

Omisión legislativa como omisión inconstitucional. Pervivencia de incertezas

*Legislative Omission as Unconstitutional Omission.
Survival of Uncertainties*

José Julio Fernández Rodríguez (España)*

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2015.

RESUMEN

La inconstitucionalidad por omisión se ha convertido en una relevante figura objeto de estudio para la doctrina, además de tener ya una presencia importante en el derecho comparado y en la jurisprudencia. A pesar de ello, perviven incertezas en torno a dicha omisión, sobre todo en el ámbito de su concepto y de su articulación práctica. De este modo, críticamente se muestran distintas opciones que el derecho positivo contiene en ambas cuestiones. En este análisis se parte de la teoría general defendida acerca de la omisión inconstitucional, que se cree más acertada para que esta institución gane eficacia y precisión.

PALABRAS CLAVE: inconstitucionalidad por omisión, omisión legislativa, concepto de omisión inconstitucional, articulación práctica de la omisión inconstitucional, derecho positivo de la omisión inconstitucional.

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela. Antiguo *ombudsman* de Galicia. josejul.fernandez@usc.es.

ABSTRACT

Unconstitutionality by omission has become a relevant object of study for the doctrine. In addition, it has reached an important presence in comparative law as well as in jurisprudence. Still, uncertainty around the concept and the practical articulation remain. Thus, this article outlines critically different options contained in both matters. In order to develop the analysis we will depart from the general theory that we have defended about unconstitutional omission, which we consider more correct for this institution to gain efficiency and accuracy.

KEYWORDS: unconstitutionality by omission, legislative omission, unconstitutional omission concept, joint practice unconstitutional omission, positive law about unconstitutional omission.

Introducción

Si se condensara en pocas palabras el verdadero problema constitucional que puede generar una omisión legislativa, se haría del siguiente modo: el problema de vulnerar la Constitución. Así las cosas, lo sustancial de una omisión legislativa, lo más trascendente que es capaz de producir, se daría por un efecto posible: originar una omisión inconstitucional, o sea, una vulneración de la Carta Magna. Omisiones jurídicamente relevantes hay muchas, en diversos sectores del ordenamiento jurídico; empero, en este momento la atención se centra en la más relevante de todas, en la medida que supone una inconstitucionalidad.

A pesar de la transcendencia de esto, hasta hace pocos años la atención por este tema era escasa. Sin embargo, la situación ha cambiado de forma importante en los últimos tiempos, sobre todo en el ámbito iberoamericano, en el que han proliferado estudios que hacen olvidar por completo la situación pretérita. Además, la legislación positiva se ha multiplicado, al igual que la jurisprudencia de los tribunales de esta zona, que ha entrado de forma directa en el tema.

Por lo tanto, la situación que se denuncia de tiempo atrás, de la escasa literatura y los reducidos supuestos en el derecho comparado, ya ha mudado.¹

Este aumento del interés por la omisión inconstitucional es un elemento positivo. Estudiar con más intensidad las categorías jurídicas ayuda a perfilarlas mejor y a resolver los problemas pendientes. Así podrá avanzar la ciencia, al problematizar la realidad y las categorías objeto de análisis, abriéndose a un estadio superior del conocimiento del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional. No obstante, a pesar de lo dicho, y curiosamente en cierta medida, persisten algunas incertezas y cuestiones abiertas que se comentan a continuación y que no dejan de ser un tanto sorprendentes. Esto tal vez sea una prueba de la dificultad

¹ Esta situación era un problema para las investigaciones del pasado (Fernández 1998, 38-9). Tiempo después ya se percibió el cambio de situación (Fernández 2003, 17 y 2006, 229), que ahora resulta evidente.

que entraña la categoría de inconstitucionalidad por omisión. Por eso, no es tan fácil cerrar las distintas aristas que atesora.

Lo entendible y que ya no se discute es la pertinencia de la omisión inconstitucional, su justificación. Hace años se hablaba de si se estaba ante una categoría viable o no, aceptable o no. La doctrina actual la considera, casi unánimemente, como justificada y necesaria.

En fin, el fondo epistemológico detrás de la omisión inconstitucional está constituido por la dialéctica entre la obligación de desarrollo de la Constitución y la libertad de configuración del legislador (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*). Al juez constitucional, desde su formación y desde su prudencia, le toca resolver tal situación dialéctica, sometida a un difícil equilibrio. En todo caso, no deben perderse de vista las consecuencias de las decisiones de la jurisdicción constitucional ni que el principio a seguir es la necesidad de desarrollar la Carta Magna, configurándose el retraso en tal desarrollo como una excepción que necesita especial justificación.

Concepto

Se acaba de indicar que persisten incertezas y temas abiertos en la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Uno de ellos es su propio concepto, que cambia en función del autor y de la previsión de derecho positivo que se analice. Superar estas diferencias conceptuales se entiende como un reto si se quiere dotar de la fortaleza necesaria a la omisión inconstitucional, para que pueda así cumplir su papel en una sociedad democráticamente avanzada.

Posición del autor

Se estima que el concepto de omisión inconstitucional que se defiende, hace ya años (Fernández 1998, 68-113 y 2003, 17-64), sigue siendo procedente en el momento actual.² Dicho concepto es el siguiente: la falta de

² En cambio, una simple omisión legislativa sería la falta de dictado de una ley, o el dictado de una ley a la que le falta determinado contenido. Eventualmente, esto genera una serie de consecuen-

desarrollo, por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de tal forma que se impide su eficaz aplicación.

Como se percibe, son dos los aspectos principales de la definición expuesta. Por un lado, se tiene la inactividad que supone la falta de desarrollo, lo cual da lugar a una ausencia de normativa, que puede ser total o parcial. Por otro lado, se encuentra la inconstitucionalidad, que se explica por medio de cuatro elementos. El primero es la inactividad del Poder Legislativo. Éste, dotado de legitimidad democrática directa, es el encargado de desarrollar el programa constitucional mediante normas con rango de ley. El sufragio universal, libre, igual, directo y secreto cualifica al Parlamento y le convierte en el órgano clave para concretar el proyecto recogido en la Carta Magna. Así, partiendo del postulado democrático y del postulado del Estado de Derecho, Gomes Canotilho (1982, 26) considera que la actualización de las imposiciones constitucionales presupone una reserva total de ley, en el sentido de que toda la conformación concretizadora tiene que ser una ley del Parlamento. Por lo tanto, en esta cuestión se defiende una visión clásica del reparto de funciones en el Estado democrático de derecho, que hace que se circunscriba el ámbito de la inconstitucionalidad por omisión a la inacción del Poder Legislativo.³

El segundo elemento que lleva a la inconstitucionalidad es el periodo temporal excesivo, durante el cual no se aprueba la normativa necesaria, y ésta es el aspecto relativo de la institución que hace preciso un análisis, caso por caso, para ver las circunstancias que rodean a cada supuesto. Habrá que determinar si ya no resulta razonable ni proporcionada la falta de normativa. Esto significa enfrentar de manera directa la dialéctica entre

cias, en la que no hay que detenerse, pues, como se ha dicho, la atención recae en la omisión inconstitucional, o sea, cuando la omisión legislativa genera la omisión inconstitucional.

