrario a la Constitución, por lo que no debiera excluirse, siempre desde nuestra óptica, la posibilidad de admitir, también aquí, la figura de la omisión legislativa inconstitucional. Y es en este punto en donde entra en juego, según nuestro

punto de vista, el elemento temporal.

A la hora de valorar la importancia del período de tiempo al que se ha de extender la omisión, la doctrina ha expresado diversos matices en sus posicionamientos, no exactamente coincidentes. Y así, para Miranda²⁶, el juicio de inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en el que debería ser elaborada la ley, pues ninguna omisión puede describirse en abstracto, sino sólo en concreto, esto es, acotada entre determinados hechos, con lo que ello supone que la ausencia de norma legal no pueda separarse de un determinado tiempo histórico, el que dependerá de la necesidad de la elaboración de la norma. A su vez, Canotilho²⁷ precisa que el criterio decisivo para la determinación de la inconstitucionalidad por omisión no es el de los plazos o límites temporales -ni siquiera aunque estuviesen estipulados por el constituyente-, sino el de la importancia e indispensabilidad de la mediación legislativa para el cumplimiento y exigibilidad de la norma constitucional. A nuestro modo de ver, el elemento decisivo deber ser el de la trascendencia de la mediación legislativa, pero no tanto por sí sólo, sino en conexión con el elemento temporal; así entendido, habrá de ser el parámetro decisivo para precisar la razonabilidad del período de tiempo por el que se prolonga la inacción del legislador.

Es a partir de la reflexión inmediatamente precedente como podemos entender que, aunque en un primer momento la no realización normativa de un mandato constitucional abstracto nos sitúa simplemente ante un incumplimiento de las exigencias constitucionales, ante lo que se ha llamado²⁸ una «situación constitucional imperfecta», que, aunque criticable, no puede ubicarse aún dentro del ámbito de la omisión legislativa inconstitucional el devenir del tiempo, con la sistemática negativa a legislar, puede llegar a convertir esta situación de incumplimiento en una verdadera omisión legislativa inconstitucional, cuando dejara de ser razonable la inercia admitida hasta ese

²⁵ Jose J. Gomez Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. op. cit. p. 332.

²⁶ Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II ("Constituição e inconstitucionalidade"). 3ª ed. Coimbra, Coimbra, 1991. p. 521.

²⁷ Jose J. Gomez Canotilho. *Constituição dirigente...* op. cit. p. 332.

²⁸ Paulo Modesto. "Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e acão constitucional específica". En: *Revista de Direito Público*, nº 99, julio-setiembre 1991, ps. 115 y sigs. en concreto, p. 120. A juicio de este autor, la "situación constitucional imperfecta" se refiere a un disfuncionalidad en el sistema, no a una violación intolerable, sino a una situación constitucional "en proceso de inconstitucionalización".

momento en base a la discrecionalidad política del legislador²⁹.

C) En tercer término, existe también omisión legislativa, a los efectos que nos ocupan, cuando la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que se conviertan en exigibles por sí mismas, reenviando implícitamente al legislador la tarea de darles operatividad práctica (tal sería, por ejemplo, el caso de la ley a que se refiere el artículo 105 de nuestra Constitución).

D) Por último, puede hablarse también de omisión legislativa inconstitucional cuando el legislador no cumple lo que Canotilho denomina las *ordens de legislar*³⁰, esto es, aquellos mandatos al legislador que se traducen en una exigencia de legislar única, o lo que es igual, concreta, no permanente, a cuyo través, por lo general, se ordena normativamente una institución. Tal sería el caso de la ley a que se refiere el artículo 131.2 *in fine* de la Constitución Española (Ley del Consejo Económico y Social).

Complementando las reflexiones precedentes, podrá hablarse asimismo de la existencia de una omisión legislativa inconstitucional cuando existiendo la norma legislativa, sus carencias sean tales que la conviertan en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución. De otro lado, es claro, como de nuevo advierte Canotilho³¹, que la omisión legislativa inconstitucional no desaparece por el hecho de una eventual aplicación inmediata, realizada por los órganos jurisdiccionales o administrativos, de los mandatos constitucionales. Tal aplicación no exime en modo alguno al legislador de su deber de acción.

Otra cuestión distinta es la de discernir si el conocimiento de un conjunto de actos positivos del le-

gislador tendientes al cumplimiento de la norma constitucional, aun cuando la ley no haya sido todavía formalmente aprobada, es suficiente como para rechazar que en esos supuestos quepa hablar de omisión legislativa inconstitucional. Miranda³² así lo entiende, sobre la base de que una interpretación contraria sería demasiado rígida. A nuestro modo de ver, la cuestión no está tan clara, pues son muchos los ejemplos en que, por una u otra causa, un proyecto en trámite parlamentario avanzado no es, finalmente, aprobado (la Ley Orgánica reguladora del derecho de huelga es, en el caso español, un buen ejemplo de lo que acabamos de decir).

4 LA EXCLUSION ARBITRARIA O DISCRIMINATORIA DE BENEFICIO

Hasta ahora, básicamente, hemos venido refiriéndonos a diversos aspectos de la omisión legislativa formalmente considerada; sin embargo, como ya tuvimos oportunidad de avanzar, la omisión puede ser también materialmente inconstitucional. Dicho de otro modo, no sólo la ausencia de regulación en los supuestos referidos puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social, caería dentro de la categoría de la omisión legislativa inconstitucional, en este supuesto por exclusión arbitraria.

La caracterización material del comportamiento omisivo del legislador está en la misma base de la distinción tradicional entre omisiones «absolutas» y «relativas», cuya autoría se debe a Wessel³³, para quien existe omisión absoluta en cuanto que falta cualquier norma aplicativa del precepto constitu-

²⁹ En la República Federal Alemana este problema ha recibido una nueva dimensión al diferenciar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal entre "omisiones todavía constitucionales" y "omisiones inconstitucionales". El *Bundesverfassungsgericht* ha hecho posible tal distinción mediante el recurso a las llamadas "sentencias apelativas", que son el resultado de la constatación de situaciones aún constitucionales, donde, simultáneamente, se hace una apelación al legislador para alterar la situación, eventualmente dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional, caso de que ello fuere posible, de aplicar directamente el mandato constitucional. Cfr. al efecto, Wolfgang Zeidler "A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado. Em especial tipos, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas". En: *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério da Justiça de Portugal*, Lisboa, n.ºs 29-30, ps. 61 y 64-69.

³⁰ J. Gomez Canotilho. *Direito Constitucional*. 4.ª ed. op. cit. p. 830.

³¹ J. Gomez Canotilho. *Constituição dirigente*. op. cit. ps. 337-338.

³² Jorge Miranda. *Inconstitucionalidade por omissão*, op. cit. m. p. 347.

³³ Wessel. *Die Rechtsprechung der B.V.G. zur Verfassungsbeschwerde in Deutsches Verwaltungsblatt*. 1952, pa. 161. Cit. por Costantino Mortati. *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali*. op. cit. ps. 927-928.

cional, mientras que la omisión relativa deriva de una actuación parcial que disciplina sólo algunas de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad.

