

## Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión \*

### I. INTRODUCCIÓN

El título de este trabajo parece paradójico, y merece alguna explicación que lo justifique.

La inconstitucionalidad por omisión, en su variante de mora en la emisión de normas subconstitucionales generales (esto es, generalmente, de las necesarias para cumplir con cláusulas constitucionales que imponen el deber de dictarlas),<sup>1</sup> es uno de los temas más interesantes y a la vez más polémicos del Derecho constitucional y del Derecho procesal constitucional.<sup>2</sup>

En este trabajo se presentarán las soluciones previstas en varias constituciones para atender el problema, para después concentrar la atención en un subtema peculiar: la posible violación de principios constitucionales, en particular en torno a la división de poderes, por parte de algunas de las recetas imaginadas por el constituyente para resolver la inconstitucionalidad por omisión.

---

\* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

<sup>1</sup> El caso clásico es el de las reglas constitucionales llamadas tradicionalmente «programáticas», que exigen para su actuación la sanción de reglas subconstitucionales, de tipo reglamentario, que las tornen operativas. Hay otros tipos de inconstitucionalidad por omisión, respecto de actos singulares, como los mencionados en la nota 3. Algunos involucran también supuestos en los que el legislador, al sancionar una ley, no otorga a determinados sujetos un beneficio que les corresponde en virtud de la constitución, excluyéndolos por ende inconstitucionalmente. Tal podría ser más bien un caso de inconstitucionalidad por negación.

<sup>2</sup> Ver por ejemplo José Julio Fernández Rodríguez: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 67 y ss.; Víctor Bazán (Coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, *passim*; Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano: *La inconstitucionalidad por omisión*, Investigaciones jurídicas, San José de Costa Rica, 2004, pp. 183 y ss.; Carpio Marcos Edgar y Gerardo Eto Cruz: *El control de las omisiones inconstitucionales y legales en el derecho comparado*, Fundap, Querétaro, 2004, p. 44 y ss.; Iván Castro Patiño: *Inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2006, pp. 115 y ss.

No nos ocuparemos en cambio, en este estudio, de la inconstitucionalidad por omisión en la adopción de actos individuales.<sup>3</sup>

## 2. REMEDIOS JUDICIALES

A mero título informativo, ya que no hace al objeto primario de este estudio, corresponde tener presente que algunas veces los tribunales han ideado, creativamente, recetas para atender la inconstitucionalidad por omisión. Son casos típicos de un atractivo activismo judicial, pensado en este caso para tornar a la constitución como norma real y ejecutiva.

Entre ellas, pueden recordarse cuanto menos cuatro:

- La motorización directa de la constitución, mediante la que el tribunal efectiviza la regla constitucional, superando por sí el hecho de la inexistencia de la ley reglamentaria.
- La cobertura de la ley local faltante recurriendo al Derecho internacional (en particular, al Derecho internacional de los derechos humanos), en cuyo caso la norma internacional actúa como sucedáneo de la ley doméstica ausente.
- La sustracción de la ley ausente, a la que se reputa innecesaria para efectivizar la constitución, que adquiere entonces nivel de norma autoejecutiva.
- Y la cobertura de la ley faltante mediante una decisión del tribunal. Fue el método aplicado por el Tribunal Constitucional Federal, en 1969, en lo que se ha reputado un *leading case* en la materia.<sup>4</sup>

## 3. REMEDIOS CONSTITUCIONALES A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En términos generales, tuvo que esperarse al último cuarto del siglo XX para encontrar normas constitucionales explícitas que atacasen la inconstitucionalidad por omisión ante la falta de emisión de normas generales, por quien debía –según la constitución– dictarlas.

Históricamente, tales respuestas constitucionales han afrontado el problema de distinto modo. A saber:

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, ante la dilación en resolver la expedición de un pasaporte, un diploma universitario, una solicitud de permiso para abrir un negocio, etc.

<sup>4</sup> Sobre el punto, derivamos al lector a nuestro libro *La interpretación judicial de la constitución* (2ª ed.), Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, capítulo X, «Los jueces y la inconstitucionalidad por omisión», pág. 136 y ss.