³ De todos modos, hay que mostrar cierta flexibilidad en este sentido, pues el Ejecutivo también asume la responsabilidad política de desarrollar el programa constitucional. En el marco de la nueva democracia participativa, a lo mejor en el futuro habrá que replantearse estas cuestiones por la aparición de nuevas formas de representación y legitimidades.

el principio de supremacía de la Constitución y la libertad de configuración del legislador. Téngase en cuenta, como ya se expuso, que el principio es la necesidad de desarrollo, y la excepción es el retraso en ese desarrollo (y como tal excepción, si quiere imponerse, necesita justificación suficiente).

El tercer elemento se constituye por la existencia en la Carta Magna de preceptos de obligatorio y concreto desarrollo: los encargos al legislador. Como es sabido, no todas las normas constitucionales tienen el mismo carácter —jurídicamente hablando—. Los encargos al legislador (*Verfassungsauftrag*) son un tipo de esas normas, de eficacia limitada y requieren una actividad para completar dicha eficacia. La omisión lesiona a un precepto de ese tipo, que contiene —se ha dicho— una necesidad de desarrollo de naturaleza obligatoria, no potestativo.

Y el último elemento, el cuarto, es la ineficacia de la norma constitucional. Se trata de la consecuencia de todo lo anterior. Una norma jurídica nace con la intención de aplicarse y de regular de modo real la convivencia; también las normas constitucionales, habida cuenta de su índole jurídica.⁴

Perfilar mejor el concepto expuesto aconseja entrar en una suerte de delimitación negativa. Por falta de espacio no se hace en este momento y habrá que remitirse a Fernández (1998, 92-113).⁵

Por lo tanto, desde la posición conceptual de este artículo, las omisiones legislativas que muestren estas características serán omisiones inconstitucionales, el resto no. Queda fuera de la órbita de este concepto la

⁴ Esto significa que se excluyen los supuestos en los que, pese a la ausencia de desarrollo, el precepto constitucional tiene vigencia efectiva. De nuevo habrá que actuar caso por caso para realizar el análisis; de poco valen posicionamientos teóricos previos.

⁵ En esa obra se hace referencia a omisión legislativa simple, omisión de normación, laguna, inactividad de la administración, conflictos negativos de competencia, inejecución de leyes existentes, no desarrollo del derecho comunitario europeo, no cumplimiento de principios constitucionales, omisión aplicativa, no cumplimiento de la genérica necesidad de actuación de los poderes constituidos, anomia constitucional, omisión de acto político y omisión de legislación básica (en el marco del Estado descentralizado español). Todas estas figuras y situaciones son diferentes a la omisión inconstitucional que se ha descrito.

posible inconventionalidad por omisión, que respondería a otras pautas que ahora no se pueden considerar.

Otras propuestas en el derecho positivo

Como se ha señalado, hay otros conceptos diferentes al que se menciona en este artículo, tanto en la doctrina como en el derecho comparado y en la jurisprudencia. No es ahora el momento de hacer un elenco de éstos con detenimiento. Sólo se puede detener brevemente. Estas discrepancias en el terreno conceptual son una poderosa incerteza para el asentamiento de esta categoría jurídica, y una dificultad para delimitar su alcance y consecuencias.

Se cree que es más oportuno que ahora haya que centrarse únicamente en los conceptos que usan o que presuponen las distintas previsiones de derecho positivo que están en vigor. Por lo tanto, no se comentarán posturas doctrinales que ya se vieron en su momento, varias de las cuales se criticaron por su excesiva amplitud (Fernández 1998, 74-80), ni derecho ya derogado, ni la distinta jurisprudencia existente.⁶

La Constitución de Portugal, en su artículo 283, establece que “o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. Por lo tanto, el concepto, restringido, que ahí se contiene de omisión inconstitucional sería: la inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Constitución por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad. El concepto aquí tratado gira en torno a la ineficacia, frente al portugués que lo hace acerca de la exigibilidad, que

⁶ Ya es abundante la jurisprudencia constitucional que se ha enfrentado a esta institución, con mayor o menor intensidad o claridad: Alemania, Andorra, Argentina, Austria, Chile, Colombia, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Italia, México, Perú o Rumania. Además, evidentemente, de la que existe en los lugares donde hay reconocimiento expreso de la figura. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha progresado en el tema de manera paralela a las exigencias doctrinales, como la que marcan Carlos Báez Silva (2009), Miguel Carbonell (2007) o Laura Rangel Hernández (2009). El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sido más avanzado en este punto.

aunque cercano no es lo mismo, al referirse más bien a la aplicabilidad (Fernández 2006, 236 y ss.).

Con relación a Timor-Leste, habría que hablar de la omisión de medidas legislativas necesarias para concretizar las normas constitucionales (Constitución de Timor-Leste, artículo 151). Esta falta de concreción es una categoría distinta, que tal vez se acerque a la ineficacia que aquí se defiende, pero que es diferente de la exigibilidad o aplicabilidad del caso portugués —a pesar de que el Constituyente timorense tuvo en la Constitución lusa su principal referente—.

En Brasil, el artículo 103.2 de la Constitución se decanta por algo mucho más amplio:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tomar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

El concepto sería la ausencia de actividad que otorgue eficacia a un precepto constitucional concreto. Se va más allá de la inercia del Poder Legislativo, ya que otros también son poder competente. Esto se considera excesivo, aunque se habla —como en esta propuesta— de ineficacia y de vulneración de concreta y determinada norma constitucional (Fernández 1995, 201 y ss.).⁷ Un concepto tan amplio y difuso del fenómeno no se corresponde con el tratamiento reducido y concreto por el que se aboga.

De igual forma, es demasiado amplio el concepto que se establece en Hungría, aunque también se restringe al Poder Legislativo. Se trata de una

⁷ Diferente a ello es el denominado *mandado de injunção*, un mecanismo de garantía de derechos que procede ante la falta de norma reglamentadora que torne “inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes á nacionalidade, á soberania e á cidadania” (Constitución brasileña, artículo 5, inciso LXXI). Por esta vía se busca una orden judicial que garantice el ejercicio de los derechos en el caso concreto.

omisión por parte del legislador que resulta violatoria de la ley fundamental húngara —artículo 46 de la Ley del Tribunal Constitucional de ese país, que data de 2011—. Sin embargo, acto seguido se concreta mucho más al indicarse cuáles son estas omisiones: el legislador no lleva a cabo un mandato derivado de un tratado internacional; no se adopta una regulación legal a pesar de que dicha tarea se deriva de una autorización expresa contenida en una normativa legal, o el contenido esencial de la regulación legal derivada de la ley fundamental es incompleta.

