

histórico, su concepto, su naturaleza jurídica, sus presupuestos procesales, su objeto, las partes y su legitimación activa y pasiva, la competencia, el procedimiento, la sentencia y sus efectos, la ejecución, los recursos, etc. A ello deben añadirse dos notas importantes que caracterizan al libro desde sus orígenes: su enfoque profundamente práctico y, sin duda en gran medida también por lo anterior, la excelente acogida de sus criterios por la jurisprudencia. Esto hace que estemos ante uno de los libros jurídicos brasileños más importantes en este campo.

* * *

A la vista de todo lo anterior, sólo cabe aconsejar la lectura y consulta de este gran libro no sólo a los interesados por la jurisdicción constitucional de este país, sino, más en general, a todos los interesados por el Derecho procesal constitucional, en especial en el ámbito latinoamericano, que es un campo de experimentación de esta disciplina de gran importancia, y que por ello mismo ha de ser tenido muy en cuenta en cualquier estudio comparativo y también en cualquier análisis teórico-general del Derecho procesal constitucional. Pues bien, para el caso brasileño, un libro de consulta obligada y guía fundamental ha de ser, sin duda, el libro que aquí se recensiona.

JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, Universidade Católica, 2003.

Por TATIANA DE MARSILLAC LINN*

La obra aquí descrita es fruto del curso de Master realizado por el autor, bajo la orientación del gran constitucionalista portugués, el Profesor Jorge Miranda. Nuestra intención en esa reseña es dar al lector una idea de algunos puntos importantes ahí tratados, de modo a despertar el interés por la lectura de la obra misma, que viene a ser de hecho importante contribución al tema.

En qué consiste la «inconstitucionalidad por omisión»

El tema, la inconstitucionalidad por omisión del legislador, consiste en fenómeno previsto por algunos ordenamientos jurídicos, y se insiere dentro del tema más amplio que es el control de constitucionalidad. Pero, aunque el control de constitucionalidad de las leyes sea hoy

instrumento previsto en casi todos los ordenamientos jurídicos, el control de la omisión legislativa inconstitucional es todavía exclusivo a algunos pocos ordenamientos. Así, mismo que la constitución portuguesa de 1976 lo prevea, la realidad jurídica muestra que el instituto está todavía sin efectividad.

Parte de ahí el interés del autor en estudiar tal instituto, intentando comprender su dinámica, partiendo de la constitución de Portugal, pero observando también otros ordenamientos jurídicos en los cuales se verifica de hecho su utilización práctica, con el objetivo de añadir elementos que puedan causar la necesaria reflexión respecto de los motivos que intimidan el instituto portugués, con la intención de fortalecerlo.

El autor tiene la preocupación de presentar el tema de la inconstitucionalidad

* Doctoranda. Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

por omisión esclareciendo que ese no se restringe solamente al legislador: existen otros tipos de inconstitucionalidad, que no son, todavía, objeto de su estudio. También no solo existe el control judicial de las omisiones, aunque solamente este sea de su interés en la obra. De esa manera limita el tema de su pesquisa a las omisiones inconstitucionales del legislador, y a los medios jurisdiccionales de control de esas omisiones. Así que la obra consiste en el análisis de los dos medios jurisdiccionales que la Constitución portuguesa prevé para los casos de omisión del legislador: la fiscalización de esa inconstitucionalidad (arts. 204, 280 y 283 de la Constitución portuguesa) y la responsabilidad civil del Estado por omisiones legislativas ilícitas (art. 22).

Como bien observa el autor, al definir el instituto de la omisión legislativa, esta no se puede confundir con la simple inercia de los órganos legislativos. La omisión consiste si en un comportamiento que, aunque pasivo, no es, de modo alguno, neutro. La omisión legislativa consiste en la violación, por el legislador, de un deber de actuación legislativa, lo que atesta su antijuridicidad. Por fin, se debe observar que tal omisión existe cuando hay el deber de actuar pero también cuando el legislador tiene la *posibilidad* de actuar del modo prescrito. Pereira da Silva esquematiza del siguiente modo los tres elementos de la omisión del legislador:

- 1) inercia o inactividad del órgano legislativo: elemento material;
- 2) violación de un deber de actuación legislativa, que atesta su antijuridicidad: elemento formal;
- 3) que el omitente tenga la posibilidad de actuar del modo prescrito: esa posibilidad hace parte de la naturaleza de la omisión misma.