1.— Mediante la denuncia ante un órgano superior. En tal supuesto, el sujeto-control de la supremacía constitucional detecta la mora legislativa en que incurre un organismo del Estado, e informa a un cuerpo estatal superior para que adopte alguna medida. Tal fue el criterio del art. 377 de la constitución yugoslava de 1974. En tal caso, el Tribunal de Garantías Constitucionales comunicaba a la Asamblea de la República la renuencia de un órgano que no hubiere dictado las normas de ejecución previstas por la Constitución federal, o por las leyes y otras disposiciones y actos generales federales. El texto no determinaba, sin embargo, qué pasaba si el cuerpo moroso era la propia Asamblea de la República.

2.— Mediante la recomendación. En tal variable, el órgano control se circunscribe a recordar al órgano renuente que sancione las normas faltantes, que según la Constitución tiene que pronunciar. Eso debía hacer el Consejo de la Revolución, a tenor del art. 283 de la constitución portuguesa de 1976.

3.— Mediante el llamado de atención. El nuevo art. 283 de la constitución de Portugal puntualiza que el Tribunal Constitucional, a requerimiento del Presidente de la República o del Proveedor de Justicia (en algunos casos, de los presidentes de las asambleas regionales), cuando constate el incumplimiento de la constitución por omisión de medidas legislativas, lo hará saber al órgano moroso.

4.— Mediante la intimación. Tal ruta está contemplada por el art. 103 inc. 2° de la constitución de Brasil, que planifica una acción ante el Supremo Tribunal Federal. Si el mismo declara la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar ejecutable a una norma constitucional, da conocimiento al órgano renuente. Si se trata de un órgano administrativo, fija un plazo de treinta días para que realice la tarea faltante.

Por su parte, la constitución del Estado de Tlaxcala (México), dispone en su art. 81 que las acciones contra la omisión legislativa imputable al Congreso, a los gobernadores y a los ayuntamientos o consejos municipales por falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general a que estén obligados en los términos de la Constitución nacional y la local, de verificarse dicha mora, «se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad». Singularmente severa en este punto, el art. 336 inc. 7° de la nueva Constitución de Venezuela atribuye competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (otrora, Corte Suprema), para «Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para

garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección». Esta hipótesis es una interesante muestra de las sentencias llamadas «manipulativas», y de su variante de sentencia «exhortativa» y «de delegación», que sugieren al Parlamento cuál debe ser el contenido futuro de una norma, para que resulte compatible con la Constitución.<sup>5</sup>

5.— Mediante la cobertura. Se encuentra prevista por el art. 5 inc. LXXXI de la constitución de Brasil, que (aparte de la acción de inconstitucionalidad tratada en el ya citado art. 103 inc. 2º), diseña también un mandato de ejecución en favor del perjudicado «siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía». El mandato podría incluir así una orden judicial para que se satisfaga el derecho en juego, paralizado por la falta de una ley reglamentaria que torne operativa a la cláusula constitucional programática.<sup>6</sup> Otra alternativa es la contemplada por la Constitución del Estado de Veracruz (México), que contempla una acción jurisdiccional por omisión legislativa, «cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución». El asunto lo decide el Tribunal Superior de Justicia, y la resolución determinará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones del Congreso, para que expida la norma faltante. «Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior

---

<sup>5</sup> Existen tres variables principales de «sentencias exhortativas», que son parte de las «sentencias modulatorias» o atípicas, en la jurisdicción constitucional. En el primer tipo, el tribunal declara inconstitucional una norma y sienta las bases que debería respetar el legislador, cuando sancione la norma de reemplazo, para que ésta coincida con la Constitución. En el segundo, considera inconstitucional a una norma, pero no la invalida (por los efectos notoriamente dañosos que podría acarrear su inmediata remoción del orden jurídico), aunque encomienda al legislador la sanción de un nuevo precepto que sea compatible con la constitución. En el tercero, que hemos denominado de «constitucionalidad precaria», la justicia constitucional reputa que una norma puede ser inconstitucional, o llegar a serlo a breve término, y sin declararla ahora formalmente inconstitucional, encarga al legislador su reemplazo por otra indiscutiblemente constitucional. Para el caso de las sentencias exhortativas, también llamadas «apelativas», «con encargo» o «con aviso», y sus variantes, hemos tratado el tema en Néstor Pedro Sagüés: *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 73 y ss.