En esta línea de excesos conceptuales, se sitúa de igual modo Venezuela. Ahí, el concepto es doble: por un lado, la falta de normas del Poder Legislativo para garantizar el cumplimiento de la Constitución; por otro, las normas del Poder Legislativo que se hayan dictado de manera incompleta (Constitución de Venezuela, artículo 336.7).

De igual modo, Ecuador se mueve en unos parámetros amplios, aunque diferentes al caso anterior, al ir más allá del legislador: falta de actuación de las instituciones del Estado o autoridades públicas, que suponga la inobservancia, total o parcial, “de los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerable razonable por la Corte Constitucional” (Constitución de Ecuador, artículo 436.10). La implicación de todas las autoridades públicas y la indefinición del concepto de inobservancia justifican sobradamente esta crítica.

En la República Dominicana, la Ley Orgánica N° 137-11 (artículo 47, párrafo II) del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales ve las omisiones legislativas inconstitucionales como “ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto”.

También hay países en los que se contempla la omisión inconstitucional, pero no se define en la previsión que se hace de ésta. En ese sentido, se encuentran Costa Rica (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 73) o Angola (Constitución, artículo 232).

En Costa Rica, se tiene la acción de inconstitucionalidad contra “la inercia, omisiones y abstenciones de las autoridades públicas” (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 73). Por lo tanto, la dimensión resulta tan amplia que la crítica es evidente. Incluso, parece confundirse la omisión inconstitucional con la figura del silencio administrativo y de la ilegalidad por omisión, que son categorías distintas. En cambio, en Angola hay que interpretar que la omisión inconstitucional se limita al legislador —el citado artículo 232 de su Carta Magna indica que el Tribunal Constitucional pone en conocimiento la omisión del órgano legislativo competente—.

Ahora se hace una breve referencia al caso de la Constitución federal mexicana, aunque en ésta no se prevé la figura que se está analizando, a diferencia —como se verá *infra*— de lo que acontece en las entidades federativas. A pesar de la peculiar técnica de redacción que se empleó en la Constitución de México, en exceso prolija y detallada, existe ciertamente un elevado número de encargos al legislador que podrían servir de base para defender la pertinencia de aplicar en ese país, en el ámbito federal, la institución de la omisión inconstitucional. El incumplimiento de tales encargos puede derivar en la ineficacia de la previsión constitucional correspondiente o, como dice la doctrina mexicana, hace falta legislación de desarrollo para que esos artículos constitucionales se tornen aplicables y vigentes de forma plena (Báez 2002, 742). Algunos de estos encargos son ciertamente relevantes, como la ley electoral o la ley reglamentaria del artículo 105 (citadas varias veces en la Constitución mexicana, artículos 53 y ss.). A partir de esta realidad, parte de la doctrina ha defendido la procedencia de esta figura en este país: o bien con la actual regulación sólo se ve posible que se avance en vía jurisprudencial —lo que en parte se ha hecho—, o bien de forma imprecisa e irregular (Báez 2009, 45 y ss.). También se han evidenciado las dificultades en este camino jurisprudencial y la improcedencia de las acciones del derecho procesal constitucional federal mexicano para enfrentarse a esta institución (Rangel 2009, 233 y ss.),

lo que lleva a abogar por reformas específicas que permitan controlar realmente las omisiones legislativas (Rangel 2009, 327 y ss.).

En la esfera regional los ejemplos son bastantes, varios ciertamente criticables. En Argentina, la Constitución de la Provincia de Río Negro aborda la figura en el artículo 207.2.d. La omisión inconstitucional sería el incumplimiento del dictado de una norma, de la cual se deriva un deber concreto a cargo del estado provincial o de los municipios.

En Brasil, en el ámbito territorial se maneja un concepto similar al federal ya indicado: omisión de medida para tornar efectiva una norma constitucional local (Constitución de Acre, artículo 104.3; Constitución de Alagoas, artículo 134.2; Constitución de Ceará, artículo 127.2; Constitución de Minas Gerais, artículo 118.4; Constitución de Río de Janeiro, artículo 162.2; Constitución de Santa Catarina, artículo 85.3; Constitución de São Paulo, artículo 90.4). En Ceará, también se extiende a la inefectividad de los principios constitucionales. Y en Pernambuco, la omisión no sólo se refiere a una norma de la Constitución local, sino también de ley orgánica (Constitución, artículo 63.2). La Constitución de Rio Grande do Sul prevé la acción de inconstitucionalidad también por omisión, pero no da un concepto de la misma.

En México,⁸ el proceso de reconocimiento de la omisión legislativa en las entidades federativas ha sido un tanto irreflexivo, habida cuenta de la imprecisión conceptual que se percibe y las consecuencias desmedidas que se atribuyen en varios supuestos —lo cual se comentará más adelante—. Se ve claramente cómo se le ha dado un perfil amplio, más allá de la omisión legislativa, lo cual se considera censurable. Así, las visiones mayoritarias apelan —conceptualmente hablando— a un no debido cumplimiento de la Constitución local: no aprobación de alguna ley o decreto cuando “dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta

⁸ La doctrina ya ha estudiado de forma precisa la justicia constitucional local mexicana. Véanse Astudillo (2004), Ferrer y Vega (2003) y Ferrer (2003).

Constitución” (Constitución de Veracruz-Llave, artículo 66.III; Constitución de Chiapas, artículo 64.III; Constitución de Quintana Roo, artículo 105.III; Constitución de Durango, artículo 119.III).⁹

En Yucatán, se alude a esta idea y se suma la de ineficacia: omisión que afecte al debido cumplimiento de la Constitución “o impida la eficacia de la misma” (Constitución de Yucatán, artículo 70.III). La omisión es imputable al Congreso, al gobernador o a los ayuntamientos, por “falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general” a que están obligados.

Una inconcreción similar se ve en Tlaxcala, donde sólo se habla de esta última expresión: “la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general” a que estén obligados el Congreso, el gobernador y los ayuntamientos o concejos municipales “en términos de las constituciones políticas”, federal o estatal, y de las leyes (Constitución de Tlaxcala, artículo 81.VI).