La moderna dogmática constitucional, como puede apreciarse, aun partiendo del principio de que la actividad de los Tribunales Constitucionales debe ceñirse al control de las normas o actos emanados de los órganos estatales, ha desarrollado encomiables esfuerzos en la dirección de habilitar mecanismos con los cuales hacer frente a aquellas ilegitimidades constitucionales que tienen su origen en la inercia de los órganos legislativos en orden a la efectiva y necesaria concretización de los principios establecidos en la Norma Fundamental. Y así, puede constatarse que en la República Federal Alemana, aunque el recurso de queja o reclamación constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) tiene como objeto todo acto de imperio del poder público, no de los particulares, que lesione los derechos tutelados por el recurso (básicamente, como es conocido, los *Grundrechte*, esto es, todas aquellas situaciones subjetivas reconocidas en favor de la persona por la Ley Fundamental de Bonn en el capítulo que sirve de pórtico a la misma y que abarca sus diecinueve primeros artículos), tanto la doctrina³⁴ como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, han considerado admisible el recurso frente a los compromisos omisivos de las autoridades no legislativas, cuando tales comportamientos son lesivos de los derechos fundamentales del recurrente.

Mayor complejidad han presentado las omisiones del legislador, de las que no se puede sostener lo anterior. Ello, no obstante la identificación jurisprudencial de la denominada «exclusión arbitraria o discriminatorio de beneficio» (*villkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), caracterizada por el establecimiento de discriminaciones infundadas entre individuos o grupos.

Esta construcción dogmática ha dado pie a Cappelletti³⁵ para entender que puede hablarse con carácter general de la posibilidad de recurrir en vía de queja constitucional ante el Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas que tengan carácter relativo, como por ejemplo, sería considerada una norma legal que reconociera ciertos derechos a un determinado grupo de ciudadanos en vez de al conjunto de la ciudadanía, con violación por tanto del principio de igualdad.

En estos casos, como señalan, entre otros, Schlaich y Pestalozza³⁶, si la estructura normativa o cualquier otro obstáculo de orden constitucional no permite la declaración de inconstitucionalidad, con el consiguiente reconocimiento de los derechos de los grupos eventualmente discriminados, la supresión del tratamiento discriminatorio deberá hacerse a través de la declaración integral de inconstitucionalidad.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial alemana, en especial desde la conocida sentencia del 19 de diciembre de 1951³⁷, se ha manifestado en el senti-

³⁴ Mauro Cappelletti. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. op. cit. ps. 81-82.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Klaus Schlaich. *Das Bundesverfassungsgericht*. C.H. Beck, München, 1985. p. 170. Christian Pestalozza. "Nach verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen". En: Christian Starck (coord.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Mohr, Tübingen, 1976, vol. 1º, pp. 519 ss.; en concreto, p. 533. Citados por Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. Savaiva, Sao Paulo, 1990. p. 55.

³⁷ Extraordinaria relevancia presenta asimismo la sentencia de 29 de enero de 1969, por la que el primer Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán revocaba un fallo del Tribunal Regional de Kiel, al hilo de su interpretación del inciso quinto del artículo 6º de la *Bonner Grundgesetz* (Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos).

Frente al anterior precepto constitucional, el Tribunal de Kiel se limitó a aplicar el artículo 1712 del Código Civil, anterior a la Constitución, considerando que la desventaja del hijo ilegítimo frente al legítimo era conforme a ley, mientras que la constitucionalmente anunciada igualdad de derechos entre hijos legítimos e ilegítimos no hubiese sido hecha efectiva por parte del legislador.

Ante tal interpretación de la jurisdicción ordinaria, el Alto Tribunal razonaría, en síntesis, como sigue: si el Poder Legislativo demore más tiempo del que prudentemente puede necesitar para redactar la ley correspondiente, esa demora podrá ser considerada inconstitucional. En términos análogos se manifiesta Rolando E. Pina. *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)*. Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 71. En esta obra se transcribe la totalidad de la sentencia (pp. 72 ss.).

Recordemos finalmente la doble exigencia del Alto Tribunal para la actualización por parte del juez de la cláusula constitucional del inciso quinto del artículo 6º a) que la norma constitucional involucre un suficientemente positivo y claro contenido legal para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad jurídica (lo que acontece con la cláusula en cuestión, que contiene una definición positiva de valores que al mismo tiempo indica el camino a tomar), y b) que haya vencido el plazo adecuado para sancionar la ley de adaptación.

do de que pueden ser objeto de recurso de queja constitucional las omisiones del legislador tan sólo en el supuesto de que se trate de omisiones relativas, no admitiendo, por contra, aquel recurso contra las omisiones absolutas, o sea, contra la ausencia de promulgación de una norma legal al margen ya de cualquier exclusión arbitraria de beneficio.

Los diversos aspectos relativos a la omisión del legislador han impuesto jurisprudencialmente algunas distinciones. Y así, si como observa Pestalozza³⁸, es imposible declarar la nulidad de una omisión legislativa, habiendo de limitarse la decisión jurisprudencial a constatar la inconstitucionalidad. En consonancia con ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán ha desenvuelto la técnica de la declaración de inconstitucionalidad *Unvereinbarkeit* sin la consecuencia de nulidad. En tal caso, la declaración de inconstitucionalidad exige la intervención del legislador con la finalidad de suprimir la situación de inconstitucionalidad. Ahora bien, en las exigencias constitucionales susceptibles de ser suplidas, complementadas *vertretbarer Auftrag der Verfassung*, la jurisprudencia constitucional alemana ha reconocido a los tribunales la facultad de, en los casos de omisión, atribuir eficacia plena a los preceptos constitucionales a través del proceso de "concretización" (*Konkretisierung*), como demuestra bien a las claras la sentencia de 29 de enero de 1969, de la que acabamos de hacernos eco³⁹.

La construcción desenvuelta por el *Bundesverfassungsgericht* presenta, desde luego, méritos notorios, al superar la estrecha concepción teórica que reduce la omisión inconstitucional a la integración normativa expresamente requerida por el constituyente.

La omisión legislativa no puede ser objeto del control normativo, con independencia ya de que sea abstracto o concreto; excepcionalmente, es la vía del recurso de queja constitucional la que proporciona el cauce más común para llegar al Tribu-

nal Constitucional Federal, si bien, como recuerda Friesenhahn⁴⁰, las omisiones legislativas pueden ser apreciadas asimismo en los procesos relativos a los conflictos entre el *Bund* y los *Länder*, como asimismo con ocasión de los conflictos entre órganos (*Organstreit*), cuando el actor afirme que el demandado, al dejar de promulgar una determinada ley, violó un deber constitucional. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no impide la admisión del recurso de queja constitucional contra la omisión del Legislativo si el recurrente puede alegar, satisfactoriamente, la violación de un derecho fundamental (acogidos por los artículos 1 a 19 de la Ley de Bonn) o de algunos de los derechos contenidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104, en virtud del incumplimiento de un deber constitucional de legislar. De esta forma, la doctrina jurisprudencial ha abandonado sus posicionamientos iniciales, re-nuentes a admitir la posibilidad de provocar la acción del legislador mediante el recurso de queja constitucional. El Tribunal ha reconocido igualmente la admisibilidad del recurso de queja constitucional contra la inercia del legislador, que dejó de emprender las reformas correctoras necesarias para la actualización o compatibilidad del acto normativo, violando así su deber de adecuación.