<sup>6</sup> Sobre las relaciones entre la acción de inconstitucionalidad y el mandamiento de ejecución brasileños, *vid.* por ejemplo Víctor Bazán: *Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones constitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina*, en Víctor Bazán (Coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., p. 70.

de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto» (art. 64).<sup>7</sup>

Por su parte, la nueva constitución de Ecuador de 2008, (aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008), dispone en el art. 436 inc. 10° que la Corte Constitucional, diseñada como órgano extra poder, tiene competencia para

«declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, de forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley».

6.— Mediante la cobertura y el resarcimiento. Es la solución más audaz, instrumentada por el art. 207, inciso 2°, d) de la constitución provincial de Río Negro (Argentina). La norma bajo examen establece que el Superior Tribunal (Corte Suprema) de Justicia de la Provincia tiene competencia en las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios. La demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite. Esta regla importa un avance profundo en el control judicial de la mora legiferante en el dictado de normas generales, recogiendo la doctrina más terminante en la materia. Detectado el incumplimiento del legislador (para lo cual habrá, claro está, que dejar pasar un plazo razonable para que haya cometido su tarea), contempla la determinación o intimación judicial de un término para que cumpla su deber omitido. Si todavía guarda silencio, el Poder Judicial está habilitado para cubrir el vacío lagunoso —vale decir, a integrar el orden jurídico ausente, lo que implica un claro acto de creatividad judicial— siempre que ello fuese razonablemente factible (en tal sentido, pueden existir distintas clases de normas programáticas incumplidas en una Constitución: una cosa es que un juez otorgue, por ejemplo, un período de vacaciones concedido por la Constitución pero que la ley todavía no ha reglamentado, y otra que instrumente un sistema de seguro social obligatorio, también prometido por la Constitución, aunque no planeado

---

<sup>7</sup> Ver Eduardo Ferrer Mac Gregor: *Derecho Procesal Constitucional local en México*, en Javier Pérez Royo, Juan P. Uriás Martínez y Manuel Carrasco Durán (eds.): *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sevilla 2003*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur, 2006, t. II pp. 4.259 y ss.

por el legislador). De no ser posible la cobertura judicial de la mora legislativa, el Tribunal tendrá que establecer una indemnización en favor del perjudicado, por los daños concretos que dicha mora le ha causado.<sup>8</sup> Es de observar que la cláusula constitucional citada contempla soluciones judiciales casuísticas, para cada caso concreto; ello responde al esquema normal vigente en aquella Provincia, de control de constitucionalidad con efectos para el caso específico, y no *erga omnes*. No obstante, y a fin de evitar soluciones contradictorias, la Constitución dio competencia en esta acción de inconstitucionalidad solamente al Superior Tribunal de Justicia, depositando además en el máximo órgano judicial de la Provincia la resolución de los conflictos de inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales.

7.— Mediante la compulsión constitucional. Ocasionalmente, la constitución puede afirmar que todas sus cláusulas son operativas, o al menos operativizables por los ejecutores de la Constitución. En tal sentido, *v. gr.*, el art. 18 de la Constitución del Ecuador (actualizada a 1998), dispuso que «Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por ante y ante cualquier juez, tribunal o autoridad». El precepto agregó que «No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos». En un orden similar de ideas, el actual art. 30 de la Constitución del Paraguay dispone que «La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía».

Normas de ese tipo obligan a los jueces a imaginar las vías de efectivización de una norma constitucional total o parcialmente programática, haciéndola en el caso ejecutiva, de no haber el precepto legal reglamentario. Importan, naturalmente, un desafío para la judicatura, y en muchos casos una transferencia de responsabilidades políticas del Poder Legislativo hacia el Judicial o el Tribunal Constitucional, según los casos, ya que éstos deben adoptar decisiones ante el vacío normativo que no causan los legisladores, pese al mandato constitucional existente.