El autor refiere el art. 283 de la Constitución portuguesa, que indica el medio procesal específico para fiscalizar un tipo

de omisión legislativa, que trata de los casos en los cuales el legislador no tenga emanado las leyes necesarias para tornar exequibles las normas constitucionales que no lo sean. Pero llama la atención para el hecho de que esta es solamente una modalidad de omisión legislativa, advirtiendo con lucidez que no se puede definir omisión legislativa con base solamente en esta norma constitucional.

Fuentes del deber de legislar

De ahí el autor parte para lo que cree sea una cuestión fundamental (y concordamos) para la comprensión de ese instituto: se debe tratar de descubrir cuando es que surge la obligación del legislador de ejercer su poder, haciendo una ley jurídico-constitucionalmente debida. Tratase entonces de determinar las fuentes del deber de legislar.

Poseedor de la correcta noción de que el derecho no se limita a la Constitución, mismo cuando se observa el ordenamiento de un determinado país, el autor portugués cita otras fuentes que, al lado de la norma constitucional, son también fuentes del deber de legislar: el derecho internacional, el derecho comunitario y las leyes de valor *reforzado*. Aunque el objeto del trabajo se limite al estudio del origen constitucional del deber de legislar, es un cuidado que muestra la honestidad científica y el apuro metodológico del autor el hecho de indicar la limitación del tema de su trabajo.

Pereira da Silva va en busca de las fuentes del deber de legislar, e identifica cinco tipos de deberes de acción del legislador. De un lado pone el más importante, que es el deber general de producción legislativa, y de otro, los cuatro tipos de deberes específicos de legislar: 1) deber de concretización de normas constitucionales, 2) deber de protección de derechos fundamentales, 3) deber de corrección o adecuación de leyes vigentes y 4) deber de reposición de la igualdad violada.

El autor observa que el deber de actuación del legislador que, descumplido, lo pone en situación de omisión, no es el deber general de legislar, pero solamente el deber específico. Ese, segundo él, surge solamente cuando la interpretación de las normas constitucionales en causa revelar de forma inequívoca, aunque no necesariamente expresa, el *se*, el *cuan-*do y el *como* de las normas legales a emanar.

Aquí, por tanto, un aspecto central a la correcta comprensión del tema de la omisión legislativa: no hay un deber específico de legislar si la Constitución, aunque defina de forma clara y precisa la necesidad e una ley, se muestra absolutamente indiferente al momento de su emanación e su contenido o sentido —aunque, lucidamente, el autor reconozca no ser posible ser muy preciso cuanto al grado de precisión exigible de la definición del *cuan-*do y del *como* una ley constitucionalmente debida—.

Pereira da Silva, sintetizando las ideas de grandes nombres del constitucionalismo portugués y europeo, declara sencilla y eficazmente: hay deber de legislar si la máxima discrecionalidad característica del ejercicio de la función legislativa haber sido constitucionalmente eliminada cuanto al *si* de la emanación de una ley y relativamente atenuada en relación al *cuan-*do y al *como* de la ley debida.

Advierte el autor que eso no se trata, en absoluto, de transformar el legislador en un ejecutor servil del texto constitucional, una vez que su libertad de conformación es, segundo él, «ineliminable».

El estudio realizado trata también del delicado tema de buscar determinar si la ausencia de densificación de principios constitucionales es o no judicialmente controlable, en sede de fiscalización de inconstitucionalidad por omisión, en los términos del art. 283 de la Constitución portuguesa. La conclusión del autor sobre este punto es que solamente delante de una situación determinada se podrá verificar si cierto principio constitucional exi-

ge o no del legislado que actúe en el sentido de consolidarlo normativamente.

Una interesante observación es que el deber de concretización presupone la clasificación de las normas constitucionales. Y adopta, para eso, la clasificación tripartita de su gran maestro Jorge Miranda, que las divide en: normas preceptivas ejecutables por si mismas, normas preceptivas no ejecutables por si mismas y normas programáticas (estas siendo también normas no ejecutables). Recuerda para tanto las ideas del maestro respecto la distinción entre las normas no ejecutables y las normas programáticas: las primeras necesitan solamente de complementación legislativa, en cuanto que las normas programáticas carecen, además de la *interpositio legislatoris*, de providencias administrativas y operaciones materiales, a cargo de la administración, y concatenadas con la propia evolución económica, social y cultural.

