

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AÇÃO
DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO:
LA LEY BRASILEÑA N.º 12.063,
DE 27 DE OCTUBRE DE 2009

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA DE LA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.—2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: UN INSTITUTO PROCESAL AUTÓNOMO DE CONTROL NORMATIVO DE LA CONSTITUCIONALIDADE.—3. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER LA ACCIÓN.—4. OBJETO DE LA ACCIÓN.—5. PRESUPUESTOS DE LAS OMISIONES CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES.—6. ÓRGANO COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO.—7. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.—8. LA DECISIÓN DE INCONSTITUCIONALIDADE Y SUS EFECTOS.—9. LA PRAXIS DEL INSTITUTO: SU ESCASA EFICACIA PRÁCTICA.

RESUMEN

La acción directa de inconstitucionalidade por omisión pretende acabar con el histórico falseamiento de las previsiones constitucionales, muy particularmente de las relativas a los derechos y libertades, que se ha producido en Brasil por la sistemática inacción del legislador. Se trata de un instituto procesal autónomo reconducible a los procesos de control normativo de la constitucionalidade, cuyo objeto es la omisión de un acto normativo del poder público, y no sólo, a diferencia de Portugal, del poder legislativo, que inviabilice la plena eficacia de la norma constitucional.

La Ley n.º 12.063, de octubre de 2009, acoge por primera vez una regulación de esta acción, que antes se regía, en lo que le era de aplicación, por la Ley n.º 9.868, reguladora de la acción directa de inconstitucionalidade. Su más polémica previsión

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la *Università degli Studi di Messina* (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con sede en Lima. Profesor honorario de 14 Universidades de América Latina. Autor de 26 libros y de más de medio centenar de artículos científicos publicados en 22 países de Europa y América Latina.

atañe a la facultad que otorga al Supremo Tribunal Federal de adoptar, en casos excepcionales, medidas cautelares que, en el supuesto de una omisión parcial, pueden consistir en la suspensión de la aplicación de la ley o acto normativo cuestionado o en la suspensión de los procesos judiciales o de los procedimientos administrativos en curso, lo que no nos parece compatible con la naturaleza y finalidad de esta acción.

La Ley establece asimismo la posibilidad de que el Tribunal amplíe el plazo de 30 días que la Constitución prevé para que el órgano administrativo moroso dicte el acto omiso. Aunque la Constitución no contempla ningún plazo para suplir la omisión cuando es el legislador quien ha incurrido en mora, el Supremo Tribunal Federal, apartándose de la *lex superior*, a través de una decisión de mayo de 2007, en la que ha abandonado su jurisprudencia tradicional, ha fijado un plazo de 18 meses para que el legislador apruebe la ley cuya omisión fue declarada inconstitucional.

Palabras clave: acción de inconstitucionalidad, Constitución de Brasil, control de constitucionalidad, efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, omisiones inconstitucionales, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In Brazil, the direct action for unconstitutionality by omission is intended to put an end to a long-standing invalidation of constitutional provisions (especially regarding rights and freedoms) due to a systematic failure of the legislator to act. It is an autonomous procedural that can lead into procedures for controlling constitutionality of the normative omissions. Its object is the omission of a normative act by the public power and not just of the legislative power (as in Portugal) that undermines the full efficacy of the constitution.

The Act No. 12.063, October 2009, for the first time ever, regulates this action, which previously, insofar as applicable, was subject to the Act No. 9.868, regulating the direct action of unconstitutionality. Its most controversial provisions has to do with the power it grants the Supreme Federal Court to adopt cautionary measures, in exceptional cases, which, in the hypothesis of a partial omission, may entail the suspension of the application of the law or of the normative act or even suspending court proceedings at administrative proceedings already under way. We think that this does not appear compatible with the nature and the finality of this action.

The Act also establishes the possibility of the Court extending the 30-day period that the Constitution establishes for the administrative body that has caused delay to proclaim the omitted act. Although the Constitution does not envisages any deadline for cases in which the legislative has caused the delay, the Supreme Federal Court, moving away from *lex superior*, passed a ruling in May 2007, in which it abandoned its traditional jurisprudence, and established a period of 18 months for the legislative to approve the law whose omission was declared unconstitutional.

Key words: Action of unconstitutionality, Constitution of Brazil, constitutionality control, effects of unconstitutionality rulings, unconstitutional omissions.

1. INTRODUCCIÓN: LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA DE LA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

I. La Constitución de la República Federal del Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988, dedica la Sección 2ª del Capítulo III («Do Poder Judiciário») del Título IV («Da Organização dos Poderes») al Supremo Tribunal Federal (arts. 101 a 103). Entre las competencias que al mismo se atribuyen, el art. 102.I a) contempla la de conocer y juzgar originariamente la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estatal, como también, la acción declaratoria de la constitucionalidad de una ley o acto normativo federal. En ninguno de los dieciséis apartados de que consta el art. 102.I encontramos referencia a la acción de inconstitucionalidad por omisión, no obstante ser ésta una de las grandes novedades que en el ámbito de la justicia constitucional iba a introducir la Carta brasileña. Ha de acudirse al art. 103, que contempla quiénes pueden interponer la acción de inconstitucionalidad, para ver una referencia en su párrafo 2º al instituto que ocupa nuestra atención, la *ação de inconstitucionalidade por omissão*, aunque en realidad no se alude propiamente a esta acción, sino a las consecuencias de la declaración de la inconstitucionalidad por omisión: «Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, —dispone tal norma— 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». Esta es la peculiar fórmula que utiliza el constituyente brasileño para recepcionar el instituto procesal en cuestión, circunstancia que no ha dejado de suscitar debates doctrinales acerca de si nos encontramos o no ante una nueva figura procesal.

La acción de inconstitucionalidad por omisión, a nuestro juicio, encuentra su fuente de inspiración última en el instituto equivalente de la Constitución portuguesa. No parece que puedan haber muchas dudas al respecto. La doctrina brasileña, por lo general, ha coincidido en tal apreciación. Así lo admite, por ejemplo, Afonso da Silva, quien lamenta, sin embargo, la oportunidad perdida por el constituyente brasileño de haber ido más allá de lo que fue el portugués¹. Por supuesto, esta inspiración en el diseño portugués de análoga acción no significa en modo alguno que no podamos apreciar diferencias significativas entre uno y otro modelo².

¹ José AFONSO DA SILVA: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 49.

² Por poner un ejemplo concreto, Modesto visualiza tres diferencias significativas, relativas al objeto del control, más amplio en Brasil, a la legitimación activa, también bastante más amplia en la Constitución brasileña, y a los efectos atribuidos a la decisión que constate la

Con independencia ya de la inspiración en la Constitución portuguesa, hay, a nuestro modo de ver, una última y peculiar *ratio* en la recepción del instituto en Brasil, que al margen ya de ser deudora de un específico contexto histórico, revela un matiz diferencial digno de ser tenido en cuenta. Uno y otro texto constitucional nacieron bajo el paradigma del constitucionalismo dirigente; esto parece difícilmente cuestionable. Pero a partir de aquí, cada uno es deudor de su propia circunstancia histórica.

La Constitución portuguesa de 1976 iba a seguir los pasos de la Constitución de la República Socialista Federal de Yugoslavia de 1974, que, en perfecta coherencia con la peculiar noción que del control de la constitucionalidad se tenía en el constitucionalismo de los países socialistas europeos, idea que reflejará con meridiana claridad el presidente de la llamada Comisión de coordinación (que operará como una suerte de Comisión de Constitución en la Asamblea Constituyente yugoslava), Edvard Kardelj, en el discurso pronunciado ante la Asamblea con ocasión de la presentación del texto del Anteproyecto de Constitución³, había consagrado en su art. 377, por vez primera, la inconstitucionalidad por omisión. No ha de extrañar tal seguimiento si se tiene presente que la Carta portuguesa nació de un proceso revolucionario, la Revolución de los claveles, y que en su redacción original debe mucho de su contenido al ideario político de corte socialista de los militares que llevaron a cabo la revolución. Todo ello quedó reflejado en el intenso carácter programático-dirigista de la Constitución portuguesa, orientación que casaba a la perfección con la creación de un instituto procesal de fiscalización de las omisiones legislativas. Miranda aludiría⁴ a cómo la Ley Fundamental de 1976 multiplicaba las apelaciones al legislador ordinario, concebido como ejecutor del proyecto constitucional. Y Canotilho, de modo rotundo, señalaba que la expresa consagración de la inconstitucionalidad por los comportamientos omisivos del legislador era una consecuencia lógica y necesaria del carácter predominantemente prescriptivo y dirigente de la Carta de 1976⁵. Pién-

omisión inconstitucional de un órgano administrativo. Paulo MODESTO: «Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica», en *Revista de Direito Público*, Año 25, n.º 99, Julho/Setembro 1991, pp. 115 y ss.; en concreto, p. 124.

³ «La Cour constitutionnelle —afirmaba Kardelj— ne saurait être un organe purement judiciaire qui se contenterait d'examiner, de manière statique et d'un point de vue juridique formel, les phénomènes et problèmes en matière d'organisation constitutionnelle... Dans ce sens, la Cour constitutionnelle prendra, avec la souplesse voulue, des initiatives politiques...». Apud J. ZAKRZEWSKA: «Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les États socialistes», en *Res Publica* (Revue de l'Institut Belge de Science Politique), Vol. XIV, 1972, n.º 4, pp. 771 y ss.; en concreto, p. 777.

⁴ Jorge MIRANDA: «Inconstitucionalidade por omissão», en la obra colectiva *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, Vol. I, pp. 333 y ss.; en concreto, p. 336.

⁵ J. J. GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas), Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 354.

sese además que el Movimiento de las Fuerzas Armadas, cuya actuación y propósitos condicionaron decisivamente la voluntad de la Asamblea Constituyente democráticamente elegida⁶, albergaba serias razones para temer una Constitución incumplida, en la que la realidad constitucional se divorciase del compromiso inicialmente suscrito. Y aunque en el brevísimo debate que la Asamblea Constituyente dedicó al instituto no haya alusión alguna al texto constitucional yugoslavo⁷, ello no es, a nuestro entender, significativo, pues fue en realidad el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA) quien postuló este instituto como medio de evitar que la inacción del legislador pudiese bloquear el desarrollo de los radicales principios socialistas que presidían la Norma suprema. La posición del MFA guardará un notable paralelismo con la tesis de los teóricos del pensamiento socialista (de las mal llamadas «democracias populares» del Este europeo), para quienes era inexcusable velar a fin de que el legislador respetase «positivamente» la Constitución⁸. Por lo demás, nadie podía ser considerado por el MFA como más idóneo para llevar a cabo este doble control, positivo y negativo, que un órgano extraído de su seno, como sería el Consejo de la Revolución, el órgano al que se encomendará la salvaguarda de la Carta Suprema en la inicial redacción constitucional, lo que pervivirá hasta la reforma de 1982. En definitiva, razones primigeniamente ideológicas explican la constitucionalización del instituto en el Portugal de 1976, tan sólo dos años posterior al proceso revolucionario. Una Constitución «empeñada en la transformación (de Portugal) en una sociedad sin clases» (art. 1º de la Constitución) requiere de un órgano de control que fiscalice las omisiones del legislador que hagan peligrar tal meta final.

En Brasil, sin querer con ello ignorar que la Carta de 1988, como ya se ha dicho, se sitúa en la línea de las Constituciones dirigentes, las preocupaciones del constituyente eran diferentes a las de los militares portu-

⁶ En análogo sentido, Jorge PEREIRA DA SILVA: *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas* (Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 144.

⁷ Argumento éste que Miranda, a la sazón diputado constituyente, utiliza para rechazar la influencia de la Constitución yugoslava de 1974. Cfr. al efecto, Jorge MIRANDA: *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI (Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 277.

⁸ «The constitutionalism —escribe Naschitz, uno de esos teóricos— does not imply only the negative obligation not to adopt a legal regulation inconsistent with the constitution, but also the positive obligation to adopt all the necessary legal regulation, in the absence of which the constitutional norm would remain only an abstract principle». A. NASCHITZ: *Introduction aux règles de contrôle de la constitutionnalité et de la légalité dans l'activité étatique socialiste*, Cours de la Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit comparé (langue anglaise), Strasbourg, 1970, p. 19. Cit. por Henry ROUSSILON: «Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes», en *Revue du Droit Public*, n.º 1-1977, Janvier/Février 1977, pp. 55 y ss.; en concreto, p. 98, nota 166.

gueses. El poner coto al histórico falseamiento de las provisiones constitucionales, particularísimamente de las relativas a los derechos, y dentro de ellas de las que proclamaban derechos de naturaleza socio-económica, es una de las grandes metas que persigue la Asamblea Constituyente brasileña. Esta finalidad era tanto más importante si se tiene en cuenta la amplísima recepción que el constituyente iba a dar a esos derechos, hasta el extremo de haberse podido hablar, con fundamento en la prodigalidad de derechos de los trabajadores constitucionalmente recepcionados, de la «celetização da Constituição»⁹. No sería ajeno a ello la célebre caracterización que de la Constitución haría Ulysses Guimarães, en el discurso que pronunciara ante la Asamblea Constituyente con ocasión de la aprobación por ésta de la Carta Fundamental, al tildarla de *Constituição Cidadã*. Sin embargo, el devenir histórico venía mostrando que los derechos en general, y los derechos prestacionales de modo muy particular, eran «ninguneados» por la sistemática inacción del legislador, que convertía en letra muerta las provisiones constitucionales a ellos referidas. No se trataba aquí de soslayar el peligro frente al que hace una veintena de años mostraba su preocupación el gran *Justice* de la *Supreme Court* Brennan, garantizar la fuerza legal del *Bill of Rights* frente a una legislación rutinaria¹⁰, sino justamente el contrario, evitar que la ausencia de una legislación de desarrollo privase a este tipo de derechos de su eficacia.

No es inoportuno recordar al respecto, que la Constitución brasileña de 1934, directamente inspirada en la de Weimar de 1919, tal y como constataría Cavalcanti¹¹, quien había integrado la Comisión redactora del Anteproyecto, se ubicaba en plenitud en la dirección del constitucionalismo social, acogiendo en su articulado (dentro de los Títulos III, IV y V) una amplísima declaración de derechos, siendo especialmente relevantes los derechos de naturaleza socio-económica, a los que dedicaba el largo Título IV («Da Ordem Econômica e Social»), que abarca un total de 29 artículos (arts. 115 a 143). La apatía del legislador brasileño, entre otras circunstancias, convertiría en letra muerta tal declaración de derechos. La doctrina brasileña se ha hecho insistentemente eco de ello. «Há uma espécie de tradição institucional perversa em nossa história —escribe Siqueira Cas-

⁹ Ives GANDRA MARTINS FILHO: «Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988», en Ives GANDRA MARTINS e Francisco REZEK (Coordinação), *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais-Centro de Extensão Universitária, São Paulo, 2008, pp. 83 y ss.; en concreto, p. 83.

¹⁰ William J. BRENNAN Jr.: «Why have a Bill of Rights?», en *Oxford Journal of Legal Studies (Oxford J. Legal Stud.)*, Volume 9, 1989, pp. 425 y ss.; en concreto, p. 427. Brennan alude a «the susceptibility of a bill of rights to amendment and its legal force as against routine legislation».

¹¹ Themistocles Brandão CAVALCANTI: *Las Constituciones de los Estados Unidos de Brasil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 376.

tro¹²— consistente na sistemática sonegação das condições de exercício de direitos constitucionalmente consagrados, pelo expediente da paralisia das instâncias regulamentadoras». Ello explicará que en 1988 se recepcione no sólo el instituto que venimos examinando, sino también el novedoso instrumento de garantía de los derechos del *mandado de injunção*¹³. Esta fue posiblemente la razón decisiva que llevó al constituyente brasileño a acoger tanto el instituto que analizamos como el *mandado de injunção*. Por el contrario, y a diferencia de Portugal, no creemos que en Brasil el modelo yugoslavo ejerciera la más mínima influencia en la adopción de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

En resumen, mientras en Portugal el control de la inconstitucionalidad por omisión, encomendado al *Conselho da Revolução*, en cuanto garante último de la observancia de la Constitución (art. 279 en conexión con el art. 146 del texto de 1976), se visualizaba como un instrumento con el que velar para la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de los principios constitucionales y de las misiones fundamentales del Estado, entre ellas, la de socializar los medios de producción y la riqueza (art. 9ºc), en Brasil, el constituyente, al consagrar el instituto analizado, tenía su punto de mira puesto en el eficaz desarrollo de los derechos constitucionales. Esta idea resulta corroborada si se atiende a la breve Exposición de Motivos que antecede a la Ley n.º 12.063, objeto de este estudio, en la que se vincula la acción de inconstitucionalidad por omisión a estas finalidades: «estabelecer novas condições de proteção dos direitos humanos fundamentais, criar mecanismos que conferem maior agilidade e efetividade à prestação jurisdicional, assim como fortalecer os instrumentos já existentes de acesso à Justiça».

II. Las reflexiones precedentes encuentran confirmación, a nuestro juicio, si se atiende al *iter* constituyente, que revela la estrechísima imbricación entre la *ação de inconstitucionalidade por omissão* y el *mandado de injunção*.

Será el senador cearense Virgílio Távora quien con sus dos sugerencias (*sugestões*) inicie el camino hacia la constitucionalización de los institutos de control de las omisiones legislativas. Será el mismo congresista quien acuñe además la expresión *mandado de injunção*. Ambas sugerencias (identificadas numéricamente como la n.º 155-4 y la n.º 156-2) fueron formuladas el 27 de marzo de 1987. En la primera de ellas se propo-

¹² Carlos Roberto SIQUEIRA CASTRO: *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 4ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 379.

¹³ Sobre este instituto, del que nada diremos, nos remitimos a un trabajo de nuestra autoría. Cfr. al efecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 1009 y ss.

nía que «sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á mandado de injunção, observando o rito processual estabelecido para o mandado de segurança». En la segunda sugerencia se trataba de definir la inconstitucionalidad por omisión, quedando redactada en los siguientes términos: «a não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão».

Los dos textos transcritos dejaban tantas incógnitas abiertas que difícilmente podía extraerse de ellos una visión inequívoca de la finalidad pretendida por su autor. Con todo, algunas ideas creemos que podían esbozarse. Ante todo, no parece que el senador Távora pretendiera una mera reproducción en el texto brasileño del instituto procesal portugués de la «inconstitucionalidade por omissão» del art. 283 de la Constitución lusa (reformada en 1982), sino que más bien parece estar pensando en un instrumento de garantía de los derechos, pues aunque ciertamente la omisión inconstitucional no se vincula a las normas constitucionales que enuncian derechos sino al conjunto de la Constitución, el reenvío al procedimiento previsto para el *mandado de segurança*, a efectos de la tramitación del *mandado de injunção*, pensamos que no deja de ser bien significativo.

La intervención que el propio senador cearense iba a tener ante una de las Subcomisiones Temáticas en defensa de su *sugestão* era también harto elocuente. El Sr. Távora, ciertamente, aludía al art. 283 de la Constitución portuguesa, pero matizaba que con su sugerencia pretendía crear un instituto (la *inconstitucionalidade por omissão*) «voltado para a proteção dos direitos subjetivos (ou expectativas de direito) de pessoas físicas ou jurídicas, criados de forma genérica pela Constituição e não implementados por inércia quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário».

Se ha dicho¹⁴ que la intención del senador Távora era la de hacer un único instituto con dos caras: una reflejada en los derechos y garantías fundamentales, con el nombre de *mandado de injunção*; otra ubicada en las Disposiciones Transitorias, con la denominación de *inconstitucionalidade por omissão*. Pero por nuestra parte no vemos tan inequívoca esa conclusión. Bien al contrario, más bien creemos que la idea primigenia del senador cearense era la de crear tan sólo un instituto de garantía de los derechos. La identificación de lo que ha de entenderse por «inconstitucionalidad por omisión» se hace al sólo efecto de clarificar cuándo es pertinente interponer un *mandado de injunção*. La diversificación posterior

¹⁴ Adhemar FERREIRA MACIEL: «Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão», en *Revista de Direito Público*, n.º 89, São Paulo, 1989, pp. 43 y ss.; en concreto, p. 47.

de los dos institutos pensamos que escapa de la concepción originaria de su formulador.