---

<sup>8</sup> Para un análisis más detallado de este régimen de control judicial de la inconstitucionalidad por omisión, *vid.* Néstor Pedro Sagüés: *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*, en Víctor Bazán (coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., pp. 109 y ss. Para el mecanismo de «integración» judicial de vacíos lagunosos, *cfr.* Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al Derecho* (4ª ed.), Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 286 y ss.

#### **4. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LAS RECETAS DEL CONSTITUYENTE**

Las soluciones arbitradas por el constituyente para encarar la inconstitucionalidad por omisión de normas generales son, como puede advertirse, múltiples. La duda que plantean es en qué medida ellas pueden colisionar con el principio, constitucional a su vez, de división de los poderes, principio basal de toda la estructura constitucional y al que deben subordinarse las demás reglas constitucionales en un genuino Estado de Derecho.

Analizaremos las diferentes variables ensayadas.

##### **4.1 Caso de la denuncia, de la recomendación, del llamado de atención y de la intimación**

En estas hipótesis la jurisdicción constitucional no cubre ningún vacío lagunoso, y menos todavía dicta las normas omitidas por el legislador, o por el órgano renuente que sea. Solamente constata la omisión e insta a que el órgano ocioso actúe.

Desde luego, esta actitud constitucional importa transformar la mora del órgano ocioso en cuestión justiciable, cambiando la doctrina tradicional que entendía a esa mora como una cuestión política no justiciable (*political question*), sometida solamente a la prudencia y criterio del órgano moroso.<sup>9</sup> Para esta posición clásica, el «juez» de la mora era exclusivamente el propio órgano ocioso, partiendo algunas veces de la afirmación, discutible por cierto, de que incluso una manera de «legislar» era «no legislar», y que la misma constitución dejaba al órgano del caso un amplio margen de apreciación para resolver cuándo y cómo debía hacerlo (o no hacerlo), facultad privativa o reservada del referido órgano y no evaluable por los jueces.<sup>10</sup>

La doctrina de la inconstitucionalidad por omisión parte en cambio de otra afirmación: que tanto se viola a la Constitución sancionando una ley contraria a ella, como no dictando la norma subconstitucional que la Constitución manda hacer. Acto seguido, confía a la magistratura constitucional alguna gestión para reparar esa omisión, con lo que «judicializa» parte del tema.

---

<sup>9</sup> En el sentido de que, por ejemplo, si el Poder Ejecutivo no actualiza unos índices remuneratorios docentes, tarea derivada de un precepto legal, no corresponde que los jueces lo hagan, ver Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 256: 387. Esta doctrina puede reputarse hoy superada.

<sup>10</sup> Un caso paradigmático ha sido el «juicio por jurados», que la Constitución argentina impone en tres artículos. Sin embargo, el Congreso nunca lo estableció. La Corte Suprema juzgó que las directrices constitucionales no establecían para el Congreso un plazo perentorio, con lo que la fecha para la instrumentación legislativa de los jurados era discrecional para el Congreso. *Vid.* Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 115: 92; 208: 21; 208: 225.

Los mecanismos imaginados por el constituyente y aquí tratados (denuncia, recomendación, llamado de atención, intimación), no introducen sin embargo a la magistratura constitucional en el contenido de la futura norma, ni la hacen cubrir por ella. Solamente convierten a la magistratura constitucional en juez del atraso, de modo que no parece que ello pueda provocar discusión alguna sobre la compatibilidad de estas recetas con el principio constitucional (y hasta supraconstitucional) de división de los poderes.

#### 4.2 Caso de la cobertura con efectos *inter partes*

En estas hipótesis (rutas de la cobertura, del resarcimiento y de la compulsión constitucional), el constituyente deposita en manos de la magistratura constitucional la responsabilidad de elaborar una respuesta concreta, para el caso bajo examen, a fin de tutelar al perjudicado por la mora en la emisión de la norma faltante. Algunas veces media una intimación previa para que el órgano emita la norma, otras no. En otro caso, se dispone que si el tribunal no está en condiciones de cubrir el vacío normativo, habrá una indemnización para el afectado.

Lo significativo es que el juez constitucional no construye aquí una norma general, ni sienta las bases de ella. Su decisión posee efectos *inter partes*.