Incluso, la inconcreción llega a puntos extremos. Así, en Coahuila de Zaragoza se alude simplemente a “la falta de regulación legislativa y reglamentaria” (Constitución de Coahuila de Zaragoza, artículo 158.II.3.f). Con sorpresa, la Ley de Justicia Constitucional local (artículo 71.V) emplea un concepto diferente: incumplimiento de la Constitución por “falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos”. Ésta piensa en obstaculizar la aplicación de la Carta Magna. La fórmula de la Constitución en ausencia de regulación.

En Nayarit, la situación se parece, pero con una diferencia: ausencia de norma de carácter general que produce una violación en la Carta Magna (Constitución de Nayarit, artículo 91.III). Con una exégesis correcta, podría llegar a aceptarse esta definición, restringiéndola —eso sí— a la omisión legislativa.

⁹ En este supuesto, en Durango no se alude a ley o decreto, sino a norma de carácter general, aunque se aporta una precisión que mejora la concreción: “cuando se considere que el Congreso del Estado o algún ayuntamiento no ha aprobado alguna norma de carácter general que expresamente esté mandatado emitir”.

Resulta evidente, por lo tanto, la diversidad de sentidos que esconde el derecho positivo: incumplimiento de la Constitución, inaplicación, ineficacia, inobservancia, violación, falta de regulación... En líneas generales, como se ha visto, el problema radica en la dimensión excesiva que se le da a la inconstitucionalidad por omisión, frente a la que se opone la concreción que se defiende en esta definición.

Justificación

Se decía en la introducción a este artículo que en la actualidad ya no se discute la pertinencia de la omisión inconstitucional. Esto era un asunto clave en el pasado, en el que había que esforzarse y detenerse. Ahora esto ya no es así, por lo que se dedica a este subapartado unos pocos párrafos.¹⁰ La doctrina reciente en castellano es reveladora al respecto.¹¹

Semeja que los argumentos a favor se han impuesto por su propia contundencia. El carácter normativo de la Constitución reclama que la vulneración de sus preceptos —auténticas normas jurídicas— deba ser sancionada. Resulta evidente que la vulneración de las normas tiene dos cauces: por acción y por omisión. Por esto, la vulneración de las normas constitucionales por omisión debe tener sanción. A su vez, el principio de supremacía constitucional genera esa especial vinculación que presenta el texto constitucional, una vinculación más fuerte (*superior obligation, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes*), y una pretensión de permanencia —por parafrasear a García de Enterría (1991, 49)—. Pasar por alto una vulneración de dicho texto, también por omisión, atenta de manera palmaria en contra de ese principio de supremacía.

De igual forma, presiona a favor de la aceptación de la figura la idea de imposición de la obra del poder constituyente. Éste, depositario de la

¹⁰ Para ulteriores precisiones, habrá que remitirse de nuevo a Fernández (1998, 124 y ss). La superación del rechazo también la evidenciaron, en España, Ignacio Villaverde Menéndez (1997) y Marcos Gómez Puente (1997).

¹¹ Véanse Bazán (2014, 257 y ss.) y Báez (2009).

soberanía popular, marca un programa a realizar en el futuro que concreta en el documento constitucional. Su vinculatoriedad se extiende a la obligación de llevar a cabo aquellas actuaciones positivas que estableció ese poder constituyente en los específicos encargos al legislador que contiene la Constitución, y que no dejan de ser trasunto de parte de los valores, las ideas y las aspiraciones del pueblo.

La función transformadora que atesora una Carta Magna se puede apoyar en la inconstitucionalidad por omisión como mecanismo de apoyo en tal función. Los textos fundamentales no sólo incluyen principios estructurales, sino también pautas y programas de actuación que deben concretar los poderes públicos, sobre todo —como se vio— el Legislativo. Los derechos económicos, sociales y culturales brillan aquí con luz propia.¹²

En fin, el argumento desde el punto de vista técnico jurídico más poderoso en defensa de la categoría analizada —si no fuera suficiente lo dicho hasta el momento— es la existencia de determinado tipo de normas constitucionales: los encargos al legislador (*Verfassungsauftrag*). Se trata de normas constitucionales de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ésta contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena. Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica se revelan como preceptos que generan la obligación de concreto desarrollo legislativo posterior. Su destinatario es el Poder Legislativo, que no es libre en cuanto a su decisión de actuar o no actuar, sino que su libertad habría que predicarla, en la razonabilidad, respecto al momento de efectuar su ulterior intervención. Son normas incompletas caracterizadas por su estructura, no por su contenido material. Así las cosas, reaccionar frente a una omisión inconstitucional es un elemento de coactividad que ayuda a que se cumplan las normas constitucionales incompletas.

¹² Es útil recordar que el artículo 2.1 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales insta a los estados parte a que adopten medidas “para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Articulación práctica

Otra de las cuestiones todavía abiertas en el derecho comparado es, ante una situación de omisión inconstitucional, su articulación práctica. Optar por una solución u otra es una decisión relevante que afecta a la eficacia de la institución y también a las posibles extralimitaciones.

Realmente no existe una solución práctica clara y rotunda, al menos con los esquemas clásicos del derecho constitucional. Se entiende que el régimen jurídico debe tener ciertas dosis de relatividad para hacer frente al elemento temporal de paso de tiempo que incorpora esta definición. De todos modos, no se pierde la relevancia de esta cuestión, pues de poco sirve configurar una omisión legislativa como omisión inconstitucional si no se construye un sistema de control que le dé cierta eficacia.

Se hace a continuación un esbozo rápido de las diversas opciones, desde un punto de vista preferentemente teórico, y más abajo se recogen las fórmulas por las que se decanta el derecho positivo actual. Es un tema abigarrado, en el que, por un lado, se tienen las vías procesales que se podrían emplear y, por otro, los métodos de solución de la problemática que plantea la omisión, que suelen ser los efectos de los instrumentos procesales utilizados.¹³

Esquema de posibilidades

Por otra parte, en primer lugar y al margen de los mecanismos jurídicos, se topa con la idea de responsabilidad política, que puede actuar para tratar de solucionar la omisión inconstitucional. Los agentes políticos son capaces de presionar de distintos modos y con mecanismos varios al legislador para que abandone su renuencia y adopte la normativa de desarrollo de la Carta Magna. Al mismo tiempo, se puede usar a la opinión pública como elemento adicional de presión y de caja de resonancia de estas reivindicaciones.

¹³ Acerca de las posibles soluciones para corregir la inconstitucionalidad por omisión, véanse Sagüés (2008, 115 y ss.) y, desde una visión jurisdiccional, Bazán (2014, 897 y ss).

ciones. En el seno del Parlamento jugará la dialéctica entre mayoría y oposición, siendo aquélla la principal responsable de la inacción.