También en Italia, la Corte Costituzionale ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una serie de omisiones legislativas⁴¹, no habiéndose limitado, como ya constatará Mortati⁴², a declarar la ilegitimidad constitucional de la omisión, sino procediendo a manifestarse acerca de *il senso e le finalità del riempimento della lacuna*. Ciertamente, el resultado alcanzado por el intérprete en su *attività di integrazione* no es comparable al que puede obtenerse a través de la intervención del legislador por el hecho de que aquél debe limitarse a extraer del complejo sistema legislativo, interpretando a la luz de los principios constitucionales, las reglas necesarias para dar al interés constitucionalmente protegido al menos un mínimo de operatividad. Mantenido dentro de estos límites, dirá de nuevo Mortati⁴³, la intervención del juez constitucional

³⁸ Christian Pestalozza. "Nach verfassungsmässige..." op. cit. p. 526. Cit. por Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade*, op. cit. p. 55.

³⁹ Vid supra nota 37.

⁴⁰ Ernst Friesenhahn. *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*. Traducción de Angelo Antonio Cervate. Giuffrè, Milano, 1973. ps. 86-87.

⁴¹ Cfr. al efecto, Costantino Mortati. "Appunti per uno studio..." op. cit. en especial, pp. 957-988.

⁴² Costantino Mortati. *Appunti per uno studio...* op. cit. p. 980.

⁴³ *Ibidem*. p. 952.

no puede considerarse invasiva *della discrezionalità del legislatore*.

Más recientemente, Crisafulli se ha ocupado de las llamadas *sentenze additive*, que son aquellas que declaran la *illegittimità costituzionale della omessa previsione de qualcosa, che avrebbe dovuto essere previsto dalla legge*⁴⁴. La omisión, en ocasiones, significa propiamente *esclusione*, y en tales casos la anulación de la parte de la disposición *que non dice* elimina un obstáculo a la aplicabilidad de la norma en ella contenida en la hipótesis implícitamente excluida. En otras ocasiones, la omisión es realmente una *semplice omissione*, esto es, la carencia de una disciplina que, siempre a juicio de la Corte, hubiera debido existir a fin de que la norma, en su significado global, no entrará en contradicción con las normas constitucionales parámetro. En semejantes casos, sería siempre posible colmar la laguna por la vía de la interpretación, y aunque la corte ha adoptado a veces sentencias interpretativas de rechazo, con más frecuencia, las decisiones han sido de acogimiento "para asegurar mejor la seguridad jurídica"⁴⁵.

También en España⁴⁶, el Tribunal Constitucional ha recurrido a una serie de técnicas con las cuales enfrentarse al problema de las omisiones legislativas: recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, declaración de la inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad⁴⁷.

A la vista de todo lo expuesto, es claro que algunas de las técnicas jurisprudencialmente habilitadas, y muy en especial la de las sentencias aditivas, en cuanto posibilitan que a través suyo el Tribunal, en ciertos casos, pueda llegar a crear una norma, por adición o sustitución, de signo opuesto a la declarada inválida, no dejan de suscitar

problemas. En general, la doctrina jurisprudencial examinada, particularmente la italiana y alemana, aunque tiende a afirmar el principio de la supremacía constitucional y, como lógica derivación del mismo, el control de la constitucionalidad por el órgano titular de la jurisdicción constitucional, no está exenta de riesgos y costos jurídicos y políticos cuya superación exige en todo momento, como ha precisado Miranda⁴⁸, mantener un equilibrio entre el principio de garantía de la Constitución, encarnado por el Tribunal Constitucional, y el principio democrático, encarnado por los órganos legislativos.

La problemática referida ha suscitado una específica preocupación por parte de los legisladores de algunos países. Este es el caso del Perú, en donde la comisión especial redactora del Anteproyecto de Ley de habeas corpus y amparo previo, por acuerdo mayoritario de sus integrantes, la incorporación a dicho texto de un precepto (el que habría de ser artículo 26 del Anteproyecto) de conformidad con el cual: «No dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado». En la Exposición de Motivos del Anteproyecto⁴⁹ se justificaría tal determinación en base a un criterio considerado realista, pues de lo contrario «se tendría que obligar a los jueces a que sus resoluciones emitan órdenes que por sus alcances no serían actos jurisdiccionales, sino legislativos», reflexión que, aun siendo en alguna medida cierta, no lo es en puridad, entrañando además que se supedite la garantía de un derecho constitucionalmente proclamado a un circunstancia marginal a la obligada eficacia inmediata del derecho, como es la de su normación por el legislador. Por último, el texto definitivo de la Ley N° 23506, de Habeas Corpus y Amparo, en su artículo 25, prescribiría que «no da lugar a la acción de amparo los derechos a

⁴⁴ Vezio Crisafulli. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. vol. II (L'ordinamento costituzionale italiano). CEDAM, 5ª ed. Padova, 1984. p. 403.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 404.

⁴⁶ Cfr. al efecto, entre los escasos estudios existentes, Luis Aguiar de Luque, "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión". En: *Revista de Derecho Político*, n° 24, verano 1987, pp. 9 ss. en especial, pp. 25-30.

⁴⁷ Para un mayor detalle, cfr. el trabajo de M^a Angeles Ahumada Ruiz. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. n° 8, enero-abril 1991, pp. 169 ss.; en concreto, pp. 182-191.

⁴⁸ Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. vol. II. op. cit., p. 518.

⁴⁹ Puede verse en la obra de Alberto Borea Odría. *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985, pp. 341 ss., en concreto, p. 349.

que se refiere la sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución", esto es, los derechos que irrogan nuevo gasto e inversiones, o lo que es igual, básicamente los derechos de la segunda generación, formulación frente a la que no han faltado juicios críticos, como es el caso de uno de los mismos autores del texto del Anteproyecto⁵⁰.

En cualquier caso, los riesgos anteriormente apuntados, esto es, que el juez opere de *facto* como legislador, no son, como un sector de la doctrina advierte⁵¹, automáticos ni fatales, pues si bien es verdad que no cabe descartar por entero que mediante el recurso a la técnica de las "sentencias aditivas" pueda desbordarse el marco general de distribución de funciones entre los órganos constitucionales del Estado, este riesgo, como advierte Pizzorusso⁵², puede ser oportunamente conjurado mediante diversos frenos, y entre ellos, por la misma autolimitación (*self-restraint*) del Tribunal, como asimismo por la posibilidad de llegar a acuerdos informales entre el tribunal y los demás órganos constitucionales con vistas, al menos, a la aceleración o atemperamiento en el ritmo de determinados procesos⁵³.

En resumen, es evidente que la inexistencia de una norma constitucional específica que establezca la fiscalización por los Tribunales Constitucionales de la inconstitucionalidad por omisión no ha impedido que se llegue a resultados análogos⁵⁴ a los de los países -a los que a renglón seguido vamos a referirnos- que han incorporado a sus códi-

gos constitucionales cláusulas de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión.

5. LA RECEPCION EN LOS CODIGOS CONSTITUCIONALES DEL INSTITUTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

Las Constituciones del último medio siglo han sido absolutamente parcas en orden a la contemplación del instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Sólo encontramos tres aisladas excepciones al respecto.