Una ulterior Sugerencia (la n.º 376-1) del senador Ruy Bacelar, depositada ante la Subcomisión de Derechos y Garantías Individuales, se ocupaba tan sólo del *mandado de injunção*. A ella se uniría la enmienda n.º 34.970, propuesta por el senador Fernando Henrique Cardoso, circunscrita igualmente al instituto del *mandado de injunção*.

La Comisión de Sistematización reflejaba ya en su texto los dos institutos de control de las inacciones de los poderes públicos en términos muy semejantes a como habrían de quedar en el texto final de la Constitución. Mientras el *mandado de injunção* aparecía ubicado dentro del art. 6º, disposición única de un capítulo relativo a los derechos individuales y colectivos, la *inconstitucionalidade por omissão* era ubicada dentro del capítulo referente al poder judicial, en el ámbito de la sección relativa al Supremo Tribunal Federal; dentro de este ámbito, el art. 127, parágrafo segundo, quedaba redactado en los mismos términos que a la postre habrían de ser definitivos (en el ya mencionado parágrafo segundo del art. 103 de la Constitución).

La génesis de los dos institutos referidos no arroja excesiva luz sobre ellos; más bien diríamos que revela una cierta confusión entre los mismos, no obstante tratarse de dos institutos diferentes: uno de control normativo, y el otro de garantía de los derechos. Con el devenir del proceso constituyente fue perfilándose con mayor nitidez la idea subyacente entre los constituyentes respecto del *mandado de injunção*, que, como se ha dicho¹⁵, no iba a ser otra que la de «permitir que o juiz ou o tribunal competente assegurasse o direito constitucional e suprisse a lacuna, se existente».

En el discurso que el senador Afonso Arinos pronunciara ante los congresistas el 5 de octubre de 1988, con ocasión de la promulgación de la Constitución, se hacían algunas reflexiones bien significativas respecto del *mandado de injunção*, pero que tienen asimismo interés respecto del instituto ahora examinado. Tras aludir a cómo los comparatistas constatan un fenómeno impactante¹⁶: «O Direito, nas novas Constituições, parece evoluir em conjunto, para tornar-se mais um corpo de normas teóricas e finalísticas, e cada vez menos um sistema legal vigente e aplicável», el senador Arinos ponía de relieve la paradoja de que mientras la garantía de los derechos individuales era cada vez más eficaz y operativa, «a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capitulados nos textos, sobretudo nos países em desenvolvimento e, particularmente, nas condições do Bra-

¹⁵ José DA SILVA PACHECO: *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 290.

¹⁶ El discurso puede verse en la obra de Paulo BONAVIDES y PAES DE ANDRADE: *História Constitucional do Brasil*, 3ª edição, Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1991, pp. 926-928.

sil, torna-se extremamente duvidosa... Direito individual assegurado, direito social sem garantia —eis a situação». «O mandado de injunção —añadía finalmente el relevante senador— vai ser o instrumento dessas experiências».

La claridad de las precedentes reflexiones nos exige de comentarios adicionales. El *mandado de injunção* tenía un objetivo inequívoco: que los derechos en general y los derechos prestacionales en particular no pasasen a ser letra muerta por la endémica quiescencia del legislador brasileño. Y esta finalidad era, en cierto modo, también atribuible al específico instituto previsto para el control normativo de la inconstitucionalidad por omisión, la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, desgajada en el proceso constituyente del *mandado de injunção*, aun cuando, innecesario es decirlo, la misma no agotara su operatividad en las normas constitucionales relativas a los derechos.

Aunque, como regla general, el nuevo instituto de control normativo fue muy favorablemente acogido, no faltaron algunas posiciones doctrinales, desde luego minoritarias, claramente críticas. Tal sería el caso, por poner un ejemplo significativo, de Gonçalves Ferreira Filho, quien no veía fácil caracterizar la omisión, pues el legislador dispone al efecto de discrecionalidad, esto es, de capacidad para apreciar la oportunidad y la conveniencia de ejecutar el programa constitucional; por lo mismo, con esta acción el carácter político del modelo de control de la constitucionalidad se tornaba flagrante¹⁷.

III. La recepción constitucional de este instituto procesal no se tradujo durante un dilatado período de tiempo en su regulación procesal detallada, entendiéndose hasta que esa normación ha sido aprobada, que le era de aplicación, con las salvedades exigidas por la propia naturaleza del instituto, la Ley n.º 9.868, de 10 de noviembre de 1999, reguladora del procedimiento y enjuiciamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, solución hartamente discutible y que no ha dejado de suscitar problemas interpretativos. Al fin, el legislador brasileño ha venido a colmar la laguna legal existente al aprobar la Ley n.º 12.063, de 27 de octubre de 2009, que adiciona a la Ley n.º 9.868 un nuevo Capítulo II-A, que establece la disciplina procesal de esta *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, texto objeto de las reflexiones subsiguientes.

¹⁷ Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO: *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1993, p. 35.

2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: UN INSTITUTO PROCESAL AUTÓNOMO DE CONTROL NORMATIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. Una cuestión que no ha dejado de suscitar debate entre la doctrina brasileña es la de si la acción que nos ocupa nos sitúa ante una nueva figura procesal, esto es, ante un instituto constitucional autónomo, o si, por el contrario, este instrumento es reconducible a la acción directa de inconstitucionalidad, con lo que perdería su autonomía, convirtiéndose en una especie de apéndice de aquélla.

La acción para el control de las omisiones inconstitucionales, como con anterioridad se dijo, no se halla contemplada por el art. 102.I de la Constitución, norma que, a través de un largo listado de dieciséis apartados, enumera las competencias asumidas con carácter originario por el Supremo Tribunal Federal. El apartado a), ciertamente, acoge la acción de inconstitucionalidad, pero en él nada se dice de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Hay que acudir al párrafo segundo del art. 103, ya antes transcrito, para ver contemplada la acción que nos ocupa, esbozada tan sólo desde la perspectiva de sus peculiares efectos.

Es en base a ello por lo que Barbosa Moreira entiende¹⁸ que el transcrito precepto no pretendió crear una nueva figura procesal (la acción declarativa de inconstitucionalidad por omisión) sino únicamente dejar en claro que el control abstracto de constitucionalidad por el Supremo Tribunal Federal abarca tanto los casos de violación positiva, cuanto los de violación negativa de la Constitución. Esta posición entrañaba una reconducción de la acción de inconstitucionalidad por omisión a la acción directa de inconstitucionalidad, que de esta forma tendría una doble cara, por así decirlo, perdiendo la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* su individualidad procesal, su carácter autónomo.

Tal visión se hallaba lejos de ser pacífica. Frente a tal entendimiento, Ferreira Mendes¹⁹ —anticipemos que, a nuestro entender, con plena razón— iba a considerar que tanto la introducción de una especial garantía procesal para la protección de derechos subjetivos constitucionalmente asegurados, cuanto la adopción de un proceso abstracto para el control de la

¹⁸ José Carlos BARBOSA MOREIRA: «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo», en Víctor BAZÁN (Coordinador), *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 271 y ss.; en concreto, p. 285.

¹⁹ Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», en Jairo SCHÄFER (Organizador), *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 154.

inconstitucionalidad por omisión legislativa, venían a demostrar que el constituyente brasileño partió de una nítida diferencia entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión, interpretación ésta que nos parece plenamente ajustada a la realidad del *iter* constituyente.

Es cierto que la diferenciación entre la inconstitucionalidad por acción y por omisión se puede convertir en especialmente complicada en el caso de las omisiones parciales o relativas, por utilizar la clásica diferenciación que el *Bundesverfassungsrichter* Wessel formulara hace más de medio siglo²⁰, al separar las omisiones absolutas (*Absolutes Unterlassen des Gesetzgebers*) de las omisiones relativas (*relatives Unterlassen*), entendiéndose que estas últimas presuponen una regulación parcial que, al omitir del goce de un derecho a determinados grupos de personas (Wessel habla de «*Unterlassung der Beteiligung einer bestimmten Gruppe*», esto es, de la omisión de participación de un determinado grupo), viene a entrañar una violación del principio de igualdad, lo que tendría como consecuencia «*die Nichtigkeit der gesetzlichen <Teilregelung>*»²¹ (la nulidad de la regulación legal parcial). Parece claro que en este tipo de omisiones la inconstitucionalidad puede combatirse tanto por la vía de la acción, que es obvio que tiene en el sistema brasileño contornos y efectos más precisos²², como por la de la omisión. Ello, por lo demás, parece generalmente admitido por la doctrina. Ferreira Mendes se ha referido²³ a la relativa, pero inequívoca, «*fungibilidade*» entre la acción directa de inconstitucionalidad y el proceso de control abstracto de la omisión en estos solos casos de la omisión relativa, con vulneración del principio de igualdad.

Esta intercomunicación entre ambas acciones se evidenció en la acción directa de inconstitucionalidad (en adelante ADIn) n.º 526, presentada contra la *Medida provisória* n.º 296, de 29 de mayo de 1991, que concedía un aumento de remuneración a un segmento tan sólo del funcionariado público, ignorando la previsión del art. 37.X de la Constitución²⁴. El ponente de la sentencia, el Ministro Sepúlveda Pertence, refiriéndose a la solicitud de adopción de una medida cautelar, efectuaba las siguientes reflexiones:

²⁰ WESSEL: «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.

²¹ *Ibidem*, p. 164.

²² Regina Maria MACEDO NERY FERRARI: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 372.

²³ Gilmar FERREIRA MENDES: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* (Estudos de Direito Constitucional), 3ª edição revista, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 372.

²⁴ Recordaremos que, a tenor del art. 37.X: «A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o (parágrafo) 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices».

«Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio de isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários»²⁵.

La problemática suscitada estaba lejos de ser novedosa. El ponente aducía al respecto que la alternativa que se planteaba al órgano de control en el supuesto en cuestión era la de, o bien afirmar la inconstitucionalidad positiva de la norma que concedía el beneficio (el aumento de la remuneración a un sector del funcionariado) o, desde otro prisma, pronunciarse por la omisión parcial inconstitucional consistente en no haber extendido el beneficio a cuantos cumpliesen con los mismos presupuestos de hecho subyacentes a su otorgamiento. Si se adoptaba la primera solución (declaración de inconstitucionalidad de la ley por «exclusión inconstitucional de una ventaja»), que, según reconocía el ponente, era la propia de la tradición brasileña, la decisión tenía eficacia fulminante, pero conducía a una iniquidad respecto de los beneficiarios, en cuanto que la ventaja (el aumento salarial) no entrañaba un privilegio sino un imperativo a la vista de determinadas circunstancias, no obstante la exclusión indebida de otros, que ostentaban los mismos títulos para gozar de ella.

En el razonamiento llevado a cabo por el «relator» quedaba clara la intercomunicación entre las dos acciones anteriormente referida, bien que, conviene insistir en ello, circunscrita al supuesto de omisión parcial vulneradora del principio de igualdad. Sin embargo, con posterioridad, el Supremo Tribunal Federal ha matizado su posición, pudiéndose sostener que ha dejado claro que no le cabe convertir una acción directa de inconstitucionalidad en una acción de inconstitucionalidad por omisión, ni a la recíproca. Lo ha hecho además en relación a un caso de supuesta exclusión arbitraria de beneficio, incompatible por tanto con el principio de igualdad. «Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por

²⁵ ADIn (Ação direta de inconstitucionalidade) n.º 526. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Cit. por Gilmar FERREIRA MENDES: *Direitos Fundamentais...*, op. cit., pp. 372-374.

omissão, em face dos termos do pedido, com base no (parágrafo) 2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal —iba a sustener el ponente, Ministro Néri da Silveira— e negar curso a ação direta de inconstitucionalidade *ut* art. 102.I, letra a/ do Estatuto Supremo»²⁶. En la misma línea argumentativa, el Ministro Sepúlveda Pertence, en el propio caso, concluía que «o pedido da ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão, o que tornaria inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas».

En un proceso algo ulterior, también en una acción directa de inconstitucionalidad, el ponente, Ministro Celso de Mello, iba a reiterar la posición precedentemente expuesta. Tras constatar que las situaciones configuradoras de una omisión inconstitucional, aun cuando se trate de una omisión parcial, derivada de un insuficiente desarrollo por el poder público del contenido material de una norma fundada en la Constitución, reflejan un comportamiento estatal que debe ser rechazado, «pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição», el ponente lleva a cabo una reflexión harto significativa, por cuanto viene a delimitar estrictamente el alcance de las decisiones dictadas en este tipo de acciones, dejando implícitamente claro que poco tienen que ver las acciones de inconstitucionalidad por omisión con las acciones directas de inconstitucionalidad: «A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional»²⁷. Ello iba unido a la consideración de que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal había considerado improcedente la adopción de una medida cautelar en los casos de acción directa de inconstitucionalidad por omisión, por cuanto no se podía pretender alcanzar a través de una mera decisión cautelar unos efectos positivos inalcanzables por la propia decisión final del Tribunal.

Parece claro, pues, que ni siquiera en el caso de las omisiones parciales, en el que podría admitirse una cierta convergencia en lo que hace al objeto del control entre las acciones directas de inconstitucionalidad y las acciones directas de inconstitucionalidad por omisión, cabe admitir que uno y otro instrumento puedan intercambiarse, dada la divergencia de efec-

²⁶ ADIn n.º 986. Relator Ministro Néri da Silveira, *Diário da Justiça* de 8 de Abril 1994. Cit. por Gilmar FERREIRA MENDES: *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 375.

²⁷ ADIn n.º 1.458. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça* de 20 Setembro 1996. Cit. por Gilmar FERREIRA MENDES: *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 376.

tos que se anuda a cada acción, lo que, ineludiblemente, afecta a otros aspectos de su régimen jurídico, como el relativo a la adopción de medidas cautelares. Si ello puede defenderse en relación al control de las omisiones relativas, en mayor medida aún puede postularse respecto a la fiscalización de las omisiones absolutas, en las que el objeto de la acción (la omisión legislativa) difiere frontalmente del propio de una acción directa de inconstitucionalidad.

En definitiva, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión es un instituto procesal autónomo, que no puede confundirse con la acción directa de inconstitucionalidad, aunque presente con ella, en el caso brasileño, ciertos elementos comunes, como sería, por ejemplo, el caso de la legitimación. Y a ello no puede obstar el hecho de que el texto constitucional no la haya regulado independientemente²⁸, ni mucho menos la circunstancia puramente coyuntural de que durante diez años la única regulación procesal existente haya sido la relativa a la acción directa de inconstitucionalidad, habiéndose tenido, por lo mismo, que acudir al régimen establecido para tal acción por la Ley 9.868, de 10 de noviembre de 1999, para la regulación, en lo que le fuera de aplicación, de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

II. La *ação de inconstitucionalidade por omissão*, como resulta evidente, es un instrumento de salvaguarda del ordenamiento constitucional reconducible a la esfera de los procesos objetivos de control normativo de la constitucionalidad. En ello, ciertamente, converge con la acción directa de inconstitucionalidad, bien que su objeto sea diverso: la fiscalización de la inconstitucionalidad morosa de los órganos competentes para el desarrollo y concreción de la norma constitucional, encaminadas a dotarla de la plenitud de eficacia²⁹, siendo de destacar que el control no alcanza tan sólo a los órganos legislativos, sino también a los administrativos. La doctrina³⁰ ha hablado de un control «negativo», que se contrapondría al control «positivo», y que lógicamente deslindaría los dos institutos que contempla el art. 103 de la Constitución.

²⁸ En análogo sentido se pronuncia, entre otros, Da Cunha Júnior, quien escribe: «Cuida-se (la acción directa de inconstitucionalidad por omisión), a nosso ver, de uma *ação específica*, a despeito de ter sido instituída em simples parágrafo de artigo que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade». DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR: *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, 2ª edição revista, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, p. 560.

²⁹ Figueiredo escribe que con esta acción se persigue acortar las distancias entre las normas constitucionales y sus destinatarios finales. MARCELO FIGUEIREDO: «Una visión del control de constitucionalidad en Brasil», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 11, 2007, pp. 131 y ss.; en concreto, p. 176.

³⁰ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ: «Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade», en *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.º 34, Dezembro 1990, pp. 27 y ss.; en concreto, p. 36.

A través de la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* se instaura un proceso objetivo de control abstracto de la inconstitucionalidad producida por la quiescencia de los poderes legislativo y ejecutivo, prolongada más allá de un período de tiempo razonable, a la que se anuda un efecto de violación objetiva de la Norma suprema. En un trabajo clásico publicado hace una treintena de años, Söhn dejó muy claramente expuesta la naturaleza de estos procesos³¹. En ellos, los demandantes dirigen hacia la opinión pública («Allgemeinheit») y en interés de la generalidad un procedimiento objetivo («ein objektives Verfahren») para el control de la compatibilidad («zur Überprüfung der Vereinbarkeit») del Derecho (en el caso que nos ocupa sería más bien de la falta de Derecho) del *Bund* o de los *Länder* con la Constitución. El procedimiento es unilateral («einseitig»), no contencioso («nicht streitig»); no es un procedimiento contradictorio entre partes («kein kontradiktorisches Parteienverfahren»); es, en definitiva, un procedimiento sin partes interesadas («ein Verfahren ohne Beteiligte»).

No contradice en lo más mínimo la naturaleza objetiva del procedimiento desencadenado por la acción que nos ocupa el hecho, empíricamente constatado³², de que la mayoría de las acciones de inconstitucionalidad por omisión frente a los poderes públicos hayan sido formalizadas con la intención de otorgar plenitud de eficacia a derechos constitucionalmente consagrados, ni tampoco tal circunstancia convierte esta acción en un instrumento de garantía de los derechos. Es indiscutible que, por su propia naturaleza, este instituto procesal no se destina a la protección de situaciones individuales o de relaciones subjetivas, sino que se dirige primariamente a la defensa del ordenamiento jurídico constitucional, que exige de modo inexcusable no sólo la depuración del mismo de todas aquellas disposiciones contrarias a la Norma suprema, sino también que ésta, progresivamente, alcance plenitud de eficacia en la vida social a través de su necesario desarrollo³³.

³¹ Hartmut SÖHN: «Die abstrakte Normenkontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian STARCK, Erster Band (Verfassungsgerichtsbarkeit), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 292 y ss.; en concreto, p. 304.

³² Así lo constata Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ: «Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 11, 2007, pp. 73 y ss.; en concreto, p. 84.

³³ Análogamente, Piovesan señala que esta acción persigue como objetivo, en último término, permitir que toda norma constitucional alcance eficacia plena, si bien, a renglón seguido, la autora establece una vinculación privilegiada entre esta acción y la plena eficacia de los derechos, al añadir que con ella se impide que la inacción del legislador venga a imposibilitar el ejercicio de derechos constitucionales. Flávia C. PIOVESAN: *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 97.

Por lo que se acaba de decir, conviene evitar el equívoco de creer que estamos ante un instituto exclusivamente circunscrito al desarrollo de los derechos. Ciertamente, y ya nos hemos hecho eco de ello, esta acción surgió en el proceso constituyente estrechamente conectada a la preocupación que desencadenaba entre los constituyentes un hecho histórico bien constatado en Brasil: el desmantelamiento de la eficacia de los derechos constitucionales de resultas de la sistemática inacción del legislador. Bonavides y Paes de Andrade³⁴ han insistido en esta idea; para ellos, la inconstitucionalidad por omisión se presenta como una de las mejores y más seguras innovaciones protectoras de la concreción y desarrollo de los derechos, que antes se insertaban adormecidos en el espacio programático de las Cartas constitucionales.

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión, y ello nos parece evidente, se ha venido vinculando con aquellos textos constitucionales de mayor densidad programática, con lo que ello entraña de conexión del instituto con aquella parte de la Norma suprema que en mayor medida podría reflejar el «carácter dirigente» de la Constitución: los derechos socio-económicos y las normas de asignación de fines al Estado. Admitida tal conexión, se hace necesario de inmediato precisar que ni son las inacciones en materia de derechos las únicas objeto de fiscalización a través de la acción estudiada, ni ésta puede confundirse con un instrumento de garantía de los derechos. Piénsese tan sólo en el hecho de que el titular de un derecho eventualmente obstaculizado en la plenitud de su ejercicio por la ausencia de una norma infraconstitucional de desarrollo carece de legitimación para instar este proceso de control, cuyo desencadenamiento se deja en manos no de ciudadanos particulares, sino de órganos constitucionales, autoridades públicas y entes sociales o profesionales, lo que casa a la perfección con el rasgo ya expuesto de que nos hallamos ante un procedimiento objetivo en el que la legitimación no se otorga en función de la existencia de un interés subjetivo; el único interés que ha de mover a las instancias legitimadas es el de velar por la plenitud de eficacia del ordenamiento constitucional en su conjunto, no sólo, innecesario es decirlo, de una parte del mismo, por importante que ésta pueda ser, cual es el caso de los derechos constitucionales, cuyo papel nuclear es por todos admitido.

3. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER LA ACCIÓN

El art. 103 de la Constitución enumera los órganos, autoridades y entes sociales que se encuentran legitimados para proponer una acción directa de

³⁴ Paulo BONAVIDES y PAES DE ANDRADE: *História Constitucional do Brasil*, op. cit., pp. 511-512.

inconstitucionalidad. A tenor del mismo, pueden proponerla: 1) el Presidente de la República; 2) la Mesa del Senado Federal; 3) la Mesa de la Cámara de los Diputados; 4) la Mesa de una Asamblea Legislativa (órgano legislativo de cada Estado federado); 5) el Gobernador de un Estado; 6) el Procurador General de la República; 7) el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil; 8) todo partido político con representación en el Congreso Nacional, y 9) cualquier confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional. A todos ellos, el art. 2º de la Ley n.º 9.868 ha añadido la Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal y el Gobernador del Distrito Federal, lo que es la resultante de haberse dotado al Distrito Federal de una estructura orgánica semejante a la de los Estados.

La disposición en cuestión nada dice, sin embargo, acerca de quiénes se hallan legitimados para interponer una acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Es cierto que este silencio, con apoyo en una interpretación sistemática de la Carta suprema, se ha venido supliendo hasta la entrada en vigor de la Ley n.º 12.063 en el sentido de entender que quienes estaban legitimados para proponer una acción directa de inconstitucionalidad, lo estaban asimismo para formalizar una acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Por lo demás, el legislador ha venido a corroborar esta interpretación. El art. 12-A, que incorpora a la Ley n.º 9.868 el texto legal objeto de estas reflexiones así lo confirma, al disponer que pueden proponer la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* los legitimados para la propuesta de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad³⁵.

No obstante haberse subsanado, a través de la interpretación del Supremo Tribunal Federal, el problema suscitado por el silencio del constituyente en torno a esta legitimación, no puede dejar de juzgarse críticamente la regulación dada por el constituyente, aunque más bien habría que decir la ausencia de tal regulación. Si la acción directa de inconstitucionalidad no puede confundirse con la acción ahora examinada, lo razonable hubiera sido contemplar una legitimación específica para este instituto procesal. Lo contrario ha conducido, por poner un ejemplo concreto, al ab-

³⁵ La Enmienda Constitucional n.º 3, de 17 de marzo de 1993, creó la llamada *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, atribuyéndose su conocimiento al Supremo Tribunal Federal, que dispone de una competencia originaria y exclusiva. Se trata de un instituto en verdad peculiar, porque en el modelo tradicional de la acción directa el demandante solicita del órgano judicial la declaración de inconstitucionalidad de la ley o acto normativo, mientras que en esta acción lo que se requiere es justamente lo contrario: la declaración de su constitucionalidad. Ribeiro Bastos ha llegado a hablar, refiriéndose a esta acción, de una «alteração da tradição plurisecular dos ataques à lei». Celso RIBEIRO BASTOS: «Ação declaratória de constitucionalidade», en Ives GANDRA DA SILVA MARTINS y Gilmar FERREIRA MENDES (Coordenação), *Ação declaratória de constitucionalidade*, 1ª ed., 3ª tiragem, Editora Saraiva, São Paulo, 1994, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 35.

surdo de entender como posibles actores a las Mesas del Senado Federal y de la Cámara de Diputados. Carece de toda lógica, por razones verdaderamente obvias, que estos órganos interpongan una acción de esta naturaleza frente a la omisión de una ley, y aunque es verdad que cabe interponerla frente a la inacción de un órgano administrativo, tampoco en este caso nos parece que tal legitimación resulte justificada. Y algo análogo podría decirse respecto del Presidente de la República, que a tenor del art. 61 de la Constitución dispone de la iniciativa legislativa. La incongruencia nos parece más que notable.

El contraste con la fórmula equivalente de la Constitución portuguesa nos parece llamativo. El actual texto de la Constitución lusa contempla en dos preceptos diferentes la fiscalización abstracta de la constitucionalidad (art. 281) y la inconstitucionalidad por omisión (art. 283), lo que se traduce asimismo en una dispar legitimación, aunque, como en otro lugar hemos señalado³⁶, la harto restrictiva legitimación que respecto del último instituto contempla la Carta lusa es, a nuestro entender, una de las razones del fracaso del instituto en Portugal.

En otro orden de consideraciones, el Supremo Tribunal Federal ha venido interpretando que no todos los legitimados por el art. 103 tienen el derecho de plantear cualquier acción, pues en ciertos casos debe existir lo que denomina una «pertinência temática», esto es, la demostración de un interés de obrar, entre quien plantea la acción y el interés inmediato que se pretende proteger. Esta exigencia la ha dejado muy clara respecto al Gobernador de un Estado, a la Mesa de una Asamblea Legislativa estatal y a las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional³⁷. Tal interpretación no deja de suscitar serias dudas. Ya hemos puesto de relieve con anterioridad que nos encontramos ante procesos de naturaleza objetiva, en los que, en rigor, no existe un interés jurídico subjetivo que defender. El interés inmediato del recurrente que justifica la pertinencia no debe confundirse con un interés subjetivo, debiendo entenderse que el único interés admisible es el de propiciar la primacía constitucional, viabilizando la plena eficacia de la Norma suprema. Como escribe Gandra da Silva³⁸, bien que en relación a la acción de inconstitucionalidad,

³⁶ Cfr. al efecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, op. cit., tomo I, pp. 861 y ss.

³⁷ Por el contrario, el Supremo Tribunal Federal ha considerado que el Presidente de la República, las Mesas del Senado Federal y de la Cámara de Diputados, el Procurador General de la República, el Consejo General de la Orden de los Abogados de Brasil y los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional tienen interés en preservar la Constitución debido a sus propias atribuciones institucionales, no siéndoles exigible la «pertinência temática».

³⁸ Ives GANDRA DA SILVA MARTINS, en la obra escrita conjuntamente con Gilmar FERREIRA MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade* (Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999), Editora Saraiva, São Paulo, 2001, p. 71.

«o interesse imediato no afastamento do mundo jurídico da norma tida por inconstitucional é que legitima a autoridade a propô-la». Y en relación a la acción que nos interesa, bien podría decirse que nos hallaríamos ante un interés en evitar los efectos dañosos que para el ordenamiento jurídico y la vida social entraña la inexistencia de una ley o acto normativo constitucionalmente exigido. Es por lo mismo por lo que no deja de resultar harto discutible la interpretación del Supremo Tribunal.

La Constitución no establece limitación alguna respecto de esta legitimación, ni prevé trato diferencial entre los distintos legitimados, por lo que resulta harto discutible una interpretación restrictiva de la legitimación. Y a ello se une que, en cuanto se trata de un procedimiento objetivo, no deja de ser un tanto contradictorio exigir un interés legítimo, un interés de obrar, para proponer una acción de esta naturaleza. Parecería perfectamente coherente con lo que se acaba de decir que las acciones directas de inconstitucionalidad (tanto por acción como por omisión) pudieran ser admitidas en sede judicial con independencia de cualquier valoración sobre la existencia o no de una relación de pertinencia. El propio presidente actual del Supremo Tribunal Federal cree que esta solución sería más ortodoxa³⁹.

Este requisito de la pertinencia no ha dejado por lo demás de suscitar críticas. Así, Ramos Tavares discrepa de esa construcción jurisprudencial, algo que, a su juicio, no termina de insertarse en el contexto de los procesos objetivos de control de constitucionalidad⁴⁰, y ello por cuanto no puede existir duda de que la «pertinência temática» es un sucedáneo del interés de obrar del proceso subjetivo. Y ese entremezclamiento es extremadamente perjudicial para la clara comprensión de un proceso de índole esencialmente objetiva.

No nos cabe duda de que esa interpretación es la más ortodoxa a la vista de la naturaleza objetiva del proceso que nos ocupa. Sin embargo, no podemos por menos de hacer alguna reflexión adicional. Si se atiende a la amplísima legitimación contemplada por el art. 103 de la Constitución y por el art. 2º de la Ley 9.868 quizá podría encontrarse algún argumento que coadyudara a explicar esa exigencia jurisprudencial de una relación de pertinencia en relación a alguno de los potenciales actores, como sería el caso, por ejemplo, de las confederaciones sindicales o entidades de clase, siempre sobre la base de establecer un elemento diferencial entre esa relación de pertinencia y el interés subjetivo de obrar. En cualquier caso, lo ideal sería más que una interpretación restrictiva de la legitima-

³⁹ Gilmar FERREIRA MENDES: «O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade», en *Revista de Informação Legislativa* (Senado Federal), Ano 34, n.º 134, Abril/Junho 1997, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 20.

⁴⁰ André RAMOS TAVARES: *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 289.

ción llevada a cabo en sede judicial, un ejercicio de *self restraint* por parte de esos posibles actores. Pongamos un ejemplo comparativo. El Defensor del Pueblo está legitimado en España para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Potencialmente, puede recurrir contra cualquier ley. Nada le condiciona ni le impide impugnar cualquier ley o disposición normativa con fuerza de ley, por cuanto el *ius agendi* en que la facultad de promover un recurso de inconstitucionalidad consiste se le otorga sin conexión alguna con el ámbito de los fines de la institución (en esencia, la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución)⁴¹. Ahora bien, la experiencia nos muestra que el Defensor del Pueblo ha sido cauteloso a la hora de ejercer esta competencia que le reconoce el art. 162.1 a) de la Constitución; dicho de otro modo, se ha ajustado al *self restraint* a que antes aludíamos.

Por lo demás, el Supremo Tribunal Federal ha clarificado a través de su jurisprudencia algunos aspectos relacionados con los legitimados para este tipo de acción. Tal ha sido el caso de las llamadas entidades de clase. Para el supremo órgano jurisdiccional, una «entidad de clase» es una asociación de personas que, en esencia, representa el interés común de una determinada categoría. En contrapartida, los grupos formados circunstancialmente, como, por ejemplo, una asociación de empleados de una empresa, no podrían ser calificados como «organizaciones de clase» a los efectos de la legitimación contemplada por el art. 103.IX de la Constitución. Tampoco configuraría una «entidad de clase» una organización formada por asociados pertenecientes a categorías diversas. Y tampoco se reconoce como «entidad de clase» a aquellas organizaciones que agrupen a personas jurídicas, que más bien se presentan como asociaciones de asociaciones.

En cuanto a la legitimación otorgada a los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, se presenta como relativamente novedosa en el marco del Derecho comparado, en el que es mucho más común otorgar tal legitimación a un determinado número de parlamentarios. Es obvio que la fórmula brasileña es mucho más amplia, pues a un partido le basta con contar con un único congresista. El Supremo Tribunal Federal ha precisado que «a representação partidária perante o Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas, constitui prerrogativa jurídico-processual do directório nacional do partido político, que é —ressalvada deliberação em contrário dos estatutos partidários— o órgão de direção e de ação dessas entidades no plano nacional»⁴². Adicionalmente, en una decisión de

⁴¹ Así lo reconoció el propio Tribunal Constitucional español en su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, fund. jur. 1º.

⁴² Supremo Tribunal Federal (STF), Pleno. ADIn n.º 779-3-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Cit. por José AFONSO DA SILVA: *Comentário Contextual à Constituição*, 4ª edição (de acordo com a Emenda Constitucional 53, de 19-12-2006), Malheiros Editores, São Paulo, 2007, p. 556.

24 de agosto de 2004, el Tribunal interpretó que la pérdida de la representación parlamentaria no hacía decaer de su acción al partido que hubiera formulado una acción directa cuando contaba con la requerida representación, lo que, innecesario es decirlo, se justifica en atención al carácter eminentemente objetivo y público del proceso. Ello podríamos decir que casa, desde una perspectiva inversa, con la previsión del art. 12-D que añade a la Ley n.º 9.868 el texto legal objeto de nuestro comentario, a tenor del cual: «Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência».

Un sector de la doctrina⁴³ se ha mostrado crítico con el hecho de que, no obstante la amplitud con que se ha concebido constitucionalmente la legitimación en este tipo de acciones, no se haya incluido al ciudadano, o lo que es igual, no se contemple la *actio popularis*, y ello no obstante ser particularmente común en América Latina desde mediados del siglo XIX (piénsese en la que nosotros identificamos como acción popular colombo-venezolana), y a contar asimismo con una arraigada tradición en el constitucionalismo histórico brasileño⁴⁴, si bien habría que precisar que no en el ámbito de la acción de inconstitucionalidad. Con todo, nos parece evidente que la legitimación para interponer la acción es enormemente amplia. Por otro lado, la opción por la *actio popularis* creemos que habría privado de cierto sentido la legitimación que se otorga a algunos de los posibles actores.

Digamos, por último, que la legitimación pasiva recae sobre los órganos competentes para dictar la ley o acto normativo cuya omisión genera la supuesta inconstitucionalidad, esto es, sobre los responsables de la disposición inexistente. Y en sintonía con ello, el art. 6º de la Ley n.º 9.868, que es de aplicación en el procedimiento que contemplamos, por cuanto el art. 12-E, introducido por la nueva ley, dispone que se aplicarán al procedimiento de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, en lo que hubiere lugar, las disposiciones de la Sección I del Capítulo II de la ley (que contemplan la admisibilidad y el procedimiento a seguir en el caso de la acción directa de inconstitucionalidad, ubicándose en tal Sección el referido art. 6º), establece que el «relator» o ponente de la sentencia pedirá informaciones a los órganos o autoridades de las que emanó la ley o acto normativo impugnado, lo que, *a sensu contrario*, y en el supuesto de un control de inconstitucionalidad por omisión, debe entenderse referido a los órganos o autoridades que, debiendo dictar la ley o medida necesaria para efectivizar la norma constitucional, no lo hicieron.

⁴³ Tal es el caso, por ejemplo, de José AFONSO DA SILVA, en su *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 49.

⁴⁴ Cfr. al respecto, José AFONSO DA SILVA: *Ação popular constitucional. Doutrina e Processo*, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2007, en particular, pp. 32-42.

4. OBJETO DE LA ACCIÓN.

I. El párrafo 2º del art. 103 de la Constitución se inicia del siguiente modo: «Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional...»; más adelante, se alude a la necesidad de poner en conocimiento del «Poder competente» la inconstitucionalidad de su inacción, aludiéndose finalmente al efecto particular que derivaría del hecho de que la quiescencia provenga de un «órgão administrativo». Todo ello nos sitúa con claridad meridiana ante el objeto de esta acción, que no es otro que cualquier omisión del poder público que inviabilice la plena eficacia de una norma constitucional. Ello entraña que el control a llevar a cabo en sede constitucional tenga por objeto el «vicio omisivo», como lo denomina Ribeiro Bastos⁴⁵ o la mera inconstitucionalidad morosa para el desarrollo de la norma constitucional, como lo identifica algún otro autor⁴⁶. En definitiva, la omisión objeto de control no proviene tan sólo del poder legislativo, como acontece en el caso portugués, donde el art. 283.1 del texto constitucional vigente se refiere a la «omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais», sino que puede provenir asimismo de cualquier órgano administrativo, lo que revela la notable amplitud del objeto de control de este instituto.

El mismo art. 103 habla de la «omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional», y ello exige que nos planteemos con algo más de detalle la cuestión de a qué tipo de medidas se está refiriendo el precepto. El marco contextual en que se ubica la mencionada disposición puede contribuir a dar respuesta a esta cuestión. El art. 103 se refiere de modo expreso a la acción directa de inconstitucionalidad y a la acción declaratoria de constitucionalidad, y el art. 102.I, a), al contemplar la competencia originaria del Supremo Tribunal Federal para conocer de una y otra acción, se refiere de modo específico a la acción directa de inconstitucionalidad «de lei ou ato normativo federal ou estadual» y a la acción declaratoria de constitucionalidad «de lei ou ato normativo federal», lo que deja meridianamente claro que estamos ante institutos de control normativo, encaminados a la fiscalización de leyes o actos normativos. Esta conclusión es perfectamente válida para la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que, aún tratándose de un instituto procesal autónomo, comparte una serie de rasgos con la acción directa de inconstitucionalidad.

⁴⁵ Celso RIBEIRO BASTOS: *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1992, p. 327.

⁴⁶ Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», *op. cit.*, p. 149.

La omisión de una ley es lógicamente la modalidad más habitual de este tipo de control, pues no en vano la ley es el instrumento normativo a cuyo través ha de ser desarrollada primariamente la Norma suprema. No ha de descartarse que la ley sea de la competencia estatal, pues aunque, como regla general, es el legislador federal quien ha de desarrollar primigeniamente la Constitución, no cabe desechar que sobre los legisladores estatales recaigan ciertos desarrollos complementarios de la Norma suprema en sus respectivos ámbitos territoriales. Por lo demás, si la acción directa de inconstitucionalidad tiene por objeto, indistintamente, las leyes federales o estatales, no vemos razón para que no pueda sostenerse otro tanto de las omisiones legislativas.

Mucho mayores son los problemas interpretativos que ha suscitado la identificación de las medidas provenientes de los órganos administrativos cuya omisión podría ser fiscalizable a través de este instituto. A nuestro entender, y en sintonía con lo antes dicho, tales medidas deben ser los actos administrativos de naturaleza normativa. Sin embargo, la dicción del párrafo 2º del art. 103, que alude a «medida», a «providências necessárias» y a «órgão administrativo», no ha dejado de suscitar interpretaciones contrapuestas, pues no faltan quienes entienden que dentro de tales «medidas» cabrían los actos administrativos no normativos. Así, en 1992, Carrazza escribía⁴⁷: «A omissão do Executivo pode caracterizar-se, não só pela não edição de normas, como também pela não-tomada de medidas de efeitos concretos, aptas a dar efetividade a normas constitucionais (p. ex., a não-aquisição de material hospitalar, inviabilizando o direito à recuperação da saúde)». Mucho más recientemente, Da Cunha Júnior se ha decantado por una interpretación similar. «O que a Constituição exige —escribe este autor⁴⁸— é a omissão de <medida para tornar efetiva norma constitucional>, sem reclamar que sejam necessariamente normativas, tanto que pressupõe que a medida seja de responsabilidade de qualquer órgão político (...) ou de qualquer órgão administrativo (...). A Constituição, portanto, não requer que essas medidas tenham necessariamente caráter normativo». En sintonía con ese razonamiento, este último autor entiende que también la omisión de medidas administrativas concretas podría ser objeto de control de constitucionalidad por medio del instituto procesal que estudiamos.

Ha de admitirse que la dicción del precepto constitucional es, a este respecto, bastante equívoca, y que, desde luego, con arreglo a una lectura literal del mismo, esas interpretaciones encaminadas a abrir el control más

⁴⁷ Roque Antonio CARRAZZA: «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção», en *Jurisprudência Brasileira* (Jurúa Editora), Volume 167, pp. 53 y ss.; en concreto, p. 56.

⁴⁸ Dirley DA CUNHA JÚNIOR: *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, op. cit., p. 564.

allá de los actos administrativos de naturaleza normativa podrían tener ciertos visos de verosimilitud. La Ley n.º 12.063, lejos de clarificar el tema, parece haber arrojado aún más dudas. Baste como botón de muestra la redacción de su art. 12-B, que, al contemplar el contenido del escrito de formalización de la acción, señala que en ella se indicará la omisión inconstitucional total o parcial «quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa». Esa alusión a una «providencia de índole administrativa» más parece venir referida a una decisión administrativa puntual, concreta, que a un acto normativo general.

