

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Por PABLO DERMIZAKY PEREDO *

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.—2. LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL.—3. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.—4. TIPOS DE SENTENCIAS.—5. EL CASO ARGENTINO.—6. EL LEGISLADOR POSITIVO EN SUDÁFRICA.—7. ALCANCES DE LA INSTITUCIÓN.—8. CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES

La doctrina clásica de la división de poderes determina que sólo el órgano legislativo puede «dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas». (art. 59 la. C.P.E.). Hay que recordar, sin embargo, que los otros dos Organos tienen lo que se llama «iniciativa legislativa», porque pueden proponer al Legislativo proyectos de códigos y de leyes (arts. 71-II y 96-4.^a C.P.E.). Por lo demás, la administración contemporánea desecha la «división de poderes» como un principio rígido que separa las funciones del Estado en compartimentos estancos; por el contrario, la interacción y coordinación de «poderes» es la regla de oro de una sana administración, de suerte que los tres órganos son, en las esferas de sus competencias, legisladores, ejecutores y aplicadores de sus normas.

Los tribunales constitucionales fueron concebidos en su moderna versión por su creador, Hans Kelsen, como «legisladores negativos», en el sentido que pueden anular, vale decir eliminar, del orden jurídico las normas inconstitucionales, ejerciendo una potestad *negativa* con referencia a la Ley. El jurista vienés entendía así delimitar la competencia de estos tribunales, que no podían invadir las potestades del legislador como creador del De-

* Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. Ex-Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia.

recho positivo. Pero el ejercicio de la jurisdicción constitucional y la evolución del Derecho público han demostrado que el control o salvaguarda de la Constitución es incompleto si se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin modificarla, complementarla o interpretarla. Es por esto que las sentencias constitucionales asumen diferentes formas, según su contenido y sus efectos en el tiempo. En otras palabras, la jurisdicción constitucional contemporánea tiene dos facetas: una *pasiva* o *negativa*, que confronta la norma con la Constitución, manteniéndola o expulsándola del orden jurídico como resultado de esa confrontación, y otra *activa* o *positiva*, que deriva de la primera y la complementa, sin la cual su labor quedaría trunca o inconclusa.

Estas dos facetas de la jurisdicción constitucional han motivado la antigua polémica del constitucionalismo estadounidense entre conservadores y progresistas, partidarios los primeros del «judicial restraint», y del *activismo* los segundos; polémica ya superada a favor de estos últimos, pues se considera que el juez no es un mero aplicador de la ley, sino un creador del Derecho en la medida en que interpreta las normas a la luz de las situaciones sociales, siempre cambiantes.

En este sentido, el art. 3.º, inciso c), numeral 6.º de la Ley Constitucional del 21 de Julio de 1994, de la Federación de Rusia, menciona entre las atribuciones de la Corte Constitucional que «dispone del derecho de iniciativa legislativa sobre asuntos de su competencia» (concordante con el art. 104 de la Constitución de la Federación, que enumera los sujetos de derecho que disponen de la iniciativa legislativa). Por lo demás, esta Corte puede llamar la atención del legislador —y a menudo lo hace— sobre la necesidad de llenar las lagunas de la ley, o de adaptarlas a las normas de derecho internacional, o de renovar la legislación, etc.

El art. 156 de la Constitución de Colombia y el 145 de la Constitución de Ecuador facultan a la Corte Constitucional y al Tribunal, respectivamente, a presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones. El art. 281 de la Constitución ecuatoriana permite al Tribunal Constitucional proponer proyectos de reforma constitucional, lo que asimismo se reconoce a la Corte Constitucional de Guatemala por el art. 277 de la Constitución de este país. Por otra parte, el art. 241(Parágrafo) de la Constitución de Colombia, dispone que cuando la Corte Constitucional encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto que controla, «ordenará devolverlo a la autoridad que lo profririó para que, de ser posible, enmiende el defecto observado».

A través de las citas precedentes se evidencia que los tribunales constitucionales han abandonado su primitiva condición de «legisladores negativos» para completar su misión mediante la iniciativa legislativa y, en algunos casos, como se verá después, mediante la proposición de normas que modifican o subsanan la omisión inconstitucional.

2. LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL

La cuestión de la inconstitucionalidad se da no solamente por *acción*, cuando el sujeto de derecho viola una norma constitucional, sino también por *omisión* cuando el sujeto encargado de desarrollar un precepto de la Constitución no lo hace durante un tiempo relativamente prolongado, dando lugar, con esta omisión, al incumplimiento de dicho precepto o a la negación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Se produce, en tal caso, la violación de normas constitucionales que no pueden aplicarse ni exigirse por falta de la legislación que las desarrolle o complemente.

De este tipo son, por ejemplo, los llamados «encargos al legislador», que son normas constitucionales de eficacia limitada, o incompletas, que obligan al legislador a desarrollarlas o completarlas. (Ejemplos en la Constitución boliviana: arts. 7; 40, inc. 2.º; 43; 45; 99; 107; 126-V; 130; 136-II; 146-II; 149, etc.)

El autor portugués José Joaquín Gomes Canotillo dice que «la omisión legislativa significa que el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata, pues, de un simple no hacer negativo, sino de hacer lo que, de forma concreta y explícita, estaba obligado constitucionalmente»¹. José Julio Fernández Rodríguez concibe, por su parte, «la omisión vulneradora de la Carta Magna como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación»².

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La Constitución de la extinta República de Yugoslavia, de 1974, fue, al parecer, la primera en consignar este instituto en su art. 377, que a la letra decía:

«Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia».

¹ Cit. por JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *La inconstitucionalidad por omisión*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 77.

² *Op. cit.*, p. 449.

En el precepto transcrito observamos los siguientes caracteres:

1. Se prevé que la omisión no sólo afecte a la norma básica, sino también a las leyes federales, a otras prescripciones y actos generales federales.
2. El Tribunal debía poner la omisión en conocimiento de la Asamblea Legislativa, órgano competente para subsanarla.
3. La labor del Tribunal terminaba ahí. Su comunicación a la Asamblea era una llamada de atención para que ésta actuara en consecuencia.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal y los de las repúblicas y provincias autónomas podían presentar a las legislaturas proyectos de leyes o de modificación de las mismas; es decir, disponían de la iniciativa legislativa. Además, podían realizar de oficio el control de constitucionalidad³.

El art. 283 de la Constitución de Portugal (1976) parece haberse inspirado en su homóloga de Yugoslavia, al disponer:

(De la inconstitucionalidad por omisión).

1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales.
2. Cuando el tribunal Constitucional comprueba la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.

El art. 103-2.º de la Constitución de Brasil (1988) contiene una prescripción similar:

«Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional, se dará noticia al poder competente para que adopte las providencias necesarias, y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días».

Este artículo prevé que la omisión provenga de cualquiera de los tres órganos de gobierno: Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Además, el art. 5-LXXI de la misma Constitución brasileña dispone que:

³ *Ibidem*, p. 246.

«Se concederá mandamiento de «injuncao» siempre que la falta de la norma reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía».

Se ha hecho notar que esta norma emplea impropriamente el término *injunção*, *injunction* en el Derecho anglo-sajón, que significa «prohibición judicial». En cambio el *writ of mandamus* es una orden dirigida a una autoridad para que cumpla un deber impuesto legalmente, para cuyo ejercicio no existe norma reglamentaria.

La ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (n.º 7315, de 18 de octubre de 1989) se refiere a la inconstitucionalidad por omisión en su art. 73, párrafo f).

En España, el Derecho positivo no contempla la inconstitucionalidad por omisión; sin embargo el Tribunal Constitucional ha incorporado el concepto en su jurisprudencia, como por ejemplo en la STC. 24/1982, que dice:

«La inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional, y el legislador no lo hace».

La STC 87/1989, de 11 de mayo, reproduce el concepto de la anteriormente citada.

La Corte Constitucional de Alemania, así como las Cortes Supremas de Canadá y de Estados Unidos, tienen jurisprudencia similar.

4. TIPOS DE SENTENCIAS

Cuando el juez constitucional se ve obligado a responder a los requerimientos de la realidad jurídico-social, abandona su papel de «legislador negativo» y sus pronunciamientos exceden el modelo clásico, estático, de sentencia, para adquirir nuevas modalidades. De aquí surgen los diferentes tipos de sentencias, como las adicionales, interpretativas, sustitutivas, con efectos diferentes en el tiempo, etc., con las cuales el juez modifica, agrega o interpreta la norma, contribuyendo así a la creación del Derecho.