La primera de esas salvedades, poco conocida, si bien, como con acierto ha subrayado Dantas⁵⁵, constituye el primer antecedente del instituto, la encontramos en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, promulgada el 21 de febrero de 1974. Las dos restantes excepciones las hallamos en la Constitución de la República Portuguesa, del 2 de abril de 1976, y en la Constitución de la República Federativa del Brasil, del 5 de octubre de 1988.

El artículo 377 de la Constitución yugoslava prescribía: "Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiese dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY".

⁵⁰ Alberto Borea Odria. *El Amparo y el Habeas Corpus*. op. cit. p. 189.

⁵¹ Néstor Pedro Sangüés. "Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial. En: *Ius et Veritas* Revista de la Facultad de Derecho, PUC, año III, n 5, p. 39 ss; en concreto, p. 47.

⁵² Alessandro Pizzorusso. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. tomo II. p. 342.

⁵³ No faltan autores, como es el caso de Alberto Antonio Spota (en *Aportes para la reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires. Operatividad de la cláusulas programáticas incumplidas*. La Plata, 1985, p. 179), que entienden que todas las cláusulas programáticas, sin excepción, deben en el ámbito jurídico convertirse en operativas, por intermedio del quehacer del Poder Judicial, cuando los restantes poderes públicos omitieran aquel cumplimiento.

⁵⁴ Cabe recordar al efecto que al encarar la Corte Suprema argentina el tema de los tratados internacionales y su operatividad jurídica dentro del Derecho interno, con ocasión de la resolución, en 1992, del polémico Caso Ekmekdjian contra Sofovich, la Corte Suprema se manifestó del siguiente modo: "La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significaría el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse".

De este razonamiento jurisprudencial, Germán Bidart Campos (en su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I, Eoiar, Buenos Aires, 1993, p. 160) ha entresacado que como los tratados prevalecen sobre las leyes, el incumplimiento de un tratado por omisión legislativa puede asimilarse a una omisión inconstitucional.

⁵⁵ Ivo Dantas. *Mandado de injuncao. Guia teórico e prático*. Aide, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1994, pp. 56-57.

A la vista de ese precepto, es indudable que la Constitución habilita al Tribunal de Garantías para ejercer una función de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión, bien que, constatada ésta, al citado Tribunal no le cabía otra posibilidad que la de informar de ello a la Asamblea de la República. Ello no obstante cabe significar, al margen ya de aquella determinación, que tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales como los Tribunales Constitucionales de las Repúblicas y de las Provincias Autónomas, podían iniciar *ex officio* un proceso encaminado a la verificación del control de la constitucionalidad y, en los casos de omisión constitucional, no sólo informar de ese hecho a la Asamblea, sino también intervenir con vistas a la superación de la omisión legislativa mediante la presentación a las Asambleas respectivas de propuestas de elaboración o modificación de leyes, o a través de la adopción de cualesquiera otras medidas encaminadas a garantizar la constitucionalidad y la legalidad⁵⁶.

A) La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de Portugal de 1976.

El influjo del texto antes transcrito de la Constitución Federal yugoslava sobre la Constitución portuguesa del 2 de abril de 1976 iba a ser evidente. La propia dicción de los respectivos preceptos de uno y otro código constitucional nos pone de manifiesto con cierta claridad tal similitud, pero además, la ideología que en su redacción primigenia transpiraba el código político portugués no se hallaba excesivamente alejada de la subyacente en la Constitución yugoslava, circunstancia adicional a la hora de tener en cuenta, de aprehender, la razón a la que responde la introducción en la Constitución revolucionaria de 1976 del instituto que nos ocupa.

A tenor del artículo 279 del texto inicial de la citada norma constitucional: «Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable».

Como puede apreciarse a la vista de la redacción

del citado precepto, la recomendación a los órganos legislativos competentes a que en él se alude no difiere en exceso del informe a la Asamblea de la RSFY a la que alude el artículo 377 de la Constitución yugoslava. La diferencia más perceptible entre uno y otro modelo radicaba en el órgano legitimado para apreciar la omisión inconstitucional: mientras en Yugoslavia se trataba del Tribunal Constitucional, en la Constitución portuguesa de 1976 tal facultad se encomendaba al Consejo de la Revolución, órgano político-militar formalmente garante del funcionamiento regular de las instituciones democráticas, y en la realidad política, órgano de caución de las supuestas esencias de la Revolución de abril de 1974.

Desde luego, a la vista del diseño originario del texto portugués era perfectamente legítimo discutir si el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se traducía en una fiscalización de la inconstitucionalidad o, por el contrario, en una medida de defensa de la Constitución considerada en su conjunto, fruto de la propia y peculiar naturaleza del Consejo de la Revolución.

En todo caso, y al margen ya de la última *ratio* a la que respondiera el instituto, sí es de interés significar que el sentido de la inconstitucionalidad por omisión acogida por el ya citado artículo 279 de la Constitución -que encontraba su complemento en el artículo 146, b de la propia norma suprema⁵⁷- ampliaba de modo notable el concepto que, siguiendo en buena medida a Canotilho, hemos venido manejando aquí, y ello, en esencia, porque la referencia del artículo 279 a que «la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales», implica claramente la ampliación del concepto de omisión inconstitucional al incumplimiento de las *ordens de legislar* y a la inaplicación o ausencia de desarrollo de las normas finalistas que acojan mandatos abstractos.

La primera reforma de la Constitución de Portugal, llevada a cabo por la ley constitucional 1/1982 del 30 de setiembre, iba a incidir de modo muy notable sobre la cuestión que ahora nos ocupa. Será ahora un nuevo precepto, el artículo 283, el

⁵⁶ Cfr. al efecto, el «Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A Jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República Federativa da Iugoslávia». En: *Boletim de Comentações e Direito Comparado de Portugal*, n.ºs 29-30, p. 94.

⁵⁷ A tenor del artículo 146, b) de la Constitución de Portugal, en su redacción primigenia, correspondía al Consejo de la Revolución, en su calidad de garante de la observancia de la Constitución, velar por la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, para lo cual podría el Consejo formular recomendaciones.

que aborde el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

1. «A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los presidentes de las Asambleas Regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales».

2. «Cuando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente».

El primer rasgo a destacar, como fácilmente puede apreciarse, es que la reforma mantiene en sus mismos términos la redacción del texto original de la Constitución en lo que hace al supuesto objetivo que desencadena esta fiscalización: «omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales», con lo que sigue teniendo validez la reflexión que precedentemente hacíamos. Además, de la cláusula citada parece deducirse, como dice Canotilho⁵⁸, que los mandatos constitucionales son tan sólo mandatos al legislador, cuando, en ocasiones, el incumplimiento de la Constitución se produce por la falta de una política global o de actos particulares de ejecución de las leyes. A su vez, Miranda⁵⁹ considera latente en la cláusula en cuestión una idea o principio de proporcionalidad, compartiendo la idea de que el artículo 283.1 se refiere a un acto legislativo o ley en sentido formal.

Desde luego, estamos ante un proceso de fiscalización *a posteriori* o, si se prefiere, sucesiva, y no en modo alguno preventiva. Baste con recordar al efecto que el artículo 67 de la Ley 28/1982, del 15 de noviembre, de organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional, a efectos de la determinación del régimen procesal a aplicar, se remite a lo establecido por la propia ley respecto de los procesos de fiscalización sucesiva, salvo los efectos de la constatación de la inconstitucionalidad por el Tribunal, que lógicamente son los que determina el artículo 283.2 de la norma suprema.