En cualquier caso, dos objeciones parecen oponerse a la apertura de la fiscalización a través de esta vía de la ausencia de medidas administrativas concretas. A la primera de ellas se ha referido Ferreira Mendes⁴⁹, para quien parece difícil imaginar un acto administrativo indispensable para convertir en plenamente efectiva, eficaz, una norma constitucional, aun cuando pueda admitirse que la omisión por autoridades administrativas de diferentes providencias pueda llegar a dificultar el pleno desarrollo de la voluntad constitucional. Bien es verdad que la conclusión del actual presidente del Supremo Tribunal Federal es la de que no se puede excluir de plano la posibilidad de que la acción de inconstitucionalidad por omisión tenga por objeto la organización de un determinado servicio público o la adopción de una concreta providencia de índole administrativa. No terminamos de compartir tal apreciación, pues, a nuestro entender, esta primera objeción juega en contra de la proyección de este control en sede constitucional hacia las medidas (más bien habría que decir la falta de medidas) administrativas concretas. Y una segunda objeción puede aducirse; en realidad ya ha sido expuesta. Los institutos procesales a que se refiere el art. 103, pese a sus divergencias, comparten la naturaleza propia de los instrumentos de control normativo, y siendo ello así, sólo las omisiones de actos administrativos de naturaleza normativa son susceptibles de fiscalización a través de esta vía.

Cabría añadir a todo lo expuesto que en una decisión de 23 de febrero de 1989, el Supremo Tribunal Federal rechazó que cupiese la inconstitucionalidad por la omisión de un mero acto administrativo, considerando que en el supuesto de medida proveniente de los órganos de la Administración, tal medida no podía ser sino un acto (en rigor, la ausencia del mismo) normativo de naturaleza administrativa. Algunas de las reflexiones formuladas en dicha sentencia por su ponente, el Ministro Aldir Passarinho, son bien elocuentes en relación a lo que ahora interesa: «A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de que trata o (parágrafo) 2º

⁴⁹ Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», *op. cit.*, pp. 163-164.

do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sin visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado»⁵⁰.

5. PRESUPUESTOS DE LAS OMISIONES CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

I. Ante la polémica de quienes, llegado el caso de visualizar cuál ha de ser el objeto del control a realizar en sede constitucional respecto de las omisiones legislativas supuestamente inconstitucionales, se ubican en las posiciones comúnmente conocidas como obligacionales y normativistas, por nuestra parte, creemos con Pereira da Silva⁵¹ que la omisión inconstitucional se nos presenta como una realidad bifronte, o lo que es igual, si, por un lado, tal omisión es el incumplimiento de una obligación constitucional impuesta al legislador, por otro, es también el resultado objetivamente producido en el ordenamiento jurídico por ese mismo incumplimiento. Ello presupone que la caracterización jurídica del concepto que nos ocupa ha de atender tanto a la perspectiva obligacional como a la óptica normativa. La conclusión de todo ello es clara: la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador (aunque en el caso brasileño ello se amplía también a los órganos administrativos) ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que viabilizar la plena eficacia de un derecho o de cualquier otra previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un plazo razonable, pero también exige verificar que la ausencia de esa normación constitucionalmente exigida se ha traducido en una vulneración objetiva del ordenamiento constitucional, bien propiciando la aplicación de normas implícitas en contradicción con la Norma suprema, bien posibilitando la vigencia de normas preconstitucionales contrarias a los postulados constitucionales. Con ello, tendríamos esquemáticamente expuestos los rasgos que configurarían jurídicamente una omisión constitucionalmente relevante, y por lo mismo, los presupuestos para el entendimiento de la omisión como constitucionalmente relevante. En ellos nos centramos a continuación.

II. La omisión normativa, como concepto constitucionalmente relevante, no es simplemente un no hacer, ni se puede confundir con la mera inercia de los órganos legislativo o administrativos. Como escribe Canotilho, «un entendimento naturalístico-formal de omissão —a omissão como

⁵⁰ ADIn n.º 19, de 23 de febrero de 1989. Relator Ministro Aldir Passarinho. Cit. por José AFONSO DA SILVA: *Comentário Contextual à Constituição*, op. cit., p. 558.

simples não actuar— não pode aceitar-se: não possibilita a definição de uma omissão legislativa constitucionalmente relevante, dado que esta só pode entender-se como não cumprimento de imposições constitucionais concretas»⁵². En definitiva, la omisión inconstitucional presupone la inobservancia de un deber constitucionar de legislar o, tratándose de actos administrativos, de dictar normas infralegales, deber que, normalmente, resulta de un expreso mandato constitucional. Como ya tiempo atrás pusiera de relieve Pestalozza⁵³, «das Unterlassen des Gesetzgebers ist verfassungswidrig, wenn die Verfassung ein Handeln des Gesetzgebers fordert» (la omisión del legislador es inconstitucional cuando la Constitución le exige una actuación). No se trata, pues, del simple incumplimiento de un deber general de legislar o de dictar actos normativos, sino del incumplimiento, por utilizar los términos de Streck⁵⁴, de una exigencia constitucional de acción. O como dice Veloso⁵⁵, la inercia que justifica esta acción de inconstitucionalidad es una omisión «cualificada», pues entraña el incumplimiento de un específico deber jurídico-constitucional de legislar.

Este mandato constitucional de actuación nos sitúa ante una segunda cuestión: la de si tales mandatos pueden encontrarse en la totalidad de las normas constitucionales; planteada de otra forma, la cuestión no es sino la de las fuentes del deber de legislar. La dogmática alemana se ocupó tiempo atrás con cierto detenimiento de esta trascendental cuestión. Recordemos que, en referencia a la *Grundgesetz*, Denninger, hace cerca de medio siglo, ya se pronunciaba en el sentido de que aunque la Ley Fundamental acogía diversos tipos de mandatos, explícitos e implícitos, condicionales e incondicionales, todos ellos habían de verse más que como una mera apelación ético-política («einen politisch-ethischen Appell»), como una obligación jurídica vinculante para el órgano legislativo («rechtsverbindliche Pflichten der gesetzgebenden Organe») ⁵⁶. Kalkbrenner iba a relativizar la

⁵¹ Jorge PEREIRA DA SILVA: *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, op. cit., p. 13.

⁵² J. J. GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 334.

⁵³ Christian PESTALOZZA: «<Noch Verfassungsmässige> und <bloss Verfassungswidrige> Rechtslagen» (Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände), en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian STARCK, Erster Band, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 519 y ss.; en concreto, p. 526.

⁵⁴ Lenio Luiz STRECK: *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* (Uma Nova Crítica do Direito), 2ª edição revista, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 788.

⁵⁵ Zeno VELOSO: *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª edição, 2ª tiragem, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2003, p. 252.

⁵⁶ Erhard DENNINGER: «Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt», en *Juristenzeitung* (JZ), 21. Jahrgang, Nummer 23-24, 9. Dezember 1966, pp. 767 y ss.; en concreto, p. 772.

libre capacidad de configuración del legislador⁵⁷, estableciendo sin embargo una gradualidad en las normas constitucionales; a su juicio, la sujeción jurídica del legislador («diese rechtliche Gebundenheit des Gesetzgebers») conoce manifestaciones graduales diferenciadas. Su libertad de decisión («Entscheidungsfreiheit») experimenta importantes limitaciones allí donde la Constitución conforma principios programáticos, institucionales y garantías institucionales («Programmsätzen, institutionellen und Institutsgarantien»), así como mandatos constitucionales («Verfassungsaufträgen») y principios jurídicos generales vinculantes para el legislador («und allgemein verbindlichen Rechtssätzen der Legislative»); ante este tipo de normas, la ejecución del mandato no depende de la libre voluntad del legislador («liegt nicht im freien Belieben des Gesetzgebers»)⁵⁸.

Particular interés tiene el posicionamiento de Canotilho, dado su influjo sobre el pensamiento iuspublicístico brasileño. En sintonía con una mayoritaria posición doctrinal, que atiende a la pluralidad de las normas constitucionales para abordar este tema, el Profesor de Coimbra ha diferenciado los que denomina mandatos constitucionales de legislar en sentido estricto («imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito»), normas éstas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de desarrollo y concreción de la Constitución⁵⁹, mandatos frente a los que la pasividad del legislador podrá desencadenar una omisión inconstitucional. Tales mandatos se encuentran esencialmente en los derechos económicos, sociales y culturales y, de modo muy especial, en las correlativas obligaciones de naturaleza prestacional que para el Estado suponen estos derechos, cuya concreción exige, por lo general, de la mediación del legislador. Junto a ellas pueden diferenciarse las que en Alemania se conocen como *soziale Staatszielbestimmungen*, esto es, las normas de asignación de fines al Estado, que Canotilho identifica como *normas-fim* o *normas-tarefa*, que son normas constitucionales abstractamente impositivas, al imponer de forma permanente, pero con elevado nivel de abstracción, la persecución de ciertos fines u objetivos. No cabe duda de que el incumplimiento de los fines y objetivos que al Estado marca la Norma suprema generaría una situación de inconstitucionalidad, pero no es menos cierto que su concreción, dada la multiplicidad de fórmulas de solución que los mismos admiten, parece depender más, como el propio Canotilho admite⁶⁰, de la lucha política y de los instrumentos demo-

⁵⁷ Helmut KALKBRENNER: «Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 16. Jahrgang, Heft 2, 1963, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 41.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁹ J.J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 1021-1022.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 1023.

cráticos. En definitiva, en cuanto que el desarrollo de este último tipo de normas constitucionales parece ubicarse más bien en el plano del deber general de producción legislativa, manifestándose, más que en la promulgación de una norma legislativa puntual, en una tarea incesante y materialmente indeterminada, parece posible concluir excluyendo tales disposiciones constitucionales del elenco normativo de las fuentes del deber de legislar en orden al instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

El Supremo Tribunal Federal no ha establecido una doctrina de carácter general respecto a cuándo ha de entenderse que existe un deber constitucional de legislar, y la doctrina científica que se ha ocupado del tema, por lo general, se ha mostrado muy influida por los autores portugueses o alemanes, según los casos. Así, para Carrazza⁶¹, el deber constitucional de legislar está presente cuando la Constitución emite una orden o mandato concreto de legislar, cuando dirige al legislador una imposición permanente y concreta y, en fin, cuando las normas constitucionales exigen implícitamente la mediación legislativa para que puedan convertirse en verdaderamente operativas.

Desde una óptica diferente, básicamente sustantiva, que atiende no tanto a las distintas categorías de normas, cuanto a las exigencias dimanantes de los derechos constitucionales, de especialísima trascendencia, dada la centralidad de los derechos en el ordenamiento constitucional, Streck, en sintonía con la doctrina sentada por el *BVerfG*, se ha hecho eco de las omisiones constitucionalmente relevantes que pueden producirse no de resultas de la falta de una ley constitucionalmente exigida, sino del desfase de un determinado texto legal producido por su falta de adecuación, lo que, a juicio de este autor, es un problema de dimensiones mucho mayores que el de las omisiones absolutas o relativas⁶². Quizá convenga recordar que hace ya una treintena de años el *BVerfG* identificó como fundamento del deber de legislar el que denominó «deber general de adecuación» («*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*»), que impone al legislador la obligación de actuar de forma protectora y constructiva en el ámbito de los derechos fundamentales. Uno de los ejemplos más significativos de esta doctrina lo hallamos en la llamada *Kalkar Urteil*, esto es, en la Sentencia de 8 de agosto de 1978 relativa al reactor nuclear de Kalkar. En ella, el *BVerfG* reconoció que en virtud de los nuevos desarrollos científicos, el legislador estaba constitucionalmente obligado a un reexamen de la legislación relativa al uso pacífico de la energía atómica. Analizando distintos recursos de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) interpuestos por habitantes de la región próxima a las instalaciones nuclea-

⁶¹ Roque Antonio CARRAZZA: «Ação direta de inconstitucionalidade...», *op. cit.*, p. 55.

⁶² Lenio Luiz STRECK: *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, *op. cit.* p. 795.

res, el Tribunal resolvió que: «En el supuesto de que se constaten indicios de peligro provenientes de reactores nucleares del tipo <Schneller Brüter> (...), el legislador está obligado a promulgar las nuevas medidas que se requieran». En tal jurisprudencia podría verse una manifestación de lo que Stern identifica⁶³ como mandatos para la mejora *a posteriori* y la corrección de leyes en los supuestos de prognosis errónea o de modificación de las circunstancias determinantes.

En su jurisprudencia, el Supremo Tribunal Federal, en perfecta sintonía con la visión obligacional del instituto, ha incidido de modo especial en el incumplimiento de una obligación de hacer por parte de los poderes públicos. Así, en la *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão* n.º 1.458 puede leerse lo que sigue: «Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão...»⁶⁴.

Un sector de la doctrina brasileña, y también, por supuesto, el Supremo Tribunal Federal en su jurisprudencia, siguiendo a la doctrina portuguesa, se ha hecho eco del presupuesto del transcurso del plazo razonable. No basta la mera omisión de un deber específico de legislar, sino que es preciso que esa inacción se prolongue durante un determinado período de tiempo. Así, para Modesto⁶⁵, la inconstitucionalidad por omisión presupone, para que sea declarada, un juicio sobre el transcurso del tiempo que traduzca la mayor o menor gravedad de la omisión impugnada a la vista de las peculiares circunstancias de cada caso. Para Macedo Nery Ferrari⁶⁶, cuando la Constitución no determina el plazo, en caso de inercia de los poderes públicos, la determinación del «prazo razoável» deberá verificarse en cada caso. Sólo después de interpretar y medir el tiempo transcurrido, «tendo concluído que o ato não só podia, como devia ter sido emitido», el órgano fiscalizador concluirá que la omisión es inconstitucional.

⁶³ Klaus STERN: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 225.

⁶⁴ Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* n.º 1.458-7-DF. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça* 20-09-1996. Cit. por Luís Roberto BARROSO: *Constituição da República Federativa do Brasil. Anotada*, 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 275. Puede verse asimismo en Ivo DANTAS: *Constituição & Processo*, 2ª ed., Juruá Editora, Curitiba, 2007, pp. 516-517.

⁶⁵ Paulo MODESTO: «Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica», *op. cit.*, p. 121.

⁶⁶ Regina Maria MACEDO NERY FERRARI: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, pp. 368-369.

La doctrina, por el contrario, no se ha hecho un eco especial acerca del presupuesto, inexcusable a nuestro entender, del efecto objetivo de violación de la Constitución que se ha de anudar, en una relación de causa a efecto, a la omisión. Es claro, como puede inferirse de lo expuesto, que la omisión, aun siendo un comportamiento pasivo, está lejos de ser neutro en sus consecuencias, propiciando efectos de dispar naturaleza que tienen como común denominador la violación objetiva de la Norma suprema. No nos hallamos ante una inacción inocua desde el punto de vista jurídico, sino que al generar la aplicación de normas implícitas en contradicción con la Constitución o al posibilitar la pervivencia en las relaciones jurídico-sociales de situaciones en franco contraste con los postulados constitucionales, la omisión se traduce en una frontal vulneración de la *lex superior*, circunstancia que ha conducido a Miranda a escribir que, al límite, la inconstitucionalidad por omisión se reconduce a una inconstitucionalidad por acción⁶⁷.

Por el contrario, algún sector doctrinal ha hecho especial hincapié en el carácter voluntario de la omisión. De ello ya se hizo eco Mortati, quien, tratando de diferenciar las omisiones de las lagunas⁶⁸, señalaba como uno de los rasgos diferenciales que mientras las omisiones legislativas son siempre el resultado de un acto voluntario («di un atto di volontà»), las lagunas pueden producirse de modo involuntario. No compartimos esta apreciación, que, entre otros varios problemas, conduce a transmutar la naturaleza de la fiscalización, acentuando hasta extremos inadmisibles la idea de que el control omisivo es una fiscalización básicamente política, en cuanto que lo que habría que fiscalizar no es la situación constitucionalmente lesiva a que ha conducido el silencio del legislador, sino la decisión política del poder legislativo de no legislar. En cualquier caso, entre la doctrina brasileña ha prendido la idea expuesta. Tal será el caso, por ejemplo, de Pinto Ferreira⁶⁹, para quien la inercia desencadenante de la inconstitucionalidad por omisión muestra «a inatividade consciente na aplicação da Constituição». Aunque este autor se limita a constatar un hecho, ello puede hacer presuponer que la fiscalización de las omisiones deba atender, entre otros factores, a la voluntariedad de la inacción.

⁶⁷ Jorge MIRANDA: «La Justicia Constitucional en Portugal», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, pp. 325 y ss.; en concreto, p. 346.

⁶⁸ Costantino MORTATI: «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», en la obra de recopilación de escritos del propio autor, *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana* (Raccolta di Scritti – III), Giuffrè Editore, Milano, 1972, pp. 923 y ss.; en concreto, p. 927, nota 4.

⁶⁹ Luiz PINTO FERREIRA: «A Jurisdição Constitucional e o controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4, 2000, pp. 309 y ss.; en concreto, p. 327.

III. La omisión constitucionalmente relevante no sólo se produce cuando hay una absoluta ausencia de norma, sino también cuando la disposición es parcial, esto es, regula insuficiente o parcialmente una materia, generando con ello, por lo general, una quiebra del principio de igualdad. En Brasil, tanto la doctrina como la jurisprudencia han distinguido, como es bien común en otros ordenamientos, entre las omisiones absoluta y parcial o relativa.

El Supremo Tribunal Federal ha apreciado la existencia de una omisión parcial cuando hay un cumplimiento imperfecto o incompleto de la norma constitucional. Buen ejemplo de ello sería el caso abordado por la ADIn n.º 1.442, en el que se planteaba el problema de la fijación de un salario mínimo insuficiente⁷⁰. También ha identificado esta modalidad de omisión cuando hay una exclusión de beneficio incompatible con el principio de igualdad; así, por ejemplo, en el caso de omisión del beneficio de un incremento de remuneración a personas desempleadas, de resultas de una ley que tan sólo contemplaba el aumento para quienes estuvieren en actividad.

La difícil diferenciación entre la violación constitucional por acción o por omisión en aquellos casos en que se dicta una ley que establece un beneficio aplicable tan sólo a un sector de la población, generando con ello una diferencia arbitraria de beneficio, conduce, como ya se expuso, a una cierta relativización del significado procesal-constitucional de los institutos de control por acción y por omisión⁷¹, aunque en ningún caso quepa confundirlos. Por lo demás, no creemos que el instituto procesal de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión sea el más apto para hacer frente a las omisiones relativas vulneradoras del principio de igualdad.

⁷⁰ El Supremo Tribunal Federal razonaba al respecto como sigue: «A insuficiência do valor correspondente ao salário-mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º.IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado —que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional— qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental». Cit. por Ivo DANTAS: *Constituição & Processo*, op. cit., pp. 516-517.

⁷¹ Hay una frontera muy tenue —escribe en la misma dirección Streck— entre la inconstitucionalidad por omisión parcial y la violación que el parcial cumplimiento de la Constitución provoca en el campo de la violación de los principios de igualdad, de proporcionalidad y de razonabilidad. Lenio Luiz STRECK: *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, op. cit., p. 794.

Uno de los supuestos paradigmáticos de esa inaptitud del instituto que analizamos en los casos de vulneración del principio de igualdad lo encontramos en Brasil en la acción de inconstitucionalidad por omisión que presentó el «Partido dos Trabalhadores» contra la *Medida Provisória* n.º 26, de mayo de 1991, que incrementaba la remuneración de los funcionarios militares, pero no la de los civiles, violando con ello el art. 37.X de la Constitución. Para combatir tal transgresión de la Norma suprema el «Partido Socialista Brasileiro» formalizó a su vez una acción directa de inconstitucionalidad por acción. En la primera de tales acciones, el Supremo Tribunal Federal, frente a la solicitud del recurrente de que el Tribunal instara al Presidente de la República a que dictara otra *Medida Provisória* o, en su caso, a que enviara un proyecto de ley al Congreso, a fin de establecer la equiparación en la subida salarial de unos y otros funcionarios, esgrimió que le faltaban poderes para la extensión de la ley y que, a la vista del párrafo 2º del art. 103, la declaración de la inconstitucionalidad por omisión había de ceñirse a comunicar tal inconstitucionalidad al órgano legislativo competente para que la supliera⁷², lo que, siendo intachable desde una óptica constitucional, mostraba a las claras las insuficiencias de este instrumento procesal frente a las omisiones relativas.