Protección de los derechos fundamentales

Avanzando el tema con coherencia con lo antes dicho, el autor adentra el campo de los derechos fundamentales, para indicar que hay omisión de la protección exigida por los derechos fundamentales cuando depende esa protección no de prestaciones de hecho, sino solamente de prestaciones normativas. O sea, cuando la protección a esos derechos depende solamente de reglas de procedimiento, proceso y organización.

Así es que al número 1 del art. 18 que compete el papel principal de la fundamentación del deber del legislador de actuar positivamente protegiendo los derechos, libertades y garantías siempre que tal protección se muestre necesaria. Segundo el autor, es esta la cláusula constitucional que puede poner el legislador en situación de omisión con relación a la protección de derechos fundamentales. Protección esa que en la Constitución portuguesa no tiene determinado el *modo*

concreto por el cual esa protección se deberá realizar.

Otro interesante aspecto de la omisión, segundo el estudio hecho por el autor, es lo que él denomina como el «transito para la inconstitucionalidad». La comprensión de lo que sea este fenómeno hace percibir que la inconstitucionalidad por omisión no surge solamente por carencia de medidas legislativas, sino también por deficiencia de ellas.

El fenómeno del «transito para la inconstitucionalidad» consiste, según Pereira da Silva, en una situación de inconstitucionalidad superveniente, en la cual la disconformidad con la ley fundamental no surge de un momento al otro, por modificación del texto constitucional, sino por el hecho de la ley vigente haber quedado congelada en el tiempo, no acompañando el proceso evolutivo de la realidad constitucional. Y explica el autor: en verdad, la inconstitucionalidad no reside aquí tanto en la ley vigente, la cual era originalmente conforme la constitución, pero si en la ausencia de intervención legislativa destinada a adaptar a las nuevas realidades la norma jurídica en causa. Añade que ese proceso de inconstitucionalidad progresiva puede suceder por cuestiones de hecho, por cuestiones de derecho o por la conjugación de razones de hecho y de derecho.

Al estudiar el control judicial de la omisión inconstitucional en el derecho comparado, el autor ha elegido los países en que tal instituto se encuentra más desarrollado: Brasil, Alemania, Italia y España.

Brasil es el primero país abordado, cuya constitución, inspirada en la portuguesa, prevé instrumento específico para el control: la acción de inconstitucionalidad por omisión y el «mandado de injunção», que combina así la fiscalización concreta y abstracta de las omisiones legislativas.

Alemania viene en seguida, indicando el autor que este país no tiene un instrumento específico para la protección de la

omisión legislativa, esclareciendo que la vía utilizada es resultado de una evolución jurisprudencial. España también es referida como país donde no hay instrumento específico previsto pero en el cual otros medios sirven al control efectivo de la mora legislativa inconstitucional. En Italia, el autor llama la atención para las decisiones aditivas de la Corte Costituzionale como el principal instrumento decisorio en materia de fiscalización de la constitucionalidad de omisiones legislativas.

La omisión inconstitucional en el derecho portugués

Importante para el desarrollo del tema de la omisión en el derecho portugués la íntima relación entre la omisión inconstitucional y los derechos fundamentales, así sintetizada:

«El deber de legislar no resulta solamente de mandatos legislativos expresos, pudiendo aún decorrer del deber de protección de derechos fundamentales y del deber de corrección o de adecuación, de acuerdo con el cual el legislador tiene la obligación de corregir las consecuencias negativas para los derechos fundamentales resultantes de las leyes en vigor» (p. 117)

Lo que se queda muy claro en esa feliz visión del autor es que el deber de legislar no se agota en la producción de la ley, sino que perdura en cuanto la ley esté en vigor, debiendo siempre el legislador estar atento a la adecuación de la norma a cada momento que se sigue al de su producción. Pues como bien exprime Pereira da Silva, la omisión tanto puede ser originaria como superveniente.

El autor presenta aún la idea que aproxima la inconstitucionalidad por omisión de la inconstitucionalidad por acción:

«Lo que se pasa en la inconstitucionalidad por omisión no es substancialmente diferente del que se pasa en

la inconstitucionalidad por acción, con la única diferencia de que en el primero caso la norma juzgada inconstitucional es implícita en el segundo, es explícita.» (p. 204).

E saca de esa idea la siguiente conclusión:

«Podemos así concluir, con relativa seguridad, que el juzgamiento de la inconstitucionalidad de una omisión legislativa redundará en una laguna jurídica compitiendo al juez del caso su relleno por medio de la utilización de los recursos de los que dispone. Eso significa, en el fondo, que como refiere Incola Picardi, 'del punto de vista técnico jurídico, el problema de las omisiones del legislador podrá resolverse con el problema de las lagunas'» (p. 208).