Si se acepta que la inconstitucionalidad por omisión es cuestión justiciable, y que la vigencia efectiva de los derechos constitucionales de los habitantes no puede quedar a merced de la voluntad discrecional de, por ejemplo, el Poder Legislativo, para instrumentarlos o no, la alternativa que comentamos tampoco colisiona con el principio de división de poderes. El juez está solamente reparando los efectos dañosos causados a una persona, por la inacción del órgano moroso, si es que efectivamente hay mora.<sup>11</sup>

Es verdad que en un sistema difuso de control de constitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión puede conducir a criterios judiciales disímiles acerca de cómo llenar el vacío lagunoso provocado por la ley faltante, y que eso, indirectamente, lesionaría el principio de igualdad.<sup>12</sup> Sin embargo, tal circunstancia es uno de los riesgos propios del sistema desconcentrado de control de

<sup>11</sup> Algunas veces la Constitución fija un plazo para la sanción de determinadas leyes, como es el caso de la constitución de la Provincia de Río Negro, en Argentina, por ejemplo. Obviamente, si ese término no está cumplido, no hay mora. Si no hay plazo, todo deriva del principio de razonabilidad en la meritación de ese término. En el caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1969, mencionado *supra*, párrafo 2 *in fine*, el tribunal entendió que el transcurso de veinte años sin haberse sancionado la ley faltante, y exigida por la Constitución, implicaba un supuesto de mora legislativa inexcusable. Ver Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales programáticas*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 72 y ss.

<sup>12</sup> Es cierto que mediante apelaciones, es factible en los países donde hay control difuso, arribar a una Corte Suprema o Tribunal Constitucional que unifique criterios en materia de control de constitucionalidad. Sin embargo, pueden quedar firmes en las instancias inferiores, si no se apelan, fallos contradictorios sobre el mismo tema.

constitucionalidad, y no solamente para el problema de la inconstitucionalidad por omisión, sino para el control de constitucionalidad en general.

#### **4.3 Caso del diseño de la norma faltante**

El tercer grupo de recetas constitucionales, tal como se ha dado en el Derecho comparado, es más audaz. En el sistema venezolano, la Sala Constitucional está autorizada a fijar un término para que el órgano renuente legisle, pero además, «de ser necesario», a enunciar *los lineamientos de su corrección*. En el nuevo texto de Ecuador, la Corte Constitucional «expedirá la norma» ausente (aunque «de acuerdo con la ley»), y en el Estado mexicano de Veracruz, llegado el caso, el Tribunal *dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto*. Por su parte, según la reforma constitucional sancionada para el Estado de Chiapas (México), por decreto publicado en el periódico oficial del 16 de mayo de 2007,<sup>13</sup> cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte al debido cumplimiento de la Constitución, el Tribunal Constitucional del Estado intimará al Congreso para que resuelva la omisión en un período de sesiones, y si no lo hace, cuando se trate de leyes cuya expedición está ordenada por la Constitución local o federal, el referido Tribunal Constitucional se pronuncia en torno a la omisión, emitiendo provisionalmente las disposiciones pertinentes, añadiéndose «que dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa» (art. 56, fracción III de la constitución del Estado).

En tales hipótesis, pues, la magistratura constitucional se puede introducir en el contenido de la norma ausente, aunque de muy distinta manera. En Venezuela, puede sentar lineamientos, expresión que capta –entre otros posibles ingredientes– directrices, dispositivos mínimos o criterios de normación. En Ecuador, según la nueva Constitución diseñada en 2008, como en Veracruz y en Chiapas, opera como una suerte de legislador suplente y precario, hasta tanto el órgano renuente en sancionar la norma faltante la dicte efectivamente. Esto puede denominarse, al menos, facultades cuasi-legislativas.