Por lo demás, no es necesario insistir mucho en que la declaración de nulidad de la norma que establecía un trato desigual —que en el fondo era lo que perseguía la acción directa de inconstitucionalidad presentada por el Partido Socialista— tampoco era la técnica adecuada para hacer frente al problema. Ferreira Mendes lo aclara con singular nitidez cuando afirma⁷³ que «a soma de duas omissões não gera uma ação ou afirmação, mas uma <omissão ao quadrado>». De ahí la conveniencia de buscar nuevas técnicas decisorias, en la línea seguida por el *Bundesverfassungsgericht* o la *Corte costituzionale*.

En definitiva, el problema que plantean las omisiones parciales a las que se anuda una exclusión arbitraria de beneficio no es el de dilucidar cuál es la acción más operativa para el restablecimiento de la igualdad, si la acción directa de inconstitucionalidad o la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, sino el de discernir qué técnicas decisorias son las más idóneas para hacer frente a estos problemas, técnicas que no son las características de uno u otro instrumento procesal, pues ni la comunicación al legislador de la inconstitucionalidad de su inacción, sin ninguna garantía de que el poder legislativo subsane efectivamente su omisión, ni la declaración de nulidad de la disposición que otorga el beneficio discriminatorio,

⁷² Cfr. al respecto, Regina Maria MACEDO NERY FERRARI: *Normas constitucionais programáticas* (Normatividade, Operatividade e Efetividade), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pp. 245-246.

⁷³ Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», *op. cit.*, p. 157.

nos parecen las técnicas adecuadas, que, sin ningún género de dudas, han de buscarse, por el contrario, en la creatividad de los órganos titulares de la justicia constitucional, como ejemplifican los casos alemán e italiano.

6. ÓRGANO COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO.

I. El art. 102.I a) de la Constitución, como ya se dijo, atribuye el conocimiento de la acción directa de inconstitucionalidad, —único instrumento procesal al que alude— con carácter exclusivo, al Supremo Tribunal Federal. Quiere ello decir que el texto constitucional no se refiere de modo específico al órgano competente para conocer de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Bien es verdad que esta circunstancia no ha suscitado en ningún momento problema alguno, pues la doctrina siempre dio por sentado que el propio Supremo Tribunal Federal era el órgano competente para conocer de esta acción, y este órgano no ha hecho sino confirmar esa interpretación. Tradicionalmente, la misma se ha asentado en la consideración de que el *Excelso Pretório* (como le llama un sector de la doctrina) es el guardián supremo de la Constitución⁷⁴. En similar dirección, Temer cree que se ha de entender que el enjuiciamiento de estas acciones también es de la competencia del Supremo Tribunal, «uma vez que foi transformado, o Supremo, em verdadeiro Tribunal Constitucional»⁷⁵. Y en realidad, nunca fue cuestionada en sede jurisdiccional esta interpretación.

Por lo demás, creemos que a todo lo precedentemente expuesto podría añadirse un elemento determinante: el parágrafo 2º del art. 103, que alude a la acción que nos ocupa, se ubica dentro de una sección específicamente dedicada al Supremo Tribunal Federal. Es, pues, patente que sólo al mismo puede corresponder la competencia para conocer de esta acción.

II. Hasta la entrada en vigor de la Ley n.º 12.063, de 27 de octubre de 2009, el procedimiento a seguir para la tramitación de la acción que nos ocupa se regía, con las oportunas adaptaciones, por las previsiones establecidas por la Ley n.º 9.868, de 1999, ya citada en diferentes oportunidades. El propio art. 12-E de la Ley objeto de este comentario prescribe que al procedimiento a seguir en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión se aplicarán, en lo que fuese pertinente, las disposiciones de la Sec-

⁷⁴ Zeno VELOSO: *Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, op. cit., p. 253. Análogamente, Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ: «Proteção jurisdiccional da omissão inconstitucional dos poderes locais», en *Revista Mestrado em Direito* (UNIFIEO – Centro Universitário FIEO), Ano 5, n.º 5, São Paulo, 2005, pp. 157 y ss.; en concreto, p. 169.

⁷⁵ Michel TEMER: *Elementos de Direito Constitucional*, 10ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 51.

ción I del Capítulo II de la Ley n.º 9.868, en la que se ubica el nuevo Capítulo II-A (*Da ação direta de inconstitucionalidade por omissão*) que incorpora la Ley n.º 12.063. Las disposiciones a que reenvía el art. 12-E contemplan tanto la admisibilidad como el procedimiento a seguir en relación a la acción directa de inconstitucionalidad.

La petición formulada, a tenor del art. 12-B, ha de indicar necesariamente: 1) la omisión inconstitucional total o parcial «en cuanto al cumplimiento del deber constitucional de legislar o en cuanto a la adopción de una providencia de índole administrativa», y 2) la petición con sus especificaciones. Toda petición inicial inepta (absurda, impropia), no fundamentada o manifiestamente improcedente será liminarmente rechazada («indeferida») por el «relator», esto es, por el juez ponente (art. 12-C).

Es importante recordar que el art. 12-D dispone que una vez propuesta la acción, no se admitirá el desistimiento de la misma. Tal determinación no es una novedad por cuanto ya el art. 5º de la Ley n.º 9.868 establecía (y sigue prescribiendo) lo mismo en relación a la acción directa de inconstitucionalidad, siendo esta previsión igualmente aplicable al instituto procesal que nos ocupa con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley n.º 12.063. Conviene recordar al respecto que en una primera etapa de su jurisprudencia, anterior en todo caso a la Constitución de 1988, el Supremo Tribunal Federal admitía el desistimiento de la acción propuesta; así lo hizo, por ejemplo, mediante una resolución de 16 de abril de 1958. Sin embargo, unos años después, el alto órgano jurisdiccional abandonó tal interpretación y, desde 1970, su propio Reglamento de régimen interno vino a establecer la inadmisibilidad del desistimiento de la acción. De esta forma, el art. 5º de la Ley n.º 9.868 no hizo otra cosa que elevar a rango legal lo que ya se hallaba contemplado por la citada norma reglamentaria, optando por una solución que casa a la perfección con la propia naturaleza de los procesos de control objetivo de normas, pues como en su ya clásico trabajo escribiera Söhn⁷⁶, «Die Zulässigkeit einer Normenkontrolle ist lediglich an ein öffentliches kontrollbedürfnis gekoppelt» (la admisibilidad de un control normativo se debe tan sólo a una necesidad pública de control).

El juez ponente («relator»), de conformidad con el art. 6º de la Ley n.º 9.868, interpretado en acomodo a las peculiaridades de la acción que nos ocupa, debe requerir la información que estime pertinente a los órganos o autoridades de los que debía de haber emanado la ley o acto normativo omisos. La información requerida debe ser facilitada en el plazo de treinta días contados a partir de aquél en que reciban el requerimiento. Aunque la regla general establecida por el art. 7º es que no se admitirá la

⁷⁶ Hartmut SÖHN: «Die abstrakte Normenkontrolle», *op. cit.*, p. 304.

intervención de terceros en el proceso de acción directa de inconstitucionalidad (ni tampoco en el que ahora nos interesa), a modo de salvedad, se prevé que el ponente, considerando la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, puede, mediante diligencia irrecurrible, admitir la manifestación de otros órganos o entidades, siempre con respeto del plazo de treinta días antes referido.

El parágrafo 1º del art. 12-E dispone que los demás titulares legitimados para interponer esta acción, que enumera el art. 2º de la misma Ley, podrán siempre manifestarse por escrito sobre el objeto de la acción, así como pedir que se adicione al proceso una serie de documentos que reputen útiles para el examen de la materia, en el plazo marcado para aportar información, o, en su caso, presentar una memoria.

El art. 8º de la ley n.º 9.868 prescribe que una vez transcurrido el período fijado para recabar la información precedentemente comentada, habrán de ser oídos, sucesivamente, el Abogado General de la Unión y el Procurador General de la República, habiendo de manifestarse cada uno de ellos dentro del plazo de quince días. El parágrafo 2º del art. 12-E, introducido en la Ley n.º 9.868 por la Ley n.º 12.063, ha venido, sin embargo, a introducir una modulación respecto de la determinación del art. 8º, prevista para la acción directa de inconstitucionalidad, que no rige pues en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. El parágrafo 2º prevé que el juez ponente podrá solicitar la manifestación del Abogado General de la Unión, que deberá de tener lugar en el plazo de quince días. La diferencia es bien visible: mientras en la acción directa de inconstitucionalidad el Abogado General de la Unión ha de ser inexcusablemente oído, en la acción que nos ocupa su audiencia queda a la libre potestad del juez ponente de la sentencia.

La explicación del cambio introducido es bastante comprensible. El parágrafo tercero del art. 103 de la Constitución dispone que «cuando el Supremo Tribunal Federal apreciare la inconstitucionalidad en abstracto («em tese», esto es, al margen de un caso concreto) de una norma legal o acto normativo, citará previamente al Abogado General de la Unión, que defenderá el acto o texto impugnado. Esta exigencia constitucional fue muy criticada por ciertos sectores de la doctrina, al entenderse, con razón evidente, que colocaba al Abogado General de la Unión en una posición muy delicada, al tener que defender un texto normativo aun cuando fuere, y así lo considerare, manifiestamente inconstitucional, lo que no casaba nada bien con el principio de supremacía constitucional. Ello llevaría a algún autor⁷⁷ a entender que tal previsión tenía que ser interpretada siste-

⁷⁷ Fernando Luiz XIMENEZ ROCHA: «Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8, 2004, pp. 577 y ss.; en concreto, p. 588.

máticamente, habiendo de considerarse que la intervención del Abogado General de la Unión no había de ser necesariamente en defensa del texto impugnado, por lo menos cuando llegare a la conclusión de que éste, de manera indiscutible, vulneraba la Constitución. No es éste un enfoque fácil de aceptar; más bien diríamos que todo lo contrario, pues aunque, supuestamente, se apoya en una interpretación sistemática de la Norma suprema, en realidad, se sustenta en una interpretación *contra constitutionem*, en cuanto que contradice de modo flagrante lo establecido por el mencionado parágrafo 3º del art. 103, cuyo enunciado es meridianamente claro⁷⁸.

Al margen ya de esa interpretación polémica, y en lo que ahora interesa, la doctrina bien pronto consideró que en cuanto en la acción de inconstitucionalidad por omisión justamente lo que no existe es un texto o acto normativo impugnado que deba ser defendido, no debía entenderse preceptiva la audiencia del Abogado General de la Unión⁷⁹.

En la misma dirección que acaba de apuntarse se iba a orientar la interpretación del Supremo Tribunal Federal. En la decisión dictada en una acción directa de inconstitucionalidad, publicada en el *Diário da Justiça* de 1 de septiembre de 1989, el órgano jurisdiccional argumentaba al respecto como sigue: «A audiência de Advogado-Geral da União, prevista pelo art. 103 (parágrafo) 3º, da CF de 1988, é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou texto impugnado (já existentes), para se manifestar sobre o ato ou texto impugnado —não, porém, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no (parágrafo) 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência da norma legal ou ato normativo»⁸⁰.

Parece claro pues, que la Ley n.º 12.063 no ha hecho otra cosa en el punto que venimos tratando que normativizar la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y también la posición de la doctrina prevalente.

⁷⁸ Moreira Reis no duda de que sobre el Abogado General de la Unión pende la obligación de «ação de defesa do ato ou texto em exame». Recuerda el propio autor que el Supremo Tribunal Federal se pronunció expresamente en el sentido de que no existía contradicción entre el ejercicio de la función normal del Abogado General de la Unión, fijada en el inicio del art. 131 de la Constitución, y la defensa de la norma o acto tachado en abstracto («em tese») de inconstitucional cuando actúa como «curador especial» (tutor particular), por causa del principio de la presunción de constitucionalidad de la norma. Palhares MOREIRA REIS: «O controle da constitucionalidade das leis na Constituição de 1988», en *Revista de Informação Legislativa* (Senado Federal), Ano 29, n.º 115, Julho/Setembro 1992, pp. 151 y ss.; en concreto, pp. 177-178.

⁷⁹ José Ronald CAVALCANTE SOARES JÚNIOR: «ADIN por Omissão, o Supremo Tribunal Federal e a Hermenêutica Constitucional», en José Ronald CAVALCANTE SOARES (Coordinador), *Estudos de Direito Constitucional* (Homenagem a Paulo Bonavides), Editora LTR, São Paulo, 2001, pp. 249 y ss.; en concreto, p. 257. En igual se sentido se pronunciaría Zeno VELOSO: *Controle Jurisdiccional de Constitucionalidade*, op. cit., p. 254.

⁸⁰ *Apud* Michel TEMER: *Elementos de Direito Constitucional*, op. cit., p. 52, nota 20.

En cuanto al Procurador General de la República, la situación es bien diferente, por cuanto el parágrafo 1º del art. 103 de la Constitución es concluyente cuando determina que el Procurador General deberá ser oído previamente en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal. Se entiende así que su participación en el proceso que nos ocupa es inexcusable. Y en sintonía con ello, el parágrafo 3º del art. 12-E determina que al Procurador General, en aquellas acciones de las que no fuere autor, (no podemos olvidar que el Procurador General es una de las instancias legitimadas para presentar una acción directa de inconstitucionalidad por omisión) se dará vista del proceso por un plazo de quince días, inmediatamente después de transcurrido el plazo para la recepción de las informaciones que contempla el texto legal («prazo para informações»). Debe tenerse en cuenta a este respecto que las funciones constitucionales del Procurador General de la República son diferentes de las propias del Abogado General de la Unión. Mientras éste representa a la Unión, judicial y extrajudicialmente (art. 131 CF), a aquél, en cuanto cabeza del Ministerio Público de la Unión, le incumbe la defensa del ordenamiento jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles («indisponíveis») (art. 127 CF). No cabe duda de que estas funciones le habilitan para manifestarse favorable o contrariamente frente a una acción de inconstitucionalidad omisiva⁸¹. Dicho de otro modo, el Procurador General dispone de la alternativa que la Constitución no da al Abogado General, y ello al margen ya de la taxativa previsión constitucional, que no sólo exige que el Procurador General de la República deba ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad (por tanto, por acción o por omisión), sino que esa audiencia preceptiva se amplía a todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal (art. 103, parágrafo 1º CF).

Vencidos los plazos a los que hemos hecho alusión, el «relator» ha de elaborar su «relatório», enviando copia del mismo a todos los Ministros integrantes del Supremo Tribunal Federal y pidiendo la fijación de un día para el enjuiciamiento («para julgamento»), si bien, en caso necesario para el esclarecimiento de la materia o de algunas circunstancias de hecho o en el supuesto de insuficiencia notoria de las informaciones existentes en los autos, puede requerir informaciones adicionales, designar peritos o, incluso, fijar una fecha para oír, en audiencia pública, declaraciones de personas con experiencia o autoridad en la materia (art. 9º, parágrafo 1º de la Ley n.º 9.868).

El art. 12-H exige la observancia de lo dispuesto en el art. 22 (siempre de la Ley n.º 9.868) para la declaración de la inconstitucionalidad por

⁸¹ En análogo sentido se manifiesta Palhares MOREIRA REIS: «O controle da constitucionalidade das leis...», *op. cit.*, p. 177.

omisión. A tenor de esta última disposición, la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o acto normativo (en nuestro caso, sobre la inconstitucionalidad de la omisión) solamente podrá ser adoptada si se hallaren presentes, al menos, ocho de los Ministros integrantes del Tribunal, que se halla compuesto por un total de once. Aunque en el texto que incorpora a la Ley n.º 9.868 la Ley n.º 12.063 no hay, por el contrario, una alusión a la previsión del art. 23, la exigencia que éste acoge debe entenderse plenamente válida para el proceso que estamos analizando, por cuanto el parágrafo 2º del art. 12-H prevé que se aplicará a la decisión de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, en lo que fuese pertinente, lo dispuesto por el Capítulo IV de la misma Ley («Da decisão na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade»), Capítulo en el que se ubica el mencionado art. 23, disposición que requiere para que se declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad (la inconstitucionalidad de la omisión, en la única interpretación acorde con la razón de ser de la acción analizada) de la toma de posición en uno u otro sentido de, por lo menos, seis Ministros del Tribunal, o lo que es igual, de la mayoría absoluta de los miembros *de iure* que lo integran. No alcanzándose la mayoría necesaria y hallándose ausentes un número tal de Ministros que pueda influir en la decisión, ésta quedará en suspenso a fin de aguardar la comparecencia de los Ministros del Tribunal ausentes, hasta que se alcance el número necesario para el pronunciamiento de la decisión en uno u otro sentido.

Dentro del plazo de 10 días posteriores a la adopción de la decisión, el Supremo Tribunal hará publicar en una sección especial del *Diário da Justiça* y del *Diário Oficial da União* la parte dispositiva del acuerdo.

7. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

I. Hemos de ocuparnos ahora de una de las cuestiones más debatidas en torno al procedimiento que venimos abordando: la relativa a la posible o imposible adopción de medidas cautelares.

Ya en un momento precedente tuvimos oportunidad de hacernos eco, marginalmente, de la inicial posición contraria del Supremo Tribunal Federal a la posible adopción de una medida cautelar en este tipo de procedimiento. Recordémoslo. En la *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* n.º 1.458-7-DF⁸², el Tribunal era rotundo en su descarte de las medidas cautelares («descabimento de medida cautelar»), recordando al

⁸² STF. ADIn por Omissão n.º 1.458-7-DF. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça* 20-09-1996. Puede verse en Ivo DANTAS: *Constituição & Processo*, op. cit., pp. 516-517.

respecto que: «A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão». Tal posicionamiento jurisprudencial incidió en que un amplio y mayoritario sector doctrinal se manifestara contrario a tales medidas cautelares⁸³, bien que esta cuestión nunca llegara a ser pacífica entre la doctrina.

El rechazo de la posible adopción de medidas cautelares se sustenta en su incompatibilidad con la naturaleza y finalidad de esta acción de fiscalización del legislador quiescente. Como en la anteriormente mencionada acción (ADIn por *Omissão* n.º 1.458-7-DF) se afirma: «Não assiste ao Supremo Tribunal (...) a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente», orientación perfectamente comprensible en cuanto sintoniza con la premisa de que el Tribunal se limita a reconocer el incumplimiento del deber constitucional de legislar, sin poder ir más allá, pues, como es obvio, la puesta en conocimiento del órgano inactivo de la inconstitucionalidad de la omisión se limita a trasladarle la decisión dictada en sede constitucional, quedando al entero arbitrio del órgano legislativo dictar la legislación omisa.

En el mismo sentido de rechazo de la adopción de medidas cautelares en este tipo de procesos, podría recordarse asimismo, entre otros varios ejemplos, la reflexión que el Supremo Tribunal Federal iba a llevar a cabo en la ADIn por *Omissão* n.º 267-DF, siendo juez «relator» el Ministro Celso de Mello. «A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional»⁸⁴.

Ferreira Mendes se ha situado en una posición divergente, criticando ese entendimiento doctrinal mayoritario, por cuanto, a su entender, no corresponde a la naturaleza compleja de la omisión, especialmente en los casos de omisión parcial. Si se admite —razona el actual presidente del Supremo Tribunal Federal⁸⁵— que uno de los posibles efectos de la declaración de incons-

⁸³ «Não se tem verificado neste tipo de ADIN a concessão de medida liminar, constatação inegável, após nos debruçarmos sobre opinião da grande maioria da doutrina, bem como da própria jurisprudência da Corte Maior». En tales términos se pronuncia José Ronald CAVALCANTE SOARES JÚNIOR, en «ADIN por Omissão, o Supremo Tribunal Federal e a Hermenêutica Constitucional», *op. cit.*, p. 257.

⁸⁴ STF. ADIn por Omissão n.º 267-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Cit. por Zeno VELOSO: *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, *op. cit.*, p. 257.