En el campo jurídico, desde la perspectiva teórica que ahora se adopta, se habla de una acción específica de inconstitucionalidad por omisión: sería una acción abstracta que resuelve el órgano de jurisdicción constitucional, cuyo objeto es la omisión. La existencia de esta acción visibiliza claramente la institución y la problemática que implica. La legitimación activa puede ser similar a la de la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes. Una sentencia denegatoria en esta acción puede significar o bien que ya hay normativa de desarrollo, o que la inactividad aún no resulta inconstitucional.

Desde el punto de vista teórico, existen distintas alternativas para el contenido de la sentencia estimatoria: informar de la omisión, ordenar el dictado de la ley omitida, recomendar tal dictado (se podría fijar un plazo), señalar los principios a seguir en la ley que hay que elaborar, o emanar una normativa temporal —lo que no parece la solución correcta por el exceso que esto supone para un tribunal constitucional—. La modalidad que se ve más aceptable es la de la recomendación, por ser la que mejor se ajusta al equilibrio necesario en una arquitectura institucional. Eventualmente, se puede fijar una indemnización en favor de las personas que se han visto perjudicadas por la inactividad pública.

También podría emplearse la acción concreta de inconstitucionalidad, en la que un juez ordinario —que tiene que resolver un caso— plantea una duda de inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional. Esto parece claramente procedente de las omisiones parciales, en las que la ley tiene un contenido menor del que debería tener. El juez ordinario detecta esas ausencias en la ley que tiene que aplicar y eleva la duda ante el órgano de jurisdicción constitucional. Éste indicará al juez cómo proceder ante tal situación, señalándole, por ejemplo, que solucione el caso al ampliar la cobertura que la ley incompleta obvia, vulnerando el principio de igualdad. En la práctica, esta solución no existe en el derecho comparado.

De igual modo, la acción concreta de defensa de los derechos fundamentales podría articularse ante omisiones que afectan el desarrollo adecuado de derechos. Frente a las omisiones parciales que suponen vulneración del principio de igualdad, la sentencia extendería la norma a los individuos o grupos excluidos. En las omisiones totales, la sentencia podría aplicar directamente el derecho fundamental, colmando la laguna que existiría en ese caso. Los individuos o grupos que se vean lesionados en sus derechos por tales omisiones deberían ostentar legitimidad para interponer esta acción de índole subjetiva. Asimismo, se fijaría una indemnización a favor del perjudicado por la inacción.

Desde el punto de vista personal, la solución más plausible viene por otra vía aún no comentada: determinados tipos de sentencias del tribunal constitucional. Como es sabido, la justicia constitucional no permanece en los estrictos márgenes de su inicial configuración de legislador negativo, sino que va más allá para tratar de resolver los supuestos que la realidad le plantea y que no pueden ser correctamente disciplinados por el binomio nulidad-inconstitucional.¹⁴ Se trata de una tendencia expansiva a la que se ha asistido desde hace décadas.

En este orden de consideraciones, se tienen que citar las sentencias atípicas denominadas recomendaciones al legislador. Estas resoluciones buscan la actuación del Poder Legislativo en cierto sentido, señalando los principios y criterios que deben seguirse en la elaboración de la nueva ley. En la práctica, se conectan habitualmente con los encargos constitucionales que ya se han comentado y que están en la base de una omisión legislativa. Admiten varias formas de enunciarse, que van desde el simple consejo hasta soluciones más coactivas. En Italia, hay exhortaciones al legislador con la amenaza de una posterior sentencia que sí declare la

¹⁴ Acerca de esto, entre la ya un tanto abundante bibliografía en castellano, véanse Fernández (2007, 127 y ss.), Figueroa (2011) y Díaz (2000).

inconstitucionalidad (*sentenze-monito*).¹⁵ Se producen, así, unas peculiares relaciones entre el Tribunal y el Parlamento.¹⁶ En Alemania, se pueden destacar las declaraciones de inconstitucionalidad que no llevan aparejada la nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*), las cuales exigen la posterior actuación del legislador para remover el estado de inconstitucionalidad y las llamadas al legislador cuando la situación aún no se convirtió en inconstitucional (*Appellentscheidung*), en las cuales se reconoce que dicha situación todavía es constitucional, pero que puede devenir en contraria a la Carta Magna si no interviene el legislador. En las primeras, la norma es meramente inconstitucional (*bloss verfassungswidrig*), en las apelaciones la norma aún es constitucional (*noch verfassungsmässig*). No siempre es fácil distinguir con nitidez ambos supuestos, ya que a veces se incorporan en la misma sentencia. Es decir, las declaraciones de mera inconstitucionalidad en ocasiones contienen llamadas al legislador.

En Iberoamérica están presentes —a veces con singular relevancia— estas sentencias de tipo exhortativo, objeto de estudio y de clasificación.¹⁷ Se ven excesivas las apelaciones que integran el ordenamiento jurídico, al fijar lo que fue dejado a la discreción del legislador,¹⁸ o las que pretenden dictar una normativa provisional.

Además, hay que citar las sentencias aditivas, en las que primero se declara la inconstitucionalidad de cierta norma construida mediante la interpretación. Después se crea una norma, por adición o sustitución, de

¹⁵ Zagrebelsky (1988, 324) critica esta forma de proceder, al entender que las admoniciones materiales son un riesgo al crear vínculos a la actividad legislativa, “incompatibili con la libertà de apprezzamento politico che compete al legislatore”. Frente a esto, se puede responder que la invasión de la libertad del legislador no se produce porque la recomendación queda en el plano de la propuesta, del programa, del *indirizzo*.

¹⁶ Acerca de esto, véase Pegoraro (1987).

¹⁷ Sagüés (2006, 194-5) ofrece una clasificación con base en el tipo de exhortación: sentencia exhortativa de delegación, que fija al legislador las pautas de la nueva ley que debe expedir; sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, que no invalida la ley; sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria, que considera que la norma todavía es constitucional, pero que puede dejar de serlo si no se toman medidas correctivas.

¹⁸ Respecto a la actuación del Tribunal Constitucional peruano, véase Eto (2014, 513 y ss.).

significado opuesto a la declarada inválida. Se incorpora, así, un nuevo elemento al enunciado legal por exigencias de la Constitución. La norma presenta un contenido menor del que constitucionalmente debería tener, por lo que se produce una extensión lógicamente necesaria. Es decir, la incorporación de un nuevo elemento no es obra de la discrecionalidad del juez que monopoliza el control de constitucionalidad, sino que es impuesto por las exigencias de la Carta Magna. Esta técnica se revela como muy eficaz para enfrentarse a las omisiones parciales —un sentido similar en Zagrebelsky (1988, 298)—. Este tipo de sentencias es una clara expresión de la actuación de un órgano de justicia constitucional que va más allá de la función de legislador negativo que la clásica visión del sistema concentrado kelseniano establecía. Por eso, deben ser consideradas con cautela.