Pues aún que las decisiones aditivas sean objeto de críticas también en Italia, el estudio hecho por el autor de los recursos en el derecho portugués para la superación de los problemas causados por la inconstitucionalidad por omisión revelan que es ese tipo de prestación jurisdiccional que surge como el medio más utilizado y efectivo.

En primero lugar, el autor defiende la utilización de las decisiones aditivas en el derecho portugués cuando son proferidas por los tribunales portugueses en la fiscalización concreta de omisiones al abrigo del art. 204 de la Constitución.

Recuerda Pereira da Silva que la principal crítica a las decisiones aditivas se debe al hecho de que estas implican opciones discrecionales, con lo que invaden la competencia del legislador, pues el deber de restablecer la igualdad normativa no incorpora el derecho a un determinado modo de equiparación. O sea: la igualdad tanto puede ser repuesta por la generalización del régimen más favorable como por el alargamiento del régimen menos favorable.

Segundo el autor, el problema está en determinar cuales son los casos en que existe solamente una solución constitucio-

nalmente aceptable. Pereira da Silva indica ser el Tribunal Constitucional alemán muy exigente cuanto a eso, todavía las jurisdicciones constitucionales italiana, española y portuguesa «parecen partir del principio de que, en regla, el alargamiento de la solución más favorable es la única constitucionalmente posible o, por lo menos, es la más conforme con la Constitución».

Añade el autor, desarrollando el punto central de la obra:

«Con buen rigor, la argumentación expandida contra las decisiones aditivas solamente gana relevancia si estas fueren dotadas de fuerza obligatoria general, lo que sucede, en el caso italiano, por fuerza del art. 136, mismo en relación a las decisiones de los incidentes de inconstitucionalidad. No obstante, no es eso que se pasa en el sistema portugués de fiscalización de la constitucionalidad con las decisiones tomadas en fiscalización concreta» (p. 211).

Pero mismo que normativamente, según el autor, la solución del problema creado por las omisiones pudiese ser resuelto con la utilización de esta práctica, no es lo que se pasa en la realidad jurídica portuguesa.

Para Pereira da Silva, juzgada inconstitucional una omisión absoluta del legislador, el respecto por la propia Constitución obliga el Tribunal a buscar una forma de rellenar la laguna de ahí resultante en términos constitucionalmente aceptables. En los casos de omisión absoluta de normas concretizadoras de una disposición constitucional atributiva de derechos, la principal forma de colmar el vacío normativo (dejado por la recusa de aplicación directa denegatoria) consiste en la (tentativa) de aplicación directa de la norma constitucional.

Para el autor portugués, no es absurdo intentar la aplicación directa de normas no ejecutables, o mismo de normas programáticas. Pues las normas constitucionales, aun cuando programáticas, retienen

un contenido esencial mínimo y poseen, por veces, «densidad semántica» para posibilitar una aplicación directa por los tribunales (citando Bidart Campos e Canotilho).

Todavía, como relata el autor, tal posición no es acatada por el Tribunal Portugués. Pereira da Silva critica esa postura de su tribunal, advirtiendo que la posición del legislador, siendo una posición de preferencia, no es una posición de monopolio. Sustenta su visión con el correcto razonamiento de que el legislador no es el único destinatario de las normas constitucionales no ejecutables e programáticas, o de las imposiciones constitucionales en general. Además, advierte que «no surge un nuevo destinatario de la norma constitucional, pero solamente se altera el orden de intervención de los destinatarios preexistentes» (p. 229), haciendo sobre el tema una creativa e interesante ponderación.

A su lado Pereira da Silva tiene la posición de los tribunales español, italiano, brasileño y alemán. El autor concluye:

«Es cierto que las soluciones alcanzadas por medio de decisiones integrativas ni siempre corresponden completamente al estado de cosas deseado por la Constitución, pero son una aproximación a ese mismo estado, preferible, seguramente, a una decisión que, en absoluto, negase a todos los ciudadanos, por falta de una concretización legislativa, los derechos fundamentales reclamados» (p. 234).

Con lucidez reflexiona que la aplicación directa de las normas constitucionales no ejecutables por omisión del legislador por el Tribunal Constitucional ocasiona un cambio en la naturaleza jurídica o función de las normas constitucionales.