⁸⁵ Cfr. al respecto, Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», *op. cit.*, pp. 167-168.

tucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, que puede ser acordada en relación a una omisión parcial, tanto en un proceso de control abstracto de normas (hay que entender que el autor se refiere a un proceso desencadenado por una acción directa de inconstitucionalidad) como en una acción directa por omisión⁸⁶, es la suspensión de la aplicación de la ley inconstitucional hasta tanto se produzca la deliberación del órgano legislativo, no parece desproporcionado —siempre a juicio de Ferreira Mendes— pensar en la suspensión previa de la aplicación de la norma, en sede cautelar, permitiendo que el Tribunal advierta al legislador acerca de los riesgos relativos a la aplicación de la disposición cuestionada. En sintonía con esa interpretación, el mencionado autor se decanta por la mutabilidad (relativa) o el carácter intercambiable entre la acción directa de inconstitucionalidad y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

Circunscribiéndonos como es lógico a la cuestión que ahora nos ocupa, la relativa a las medidas cautelares, hemos de decir que no podemos compartir la interpretación que suscribe Ferreira Mendes, que a nuestro modo de ver parte de una premisa errónea: la identificación de los efectos de las sentencias que ponen fin a un proceso de control de la inconstitucionalidad por acción con los de aquellas otras dictadas en un proceso de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión, procesos que no pueden confundirse aunque a través de ellos (supuesto que contempla el autor) se trate de combatir la supuesta inconstitucionalidad de una ley parcial generadora de una omisión relativa. Nos parece evidente que las decisiones dictadas a través de una y otra acción desencadenan efectos bien diferenciados. El parágrafo segundo del art. 103 de la Constitución es inequívoco cuando determina que, declarada la inconstitucionalidad por la ausencia de una norma, «será dada ciência ao Poder competente»; dicho de otro modo, se ha de poner en conocimiento del órgano inactivo la inconstitucionalidad de su omisión. Por ello mismo, en modo algunos creemos que quepa, en una acción directa de inconstitucionalidad por omisión, declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, y ello independientemente de que se trate de fiscalizar una omisión absoluta o relativa.

La técnica decisoria de la *Unvereinbarkeitserklärung*, esto es, de la declaración de mera incompatibilidad, fue acuñada por el *BVerfG* para,

⁸⁶ Recuerda el propio autor en otro lugar que lo que él denomina la declaración de inconstitucionalidad de carácter restrictivo, esto es, sin pronunciamiento de nulidad, no expresa propiamente un *novum* en el Derecho constitucional brasileño. Ya en 1946 adoptó el constituyente una modalidad de decisión en la que el Tribunal debería limitarse, en el proceso preliminar de intervención federal, a constatar la eventual violación de los llamados «principios sensibles». Gilmar FERREIRA MENDES, en la obra escrita conjuntamente con Inocêncio MÁRTIRES COELHO y Paulo GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2007, pp. 1195-1196.

primigeniamente, hacer frente a las exclusiones arbitrarias de beneficio («Willkürlicher Begünstigungsausschuss»), incompatibles con el principio de igualdad. Con este tipo de decisiones constitucionales, como señalara Pestalozza⁸⁷, sólo puede reconocerse la infracción («Hier kann nur der Verstoss festgestellt») y no se declarará la nulidad («und nichts für nichtig erklärt werden»)⁸⁸. Este tipo de decisión responde a una modalidad de control que poco o nada tiene que ver con el específico instituto procesal que ahora estamos analizando y no creemos que tenga el más mínimo encaje en las acciones de inconstitucionalidad por omisión. Un sector de la doctrina alemana, del que constituiría señero ejemplo Pestalozza, la fundamentaría en el hecho, generalmente compartido por el resto de la doctrina, —a diferencia, por ejemplo, de la doctrina italiana— de que parecía imposible declarar la nulidad de una omisión legislativa («Es soll nun nicht möglich sein, das gesetzgeberische Unterlassen für nichtig zu erklären»)⁸⁹; en tales casos, la decisión no puede sino limitarse a confirmar la inconstitucionalidad («es bewendet bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit»). En definitiva, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad es una técnica decisoria que, enmarcada en el control de la inconstitucionalidad por acción, presupone una salvedad frente a la regla general que anuda el efecto de nulidad a la inconstitucionalidad. Sacada de ese contexto, la técnica pierde su sentido. En un proceso de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión, aun cuando se trate de una omisión parcial, que presupone como es obvio la existencia de una ley o de un acto normativo, carece de toda lógica hablar de que, apreciada la inconstitucionalidad de esa omisión parcial, el Tribunal puede declarar la inconstitucionalidad sin el correlativo pronunciamiento de nulidad. El Tribunal tan sólo puede, una vez apreciada la transgresión constitucional, dar conocimiento de ella al órgano que con su inacción ha vulnerado la Norma suprema.

La categorización de las distintas técnicas decisorias y de los posibles efectos de tales decisiones debe hacerse con el máximo rigor. Y siendo así, en absoluto puede confundirse una decisión en la que el Tribunal, por mandato constitucional, debe limitarse a comunicar al órgano responsable de un acto normativo la inconstitucionalidad en la que el mismo ha incurrido de resultas de una omisión parcial, aun cuando, como es obvio, el

⁸⁷ Christian PESTALOZZA: *Verfassungsprozessrecht* (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 3., völlig neubearbeitete Auflage, München, 1991, p. 340.

⁸⁸ Cfr. al efecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: «El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, 2º semestre 2008, pp. 95 y ss.

⁸⁹ Christian PESTALOZZA: «<Noch verfassungsmässige> und <bloss verfassungswidrige> Rechtslagen», *op. cit.*, p. 526.

acto normativo que incurre en esa parcialidad permanezca en vigor, con una decisión de inconstitucionalidad sin nulidad, pensada como alternativa frente a aquellas resoluciones constitucionales a las que se apareja el efecto de nulidad. La propia lógica inherente a la técnica de la inconstitucionalidad sin nulidad se vería gravemente distorsionada si entendiéramos que se puede aplicar al supuesto que nos ocupa; si, como acaba de decirse, la inconstitucionalidad sin nulidad presupone como posible alternativa la inconstitucionalidad con nulidad, y tal alternativa no es en modo alguno posible en el proceso de control que analizamos, carece de todo sentido postular dicha técnica decisoria en ese procedimiento.

Dicho lo que antecede, el rechazo de una medida cautelar de suspensión de una disposición tachada de inconstitucional de resultados de la omisión parcial en la que incurre, en un proceso de control de la inconstitucionalidad de la omisión, nos parece que no admite mucha discusión por una sencilla razón: un Tribunal no puede otorgar en sede de decisión cautelar más de lo que puede conceder en sede de decisión definitiva; entenderlo de otro modo nos lleva al absurdo. Toda medida cautelar pretende evitar un daño que, de producirse, haría perder toda su virtualidad a la resolución final del proceso. Y si la decisión final declaratoria de la inconstitucionalidad de un texto pongamos que legal, por su incomplicidad o parcialidad, vulneradora del principio de igualdad, en el marco del proceso desencadenado por una acción directa de inconstitucionalidad por omisión, no tiene otro efecto que el de comunicar al poder legislativo la inconstitucionalidad de su omisión parcial, no pudiendo nunca decidirse la suspensión del mencionado texto legal, ¿cómo puede admitirse la suspensión del texto legal con base en una medida cautelar? Nos parece absolutamente inviable.

II. Sorprendentemente, lo que consideramos inviable ha sido viabilizado por la Ley n.º 12.063, que dedica la Sección II del nuevo Capítulo II-A que introduce en la Ley n.º 9.868 a «la medida cautelar en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión», lo que es objeto de regulación en los arts. 12-F y 12-G.

La primera de esas disposiciones prevé que «en caso de excepcional urgencia y relevancia de la materia», el Tribunal, hallándose presentes en la sesión por lo menos ocho de sus Ministros, y por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros, esto es, por una decisión respaldada por seis Ministros (la misma exigida, como ya se dijo, para declarar la inconstitucionalidad), podrá conceder una medida cautelar, tras la preceptiva audiencia de los órganos o autoridades responsables de la omisión inconstitucional, que dispondrán para pronunciarse de un plazo de cinco días.

¿En qué puede consistir la medida cautelar? El parágrafo 1º del propio

art. 12-F responde a este interrogante. Dicha medida puede consistir en la suspensión de la aplicación de la ley o del acto normativo cuestionado, en el caso de una omisión parcial; también, en la suspensión de los procesos judiciales o de los procedimientos administrativos, o aún en cualquier otra providencia que sea fijada por el Tribunal, cláusula residual esta última que deja en manos del Supremo Tribunal Federal un amplio margen de discrecionalidad.

Lo primero que ha de destacarse es que la adopción de medidas cautelares parece circunscribirse al proceso de inconstitucionalidad que tiene por objeto el control de una omisión relativa, no previéndose nada específico cuando de una omisión absoluta se trata.

No vamos a volver a pronunciarnos sobre el dislate que, a nuestro entender, supone suspender el texto legal o acto normativo que el Tribunal entiende inconstitucional por incurrir en una omisión parcial, que puede intuirse que vulnera el principio de igualdad. Y decimos que el Tribunal entiende inconstitucional esa omisión porque aunque en realidad no se esté pronunciando sobre el objeto de la acción, al exigirse para adoptar la medida cautelar una decisión tomada por la misma mayoría que se requiere para acordar la inconstitucionalidad, hay que presuponer que la sentencia final no hará sino corroborar esa decisión de inconstitucionalidad. Quiere todo ello decir que la decisión acerca de la medida cautelar entraña un efecto mucho más impactante y profundo que la decisión definitiva del proceso desencadenado por la acción de la que nos venimos ocupando. Un verdadero absurdo y una contradicción difícilmente justificable.

En lo que hace a la medida cautelar consistente en la suspensión de procesos judiciales o de procedimientos administrativos, lo primero que ha de observarse, aunque el texto legal no termine de aclararlo con la nitidez suficiente, es que la misma ha de entenderse igualmente circunscrita al caso de omisión parcial de la ley o acto normativo. En el marco de un procedimiento como el que analizamos tampoco vemos la razón de ser de esta suspensión. Tal medida cautelar aún podría cobrar un cierto sentido si una decisión final del Tribunal declaratoria de la inconstitucionalidad de la omisión parcial se tradujera en una obligación del legislador parcialmente omisivo de completar o subsanar, de una u otra forma, la incompletion del texto generadora de la inconstitucionalidad. Pero ello no es así. En el supuesto en cuestión, y tratándose de un texto legal, el párrafo segundo del art. 103 de la Norma suprema es bastante claro: «será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias». Y, claro está, ninguna obligación jurídica presupone esa comunicación para el órgano legislativo que con su omisión parcial ha violado la Constitución. Más aún, la praxis del instituto, como después se verá, nos revela casos en que el poder legislativo ha sido bien poco sensible a comunicaciones

del Supremo Tribunal en el sentido de que, de resultas de sus inacciones, absolutas o relativas, se ha producido una vulneración de las normas constitucionales. Si nada obliga al legislativo a subsanar su omisión, puede suceder efectivamente que no la subsane. ¿Qué sucedería en tal caso con la suspensión de procedimientos judiciales acordada cautelarmente?

Siendo un órgano administrativo quien ha vulnerado la Constitución al dictar un acto normativo parcial, podría tener alguna lógica mayor la previsión de esta medida cautelar de suspensión de un procedimiento administrativo, porque la Constitución, como después analizaremos con más calma, otorga un breve plazo de treinta días para que dicho órgano subsane su omisión. Pero no creemos que con esta previsión del art. 12-F sean las omisiones parciales inconstitucionales producidas por actos administrativos lo que más haya querido combatirse. Y en último término, la Ley siempre podría haber circunscrito la adopción de medidas cautelares a estos solos supuestos, lo que no ha hecho.

Podría, en fin, pensarse que con la previsión de la posible adopción de medidas cautelares por el Supremo Tribunal Federal, lo que se consigue en último término es dotar a este órgano de un arma con la que presionar al legislador que incurre en una omisión parcial contraria a la Constitución. La suspensión de la aplicación de la ley se orientaría en tal dirección. Y ciertamente, una medida cautelar de esta naturaleza puede llegar a generar una presión irresistible frente al Congreso, y desde este punto de vista puede coadyuvar a la mayor operatividad de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión en los casos de omisión parcial. Esto nos parece evidente. Pero esta mayor operatividad del instituto, no lo olvidemos, se consigue a costa de introducir en el proceso una muy grave contradicción. La innovación no nos merece por todo lo dicho un juicio positivo, sino justamente lo contrario. Y por si todo ello fuera poco, choca con una jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal claramente orientada en sentido opuesto al normativizado por el legislador.

Para terminar de comentar las previsiones legales en torno a la adopción de las reseñadas medidas cautelares, habría que aludir a algunos rasgos del procedimiento a seguir al efecto. Mientras, como ya se dijo, la audiencia del Procurador General de la República es preceptiva en el proceso desencadenado por una acción directa de inconstitucionalidad por omisión, no lo es, por el contrario, en el procedimiento ciertamente mucho más breve que ha de seguirse en el Tribunal para la adopción de una medida cautelar. El párrafo 2º del art. 12-F señala que, juzgándolo indispensable, el juez ponente («o relator») oirá al Procurador General en el plazo de tres días. Dicho de otro modo, esta audiencia pasa a depender de la decisión del ponente, deja de ser preceptiva, convirtiéndose en meramente potestativa del «relator». Ello no deja de ser paradójico, por cuanto

la medida cautelar puede conducir a la suspensión del texto legal que por su contenido parcial vulnera la Norma suprema, medida más grave que el efecto que se anuda a la decisión final de inconstitucionalidad.

En la decisión acerca de la petición de adopción de una medida cautelar, debe posibilitarse que los representantes ante el Tribunal del actor y de las autoridades u órganos responsables de la omisión inconstitucional puedan defender en una vista oral lo que estimen oportuno, acomodándose tal vista a las formalidades establecidas en el Reglamento del Tribunal.

En fin, el art. 12-G dispone que, concedida la medida cautelar, el Supremo Tribunal hará publicar, en la sección especial del *Diário Oficial da União* y también en el *Diário da Justiça da União*, la parte dispositiva de la decisión en el plazo de diez días, debiendo informar de todo ello a las autoridades u órgano responsable de la omisión inconstitucional.

8. LA DECISIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS EFECTOS

I. El párrafo segundo del art. 103 de la *lex superior*, al que ya hemos tenido diversas oportunidades de aludir, se limita a decir que cuando se declare la inconstitucionalidad por omisión, «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». Tal previsión ha sido mínimamente desarrollada por el art. 12-H, siempre de la Ley n.º 12.063. En esencia, las únicas previsiones legales son las tres siguientes: 1) La inconstitucionalidad, como ya se dijo precedentemente, ha de ser declarada con observancia de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley n.º 9.868, o lo que es igual, tal decisión no puede adoptarse si no se hallan presentes en la sesión, al menos, ocho de los once Ministros integrantes del Tribunal. 2) En el supuesto de que la omisión inconstitucional sea imputable a un órgano administrativo, el plazo para la adopción de las providencias oportunas, como no puede ser de otro modo, por cuanto así lo dispone la Constitución, es de treinta días; sin embargo, el párrafo 1º del art. 12-H habilita al Tribunal para ampliar tal plazo, al prever, subsidiariamente, que tales providencias deberán ser adoptadas «em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido». 3) Determinación de que se aplicará, en lo que fuere pertinente, a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, lo dispuesto en el Capítulo IV de la Ley n.º 9.868, relativo a la «decisão na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade».

A la vista de los efectos transcritos, la doctrina se ha dividido en torno a la naturaleza de estas sentencias entre quienes ven en ellas unas re-

soluciones de naturaleza «mandamental», esto es, que encierran un efecto de mandar, un mandato, que no sería otro que el de dictar la ley o acto normativo omiso, y quienes las consideran «declaratórias», o lo que es igual, puramente declarativas, si bien no faltan posiciones híbridas, que entienden que estas decisiones presentan, al unísono, una naturaleza «mandamental» y una naturaleza puramente declarativa.

Para Ferreira Mendes⁹⁰, la decisión dictada en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión tiene, para el legislador, carácter obligatorio. Entiende el citado autor que este instrumento procesal, al igual que el *mandado de injunção*, —apreciación esta última de la que discrepamos absolutamente, pero en la que ahora no podemos entrar⁹¹— busca «a expedição de uma ordem judicial ao legislador, configurando o chamado *Anordnungsklagerecht*» de que hablaba James Goldschmidt en su *Zivilprozessrecht*, o lo que es igual, una *ação mandamental* (en la traducción de la expresión alemana, habría que hablar de una acción jurídica que contiene un mandato, una orden). En definitiva, para el actual presidente del Supremo Tribunal Federal⁹², la decisión de este mismo órgano a cuyo través aprecia una omisión inconstitucional genera la obligación del legislador de llevar a cabo las medidas necesarias para la supresión del estado de inconstitucionalidad.

No faltan sectores de la doctrina que, por el contrario, ven en estas decisiones judiciales del Supremo Tribunal una naturaleza meramente declarativa («declaratória»). Bien es verdad que quienes así las califican suelen establecer algún matiz respecto de las decisiones que tienen como destinatario a un órgano administrativo, pues en tal caso tienden a considerar que la decisión, adicionalmente, tiene una naturaleza «mandamental». Así, para Carrazza⁹³, la decisión tiene una eficacia básicamente declarativa, tras lo que apostilla que establece el matiz de «básicamente» porque «ela também possui, em relação ao Executivo, eficácia mandamental média, pois o concita a praticar o ato, sob pena de responsabilidade»; a su vez, en referencia al Legislativo, habla de una «eficácia mandamental mínima». No muy diferente es la posición de Modesto⁹⁴, para quien «o provimento tem sentido predominantemente declaratório ou verificativo», si bien en las

⁹⁰ Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», *op. cit.*, p. 168.

⁹¹ Cfr. al efecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, *op. cit.*, tomo I, pp. 1073 y ss.

⁹² La misma posición es sustentada por Gilmar FERREIRA MENDES, en *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, *op. cit.*, p. 402.

⁹³ Roque Antonio CARRAZZA: «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, p. 57.

⁹⁴ Paulo MODESTO: «Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica», *op. cit.*, p. 124.

hipótesis en que se dirige a los órganos administrativos, la decisión «assume verdadeiro caráter de <ordem judicial>»⁹⁵.

En fin, para Afonso da Silva⁹⁶, con cuya posición nos sentimos identificados, la sentencia que reconoce la inconstitucionalidad por omisión es declarativa en cuanto a ese reconocimiento, pero no es meramente declarativa, porque de ella dimana un efecto ulterior de naturaleza «mandamental» en el sentido de exigir al poder competente la adopción de las providencias necesarias para suplir la omisión, acentuándose esa naturaleza de orden o mandato en relación a los órganos administrativos⁹⁷.

Quizá convenga añadir que en su importante decisión de 9 de mayo de 2007, a la que nos referiremos más adelante, el Supremo Tribunal Federal se ha decantado de modo inequívoco por la naturaleza «mandamental» de la resolución, considerándola verdadero mandato dirigido al legislador.

II. El análisis de los efectos de las decisiones en las que el Supremo Tribunal aprecia la inconstitucionalidad de una omisión exige diferenciar entre que la inconstitucionalidad se aprecie respecto del poder legislativo o de un órgano administrativo. Por lo mismo, los analizaremos separadamente.

A) Cuando es el legislativo quien ha incurrido en la omisión, el Supremo Tribunal ha de darle «ciência», o lo que es igual, ha de poner en su conocimiento que su inacción ha vulnerado la Norma suprema, siendo considerada como inconstitucional. Una interpretación creemos que excesivamente literal del precepto constitucional ha conducido a algunos autores a minimizar hasta el extremo el efecto de la decisión, que para unos se limitará a «certificar» la existencia de una omisión que el actor pretendía combatir⁹⁸, mientras que para otros no pasará de ser un mero consejo⁹⁹ o un simple aviso al legislador de que se encuentra retrasado¹⁰⁰.

⁹⁵ Análogamente, Oliveira Pachú entiende que las decisiones dictadas respecto de un órgano legislativo tienen carácter declarativo, mientras que las que tengan como destinatarios los órganos administrativos tienen un carácter «mandamental». Claudio OLIVEIRA PACHÚ: «Aspectos gerais dos efeitos da declaração de (in)constitucionalidade das leis no controle abstrato de normas», en *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 15, n.º 59, Abril/Junho 2007, pp. 56 y ss.; en concreto, p. 66.