Por lo tanto, la jurisdicción constitucional más asentada ha construido un complejo arsenal de resoluciones que, en el debido contexto, sirve eficazmente para resolver la problemática que origina una omisión inconstitucional. Cuando se alude al debido contexto, se hace referencia a sistemas robustos —democráticamente hablando—, en los que el órgano de justicia constitucional ostenta una posición fuerte en la arquitectura institucional y es capaz de imponer su argumentación y su autoridad a los operadores jurídicos y sociales sin que se generen polémicas políticas. Si eso no es así, es mejor que el tribunal constitucional se autorrestrinja y no acuda a las sentencias atípicas, que al ser tan invasivas lo debilitarán. Para una correcta utilización de estas sentencias, será muy útil una adecuada formación de los integrantes de los tribunales constitucionales, conscientes de la peculiar posición que ocupan en el Estado democrático y de las consecuencias prácticas de sus decisiones.

Además de las sentencias atípicas, hay técnicas jurisprudenciales que también son eficaces para solventar el problema de una inacción del legislador. El ejemplo quizá más evidente es la aplicación directa de derechos fundamentales previstos en la Constitución cuando no existe *interpositio legislatoris*. Fue famoso un antiguo caso del Tribunal Constitucional Alemán

(BVerfGE 25,167), en el que, ante la falta de desarrollo del artículo 6.5 de la ley fundamental, aplicó directamente tal precepto para asegurar la igualdad de los hijos, legítimos e ilegítimos, en la herencia y en el seguro de orfandad. Asimismo, se exhortó al legislador a cumplir el encargo del artículo 6.5, lo que hizo con prontitud (expidió la ley el 19 de agosto de 1969, siendo la sentencia constitucional el 29 de enero de ese año). En España fueron relevantes las sentencias del Tribunal Constitucional 15/1982 y 31/1994. En la primera, este tribunal aplicó el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30 de la Constitución como causa de suspensión provisional de la incorporación al servicio militar. Mientras no se desarrollara ese precepto, el derecho a la objeción de conciencia no podía permanecer negado, por lo que se aplicó directamente. En la segunda, el Tribunal detectó un inadecuado desarrollo del derecho fundamental a la libertad de expresión e información ante la inactividad del legislador respecto a la televisión por cable. La dilación excesiva en el tiempo obligó al Tribunal Constitucional a aplicar de manera directa este derecho previsto en el artículo 20 de la Constitución española, y la actividad de la televisión por cable ha vuelto, por el momento, libre. En Argentina son preclaros los casos Siri o Kot, en los que se produce esta aplicación directa de su Constitución.¹⁹

También deben mencionarse, al menos, las técnicas jurisprudenciales de restablecimiento de la igualdad en la ley, lo que permite a un tribunal constitucional eliminar la situación discriminatoria o ampliar ese régimen inicialmente discriminatorio. Todo esto es muy operativo para fiscalizar las omisiones parciales.

Fórmulas del derecho positivo

Se verán en este subapartado las soluciones de articulación práctica que muestra el derecho positivo en el tema que concierne. Se limita ahora,

¹⁹ En otra sentencia muy conocida, Ekmekdjian contra Sofovich, lo que se aplica directamente es el Pacto de San José. Bazán (2014, 395) considera que, aunque existen distintos casos, como los indicados, en los que la Corte Suprema acepta la omisión inconstitucional, no ha construido “en su doctrina judicial un modelo sistematizado y consolidado del instituto”.

por lo tanto, a lo que dice la normativa al efecto, dejando de lado doctrina y jurisprudencia —parte de la jurisprudencia se bosquejó en el subapartado anterior—.

En Portugal, el artículo 283 de su Constitución prevé que “quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. Se trata de una solución muy moderada, que consiste tan sólo en informar de la omisión al legislador. La falta de mayores precisiones hace que el problema radique en determinar si el tiempo transcurrido es suficiente para poder hablar de incumplimiento de la Constitución (Fernández 2006, 236 y ss.). La legitimación para incoar el proceso específico que se prevé le corresponde al presidente de la República, al *ombudsman* (*Provedor de Justiça*) y, cuando estén afectando derechos de una región autónoma, al presidente de la correspondiente asamblea legislativa regional.

El constitucionalismo de Timor-Leste sigue de cerca a Portugal. Sin embargo, su texto constitucional no precisa la articulación práctica de la omisión inconstitucional, aunque sí señala, en su artículo 151, la legitimación del presidente de la República, del procurador general de la República y del *ombudsman* (*Provedor de Direitos Humanos e Justiça*). El competente para resolver esta acción es el Supremo Tribunal de Justiça, que funge de tribunal constitucional.

En cambio, la opción de Angola sí está muy cercana a la del país luso, ya que su Tribunal Constitucional, verificada la inconstitucionalidad por omisión, pone ese hecho en conocimiento del órgano legislativo competente (Constitución de Angola, artículo 232). Pueden acudir a ese tribunal para esta acción el presidente de la República, un quinto de los diputados y el procurador general de la República.

La Constitución brasileña, en el artículo 103.2 ya citado, señala que declarada la inconstitucionalidad por omisión, por parte del Supremo Tribunal Federal, se pondrá en conocimiento del poder competente —“será dada ciência”— para que adopte las medidas necesarias. Esta solución sigue

la fórmula moderada del caso anterior, aunque se rodea de un tono ciertamente más imperativo. Si el destinatario de esta comunicación es un órgano administrativo, la Carta Magna fija un plazo de 30 días para que éste adopte tales medidas. La legitimación activa para interponer la acción de inconstitucionalidad por omisión es amplia y coincide con la de la acción directa de inconstitucionalidad: presidente de la República, mesa del Senado federal, mesa de la Cámara de Diputados, mesa de una asamblea legislativa de un estado, gobernador de un estado, procurador general de la República, Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil, un partido político con representación en el Congreso y una confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

En cambio, y siguiendo con Brasil, por lo que se refiere al mecanismo de garantía de derechos denominado *mandado de injunção*, se dictará una orden judicial que garantice el ejercicio de los derechos en el supuesto concreto.²⁰ No se busca elaborar disposiciones de desarrollo de la Constitución, sino aplicar un derecho a una situación subjetiva determinada. La competencia puede ser del Supremo Tribunal Federal o del Superior Tribunal de Justicia. La legitimación es muy amplia al extenderse a todo brasileño o extranjero residente en Brasil, sea persona natural o jurídica, al que la falta de desarrollo de un precepto le imposibilita ejercitar un derecho o libertad constitucional y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.

Con relación a Hungría, la Ley del Tribunal Constitucional, en su artículo 46, alude a que este tribunal insta al órgano que cometió la omisión a que realice la tarea y fija un plazo para esto.