Pero ha otros casos en que las omisiones son insubstituibles (infungibles). En esos casos, la solución del problema carece necesariamente de intervención legislativa, y entonces ahí gañan importancia

aquellas formas de intervención judicial que apelan al cumplimiento por parte del legislador, como sea la fiscalización abstracta de la inconstitucionalidad por omisión, en los términos del artículo 283°.

El autor aborda también el tema relacionado al retroceso social. Según él, se debe aceptar el retroceso cuando el Estado no disponga de medios financieros indispensables para el normal desarrollo de las políticas sociales. Pues, en el límite, una prohibición absoluta de retroceso social ignora la propia naturaleza de los derechos sociales como posiciones activas submetidas a la condición de la reserva del posible. La conclusión por lo tanto para el autor es que puede haber retroceso desde que no afecte el núcleo del derecho:

«La prohibición en causa consiste tan solamente en impedir la eliminación de aquello que es caracterizado como el 'contenido esencial' de los derechos sociales. Así puede haber retroceso en materia de derechos sociales, desde que se quede incólume el cerne de las «posiciones jurídicas» e de las estructuras concretizadoras del Estado social» (p. 282).

Conclusión del autor es que:

«aquello que resulta de la Constitución es no una prohibición de retroceso social, tal como tiene sido configurada por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia, pero antes una prohibición de reponer o de recriar situaciones de omisión legislativa inconstitucional, independientemente del ámbito material en que estas se revelen» (p. 283).

Responsabilidad civil

En el último capítulo de la obra, Pereira da Silva trata de la cuestión de saber si los ciudadanos que han sufrido daño en sus derechos fundamentales pueden exigir judicialmente indemnización por los daños decurrentes de la omisión inconstitucional del legislador (inclusive

daños no patrimoniales) con base en el art. 22º de la Constitución portuguesa. A esa cuestión el autor contesta positivamente.

Indica el autor que una posición muy sustentada es la de que el art. 22º es norma ejecutable por sí misma. Todavía, sustenta que en la ausencia de ley concretizadora, el art. 22º es una norma directamente aplicable, cabiendo a los jueces e a los tribunales crear las «normas de decisión» tendientes a asegurar la reparación e daños resultantes de actos lesivos de derechos.

Pues, segundo Pereira da Silva, remeter para el legislador ordinario la fijación de los presupuestos de su propia responsabilidad sería una situación paradójica. Así, dice no haber sentido hablarse a propósito del art. 22º en su segmento relativo a la responsabilidad de las leyes, de omisión inconstitucional por violación del deber de concretización legislativa: la norma en cuestión es no solamente una norma preceptiva ejecutable por sí misma, sino también una norma inmediatamente aplicable.

Defiende el autor que eventual tarea legislativa disciplinada de la responsabilidad del legislador es puramente accesorio o hasta mismo dispensable, y que es posible responsabilizar el Estado legislador solamente con base en las normas constitucionales. Dice que la norma en cuestión —el art. 22º— es no solamente una norma preceptiva ejecutable, por lo que los presupuestos de la responsabilidad civil del legislador tienen así de ser integralmente retirados, por vía

interpretativa, del propio texto constitucional.

Sustenta el autor que la responsabilidad civil del legislador en el derecho portugués se fundamenta en el art. 22º de la constitución y que el art. 22º no comporta, en relación al relleno del presupuesto de la ilicitud, una interpretación tan exigente e restrictiva como aquella que tiene sido defendida en el derecho germánico e que, en la práctica, redunde en la exclusión de la propia responsabilidad del legislador.

En eso reside en esa materia una diferencia entre el derecho portugués y el alemán en el cual hay la exigencia de violación de un deber de función que vincule delante terceros —lo que es una limitadora de la responsabilidad del Estado—. Posición esa que no fue reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que hay de reconocer responsabilidad y daño al legislador alemán en caso de incumplimiento del derecho comunitario (*Acórdão Bras-serie du Pecheur-Factortame*).

Finalizando esa sucinta descripción de la obra de Jorge Pereira da Silva no podemos dejar de destacar la impresión positiva que nos ha causado. Tanto por el apuro y rigor con que ha tratado el tema, agotando las cuestiones pertinentes, como por la agudeza y coherencia y de su razonamiento, se puede concluir esos comentarios diciendo que es con alegría que ante la obra de este autor nos encontramos delante de un trabajo que se insiere en la tradición del más notable constitucionalismo portugués.