La sentencia adicional («aditiva»), de origen italiano, es la que mayor relación tiene con la inconstitucionalidad por omisión, pues «no se limita a analizar el texto de la disposición o disposiciones para extraer la norma inconstitucional, distinguiéndola de las que son conformes a la Constitución, sino que llega, una vez declarada inconstitucional cierta norma positiva o negativa construida mediante la interpretación, a crear una norma, por adición o por sustitución, de significado opuesto a la declarada

inválida»⁴. Para subsanar la omisión del legislador, la sentencia aditiva agrega lo que falta a la norma, transformándola en otra que responde a la demanda jurídico-social.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Italia señala que al pronunciarse así el juez constitucional no actúa discrecionalmente, sino ateniéndose a los mandatos de la Constitución, pues «se permite las sentencias aditivas sólo cuando la solución adecuadora no debe ser fruto de una valoración discrecional, sino que se deriva necesariamente del juicio de constitucionalidad, de modo que la Corte deba proceder a una extensión lógicamente necesitada»⁵.

Estas sentencias se referían, a menudo, a derechos sociales (de segunda generación) previstos en la Constitución italiana y no materializados por falta de desarrollo del legislador ordinario. Como las sentencias adicionales ocasionaban gastos no incluidos en los presupuestos respectivos, recibieron críticas y resistencias, por lo que el Tribunal Constitucional italiano introdujo las llamadas «sentencias adicionales de principio», en las que se declara la inconstitucionalidad por omisión del legislador, en principio, sin aludir a las consecuencias financieras o presupuestarias del caso⁶.

5. EL CASO ARGENTINO

En la República Argentina la acción de Amparo Constitucional no había sido legislada hasta 1966 (Ley n.º 16.986, de 18/10/66, complementada por la Ley n.º 17.454, de 20/09/67). Sin embargo, antes de estas fechas la Corte Suprema de la Nación emitió «un par de fallos donde... dijo que los derechos y garantías constitucionales no podían quedar a merced de la voluntad del legislador, de sancionar o no una Ley de Amparo, y ese pronunciamiento tan bueno, tan intrínsecamente legítimo, tan intrínsecamente justo, que logró inmediato respaldo de los demás tribunales y de la doctrina especializada, provocó que así... se impusiera, y desde entonces tuvimos el Amparo sin ley que lo reglamentara»⁷.

En el caso reseñado, la Corte Suprema de Argentina instituyó en sus fallos una garantía constitucional que el legislador había omitido reconocer, incurriendo en inconstitucionalidad por omisión.

⁴ *Ibidem*, p. 232.

⁵ *Ibidem*, p. 233.

⁶ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Las Generaciones de Derechos», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, 2001, pp. 300-302.

⁷ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «Conflictos entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica». Ver «La Gaceta Jurídica», suplemento del diario *La Razón*, La Paz, 23/04/02.

6. EL LEGISLADOR POSITIVO EN SUDÁFRICA

La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica fue creada por la Constitución Provisional de 1993, promulgada como resultado de las negociaciones que culminaron en la eliminación del «apartheid» y la formación del gobierno de unidad nacional. La Constitución de 1996 ratificó el estatuto y funciones de la Corte, dándole la misión principal de proteger los derechos fundamentales, cuyo detalle ocupa el espacio mayor en su articulado. Esta preocupación se explica, como lo han dicho los propios magistrados de la Corte, en el largo pasado colonial del país y el sistema de *apartheid* que hicieron tabla rasa de los derechos de la mayoría de los sudafricanos.

Una decisión interesante de la Corte Constitucional sudafricana fue la que pronunció el 2 de diciembre de 1999, en el caso promovido por la *National Coalition for Gays and Lesbians Equality* y otros contra el Ministro de Asuntos Interiores, sobre inconstitucionalidad del artículo 25 de una ley de 1991, modificada en 1996, que daba al «esposo» o «esposa» de un residente permanente en Sudáfrica el derecho a obtener automáticamente un permiso de residencia en el país. Los recurrentes estimaron que esta disposición era discriminatoria porque no alcanzaba a los extranjeros que mantenían una relación homosexual estable con un ciudadano sudafricano.

La Corte Constitucional de Sudáfrica consideró que el vocablo «esposo(a)» no incluía las parejas homosexuales, y que por consiguiente el artículo impugnado les discriminaba injustificadamente, y vulneraba su derecho de igualdad y su dignidad consagrados por la Constitución. Pero lo interesante es que la Corte no se limitó a declarar la inconstitucionalidad del precepto mencionado, sino que decidió complementarlo incluyendo, después del término «esposo(a)», las palabras «o pareja del mismo sexo en una relación estable». Para asegurar la corrección de una inconstitucionalidad por omisión, el alto tribunal sudafricano asumió el papel de «colegislador». Aparte de que la sentencia constituye la afirmación de un poder normativo del juez constitucional, se observa que este criterio es aceptable en cuanto reposa sobre una auto-limitación de la misma Corte, expresada en la sentencia.