En Costa Rica, se tiene la acción de inconstitucionalidad contra “la inercia, omisiones y abstenciones de las autoridades públicas” (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 73). No existe legitimación especial, por lo que es de aplicación la que prevé para la acción de inconstitucionalidad por acción (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 75).

²⁰ Véase nota 7.

En el supuesto de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, se encarga de “establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos para su corrección” (Constitución de Venezuela, artículo 336.7). La Sala ha tendido a expandirse en demasía, y lo que deberían ser lineamientos provisionales los ha considerado interpretaciones obligatorias para el legislador futuro, petrificándose.

Pero, sin duda, uno de los supuestos más desmesurados está en Ecuador. Ahí, si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte Constitucional, de “manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido” (Constitución de Ecuador, artículo 436.10). Así, se muestra esta corte como una especie de legislador suplente, a todas luces desmesurado. De todos modos, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha matizado este alcance al señalar en su artículo 129.1, con relación a las “omisiones normativas absolutas”, que

en caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales.

En las omisiones normativas relativas, el párrafo segundo de ese artículo aboga por lo que denomina sentencias de constitucionalidad condicionada y por la necesidad de eliminar las exclusiones arbitrarias de beneficios para hacer frente a la exclusión sin razón objetiva y suficiente.

Un supuesto atípico es la República Dominicana, ya que se remite a lo que llama sentencias interpretativas aditivas del Tribunal Constitucional para controlar las omisiones legislativas inconstitucionales (Ley Orgánica N° 137-11 del Tribunal Constitucionales y de los Procedimientos Constitucionales, artículo 47, párrafo II).

En el ámbito regional, las soluciones también varían. Respecto a Argentina, en la Provincia de Río Negro, el Superior Tribunal de Justicia

fija el plazo para que se subsane la omisión [si ello se incumple] integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite (Constitución de Río Negro, artículo 207.2).

Resulta una solución bastante razonable y cauta. La demanda puede ser ejercida por quienes se sientan afectados en sus derechos individuales o colectivos.

En Brasil, se sigue la fórmula federal de comunicar al poder competente para que tome las medidas necesarias, y así adoptar el acto que le compete o iniciar el proceso legislativo y, tratándose de un órgano administrativo, hacerlo en 30 días (Constitución de Acre, artículo 104.3; Constitución de Alagoas, artículo 134.2; Constitución de Ceará, artículo 127.2; Constitución de Minas Gerais, artículo 118.4; Constitución de Pernambuco, artículo 63.2; Constitución de Río de Janeiro, artículo 162.2; Constitución de São Paulo, artículo 94.4; Constitución de Santa Catarina, artículo 85.3).

La situación regional en México muestra previsiones criticables por las consecuencias desmedidas que se le atribuyen, como se dijo más arriba. Procesalmente hablando, se prevé tanto la acción por omisión legislativa (Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Yucatán, Nayarit y Durango) como por omisión normativa (de nuevo Yucatán) y acción de inconstitucionalidad por omisión (Nayarit). En Coahuila de Zaragoza no hay una acción específica y se usa la genérica acción de inconstitucionalidad, que también procede para combatir la omisión (Constitución de Coahuila de Zaragoza, artículo 158.II.3.f).

En el estado de Veracruz, el precursor en el tema, el Tribunal Superior de Justicia, fija un plazo que comprende

dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado [para que] expida la ley o decreto de que se trate la omisión [si transcurre ese plazo y no se atiende la resolución, el Tribunal] dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto (Constitución de Veracruz, artículo 66.III).

Esta suerte de legislación provisional resulta censurable. La legitimación para interponer la acción por omisión legislativa se le atribuye al gobernador del estado y a la tercera parte de los municipios.

Similar es el caso de Coahuila de Zaragoza, donde el Tribunal Superior de Justicia comunica la omisión al órgano competente

para que un plazo razonable, dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo (Ley de Justicia Constitucional Local, artículo 88).

En Chiapas se da un paso más. Ante la omisión, primero se fija un plazo de un periodo ordinario de sesiones del Congreso. Si no se cumple, no se habla de principios a seguir en la normativa que haya que emanar, sino directamente de la aprobación de legislación, que hace el Tribunal Constitucional en lugar del Congreso del estado, provisionalmente. Tal legislación “estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa” (Constitución de Chiapas, artículo 64.III). Este exceso de poder del Tribunal, similar a lo que acontece en Ecuador, es inasumible y lo precipita a un riesgo elevadísimo de politización. La acción por omisión legislativa puede ser interpuesta por el gobernador del estado, la tercera parte de congresistas del estado, la tercera parte de ayuntamientos y 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

Otros ejemplos son más aceptables, pues sólo indican plazo. Así, en Tlaxcala, al verificarse la omisión, el Tribunal Superior de Justicia da a la autoridad responsable “un término que no exceda de tres meses para

expedir la norma jurídica solicitada [el incumplimiento de esto] será motivo de responsabilidad” (Constitución de Tlaxcala, artículo 81.VI). Hay acción popular para incoar esta acción por omisión legislativa, al preverse que el ejercicio le corresponde a las personas residentes en el estado, además de las autoridades estatales y municipales.

En el mismo sentido está Quintana Roo: plazo para expedir ley o decreto “a más tardar en el período ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del Estado, pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite” (Constitución de Quintana Roo, artículo 105.III). La legitimación está en manos del gobernador del estado o de un ayuntamiento.

También se puede citar Yucatán, donde el Tribunal Superior de Justicia, ante omisiones del Congreso del estado, otorga un plazo que comprende dos periodos ordinarios de sesiones; y si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, el plazo es de seis meses para subsanar la omisión (Constitución de Yucatán, artículo 70.III). El ejercicio de esta acción le corresponde a las autoridades estatales y municipales, además de a las personas residentes en el estado. Nuevamente, acción popular como en Tlaxcala.

En Nayarit se hace referencia a un plazo que fija la Sala Constitucional-Electoral del Tribunal Superior de Justicia “para que la autoridad omisa expida la norma”, que no podrá exceder de un año (Constitución de Nayarit, artículo 91.III). De nuevo acción popular —cualquier autoridad o vecino—.

Y en Durango, la Sala de Control Constitucional del Tribunal Superior de Justicia determina “el plazo en el cual el Congreso del Estado o el ayuntamiento enmienden la omisión correspondiente”, que no podrá exceder de 180 días (Constitución de Durango, artículo 119.III). Como en Tlaxcala, el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad. La legitimación le pertenece al gobernador del estado, a 33% de los miembros del Congreso del estado, a 33% de los integrantes de los ayuntamientos, a 0.5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral y a los titulares de los órganos constitucionales autónomos en sus respectivas materias.