⁹⁶ José AFONSO DA SILVA: «O controle de constitucionalidade das leis no Brasil», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coordinadores), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras editoriales), Madrid, 1997, pp. 387 y ss.; en concreto, p. 404.

⁹⁷ Haciendo suya la posición de Afonso da Silva, Zeno VELOSO, en *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, *op. cit.*, pp. 254-255.

⁹⁸ André RAMOS TAVARES: *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 297.

⁹⁹ Ivo DANTAS: *Constituição & Processo*, *op. cit.*, p. 512.

¹⁰⁰ André Vicente PIRES ROSA: *Las omisiones legislativas y su control constitucional*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 295.

Otros sectores de la doctrina, yendo más allá, y con una visión crítica, han puesto el acento en la virtual ineficacia de la decisión¹⁰¹, en su timidez¹⁰² o en la imprecisión de sus efectos¹⁰³. Y también los hay que, excediendo de modo flagrante los límites constitucionales, defienden que el Supremo Tribunal Federal pueda asumir, siquiera sea temporalmente, una auténtica función legislativa. Así, Torrecillas Ramos, aun asumiendo que la adopción de medidas supletorias por parte del *Judiciário* sería una intromisión en la función de otros poderes, considera que, como solución provisional, «até o atendimento pelo órgão competente», sería aceptable aun admitiendo que ello entrañaría una invasión temporal en los poderes de otro¹⁰⁴. De modo aún más radical, Cavalcante estima que aunque haya sido infeliz la redacción del parágrafo tercero del art. 103 de la Constitución, no por ello debe prevalecer «a interpretação restrita», tras lo que escribe: «entende-se oportuna, justa, constitucional, razoável e jurídica, a possibilidade de o Supremo Tribunal adotar a medida reclamada, através da decisão que declarou a omissão»¹⁰⁵.

Como puede apreciarse, la disparidad de opiniones, la confusión en que incurrían algunas de ellas, e incluso el arbitrio en la interpretación de algunas otras, son algunos de los rasgos que se pueden entresacar de los referidos posicionamientos doctrinales. Llegados aquí, se imponen algunas reflexiones por nuestra parte.

B) Puede perfectamente admitirse que haya autores que hablen de la timidez del constituyente, pero, a nuestro modo de ver, no es que haya

¹⁰¹ El alcance del instituto —escribe Rodrigues Machado— se limita al simple reconocimiento por el Supremo Tribunal Federal de la obligación jurídica preexistente, siendo, desde ese aspecto, virtualmente ineficaz. Marcia RODRIGUES MACHADO: «Inconstitucionalidade por omissão», en *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.º 30, Dezembro 1988, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 57.

¹⁰² Para Oliveira Pachú, la solución adoptada por la Constitución brasileña es tímida, bien que, a renglón seguido, admita que tal vez el constituyente haya pretendido con ello respetar el principio de división de poderes y la libertad de conformación del legislador. Claudia OLIVEIRA PACHÚ: «Aspectos gerais dos efeitos da declaração...», *op. cit.*, p. 66.

¹⁰³ La declaración de inconstitucionalidad por omisión —escribe Ximenes Rocha— no produce efectos jurídicos precisos, como ocurre con la decisión dictada con ocasión de un proceso de inconstitucionalidad por acción. Fernando Luiz XIMENES ROCHA: «Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 8, 2004, pp. 577 y ss.; en concreto, p. 586.

¹⁰⁴ Dircêo TORRECILLAS RAMOS: «Inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção», en Jorge MIRANDA (Organização), *Perspectivas Constitucionais Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 1015 y ss.; en concreto, p. 1021.

¹⁰⁵ José Ronald CAVALCANTE SOARES JÚNIOR: «ADIN por Omissão, o Supremo Tribunal...», *op. cit.*, p. 258.

sido tímido, sino que, lisa y llanamente, no disponía de otras fórmulas u opciones al alcance de su mano sin constreñir gravemente principios básicos del Estado democrático de Derecho, como es una de sus claves de bóveda: el principio de división de poderes. Afonso da Silva, que en su «Curso» se ha referido a esa timidez¹⁰⁶, lo ha dejado meridianamente claro cuando ha escrito en otro lugar¹⁰⁷: «Não é possível constringer o legislador a cumprir prazos. Se o comando impositivo não for cumprido a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente». Puede asimismo admitirse, como hace Barbosa Moreira¹⁰⁸, que para la omisión del legislador no se encuentra en el mecanismo constitucional un remedio verdaderamente eficaz, pero como el propio procesalista precisa, el Supremo Tribunal Federal no está autorizado a suplir, él mismo, la falta de la norma necesaria para conferir efectividad a la disposición de la Constitución, ni para aplicar sanciones al órgano legislativo. Ni está autorizado, ni, añadiríamos por nuestra cuenta, debe estarlo.

Desde luego, no cabe duda de que uno de los problemas dogmáticos que suscita la declaración de la inconstitucionalidad de una omisión legislativa atañe a sus efectos, y en ello existe amplia convergencia doctrinal. Como al efecto escribe Ribes, «la difficulté réside pour le juge constitutionnel dans l'établissement d'un remède approprié à cette pathologie particulière de la loi»¹⁰⁹.

Desde una perspectiva general, y admitida la capacidad de las sentencias constitucionales de innovar el orden legislativo preexistente, lo que es propio de la función legislativa, ha de señalarse que aun reconociendo los peculiares efectos de las sentencias constitucionales, en modo alguno puede confundirse la naturaleza jurisdiccional de las decisiones de un Tribunal Constitucional con el ejercicio de la función legislativa. Es cierto, y así lo reconoce pacíficamente la doctrina, que en su interpretación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico en conformidad con la misma, el juez constitucional desarrolla una actividad que no se agota en la mera repetición de los mandatos jurídicos, sino que comporta también

¹⁰⁶ José AFONSO DA SILVA: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 49.

¹⁰⁷ José AFONSO DA SILVA: *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 118.

¹⁰⁸ José Carlos BARBOSA MOREIRA: «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho brasileño: un bosquejo», op. cit., p. 2001.

¹⁰⁹ Didier RIBES: «Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur?» (À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999), en *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 9, Mars 2000/Septembre 2000, p. 2 del texto al que se accede a través de la página web del *Conseil constitutionnel*: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers>.

opciones según criterios de oportunidad política¹¹⁰. Ahora bien, el juez constitucional en modo alguno puede pretender suplantar al legislador en ningún caso, ni tan siquiera con ocasión del control de las omisiones legislativas, ni aunque fuere con carácter temporal o transitorio¹¹¹. Y aunque debe admitirse ciertamente, que en el ámbito de la fiscalización en sede constitucional de las omisiones legislativas se favorece la tendencia expansiva del juez constitucional frente al legislador, no puede perderse de vista que uno de los grandes peligros que, como recordaba Zweigert¹¹², amenazan a un Tribunal Constitucional es el de un cambio de su naturaleza a través de la usurpación de tareas evidentes del legislador («eine Usurpation von evidenten Aufgaben des Gesetzgebers»).

Principios constitucionales de la máxima trascendencia, como el ya antes aludido de la división de poderes, el de la legitimidad democrática del legislador y el del pluralismo, constituyen barreras infranqueables que impiden la conversión del juez constitucional en legislador en ningún momento ni circunstancia, y, desde luego, tampoco con ocasión del control de las omisiones legislativas. Piénsese, por ejemplo, en que el respeto de la libertad configuradora del legislador adquiere una particularísima relevancia cuando la norma constitucional ofrece múltiples posibilidades de desarrollo. Como dice Silvestri, hoy *Giudice costituzionale*, en referencia a la *Corte costituzionale*, aun cuando su reflexión tenga un valor muchísimo más amplio, «la Corte non può e non deve prendere partito quando da una stessa norma costituzionale discendono possibilità diverse di attuazione»¹¹³.

Puede añadirse a todo ello que lo más grave de la conversión del juez constitucional en legislador no es ya el hecho de que un poder del Estado asuma la función reservada a otro, sino que se asuma la función legislativa sin quedar sujeto a responsabilidad alguna, pues es patente que el po-

¹¹⁰ Federico SORRENTINO: «Strumenti tecnici e indirizzi politici nella giurisprudenza della Corte costituzionale», en *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985, tomo I, pp. 795 y ss.; en concreto, p. 795.

¹¹¹ Como con evidente razón escribe von Brünneck, «the constitutional review process may not actually sit in place of the legislature. It must pay regard to the freedom of discretion with which the constitution has provided the legislature». Alexander von BRÜNNECK: «Constitutional Review and Legislation in Western Democracies», en Christine LANDFRIED (Ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 256.

¹¹² Konrad ZWEIFERT: «Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian STARCK, Erster Band, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 63 y ss.; en concreto, p. 74.

¹¹³ Gaetano SILVESTRI: «Le sentenze normative della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXVI, fasc. 8/10, 1981, pp. 1684 y ss.; en concreto, p. 1719.

der legislativo, al inclinarse en su diseño normativo por una de las varias opciones de desarrollo que la Constitución, norma abierta y plural por excelencia, le permite, ejerce una opción política para la que se encuentra específicamente legitimado y a la que, se quiera o no, se anuda una responsabilidad que el cuerpo electoral puede sancionar en el momento en que acuda a las urnas. Quien es guardián de la Constitución no puede convertirse en legislador

Las reflexiones que preceden nos parecen bastante obvias, pero, como se ha expuesto, no faltan autores que sustentan tesis contrapuestas. Más aún, el Derecho comparado, particularmente en América Latina, nos muestra la proliferación de normas constitucionales que, al hilo del control de las omisiones legislativas, están convirtiendo al juez constitucional en legislador. Los entidades federativas mexicanas de Veracruz, Chiapas y Querétaro constituyen un ejemplo de ello, al que se habría de adicionar la reciente Constitución ecuatoriana. Parece haber prendido una chispa que se extiende peligrosamente. Si los órganos que ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes deben tener siempre bien presente en su actuación el principio del *self restraint*, ello debe acentuarse notablemente cuando del control de las omisiones legislativas se trata.

Proyectando ahora nuestras reflexiones a la acción que estamos analizando, hemos de decir que el hecho de que el Supremo Tribunal Federal no pueda suplir al legislador inactivo, ni debiera siquiera estar al alcance de su mano constreñirlo con la fijación de un plazo para dictar la ley omisa, aunque sobre ello volveremos más adelante, no debe de traducirse, pues ello supondría una inadmisibles visión hiperformalista, en la idea de que la decisión que declara la inconstitucionalidad de la omisión agota todo su valor en la mera comunicación formal al legislador quiescente. Téngase en cuenta que tal decisión explícita públicamente que el legislador, con su omisión, ha transgredido la Constitución. La sujeción a la Norma suprema de todos los poderes públicos, también del legislador, y la constatación formal por quien está legitimado para hacerlo, de que con su inacción el legislador se ha desvinculado de lo que la Constitución le exige, no puede dejar de ejercer un cierto efecto sobre el poder legislativo inactivo, del que cabe exigir una inequívoca actitud de lealtad constitucional. De ahí que Ferreira Mendes haya señalado¹¹⁴ que el deber de los poderes constitucionales de proceder a la inmediata eliminación del «estado de inconstitucionalidad» es una de las consecuencias menos controvertidas de una decisión de este tipo. El principio del Estado de Derecho y la cláusula que asegura la inmediata aplicación de los derechos fundamentales —pues no es infrecuente, sino más bien todo lo contrario, que las omisiones afec-

¹¹⁴ Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», *op. cit.*, pp. 170-171.

ten al desarrollo de derechos constitucionales— imponen al legislador el deber de obrar para viabilizar la plena eficacia de tales derechos, requieren, en definitiva, de su actuación a fin de eliminar lo antes posible el «estado de inconstitucionalidad». Ciertamente, si el legislador mantiene su inacción, no cabrá más reacción jurídica que la reiteración de la inconstitucionalidad si el Supremo Tribunal, que obviamente no puede actuar de oficio, es instado nuevamente a ello a través de la pertinente acción, pero no cabe ignorar, ni puede menospreciarse este dato, que una situación de ese género puede tener un coste político para los responsables últimos de la inacción.

C) Creemos de interés recordar que en un proceso de reforma constitucional finalmente fallido, se intentó modificar el texto del parágrafo 2º del art. 103 de la Constitución, con la finalidad última de otorgar mayor efectividad a las decisiones dictadas en los procesos de control de las omisiones. De acuerdo con la nueva redacción dada en un primer momento a la mencionada disposición:

«Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será determinado ao poder competente que adote as medidas reclamadas dentro do prazo fixado na decisão, que poderá ser de até um ano, suscetível de prorrogação por igual período, a requerimento do órgão responsável pela edição do ato ou pela expedição da providência requerida, desde que demonstrada que a imediata execução poderá ter grave repercussão orçamentária ou financeira ou ensejar séria desorganização administrativa. Quando se tratae de ato legislativo, o Chefe do Poder Executivo e as Messas das Casas Legislativas tomarão a iniciativa dentro do prazo fixado na decisão, devendo o projeto ser apreciado em regime de urgência»¹¹⁵.

Una previsión como la transcrita no puede sino suscitar una apreciación seriamente crítica, no tanto, aunque también, porque habilite al Tribunal para fijar en su decisión unos determinados plazos para que el legislador omiso dicte el texto legal; pensemos al respecto que también lo ha hecho en ocasiones el *BVerfG*, aunque no creemos que los supuestos sean equiparables, sino porque consideramos por entero inaceptable que una decisión de naturaleza política como es la iniciativa legislativa se puede ver casi forzada en el supuesto en cuestión, al margen ya de lo discutibilísimos de la determinación relativa a la inexcusable tramitación por el procedimiento de urgencia del texto legislativo. Es bastante probable que estos aspectos criticables pesaran en la decisión final de aparcar la mencionada reforma constitucional.

¹¹⁵ *Apud* Zeno VELOSO: *Controle jurisdiccional de constitucionalidade, op. cit.*, pp. 255-256.

D) Notable interés tiene, como es fácilmente comprensible, aludir a cuál ha sido la postura del Supremo Tribunal Federal en este tipo de procedimientos de control de las omisiones.

Como no podía ser de otro modo, el Supremo Tribunal desechó ir un paso más allá en este tipo de decisiones de lo estipulado por la Constitución. En la ADIn por *Omissão* n.º 1.458-DF, de 1996, el Tribunal argumentaba que: «não assiste ao Supremo Tribunal Federal, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, parágrafo 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente»¹¹⁶.

Al margen de ello, la jurisprudencia tradicional del Supremo Tribunal se ha decantado en el sentido de que no le cabe a éste fijar un plazo al Poder legislativo para que, dentro del mismo, proceda a elaborar y aprobar la ley cuya omisión ha venido a quebrantar la Norma suprema. Esta doctrina era perfectamente lógica por cuanto el silencio constitucional en torno a la fijación de ese plazo no debía entenderse que se tradujera en una posible interpretación proclive a la fijación por el Tribunal de dicho margen temporal. El diferente régimen jurídico establecido en la tantas veces citada cláusula constitucional en función de que la omisión proviniese del Poder legislativo o de un órgano administrativo era clarividente, pues no sólo mostraba que la no determinación de un plazo no era un olvido del constituyente, sino que revelaba bien a las claras el deseo de aquél de no constreñir al legislador mediante la fijación de un plazo dentro del cual hubiera de aprobar la ley omisa.

Sorprendentemente, el Tribunal ha cambiado hace poco tiempo su registro jurisprudencial en relación a esta cuestión. En su decisión de 9 de mayo de 2007, pronunciándose sobre la ADIn por *Omissão* n.º 3.682-MT, declaraba la inconstitucionalidad de la omisión de la ley contemplada por el parágrafo 4º del art. 18 de la Constitución (una ley federal complementaria que, entre otros contenidos, debe fijar el período dentro del cual, mediante ley estatal, podrá establecerse la creación, incorporación, fusión o desmembramiento de municipios). El Tribunal aludía a la existencia de un «dever constitucional de legislar do Congresso Nacional», imponiendo a éste un plazo de 18 meses para el cumplimiento de su obligación de

¹¹⁶ ADIn por *Omissão* n.º 1.458-DF. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça* de 20-09-1996. En esta decisión, el Ministro «relator» argumentaba, adicionalmente, lo que sigue: «(a) procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional». *Apud* DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR: *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, *op. cit.*, p. 572, nota 1156.

elaborar la ley complementaria omisa. Más aún, el Tribunal, como recuerda la doctrina¹¹⁷, iba a dejar claro, a través de su pronunciamiento (adoptado por unanimidad en lo que hace a la constatación de la mora inconstitucional del legislador, pero sólo por mayoría en lo que se refería a la fijación de un plazo al legislador) que su decisión constatando la inconstitucionalidad de la omisión e instando al legislador a que emprendiera las medidas necesarias para colmar la laguna inconstitucional constituía una «sentença de carácter nitidamente mandamental», que imponía al legislador moroso el deber, «dentro de un plazo razonable», de proceder a la eliminación del «estado de inconstitucionalidad»¹¹⁸.

Podemos estar por entero de acuerdo en que con la opción en favor de establecer un plazo al legislador, el Tribunal refuerza notablemente su decisión, pero ya hemos señalado que con ello, a nuestro entender, excede claramente de lo que le permite la Constitución.

La Ley n.º 12.063, objeto de este comentario, y posterior a la sentencia que acabamos de comentar, en su art. 12-H, al que ya hemos aludido, como no podía ser de otro modo a la vista de las previsiones constitucionales, guarda silencio sepulcral en torno a la posibilidad de que el Tribunal esté habilitado para imponer un plazo al legislador. Como ya se vio, la disposición insiste en que, declarada la inconstitucionalidad, «será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias».

Por lo demás, innecesario es decir que al incumplimiento por el legislador moroso del plazo que le ha sido fijado en sede judicial constitucional, no se va a anudar ninguna consecuencia jurídica.

¹¹⁷ Dirley DA CUNHA JÚNIOR: *Controle Judicial das Omissões...*, op. cit., p. 573.

¹¹⁸ ADIn por *Omissão* n.º 3.682-MT, de 9-05-2007. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. El Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, juzgó procedente la acción de inconstitucionalidad por omisión interpuesta por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso, reconociendo la mora inconstitucional del Congreso Nacional, al omitir la elaboración de la ley complementaria federal a que se refiere el art. 18, parágrafo 4º de la CF, en la redacción dada al mismo por la Enmienda Constitucional n.º 15/1996, y, por mayoría, le fijó el plazo de 18 meses para que subsanara la omisión. El Tribunal reconoció que no se podía hablar de una total inercia legislativa, por cuanto varios proyectos de ley sobre la materia habían sido presentados y discutidos en el Congreso. Ello no obstante, entendió que la *inertia deliberandi* (en la discusión y votación) también podía configurar una omisión que pudiera llegar a ser considerada morosa, en el caso de que los órganos legislativos no deliberaran dentro de un plazo razonable sobre el proyecto de ley en tramitación. Adujo, en fin, el Tribunal que, en el caso en cuestión, no obstante la diversidad de proyectos de ley presentados, se configuraba una omisión inconstitucional en cuanto a la efectiva deliberación de la ley complementaria, sobre todo teniendo en cuenta el gran número de municipios creados tras la Enmienda Constitucional n.º 15/1996, con base en los requisitos establecidos en las antiguas legislaciones estatales, algunas de las cuales habían sido declaradas inconstitucionales por el propio Supremo Tribunal Federal.

III. La omisión proveniente de un órgano administrativo queda sujeta a un régimen jurídico bastante diferente. La divergencia es notable, pues, constitucionalmente, se manifiesta en la previsión de un plazo de 30 días dentro del cual el órgano administrativo moroso debe de adoptar la providencia necesaria, o lo que es igual, ha de dictar el acto normativo. Ello significa que el órgano administrativo viene constitucionalmente obligado a dar cumplimiento a la decisión dictada en sede judicial constitucional a través de la elaboración y posterior aprobación de un acto normativo. La brevedad del plazo que se le concede es manifiesta, circunstancia que ha conducido a que dicho término sea considerado como algo ilusorio. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que nos hallamos ante un plazo tan exiguo que, como mínimo, ha de ser tildado de poco realista.