El sujeto pasivo o destinatario de los mandatos constitucionales o de las *ordens de legislar* cuyo incumplimiento conduce a la inconstitucionalidad por omisión es, a la vista del artículo 283, el legislador.

En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, se circunscriben a que el Tribunal Constitucional ponga en conocimiento del órgano legislativo competente tal circunstancia. La fórmula ahora empleada («dar conocimiento» o, si se prefiere, «poner en conocimiento») es como menos directa que la utilizada antes de la reforma constitucional («formular una recomendación», a la vista del artículo 279 en conexión con el artículo 146, b de la propia Constitución), pudiendo interpretarse, a juicio de Canotilho⁶⁰, como una suerte de apelación, con significado jurídico y político, del Tribunal Constitucional a los órganos legislativos competentes con vistas a que elaboren los actos legislativos necesarios para la aplicabilidad de la norma constitucional. Nada se prevé, sin embargo, acerca de los posibles efectos que pudieran derivarse de la inercia del órgano legislativo ante la apelación del Tribunal Constitucional.

La experiencia que nos proporciona la *praxis* del instituto en Portugal no es especialmente gratificante. Han sido muy escasas las ocasiones en que este tipo de fiscalización ha sido ejercitado. En el primer período (1976-1982), esto es, hasta la reforma constitucional de 1982, tan sólo pueden destacarse seis pareceres, mientras que, contra lo que pudiera pensarse, tras la importante modificación constitucional de ese año, tampoco han abundado mucho los acuerdos del Tribunal en este ámbito, algo que lógicamente debe apuntarse en el deber de las instancias legitimadas por la Constitución para instar del Tribunal un pronunciamiento de esta naturaleza, siendo de destacar quizá como más relevante el acuerdo 182/1989, del 1 de febrero, sobre derechos de los ciudadanos frente a la utilización de la informática, en el que el Tribunal apreció la existencia de inconstitucionalidad por omisión en relación al *habeas data*.

⁵⁸ Jose J. Gomes Canotilho. *Constituição dirigente...* op. cit., p. 352.

⁵⁹ Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. op. cit., p. 519.

⁶⁰ Jose J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 4ª ed. op. cit., p. 830.

B) La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de Brasil de 1988.

El instituto que venimos estudiando, como ya dijimos, ha sido acogido asimismo por la última Constitución brasileña del año 1988.

Ya con anterioridad al debate constituyente, la doctrina⁶¹ recomendaba la elevación a la categoría de principio constitucional de esta figura⁶².

Finalmente, el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución prescribirá que: «Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días».

Varias, y muy nítidas, son las diferencias que se pueden apreciar en el régimen constitucional de este instituto adoptado por la Constitución brasileña en relación al mismo régimen portugués:

a) Una primera diferencia de importancia se refiere al objeto de la inconstitucionalidad por omisión. Mientras, como hemos visto, en Portugal se habla de omisión de «las medidas legislativas necesarias», el código brasileño se refiere a la omisión de la medida necesaria para hacer efectiva una norma constitucional. Aunque algún autor ha entendido que el vicio de inconstitucionalidad omisiva se revela por la inexistencia de un acto legislativo en sentido propio⁶³, es indiscutible que la Constitución brasileña no restringe las omisiones inconstitucionales a las omisiones legislativas; basta con atender al inciso final del artículo 103.2, que alude de modo específico a los órganos administrativos. Ello ha sido juzgado positivamente

por la doctrina, que se ha referido a cómo la inconstitucionalidad por omisión, en ocasiones, es más bien fruto de la mera inexecución de las leyes existentes, pudiéndose hablar entonces, según Carrazza⁶⁴, de que una ilegalidad por omisión desemboca en una inconstitucionalidad por omisión, afirmación un tanto equívoca a nuestro modo de ver, por cuanto que, en este caso, lo que importa es que la falta de desarrollo de la norma reglamentaria genera una violación de la Constitución.

b) Una segunda diferencia atañe a la legitimación procesal activa, mucho más restringida en el texto portugués, pues si bien es cierto que la Constitución brasileña no especifica quién está legitimado para recurrir en este supuesto, no es menos cierto que de la misma estructura del artículo 103 de la Constitución se desprende con cierta claridad que es idéntica la legitimación para recurrir por acción o por omisión⁶⁵, lo que supone que queden legitimados: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa de cada estado miembro de la unión, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil (equivalente a nuestros Colegios profesionales), cualquier partido político con representación en el Congreso Nacional y cualquier confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

c) La tercera divergencia se refiere al órgano que ha de conocer de la acción, que mientras en Portugal es un Tribunal Constitucional, un órgano *ad hoc*, creado específicamente para el control de la constitucionalidad, en Brasil es el Supremo Tribunal Federal, órgano supremo del Poder Judicial ordinario, aun cuando con una función adicional de

⁶¹ Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte*. op. cit. p. 59.

⁶² Sobre el pensamiento jurídico brasileño previo a la Constituyente, como asimismo sobre el Anteproyecto Constitucional elaborado por la Comisión de Estudios Constitucionales y el tratamiento de este instituto, cfr. Marcia Rodrigues Machado "Inconstitucionalidade por omissão". En: *Revista de Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n° 30, diciembre de 1988, pp. 41 ss. en concreto, pp. 46-54.

⁶³ Paulo Napoleão Nogueira Da Silva. A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1992. p. 113.

⁶⁴ Roque Antonio Carrazza. "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção". En: *Jurisprudência Brasileira*, Jurúa, n° 167, julio-setiembre 1992, ps. 53 y sigs., en concreto, p. 56.

⁶⁵ De igual opinión son, entre otros, Paulo Modesto. "Inconstitucionalidade por omissão..". op. cit., p. 124. Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. o. 63. José J. Gomes Canotilho. "Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito a emanacao de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas". En: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*. Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 351 ss.; en concreto, p. 354.

«guardián de la Constitución», como se estipula en el inciso inicial del artículo 102 de la misma norma suprema.

d) La última diferencia se ciñe a los efectos de la declaración, o, con más precisión, a un aspecto específico de los mismos. Como regla general, la resolución del Supremo Tribunal Federal es básicamente declarativa, por cuanto si la omisión proviene del Legislativo, aquél se ha de limitar a comunicarle la declaración de inconstitucionalidad a fin de que el Legislativo adopte las medidas pertinentes. Sin embargo, si la omisión proviene de un órgano administrativo -y esta es la última diferencia con el modelo portugués-, entonces, aunque el Supremo Tribunal Federal se ha de dirigir a dicho órgano en la misma forma, el hecho de que la Constitución prevea un plazo reducido de treinta días dentro del cual el órgano administrativo ha de adoptar las providencias necesarias para subsanar la omisión tildada de inconstitucional, ha dado pie para que la doctrina hable de que en este último supuesto la decisión del Supremo Tribunal Federal tiene una *eficácia mendamental média*⁶⁶, ya que impulsa, concita a la práctica del acto so pena de incurrir en responsabilidad o de que, en el mismo caso, se trate de una decisión que asume un verdadeiro carácter de *ordem judicial*⁶⁷.