Con relación a la primera alternativa, cabe subrayar que en la versión inicial de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, el desempeño de la magistratura constitucional procura salvar los efectos dañosos de la mora, y su gestión, a esos fines, podría llegar a resolver una lesión, pero no a indicarle al

---

<sup>13</sup> Cfr. Laura Maribel Rangel Hernández: *Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México* (México D.F., 2008). Tesis para optar por el grado de Maestro en Derecho Procesal Constitucional. Universidad Panamericana, págs. 157/8, versión policopiada, a quien seguimos en esta descripción.

legislador cuál debería ser el contenido del precepto faltante. No obstante, algunas veces se han dado tácitamente directrices de cierto contenido.<sup>14</sup>

La solución del Estado de Veracruz, y actualmente la de Chiapas, es más terminante, al convertir al Tribunal Superior del Estado en un cuasi-legislador suplente (aunque precario). Aquí el conflicto con el principio de división de poderes es más tajante, ya que el tribunal debe sentar las bases a las que deben someterse las autoridades, mientras el legislador no actúe. Problemática similar se producirá en Ecuador, con la flamante constitución de 2008.

A favor de la solución adoptada por la Constitución de dicho Estado, puede decirse que ha hecho prevalecer fuertemente la vigencia y el rescate de los derechos dañados por la mora legiferante, incluso con el alto costo institucional que significaría cierto menoscabo del principio de división de los poderes; pero que tal perturbación en nada afecta irreparablemente, por ejemplo, al Poder Legislativo, ya que éste podría sancionar de inmediato a la norma que debió haber elaborado (si no le convence las «bases» adoptadas por la judicatura constitucional), con lo que quedaría *ipso iure* borrada la norma precaria elaborada por el Poder Judicial. En otras palabras, mal podría quejarse un legislativo de invasión de sus fueros por el Poder Judicial, si el mismo puede poner fin, cuando quiera, a las bases gestadas por la judicatura. Bueno es recordar, al respecto, que nadie puede alegar su propia torpeza.

En un orden paralelo de ideas, podría añadirse que la sociedad contemporánea demanda cada vez más soluciones económicas, igualitarias y seguras, de tal modo que en vez de buscar remedios *inter partes* para remediar la inconstitucionalidad por mora en la emisión de normas generales, con la consiguiente multiplicidad de procesos, es mucho más simple, útil e igualitario ensayar una solución judicial de tipo general, habilitando entonces al tribunal del caso a que esboce la regla ausente, aplicable a los demás casos que se presente, mientras que el legislador competente no lo haga.

Un tercer argumento a favor de la alternativa que comentamos, es que los tribunales constitucionales asumen cotidianamente funciones legislativas, no solamente como «legisladores negativos» (en los países donde derogan las leyes constitucionales), sino también papeles nomogenéticos activos, al crear institutos (piénsese en el control judicial de constitucionalidad, en Estados Unidos, o la acción de amparo, en el orden nacional argentino), y al emitir las «sentencias exhortativas», que muchas veces incluyen una nutrida serie de recaudos que deben cubrir las futuras normas que sancionen el Poder Legislativo, para que resulten conformes con la constitución.

Otro cuarto razonamiento alerta que el Poder Legislativo, no obstante su nombre, se ha *jibarizado* en buena medida, en parte por su propia inacción,

---

<sup>14</sup> En el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán que ya hemos comentado, dicho órgano interpretó casi literalmente una clara directriz constitucional relativa a la igualdad de hijos legítimos y naturales, de tal modo que una futura ley reglamentaria no podría haberse separado de tal exégesis. *Vid.* Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales programáticas*, cit., pp. cit.

mediante la concesión al Poder Ejecutivo de la facultad de emitir decretos de necesidad y urgencia, de contenido legislativo, o confiriéndole delegaciones legislativas (algunas veces ni siquiera el jefe de gobierno, sino a dependencias inferiores). En resumen, no cabría horrorizarse porque en determinados puntos el Poder Legislativo no legisle, o legisle poco, cosa que importa una significativa mutación en la doctrina clásica de los tres poderes. Desde esta perspectiva, que el Poder Judicial legisle de manera precaria y transitoria podría no constituir un sacrilegio político.