Estas limitaciones se inspiran, en gran medida, en el Decreto Schachter de la Corte Suprema de Canadá, que contiene las directrices a seguir por las otras jurisdicciones de ese país para determinar si la acción complementaria es apropiada en cada caso. Esas directrices son, entre otras:

1. La acción positiva del juez sobre la ley debe, en primer lugar, ajustarse a la Constitución y a sus principios fundamentales, de

manera que interfiera lo menos posible con los textos adoptados por el legislador.

2. El juez debe definir con precisión en qué forma ha de complementarse la ley para ajustarla a la Constitución, tomando en cuenta cuál era la intención del legislador, de suerte que, si se está frente a varias opciones correctivas de la inconstitucionalidad, se escoja, en lo posible, la que permita preservar la voluntad legítima de aquél. Esta directriz se funda, como es obvio, en el principio general del Derecho de «conservación de la norma».

En su decisión, la Corte Suprema de Sudáfrica agrega que el Parlamento es libre, en los límites fijados por la Constitución, de modificar posteriormente el precepto, reduciéndolo o modulándolo para suprimir las ventajas o incluir nuevos beneficios⁸.

7. ALCANCES DE LA INSTITUCIÓN

El tema que nos ocupa no es nuevo. Como es sabido, el Juez Supremo Charles Evans Hughes dijo hace muchos años que «la Constitución es lo que los jueces dicen que es», pensamiento éste que guía a los partidarios del activismo judicial en los Estados Unidos de América. Mauro Cappelletti y otros autores europeos, principalmente italianos, han tratado asimismo el tema en extensos y diversos estudios.

No se trata de que el juez constitucional usurpe las funciones del legislador, pues es claro que solamente asume una acción positiva frente a la violación de derechos fundamentales que supone una omisión legislativa, omisión que, por otra parte, el legislador debió subsanar por mandato imperativo o implícito de la Constitución.

En otras palabras, el razonamiento que impulsa la acción positiva del juez constitucional es eminentemente jurídico, no político. Una norma puede ser inconstitucional con referencia a lo que dispone y también a lo que omite. Puede ocurrir que la norma, por deficiencia u obscuridad, restrinja o limite el goce de los derechos proclamados en la Constitución.

Por otra parte, la inconstitucionalidad por omisión parte del reconocimiento de que no existe la certeza de que legislador corregirá la norma inconstitucional, lo cual es previsible tratándose de un órgano esencialmente político como es el Legislativo. El descuido, la omisión de legislador, constituye una anomalía jurídica que viola los derechos de las personas, infiriéndoles un daño objetivo y verificable. Si el juez constitucional tiene

⁸ Ver DIDIER RIBES, en «Le Juge Constitutionnel peut-il se faire législateur?», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 9, 2.000, Dalloz, París, 2.000, pp. 84 y ss.

por misión cumplir y hacer cumplir la Constitución, es claro que la inconstitucionalidad por omisión es un asunto de su competencia que le obliga a actuar, de manera positiva, pues de otro modo estaría vulnerando, por pasiva, derechos fundamentales que ha jurado defender.

8. CONCLUSIONES

De las reflexiones que anteceden podemos arribar a algunas conclusiones relativas a la jurisdicción constitucional en Bolivia.

Nos parece oportuno sugerir que en la próxima reforma de la Constitución se agregue, a los puntos que hemos propuesto hace tiempo (independencia total del Tribunal Constitucional; aumento del número de sus magistrados a nueve; selección de las causas que llegan en revisión al Tribunal), la facultad de presentar proyectos de reforma constitucional, con el mismo derecho como puede hacerlo la Corte Suprema de Justicia «en materia judicial y reforma de los códigos...» (Art. 71-II C.P.E.)

Por otra parte, aunque corresponde a la jurisdicción constitucional, por su propia naturaleza, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad por omisión, cabría incluir esta atribución en los artículos pertinentes de la Constitución y de la Ley n.º 1836, con la facultad para el Tribunal de sugerir al Legislativo la redacción complementaria de la norma observada.