Son precisamente los efectos de la decisión que reconoce una omisión inconstitucional los que mayor debate doctrinal han suscitado. Un sector de la doctrina ha entendido que la Constitución ha sido muy tímida en este punto concreto, al apenas avanzar respecto de lo ya estipulado en la norma suprema portuguesa. El principio de discrecionalidad del legislador -razona Da Silva⁶⁸- continúa intacto, y está bien que así sea. Sin embargo, ello no obstaría para que la sentencia que reconociese una omisión inconstitucional pudiese disponer normativamente sobre la materia hasta que la omisión legislativa fuese suplida. Con ello, concluye el mismo autor, se conciliaría el principio político de la autonomía del legislador y la exi-

gencia de efectivo cumplimiento de las normas constitucionales, juicio éste que no podemos compartir por cuanto ello supondría convertir al Supremo Tribunal Federal en un auténtico órgano legislativo encargado de dictar normas de validez general, a lo que no obsta lo más mínimo el hecho de que tengan una vigencia temporal limitada. La apreciación de Da Silva nos merecería otro juicio de entenderla circunscrita a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pudiese disponer lo necesario al caso concreto para convertir en eficaz la norma constitucional, pero éste es precisamente el fin que persigue el llamado *mandado de injunção* al que nos referiremos más adelante.

Otro aspecto cuestionado, que se vincula estrechamente con el anterior, es el de qué sucede si el sujeto pasivo del recurso no atiende las indicaciones del Supremo Tribunal Federal. Tratándose de un órgano administrativo, se ha entendido⁶⁹ que tal conducta podría ser tipificada como delito de desobediencia o, alternativamente, de prevaricación, dependiendo de cada caso concreto que deberá ser apreciado por el Ministerio Público. En el supuesto de tratarse de una omisión legislativa, se ha considerado⁷⁰ que si el constituyente no ha precisado plazo alguno para suplir la omisión ello ha sido por la confianza del mismo en el establecimiento de mecanismos reglamentarios por el propio Poder Legislativo, capaces de viabilizar lo dispuesto por la determinación judicial.

Conviene poner de relieve finalmente que la pauta marcada por la Constitución Federal brasileña ha sido seguida muy de cerca, incluso ampliada en algunos aspectos, por determinadas Constituciones estatales, esto es, de los estados miembros de la Unión⁷¹, siendo de reseñar algún aspecto de interés en relación con la cuestión que nos ocupa, como es, por ejemplo, el de que la Constitución del Estado de Rio Grande do Sul legitima activamente para recurrir en esta vía de la inconstitucionalidad por omisión, entre otros, a las entidades o asociaciones de defensa del medio ambien-

⁶⁶ Roque Antonio Carrazza. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão...* op. cit. o. 57.

⁶⁷ Paulo Modesto. *Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica...* op. cit. p. 124.

⁶⁸ José Afonso Da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 3ª reimpr., Malheiros, Sao Paulo, 1993, p. 49.

⁶⁹ Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. p. 65.

⁷⁰ Michel Temer. *Elementos de Direito Constitucional*, op. cit. p. 51.

⁷¹ Cfr. al efecto, Luis Rodríguez Wambier. "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-membros". En: *Revista de Processo*, año 17, n° 65, enero-marzo 1992, pp. 75 ss.; específicamente, pp. 80-83.

te, de derechos humanos y de los consumidores de ámbito nacional o estatal (artículo 95.1 de la Constitución del 3 de octubre de 1989). Algo análogo puede decirse de la Constitución del Estado de Santa Catarina, del 5 de octubre de 1989, que también habilita procesalmente para recurrir por inconstitucionalidad por omisión a un conjunto de asociaciones legítimamente constituidas cuya finalidad básica es la protección de intereses difusos⁷², circunstancia, a nuestro modo de ver, muy progresiva y digna de ser tenida en cuenta.

6. EL INSTITUTO PROCESAL BRASILEÑO DEL MANDADO DE INJUNÇÃO

En el derecho inglés, como es conocido, han surgido a lo largo del tiempo una serie de institutos procesales que iban a ser invocados para la protección de derechos e intereses jurídicos de muy diversa jerarquía. De entre ellos destacaban el *writ of injunction* y el *writ of mandamus*. Mientras el primero tiene una aplicación prohibitiva, siendo su finalidad prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de una ley, el segundo supone la solicitud ante un tribunal a fin de que expida un mandamiento dirigido a obligar a una autoridad a ejecutar un deber que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no haya sido todavía reglamentado⁷³.

Los dos *writs* a que acabamos de referirnos han ejercido una notabilísima influencia en algunos ordenamientos iberoamericanos, muy especialmente, en un primer momento, en los de las provincias argentinas, que los han acogido bajo los rótulos de «mandamientos de ejecución (*mandamus*) y de prohibición (*injunction*)».

Sin embargo, más recientemente, ha sido Brasil en donde se ha consagrado una nueva figura procesal que se encuentra directamente inspirada en el *writ of mandamus*; se trata del *mandado de injunção*. De conformidad con el inciso LXXI de artículo 5º de la Constitución de Brasil de 1988, se concede

en *mandato de injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.

Nos hallamos en presencia de una acción constitucional puesta a disposición de quien se considere titular de cualesquiera derechos, libertades o prerrogativas, inviables por la ausencia de una reglamentación normativa exigida o supuesta por la Constitución. De esta forma, la finalidad principal de este instituto procesal constitucional consiste, como bien afirma Da Silva⁷⁴, en conferir inmediata aplicabilidad a la norma constitucional portadora de aquellos derechos y prerrogativas e inerte en virtud de la ausencia de reglamentación.

Destaca de esta institución la amplitud de su ámbito material, por cuanto, como ya hemos significado, se concederá un mandamiento de esta naturaleza no sólo para posibilitar el ejercicio real de cualquier derecho o libertad constitucional, previsión que engloba los derechos individuales, colectivos y sociales y los principios del orden social, sino también para preservar las prerrogativas referidas a la nacionalidad, la ciudadanía y la soberanía (acogidas a los artículos 12 a 16 de la norma suprema).

El *mandado de injunção*, como apunta Sidou, no debe confundirse, aunque esté dirigido al mismo fin, con la acción de inconstitucionalidad por omisión, manifestación particular de la acción directa de inconstitucionalidad, con la que guarda notables divergencias, a las que nos referiremos más adelante. Mientras la acción de inconstitucionalidad regula el modo de hacer efectiva una regla constitucional, mediante la determinación de que, declarada la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal lo comunicará al órgano competente a fin de que adopte las medidas necesarias, el *mandado de injunção*, más que la elaboración de las disposiciones reglamentarias, pretende la realización del acto, a fin de que de esta manera se trans-

⁷² También en otros estados federales, como es el caso de la Argentina, algunas Constituciones de estados-miembros, provinciales por ser más rigurosos, han acogido el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Así, la de la provincia de Río Negro, de 1988, cuyo artículo 207 acoge este instituto, cabiendo al efecto una acción judicial. Cfr. al respecto, Germán J. Bidart Campos. "Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro" en *El Derecho*, 18 de octubre de 1988.

⁷³ Cfr. al efecto, Héctor Fix-Zamudio. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México, Civitas, México-Madrid, 1982, ps. 89-93.

⁷⁴ José Afonso Da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. op. cit. p. 392.

forme el derecho abstracto en una situación subjetiva concreta⁷⁵.