Aún así, la actitud del constituyente de depositar poderes cuasi-legislativos, bien que transitorios y bajo condición resolutoria, en la magistratura constitucional, tiene sus bemoles. El principal puede ser una confusión de roles, ya que los tribunales constitucionales no están programados ni potenciados técnicamente para hacer leyes, sino para juzgar su constitucionalidad, o en el mejor de los casos, por medio de las comentadas sentencias exhortativas, para indicarles a los órganos legiferantes qué requisitos debería satisfacer una futura ley para que resulte constitucional. Dictar una ley, o sentar las referidas bases, en efecto, no es tarea sencilla: requiere una capacitación específica, prudencia, cualidades políticas puntuales, asesoramiento especializado, un acopio informativo amplio, incluso para coordinar una nueva norma con las restantes preexistentes, etc.<sup>15</sup>

Con el mismo razonamiento, se anticipa que si hubo inconstitucionalidad por omisión legislativa, ello bien puede ser producto, más que del ocio, de lo dificultoso que ha sido encontrar consenso político para sancionar a la norma ausente, circunstancia que podría evidenciar un sensible grado de conflictividad en el problema. Y que la magistratura constitucional asuma después atribuciones para dirimir el contenido concreto de esas «normas difíciles» (por llamarlas de algún modo), vía inconstitucionalidad por omisión, tampoco resulta atractivo. Importaría, igualmente, transferir significativas responsabilidades políticas del Congreso al tribunal constitucional (o a quien haga sus veces), variable que no resulta aconsejable.

Otro argumento, vinculado al legitimismo democrático, diría que no es pertinente que órganos jurisdiccionales, sin origen comicial, asuman la atribución de dictar reglas que deberían sancionar los (al menos en el papel) representantes del pueblo, quienes tienen el deber constitucional de así hacerlo, y a quienes se paga para ello.

Además, si se plantearan varias demandas de inconstitucionalidad por omisión en la sanción de normas generales, la asunción de papeles cuasi-legislativos por un tribunal puede acarrearle un sensible incremento en su cuota de trabajo, muy probablemente en detrimento de las tareas judiciales propias para las que fue erigido. Paradójicamente, ello podría menguar la operatividad del tribunal como

---

<sup>15</sup> La tarea de legislar es tan compleja que justifica carreras de posgrado al respecto, como la maestría en elaboración de normas que se cursa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por ejemplo.

órgano de control de constitucionalidad, si las funciones cuasi-legisferantes fuesen excesivas y ocupasen gran parte de su tiempo disponible.

Como conclusión, cabe constatar que el problema es difícil, y que apreciado a la luz de las enseñanzas históricas de Montesquieu, o de Kelsen, tendría desde luego una evaluación negativa.

No obstante, si se acepta la existencia y validez de las sentencias exhortativas, la solución de la constitución venezolana, en tanto los «lineamientos» que eventualmente dictase la Sala Constitucional sean para cumplir con la Constitución y en la medida necesaria para ello, la respuesta podría ser positiva.

En cuanto al caso de los Estados mexicanos de Veracruz y Chiapas, o de Ecuador, difícilmente podría aconsejarse transportar a otras latitudes la solución recientemente adoptada. De todos modos, nada mejor que la experiencia para meditar sobre las bondades y defectos de la misma. El caso de un tribunal potencialmente cuasi-legislador puede ser apasionante para aquilatar tales resultados. El sistema federal tiene una ventaja particular: permite experimentar, a escala reducida, fórmulas discutibles cuyo resultado puede servir como provechoso dato para proyectarlo, o no, a nivel nacional.

## **5. RECAPITULACIÓN**

Los remedios contra la inconstitucionalidad por omisión han surgido muchas veces a borbotones, en parte de la experiencia de los tribunales (Derecho consuetudinario constitucional) y parte del Derecho constitucional formal.

Esas respuestas no son similares ni responden a un plan preconcebido. No es de extrañar, pues, que no guarden coherencia entre sí. Algunas fueron recetas muy tímidas, con limitaciones explicables porque se franqueaba –con muchas dudas y cierto explicable temor– la muralla de las cuestiones políticas no justiciables en uno de sus tramos más sólidos: la discrecionalidad del Poder Legislativo para reglamentar la Constitución. Pero hoy hay recetas audaces, que asignan a la magistratura constitucional papeles nomogenéticos, cuasi-legislativos.

Actualmente es un buen momento para repensar el camino transitado, señalarlo debidamente, marcar los topes de la velocidad con que se lo puede recorrer, y avizorar sus metas finales.