No creemos que sea ajena a esa falta de realismo la determinación del párrafo 1º del art. 12-H de la Ley n.º 12.063, que aunque, como regla general, reitera la previsión constitucional de que, en el supuesto de omisión imputable a un órgano administrativo, éste habrá de adoptar las providencias necesarias en el plazo de 30 días, establece con carácter excepcional una salvedad, al habilitar al Tribunal para que pueda fijar un plazo razonable «tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido». De esta forma, el texto legal posibilita una excepción respecto de la regla constitucional, estableciendo un plazo más amplio, que el texto legal no precisa. Tal previsión nos parece razonable, pero no deja de suscitar serias dudas acerca de su conformidad con la Constitución, que es rotunda y taxativa al efecto, al fijar el plazo inmutable de 30 días. Quizá la fórmula jurídica más correcta habría pasado por modificar previamente la disposición constitucional.

En el supuesto de que, transcurrido el perentorio plazo de 30 días o, en su caso, aquel otro que fije el Supremo Tribunal Federal, el órgano administrativo no proceda a subsanar su mora inconstitucional, aun cuando tanto la Constitución como la Ley n.º 12.063 guarden silencio al respecto, la doctrina converge de modo muy generalizado, quizá con pequeños matices diferenciales, en que se producirá una desobediencia a la orden o mandato judicial que acarreará la responsabilidad del agente público¹¹⁹. Algunos autores llegan a precisar esa responsabilidad. Tal es el caso de Dantas, quien alude a la comisión de un delito de desobediencia tipificado por el art. 330 del Código Penal¹²⁰. A su vez, para Torrecillas,

¹¹⁹ José Carlos BARBOSA MOREIRA: «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes...», *op. cit.*, p. 2001. En análogo sentido, Roque Antonio CARRAZZA: «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão...», *op. cit.*, p. 56.

¹²⁰ Ivo DANTAS: *Mandado de injunção* (Guía teórico e práctico), 2ª ed., Aide Editora, Rio de Janeiro, 1994, p. 65.

la responsabilidad sería la dimanante del art. 85.VII de la Constitución, que incluye entre los «crimes de responsabilidade» los actos del Presidente de la República que atenten contra la Constitución y, de modo especial, contra el cumplimiento de las leyes y de las decisiones judiciales¹²¹. En fin, Pires cree que en el supuesto en cuestión se admite el procesamiento del titular del órgano administrativo por la comisión de un delito contra la administración de justicia¹²². No falta quien, yendo más allá, propone como alternativa, a todas luces bastante disparatada, la destitución provisional del sujeto responsable de la mora, con el subsiguiente nombramiento de otro a fin de implementar la voluntad constitucional¹²³.

Sea cual fuere la responsabilidad en que pueda incurrir el órgano administrativo moroso que incumpla el mandato del Tribunal, la diferencia de régimen jurídico respecto de la análoga situación generada por el legislador es patente. La mera fijación de un plazo para la dación de la norma omisa y el hecho de que se anude al incumplimiento del mandato judicial una determinada responsabilidad son «per se» datos lo suficientemente significativos.

IV. Algunas otras cuestiones de interés se han suscitado en relación a los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad en los procesos de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión.

A) Una primera cuestión ha sido la de si la previsión del art. 27 de la Ley n.º 9.868¹²⁴, que, en sintonía con normas análogas de Derecho comparado, acoge lo que la doctrina ha denominado la declaración de inconstitucionalidad de carácter limitativo o restrictivo¹²⁵, podría tener algún tipo de operatividad en los procesos de control de la inconstitucionalidad de una omisión, pues tal precepto se ubica en un Capítulo dedicado a la deci-

¹²¹ Dircêo TORRECILLAS RAMOS: «Inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção», en Jorge MIRANDA (Organização), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, Volume II, pp. 1015 y ss.; en concreto, p. 1021.

¹²² André Vicente PIRES ROSA: *Las Omisiones Legislativas...*, op. cit., p. 303.

¹²³ En tal sentido se manifiesta Walter Claudius ROTHENBURG, en *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito: A Perda de Competência como Sanção à Inconstitucionalidade por Omissão*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005. Cit. por André RAMOS TAVARES: *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 297.

¹²⁴ A tenor del art. 27: «Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado».

¹²⁵ Cfr. al respecto, Gilmar FERREIRA MENDES: *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 1204-1209.

sión dictada con ocasión de una acción directa de inconstitucionalidad (también en aquella otra pronunciada en una acción declaratoria de constitucionalidad), aunque, como ya se ha dicho, el párrafo 2º del art. 12-H, introducido por la Ley n.º 12.063, dispone que, en lo que fuese oportuno, se aplicará a la decisión dictada en la acción directa de inconstitucionalidad por omisión lo establecido por los artículos de ese mismo Capítulo.

El precepto en cuestión se halla directamente inspirado en el art. 282.4 de la Constitución portuguesa y, como antes se dijo, sigue la pauta común del Derecho comparado de otorgar a los órganos llamados a ejercer el control de constitucionalidad un cierto margen de flexibilidad a la hora de precisar los efectos de sus decisiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, parece bastante evidente que el citado art. 27 se refiere a las decisiones dictadas al hilo de una acción directa de inconstitucionalidad, esto es, a la fiscalización de la inconstitucionalidad por acción, y es por lo mismo por lo que el propio precepto alude a la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, esto es, de un texto existente. Pero más allá de ello, parece bastante claro que no existe margen de modulación de los efectos de una decisión que aprecie la inconstitución de una mora del legislador o de un órgano administrativo. En este supuesto, los efectos son muy limitados: comunicar la inconstitucionalidad al órgano moroso e instarle a dictar lo más rápidamente posible la norma omisa, fijando un plazo para ello si quien ha incurrido en mora es un órgano administrativo. La propia determinación del párrafo 1º del art. 12-H, ya comentada, al prever de modo explícito, de modo dudosamente constitucional, la posible ampliación del plazo de 30 días, parece significar que tal excepcional prolongación de ese plazo no podría ampararse en el art. 27, pues si hubiera podido sustentarse en el mismo, no habría sido necesario preverla de modo específico.

En definitiva, no vemos cómo podría operar el art. 27 en los procesos de control de las omisiones inconstitucionales.

B) Una segunda cuestión de interés se planteó Ferreira Mendes¹²⁶, al interrogarse acerca de si, no obstante una declaración de inconstitucionalidad por omisión, en el supuesto de una omisión parcial o relativa, la ley habría de conservar su validez hasta tanto fuera, en su caso, modificada por el Poder legislativo. La cuestión, suscitada años atrás, apuntaba directamente hacia la adopción de medidas cautelares, de las que el actual presidente del Supremo Tribunal Federal siempre ha sido un decidido partidario, e incluso intuimos que la incorporación de las mismas a la Ley

¹²⁶ Cfr. al efecto, Gilmar FERREIRA MENDES: *Jurisdição Constitucional* (O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha), 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, pp. 380 y ss.

12.063 es fruto de su directa inspiración. Desde luego, ya tiempo atrás, Ferreira Mendes se decantaba por la idea de que la declaración de inconstitucionalidad de una omisión parcial exigía la suspensión de la aplicación de las disposiciones impugnadas y, obviamente, consideradas inconstitucionales, aun admitiendo que, en determinados casos, la aplicación excepcional de una ley inconstitucional traduce una exigencia del propio ordenamiento¹²⁷.

Por nuestra parte, ya nos hemos manifestado con anterioridad de modo absolutamente contrario a esta interpretación y no creemos que sea necesario añadir nada más.

C) Otra cuestión que se ha suscitado es la relativa a la amplitud de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad dictadas en este tipo de procesos. Afonso da Silva¹²⁸, sobre la base de entender que en estos procesos no se trata de verificar la inconstitucionalidad en abstracto («em tese»), sino *in concreto*, llega a la conclusión de que estas decisiones no tienen efectos *erga omnes*, «mas de determinação diretamente dirigida a um Poder», aquél que es competente para la dación del acto normativo omiso. No podemos compartir esta interpretación, entre otras razones, por una razón de pura coherencia con la naturaleza de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Su mera identificación como acción «directa» equivale a poner de relieve que estamos ante un control abstracto, que desencadena como ya dijimos un proceso objetivo y en cierto modo sin partes. Piénsese que incluso en el caso de que esta acción se dirija frente a una ley parcial, esto es, frente a un texto legal existente que, por su parcialidad, genera una discriminación arbitraria, nos hallamos no ante un control generado *in concreto*, con ocasión de la aplicación de esa ley en un caso litigioso específico, sino ante una fiscalización desvinculada de la aplicación de tal ley y, por lo mismo, abstracta.

Por lo demás, la posición mayoritaria de la doctrina se separa en este punto de la sustentada por el relevante Profesor de São Paulo, reconociendo efectos *erga omnes* a estas decisiones. Tal es el caso, por ejemplo, de Piovesan, para quien, en cuanto estas decisiones se dictan en abstracto (*em tese*), sus efectos no pueden ser sino *erga omnes*, beneficiándose todos de esos efectos¹²⁹. En

¹²⁷ *Ibidem*, p. 383.

¹²⁸ José AFONSO DA SILVA: «O controle de constitucionalidade das leis no Brasil», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coordinadores), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson (y otras editoriales), Madrid, 1997, pp. 387 y ss.; en concreto, p. 404.

¹²⁹ Flávia C. PIOVESAN: *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 103.

similar posición se sitúan, entre otros varios autores, Macedo Nery Ferrari¹³⁰ y Ferreira Mendes¹³¹.

El Supremo Tribunal Federal ha hecho suya la posición mayoritaria, reconociendo que las decisiones dictadas en el control abstracto de la omisión tienen eficacia *erga omnes*¹³².

D) Una última cuestión suscitada por la doctrina se refiere a la conveniencia de dar efectos retroactivos a la ley que el legislativo dicte con el fin de reparar su omisión inconstitucional. Si se considera —razona al efecto Ferreira Mendes¹³³— que el estado de inconstitucionalidad dimanante de la omisión puede haber producido efectos en el pasado, sobre todo tratándose de una omisión legislativa, se hace necesario en ocasiones que el acto normativo destinado a corregir la omisión tenga efectos retroactivos. El único supuesto en que nos parece viable tal tesis es aquel en el que la acción de inconstitucionalidad por omisión se haya dirigido contra una ley que incurra en un vicio de inconstitucionalidad parcial, al conceder, por ejemplo, una ventaja o beneficio a un sector de la población, ignorando a otros segmentos sociales situados en iguales circunstancias. Declarada la inconstitucionalidad de una omisión relativa, al haber otorgado el texto legal ciertos beneficios tan sólo a un sector de la ciudadanía, la modificación que en el texto legal introduzca el legislador a fin de acomodarlo a las exigencias constitucionales sí nos parece que debiera extender esos beneficios con carácter retroactivo a quienes hubieren sido privados de ellos no obstante hallarse en igualdad de circunstancias que los inicialmente beneficiados, equiparándolos a todos en el momento de inicio del beneficio o trato ventajoso. En los restantes supuestos no vemos la conveniencia de esa retroactividad.

¹³⁰ «As ações de declaração de inconstitucionalidade por omissão —escribe la Profesora de Curitiba— têm por objeto o restabelecimento da harmonia do sistema, quebrada pela omissão violadora da norma constitucional, e que tal declaração é feita em tese, sem necessidade de estar relacionada com um caso concreto e, portanto, seus efeitos são *erga omnes*, aproveitando a todos os que dela puderam fazer uso, revestindo-se, ainda, da autoridade de coisa julgada». Regina Maria MACEDO NERY FERRARI: *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, op. cit., p. 373.

¹³¹ Para Ferreira Mendes, la decisión dictada en la acción directa de inconstitucionalidad, que da lugar a un típico proceso objetivo, destinado principalmente a la preservación de la Constitución, debería de tener, por su propia naturaleza, eficacia *erga omnes*. El propio autor entiende que debe excluirse de plano la idea de que la decisión dictada en el marco del control abstracto de la omisión debe tener eficacia vinculante *inter partes*, porque tales procesos de garantía de la Constitución, en cuanto procesos objetivos, no conocen partes. Gilmar FERREIRA MENDES: *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 1201.

¹³² De ello se hace eco Gilmar FERREIRA MENDES, en su obra *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 382.

¹³³ Gilmar FERREIRA MENDES: «O controle da omissão inconstitucional», op. cit., p. 171.

9. LA PRAXIS DEL INSTITUTO: SU ESCASA EFICACIA PRÁCTICA

Existe un cierto acuerdo doctrinal acerca de la escasa eficacia práctica que el instituto procesal analizado ha tenido hasta hoy¹³⁴. Ha sido quizá Streck quien más se ha ocupado del tema. A su juicio¹³⁵, las acciones de inconstitucionalidad por omisión podrían funcionar como una palanca («uma alavanca») para la discusión en torno a la concreción y desarrollo de la Constitución, pero no es esto lo que ha ocurrido. Problemas análogos a los que se han producido respecto del instituto del *mandado de injunção*¹³⁶ han llevado a esta acción «a uma morte prematura». «A quase total ineficácia da ação de inconstitucionalidade por omissão —añade Streck— corre na contramão da relevante circunstância de que esse instituto é produto de um novo conceito de constitucionalismo umbilicalmente ligado à concepção intervencionista e ao *plus* normativo que assume o Direito (constitucional) no Estado Democrático de Direito». Evidentemente, estamos ante una cierta paradoja. Muy crítico se ha mostrado también Pires Rosa¹³⁷, para quien la experiencia brasileña en relación a esta acción ha sido extremadamente negativa, entre otras razones, por el hecho de que el Congreso no ha prestado ninguna atención a las comunicaciones que le ha remitido el Supremo Tribunal Federal en las pocas acciones interpuestas y consideradas pertinentes en sede judicial.

Los datos empíricos revelan que el enorme crecimiento de la acción directa de inconstitucionalidad —baste con recordar que en los tres primeros años de vigencia de la Constitución se habían formalizado nada menos que 680 acciones de este tipo— va unido a la vida un tanto vegetativa del instituto procesal estudiado. Se ha llegado a decir¹³⁸, exageradamente, que desde la promulgación de la Constitución existe una especie de conspiración de los órganos constituidos en contra de los mecanismos de control de las omisiones legislativas supuestamente inconstitucionales. Los legitimados para interponer esta acción, supuestamente, no la habrían utilizado por el desestímulo que entrañan sus limitados efectos.

La praxis del instituto también nos revela algún dato significativo, como el de que en los quince primeros años de vigencia de la Constitu-

¹³⁴ En tal sentido, entre otros, José Carlos BARBOSA MOREIRA: «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho brasileño: un bosquejo», *op. cit.*, p. 2001. Asimismo, Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ: «Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais», *op. cit.*, p. 167.

¹³⁵ Lenio Luiz STRECK: *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, *op. cit.*, p. 788.

¹³⁶ Sobre el instituto del *mandado de injunção*, cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, *op. cit.*, tomo I, pp. 1009 y ss.

¹³⁷ André Vicente PIRES ROSA: *Las Omisiones Legislativas...*, *op. cit.*, p. 303.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 299.

ción de 1988 tan sólo dos acciones de inconstitucionalidad por omisión habían tenido éxito. Una de ellas fue la *Ação de Inconstitucionalidade por Omissão* n.º 889-7, que se refería a la omisión de la ley prevista por el párrafo único del art. 23 del «Ato das Disposições Constitucionais Transitórias» (ADCT)¹³⁹. En este caso, por acuerdo unánime, el Tribunal consideró procedente la acción, declarando la omisión del Poder ejecutivo en la presentación al Congreso del pertinente proyecto de ley, comunicándolo al Presidente de la República a fin de que fuesen adoptadas las medidas necesarias para superar la mora inconstitucional¹⁴⁰.

Con posterioridad, una acción de inconstitucionalidad por omisión presentada por el «Partido dos Trabalhadores» culminaba asimismo en la declaración de su pertinencia y, por lo mismo, en el reconocimiento de la inconstitucionalidad. La acción aducía la inobservancia por parte del Poder ejecutivo de la previsión del art. 37.X de la Constitución, que asegura a los funcionarios públicos la revisión anual de su remuneración.

El Tribunal constataba en su argumentación que el art. 37.X había sido reformado por la Enmienda Constitucional n.º 19, de 1998, quedando patente tras la reforma lo que el ponente ya había entendido latente en el texto original: la obligatoriedad de la revisión anual de la remuneración de los funcionarios de la Unión, previsión que implica la aprobación de una ley especial, de iniciativa privativa del Presidente de la República. El Tribunal iba a apreciar que hasta ese momento, pese a haber transcurrido tres años desde la aprobación de la Enmienda, y no obstante el fenómeno de la inflación, que se había hecho sentir ininterrumpidamente durante todo el período, no se había registrado ninguna actuación por parte del Palacio de Planalto (sede de la Presidencia de la República) con vistas a dar inicio al proceso legislativo destinado a hacer efectiva la indispensable revisión general de los sueldos de los funcionarios de la Unión. Así las cosas, el Tribunal considera patente la mora legislativa, de responsabilidad del Presidente de la República, al tratarse de una materia en la que la iniciativa legislativa le pertenece en exclusiva, y declara la inconstitucionalidad de la omisión.

Bien es verdad que la respuesta de la Presidencia de la República fue tildada de irrespetuosa frente a la decisión dictada en sede jurisdiccional constitucional¹⁴¹, al proponer el Jefe del Estado en su iniciativa legislativa

¹³⁹ El mencionado art. 23 disponía que hasta que se dictara la reglamentación prevista por el art. 21.XVI de la Constitución, los ocupantes del cargo de censor federal continuarían ejerciendo funciones compatibles con el mismo en el Departamento de Policía Federal, con observancia de las disposiciones constitucionales. A su vez, el párrafo único del propio precepto disponía: «A lei referida disporá sobre o aproveitamento dos censores federais, nos termos deste artigo».

¹⁴⁰ *Diário da Justiça da União*, de 12-04-1994.

¹⁴¹ Ivo DANTAS: *Constituição & Processo*, op. cit., p. 515.

un índice de incremento de los salarios de tan sólo un 3,5 por 100, sin considerar la inflación (muy superior ya a esa cifra) y la ausencia de subidas de los sueldos de los funcionarios durante el trienio 1999/2001.

Al margen de todo ello, la doctrina ha puesto de relieve que existen decenas de disposiciones constitucionales que no están siendo cumplidas por los poderes públicos (por su falta de desarrollo legislativo), no obstante lo cual no se recurre a este instituto, y aunque puede pensarse que esta circunstancia, que nos recuerda lo acontecido en Portugal en relación al instituto equivalente, queda al margen del instituto, también puede intuirse que, dada la amplitud de instancias legitimadas, lo que contrasta con el caso portugués, la razón de ese *self restraint* de los potenciales actores quizá tenga que ver con la reducida operatividad de este mecanismo de control.

Ya hemos tenido oportunidad de aludir a la relativamente reciente decisión de 29 de mayo de 2007 y al cambio que ha entrañado, al marcarle un plazo al legislador para que supla su omisión. No se puede estar seguro de si se podría establecer algún vínculo entre esta sentencia y las tres decisiones dictadas el 25 de octubre del mismo año, que han venido a suponer un cambio bastante drástico de la jurisprudencia del Tribunal respecto al *mandado de injunção*¹⁴², lo que no dejaría de ser significativo, pues este instrumento procesal es el *alter ego* de la acción estudiada en el ámbito de los institutos de garantía de los derechos. Si así fuera, podría constatarse, de entrada, un cambio de posicionamiento global del Tribunal en relación a los diversos institutos (de control normativo y de garantía de los derechos) con los que el constituyente brasileño intentó hacer frente a las endémicas omisiones del legislador que, de una u otra forma, entrañan violaciones de la *lex superior*.

En este contexto, la nueva regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión introducida por la Ley n.º 12.063, no parece que pueda cambiar mucho las cosas, excepción hecha de la viabilización que propicia de las medidas cautelares en los procesos de control de omisiones parciales, generalmente relativas, esto es, vulneradoras del principio de igualdad. No nos cabe duda de que con ello se puede potenciar esta acción, pero tampoco dudamos de que tales medidas tienen un difícil, por no decir que imposible, encaje en la actual regulación constitucional de este instituto procesal.

¹⁴² Sobre tales sentencias, cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho comparado*, op. cit., tomo I, pp. 1092 y ss.