Ello, no obstante que su relación con la problemática que ahora nos ocupa es patente, en último término si se quiere, por cuanto, como señala Canotilho⁷⁶, un *mandado de injunção*, modestamente si se quiere, puede en un momento dado limitar la arrogante discrecionalidad de los órganos normativos que permanecen callados cuando su obligación jurídico-constitucional era delinear en moldes normativos relgas de canalización de los derechos y libertades constitucionales.

Varias son las diferencias que separan la inconstitucionalidad por omisión del *mandado de injunção*:

1) Mientras la acción de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de fiscalización abstracta para la que están legitimadas las entidades y órganos a que se refiere taxativamente el artículo 103 de la Constitución, el *mandado de injunção* es claramente una acción individual encaminada a la defensa de los derechos, circunstancia que ha llevado al algún sector doctrinal a reclamar la conveniencia de perfilar legalmente una amplia legitimación activa para accionar este instituto⁷⁷.

2) En sintonía con la diferencia anterior, mientras la primera acción es una acción de garantía constitucional, en mandado es una acción de defensa de garantías individuales. Como advierte Dantas⁷⁸, el *mandado de injunção* no es un derecho individual, sino una garantía constitucional a través de la cual se intenta conseguir el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Es decir, en un caso se trata de salvaguardar la Constitución, mientras que en el otro son de modo específico los derechos individuales los que se tratan de tutelar y,

como es obvio, a través de ellos el sistema de valores materiales de la misma Constitución.

3) La inconstitucionalidad por omisión es un procedimiento que puede ser desencadenado siempre que haya omisión de medidas para hacer efectiva, convertir en aplicable, una norma constitucional, esto es, cualquier norma constitucional. El *mandado de injunção* presupone la existencia de un derecho o libertad individual y una lesión del mismo producida por no poder ejercitar el interesado dicho derecho por ausencia de una reglamentación adecuada. Esta reglamentación no tiene que confundirse con ordenación reglamentaria proveniente del Ejecutivo, sino que, bien al contrario, la norma reguladora cuya ausencia impide el ejercicio del derecho puede ser perfectamente una norma legal⁷⁹. Por otro lado, es indiferente que la naturaleza de la norma en cuestión sea material o procesal. Como afirma Agrícola Barbi⁸⁰, partiendo del principio de que las garantías constitucionales deben ser interpretadas en un sentido amplio, nunca restrictivo, debe entenderse que la norma reguladora a que se refiere la Constitución puede ser, indistintamente, de derecho procesal o de derecho material.

4) El órgano competente para conocer de la acción de inconstitucionalidad por omisión es el Supremo Tribunal Federal, mientras que respecto del *mandado de injunção* se fracciona esa competencia en función del órgano a que correspondiese la elaboración de la norma reguladora del derecho cuya ausencia impide el ejercicio del mismo⁸¹.

5) Finalmente, mientras que en la inconstitucionalidad por omisión el Supremo Tribunal Federal no puede sustituir la actuación del órgano legislativo o administrativo, en el *mandado de injunção* el

⁷⁵ J.M. Othon Sidou. "Las nuevas figuras del Derecho Procesal Constitucional Brasileño: Mandado de Injuncao y Habeas Data". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (traducción de Héctor Fix-Zamudio), año XXIV, n.º 70, enero-abril 1991, pp. 169 ss.; en concreto, p. 174.

⁷⁶ Jose J. Gomes Canotilho. *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito a emanacao de normas jurídica*. op. cit. o. 367.

⁷⁷ Es el caso, entre otros, de Celso Agrícola Barbi. "Protecao processual dos direitos fundamentais na Constituição de 1988", en Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*. op. cit. pp. 93 ss. en concreto, p. 105.

⁷⁸ Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. p. 70.

⁷⁹ En igual sentido, José Da Silva Pacheco. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2.ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991. p. 288.

⁸⁰ Celso Agrícola Barbi. *Proteção processual dos direitos...* op. cit. p. 104.

⁸¹ Ivo Dantas. *Mandado de injunção*. op. cit. ps. 80-82.

órgano jurisdiccional que conozca del mismo, con efectos *inter partes*, puede adoptar las medidas necesarias en orden a posibilitar el ejercicio del derecho.

De todo lo expuesto puede entresacarse que existen diferencias notables entre ambos mecanismos procesales. El *mandado de injunção* es una garantía individual⁸² que pretende garantizar un derecho subjetivo, no el Derecho objetivo, y que atiende a la ausencia de una norma reguladora que permita el ejercicio del derecho. Ahora bien, no cabe ignorar que podrán superponerse ambos institutos en aquellos supuestos en que la omisión suponga la ausencia de normas adecuadas para convertir en aplicables normas que consagren derechos o libertades. De ahí el interés que en la problemática que venimos estudiando puede presentar el *mandado de injunção*.

7. LA OPERATIVIDAD DEL MANDADO DE INJUNÇÃO EN LA RESOLUCION DE LA PROBLEMATICA PLANTEADA POR LA INACCION EN MATERIA DE DERECHOS DE UN PODER DE NORMACION

La admisión, en unos casos a nivel de los códigos constitucionales y en otros por la vía jurisprudencial, de la figura de la omisión legislativa inconstitucional, no hace sino traducir la existencia en determinados supuestos de un auténtico deber constitucional de emanación de normas destinadas a dar plena operatividad jurídica a los mandatos constitucionales. Ahora bien, ¿de ese deber de legislación deriva un derecho a la legislación, un derecho a la emanación de normas por parte del Poder Legislativo?

Como bien señala Canotilho⁸³, una protección jurídica global y sin lagunas frente a aquellos actos de los poderes públicos que no se hallen conformes con la Constitución exigiría, en el supuesto de omisiones legislativas inconstitucionales, el reconocimiento de un derecho a exigir una actua-

ción positiva del legislador, de un derecho, en definitiva, a la emanación de normas jurídicas por parte del legislador. Sin embargo, ese derecho es mayoritariamente rechazado sobre la base de argumentos bien dispares que van desde el de que su reconocimiento vulneraría el principio de división de poderes, trastocando gravemente la relación entre el legislativo y el judicial, hasta aquel otro de que la pretensión jurídica subjetiva que debiera encerrar el derecho objetivo a la normación. Bien es verdad que esta última reflexión se relativiza extraordinariamente en el caso de violación de derechos fundamentales por omisión legislativa.

Cuanto se ha dicho no hace sino, una vez más, poner de relieve las notables contradicciones que encierra el Estado Social de Derecho de nuestro tiempo, que sigue, de una u otra forma, reconduciendo los mecanismos jurídicos de tutela y garantía de los derechos a los procedimientos característicos del estado liberal, con total ignorancia de que, como nuevamente sostiene Canotilho⁸⁴, las normas de asignación de fines al Estado, las normas que imponen a los poderes públicos la realización de un conjunto de tareas y fines sociales, no pueden por menos de incidir sobre la caracterización meramente liberal de la categoría de los derechos públicos subjetivos, que se revela, a nuestro entender, como de todo punto insuficiente para hacer frente a la tutela de derechos e intereses no estrictamente reconducibles a un simple interés individual, cual sería el caso de los derechos sociales -que, como bien dijera Nino⁸⁵, han de verse como el correctivo indispensable frente a las falencias de los derechos económicos- o de los intereses difusos.