Como ocurría con los ejemplos de concepto que se expusieron anteriormente, la soluciones de articulación práctica son heterogéneas, algunas, como se dijo, ciertamente reprochables por su desmesura. Desde las posiciones mantenidas, recomendar al legislador que actúe y fijar un plazo para esto es admisible. En cambio, no lo es dictar los principios normativos a seguir, o emanar la propia normativa. También es conveniente fijar una indemnización si se prueba que la omisión ha causado un perjuicio.

Conclusiones

La omisión legislativa más relevante es la que implica una omisión inconstitucional, es decir, una vulneración de la Constitución. La categoría de la inconstitucionalidad por omisión ha sido objeto de especial atención en los últimos años, tanto en lo doctrinal como en lo jurisprudencial y en derecho positivo. A pesar de esto, persisten incertezas en su delimitación y alcance.

La inconstitucionalidad por omisión es un instituto que permite y exige un adecuado tratamiento técnico-jurídico en el campo del derecho constitucional, con independencia de las conexiones que puede presentar con otras ciencias sociales. En este sentido, el juez constitucional debe enfrentarse a la omisión inconstitucional desde una formación rigurosa y desde la prudencia que exige su labor. Un exceso de activismo en este sentido no resulta adecuado, sobre todo en sistemas sometidos a fuertes tensiones políticas, porque redundaría negativamente en la posición de independencia que debe mantener a toda costa ese juez constitucional. Su tratamiento en el terreno práctico debe efectuarse con la adecuada ponderación de la realidad y del contexto reinante en ese particular momento.

El concepto defendido en este trabajo se cree que aúna precisión y moderación, ejes para que la categoría de la omisión inconstitucional pueda ser efectiva y sirva realmente para remover la inacción del legislador. Sus claves explicativas son la existencia de normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, el tiempo transcurrido sin que se produzca la ley, y la ausencia de verdadera eficacia del precepto constitucional. Se

rechazan formulaciones que vayan más allá del legislador y que no partan de específicos encargos constitucionales.

Superar las incertezas aún reinantes, como en el tema conceptual, será un paso destacado para asentar la categoría de la omisión inconstitucional. No se debe olvidar que eso es de suma complejidad, pues ya existe un elenco amplio de normas reguladoras y de jurisprudencia comparada que maneja sentidos diferentes de la figura. Por medio de este trabajo, y en parte también por medio de los que lo antecedieron en otros lugares, se trata de aportar un fondo doctrinal para avanzar en una conformación más precisa de las dimensiones de este tipo de omisión, que sigue siendo un reto relevante para el constitucionalismo actual.

También en su articulación práctica las fórmulas varían de un sitio a otro; algunas inasumibles por la inmisión que suponen en el equilibrio de poderes y por someter al tribunal constitucional a un riesgo excesivo. Así, los métodos son diversos: sugerencias o recomendaciones al legislador; extensión del contenido normativo de un precepto; comunicación al legislador sin más; comunicación para que adopte las medidas necesarias; plazo al legislador para que actúe; fijación de los principios normativos a seguir; dictado de la normativa provisional; aplicación directa de la Constitución, o fijación de indemnización. Estas fórmulas a veces se combinan.

Se ve con buenos ojos, además de la aplicación directa de la Constitución, la puesta en conocimiento del legislador de la situación de omisión inconstitucional y las recomendaciones a éste para que actúe, incluso con plazo, ya sea mediante previsiones en ese sentido del derecho positivo, o por medio de las soluciones jurisprudenciales diseñadas al efecto. En todo caso, ante omisiones parciales que vulneran el principio de igualdad, hay que reaccionar con prontitud por medio de las técnicas jurisprudenciales que restablecen la igualdad en la ley o, llegado el caso, mediante sentencias aditivas. De igual forma, hay que reclamar que siempre se halle expedita una vía para reclamar ante omisiones que afecten a derechos fundamentales, de lo cual es interesante que se concedan indemnizaciones si se entiende que existen perjudicados.

Se hace necesario concluir ya. Konrad Hesse (1983, 66) afirma con rotundidad que la naturaleza de la norma constitucional estriba en que pretende tener vigencia, realizar en la realidad el Estado por ésta normado. En efecto, no aceptar ni reaccionar frente a la omisión inconstitucional desconoce tal realidad. Como ya se dijo en otro lugar, la inconstitucionalidad por omisión supone, en definitiva, incidir positivamente en el destino de la Constitución como verdadera norma jurídica: ser cumplida y aplicada (Fernández 1998, 452). Se hace, por lo tanto, imprescindible caminar por esta senda de la reacción ante la omisión inconstitucional.

Fuentes consultadas

- Astudillo Reyes, César. 2004. *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. México: UNAM.
- Báez Silva, Carlos. 2002. "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 105 (septiembre-diciembre): 741-96.
- . 2009. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*. México: Porrúa.
- Bazán, Víctor. 2014. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- Carbonell, Miguel, coord. 2007. *En busca de normas ausentes*. 2ª ed. México: UNAM.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. 2000. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova.
- Eto Cruz, Gerardo. 2014. El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial. En *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, coord. Gerardo Eto Cruz, 513-26. T. II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

- Fernández Rodríguez, José Julio. 1995. "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* 43 (junio): 201 y ss.
- . 1998. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas.
- . 2003. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. En *En busca de normas ausentes*, coord. Miguel Carbonell, 17-64. México: IIJ-UNAM.
- . 2006. La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI. En *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, coord. Javier Tajadura Tejada, 229-62. Madrid: CEPC.
- . 2007. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. 2ª ed. Madrid: Tecnos.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, coord. 2003. *Derecho procesal constitucional*. 4ª ed. México: Porrúa.
- y Rodolfo Vega Hernández, coords. 2003. *Justicia constitucional local*. Santiago de Querétaro: Fundap.
- Figuerola Mejía, Giovanni. 2011. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. México: Porrúa.
- García de Enterría, Eduardo. 1991. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas.
- Gomes Canotilho, José Joaquim. 1982. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Gómez Puente, Marcos. 1997. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill.
- Hesse, Konrad. 1983. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: CEPC.
- Pegoraro, Lucio. 1987. *La Corte e il Parlamento. Setenze-indirizzo e attività legislativa*. Padua: CEDAM.

- Rangel Hernández, Laura. 2009. *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control en México*. México: Porrúa.
- Sagüés, Néstor Pedro. 2006. “Las sentencias constitucionales exhortativas”. *Estudios Constitucionales* 2 (noviembre): 189-202.
- . 2008. *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Villaverde Menéndez, Ignacio. 1997. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill.
- Zagrebelsky, Gustavo. 1988. *La giustizia costituzionale*. Bolonia: Il Mulino.