A la vista, pues, de las dificultades existentes para concebir un derecho subjetivo a la emanación de normas que pueda encajar dentro de las categorías, básicamente liberales, novecentistas, en que sigue moviéndose el constitucionalismo del Estado social y democrático de derecho, no parecen

⁸² Ello no obstante, cabe hablar de la existencia de un "mandado de injunção colectivo", ya que pueden accionar este instituto los sindicatos, a los que el artículo 8º III de la Constitución les atribuye la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de los trabajadores, con lo que es perfectamente admisible que cuando la ausencia de una norma imposibilite el ejercicio de derechos legítimamente pertenecientes a aquellos, un sindicato pueda recurrir a esta acción. Más aún, el inciso XXI del artículo 5º de la Constitución habilita a las entidades asociativas expresamente autorizadas para representar a sus afiliados judicial o extrajudicialmente.

⁸³ Jose J. Gomes Canotilho. *Constituição dirigente...* op. cit. ps. 341-342.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 343.

⁸⁵ Carlos Santiago Nino. *Fundamentos de Derecho Constitucional (Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional)*. Astrea, Buenos Aires, 1992. p. 397.

restar otras posibilidades de impulso a los valores materiales de la Constitución, cuyo reflejo quizá primario lo hallamos en el bloque normativo-programático, que el del recurso a las garantías democráticas⁸⁶ con la subsiguiente postergación de las garantías jurídicas.

No obstante lo anterior, no creemos que debe declinarse en el intento de búsqueda de mecanismos procesales con los cuales intentar dar cierta operatividad jurídica a ese derecho aen la legislación, a la emanación de normas por parte del legislador. Y a este respecto, el nuevo ordenamiento constitucional brasileño ha abierto nuevas expectativas, básicamente a través de la consagración constitucional del instituto ya analizado, del *mandado de injunção*. Veamos las razones de ello.

Descartada, como ya expusimos, (desde las categorías conceptuales novecentistas en que en ciertos ámbitos se sigue moviendo aún el estado constitucional de nuestro tiempo), la existencia de un Derecho objetivo a la normación, por la inexistencia -evaluada siempre, insistimos en ello, desde aquellas categorías- de una pretensión subjetiva accionable, hemos de plantearnos de inmediato si cabría admitir la existencia de una tal pretensión (y, de resultas, de un derecho a la normación, con independencia ya de que la norma sea una ley o un reglamento) en aquellos casos en que la ausencia de la norma impida al interesado el ejercicio específico de un derecho o libertad del que es constitucionalmente titular. El punto crucial del problema, como una vez más señala Canotilho⁸⁷, es el de si la ausencia de una norma reguladora que inviabiliza el ejercicio del derecho o libertad constitucional no pone de relieve una perfecta imbricación entre la dimensión material del derecho y su dimensión procesal, posibilitando de esta forma el reconocimiento de una pretensión subjetiva accionable, con lo que ello entraña de admisibilidad de un derecho a la normación en los específicos supuestos anteriormente referidos.

El *mandado de injunção*, recordémoslo, se reconoce por el inciso LXXI del artículo 5º de la Constitución siempre que la ausencia de una norma regu-

ladora convierta en inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales. A la vista de su diseño constitucional, en una primera aproximación, parece que podría ser un instrumento operativo adecuado en orden a accionar el derecho a la normación. Ello tropezaría, sin embargo, con un obstáculo insalvable: su naturaleza de acción de garantía, pues toda acción procesal de este tipo se destina a asegurar una vía procesal de defensa de un derecho, no a la obtención de una norma por decisión judicial. No obstante, este obstáculo puede ser salvado mediante la configuración del *mandado de injunção* como un auténtico derecho constitucional autónomo, y no como una simple garantía procesal⁸⁸. Concebido como verdadero derecho constitucional, y salvado por lo mismo el obstáculo inmediatamente antes referido, el ejercicio de este derecho deberá conducir al juez a amparar y restablecer el derecho, adoptando las decisiones oportunas, entre las que no cabe excluir un *mandatory injuntion* que se traduzca en la realización de actos positivos a cuyo través sustituir una actividad normativa por la que se viabilice el ejercicio del derecho.

Ahora bien, admitida esa posibilidad, sin ningún resquicio de duda, conviene precisar que dentro de la capacidad decisoria del juez no parece posible pensar que tenga cabida una ordenación normativa que viabilice el ejercicio del derecho con carácter general, o si se prefiere, con eficacia *erga omnes*. En un momento precedente ya señalamos que los efectos de la decisión judicial no pueden ser sino *inter partes*, lo que, en definitiva, no permite en sentido estricto hablar de que el *mandado de injunção* puede ser el cauce con el que dar operatividad jurídica a un auténtico derecho a la emanación de normas.

Esta conclusión no nos puede conducir, sin embargo, a ignorar la importancia de este nuevo instituto constitucional, que bien puede ser concebido como derecho autónomo, en cuanto puede contribuir, modestamente si se quiere, a limitar la en ocasiones arrogante actitud de los órganos normativos, y muy en especial del Legislativo, que, apoyado en su discrecionalidad, ignora a veces de

⁸⁶ El problema del silencio del legislador -sostiene Canotilho (en *Constituição dirigente...* op. cit. p. 348)- conduce, en primer lugar, a la lucha por la participación y por la reivindicación de instrumentos de democracia directa. No se trata de reclamar mecanismos plebiscitarios, sino de que se logre el reconocimiento de acciones populares o del derecho a la iniciativa legislativa popular, que permitan superar los supuestos de omisión inconstitucional.

⁸⁷ Jose J. Gomes Canotilho. *Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito a emanção de normas...* op. cit. p. 361.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 364.

forma patente los mandatos del constituyente. Si, como dice Canotilho⁸⁹, a través de una vigilancia judicial que no exceda de los límites propios de la función judicial, se consiguiese llegar a una protección jurídica sin lagunas, entonces el *mandato de injunção* habría alcanzado plenamente sus objetivos.

Esta acción constitucional de defensa, que puede concebirse como verdadero derecho y que se expande a todos los derechos constitucionales (individuales, colectivos, sociales, etc.)⁹⁰ proporciona un modelo digno de ser tenido en cuenta en or-

den a la búsqueda de soluciones a la problemática que nos ocupa, con las necesarias adaptaciones, como es obvio, a las propias peculiaridades de cada sistema jurídico, revelándonos, en último término, la necesidad de dinamizar los mecanismos de garantía de los derechos en general, y de los derechos sociales en particular, con vistas a superar el modelo todavía vigente hoy, asentado en un conjunto de categorías jurídicas concebidas para una sociedad en la que el individuo y su protección frente a supuestas actuaciones positivas e irregulares de los poderes públicos era el único punto de referencia a tener en cuenta.

⁸⁹ *Ibidem* p. 367.

⁹⁰ En igual sentido, José Afonso Da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. op. cit. p. 392.

J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ

ABOGADO - NOTARIO

Horario de atención :

Invierno 9:00 a.m. - 1:00 p.m. / 2:00 p.m. - 5:30 p.m.

Verano 9:00 a.m. - 1:00 p.m. / 2:00 p.m. - 5:00 p.m.

Las Begonias 656 - Of. 29 "A" (3^{er}. Piso) San Isidro

☎ 422-6655 440-8128 441-2946 442-0181 442-2120 Fax 442-7232