



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

Víctor Bazán (Argentina)*

En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisivas

RESUMEN

El Estado contemporáneo es Estado constitucional, en cuyo marco la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico, junto con los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la Constitución, en aquellos sistemas jurídicos que así lo hayan determinado. En línea convergente, la Constitución ostenta fuerza normativa al igual que dichos documentos internacionales, lo que supone la obligación de garantizar su indemnidad frente a ataques por acción o por omisión. Uniendo ambos eslabones, la posibilidad de ejercer control sobre las omisiones inconstitucionales y/o inconvencionales queda debidamente fundamentada y legitimada desde que la vigencia sociológica de la Constitución y del plexo de acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales con jerarquía equivalente es presupuesto de intangibilidad de dichos caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, inconstitucionalidad por omisión, justicia constitucional, protección de los derechos fundamentales, derecho comparado, jurisprudencia comentada, América Latina.

ZUSAMMENFASSUNG

Der heutige Staat ist ein Verfassungsstaat; im Zentrum seines Rechtssystems stehen die Verfassung sowie die grundlegenden Dokumente auf dem Gebiet der Menschenrechte, die in den Ländern, deren Rechtssysteme die Voraussetzungen dafür geschaffen haben, Verfassungsrang genießen. Folgerichtig besitzt die Verfassung ebenso normative Kraft wie die genannten internationalen Dokumente, womit die Verpflichtung zu ihrem Schutz gegen Angriffe aufgrund von Handlungen oder Unterlassungen verbunden ist. Aus der Verbindung beider Glieder ergibt sich eine hinreichende Begründung und Legitimierung für die

* Profesor titular efectivo de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y director de la sección Derechos Humanos de dicha Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. <vicba2002ar@yahoo.com.ar>

Möglichkeit zur Kontrolle von verfassungs- und/oder vertragswidrigen Unterlassungen, zumal die soziologische Gültigkeit der Verfassung und des Geflechts internationaler Grundrechtsabkommen mit vergleichbarem Rang auf der Annahme der Unantastbarkeit der genannten Hauptsäulen von rechtlichem Vorrang und Normativität beruht.

Schlagwörter: Neokonstitutionalismus, Normenkontrolle, Kontrolle der Vertragskonformität, Verfassungswidrigkeit aus Unterlassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechtsschutz, vergleichendes Recht, kommentierte Rechtsprechung, Lateinamerika.

ABSTRACT

Contemporary states are constitutional states, in which the constitution provides the central framework of the legal system. In states which so provide, the primacy of the constitution is shared with basic international instruments regarding human rights, deemed to have equal force as the constitution in those legal systems which have so provided. Like these international instruments, constitutions also have regulatory force, including the obligation of maintaining their effectiveness when attacked either by act or omission. Thus, the possibility to control unconstitutional omissions violating international conventions is grounded and legitimized in the linkage of the sociological foundations of the constitution and the complex network of international agreements on fundamental rights. This concept presupposes the intangible essential characteristics of supremacy and legislation with equal hierarchy.

Keywords: neoconstitutionalism, constitutionality control, conventionality control, unconstitutionality by omission, constitutional justice, fundamental rights protection, comparative law, annotated jurisprudence, Latin America.

1. Preliminar

En el presente aporte subyace el propósito de insistir en la necesidad de dinamizar mecanismos jurisdiccionales que, sin soslayar ni violentar la autoridad democrática del legislador, aseguren la densidad normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ella, preserven su contenido axiológico y resguarden su supremacía, la que puede ser jaqueada no solo por *acción*, sino también por *inercia u omisión*.

Presentado en breves trazos, el recorrido comenzará con la identificación de los rasgos básicos de la inconstitucionalidad por omisión, contextuándola y argumentando por qué consideramos que el control a su respecto es legítimo y necesario como herramienta para proteger y asegurar la primacía y la normatividad de la Ley Fundamental. Asimismo, y para avanzar en la delineación de los perfiles del problema, enfocaremos panorámicamente la tipología de omisiones factibles de ser fiscalizadas en tanto contrarias a aquella.

Seguidamente, exploraremos diversos antecedentes que registra el derecho comparado sobre el instituto que concita nuestra atención, tanto en Europa como en Latinoamérica, desde las vertientes constitucional, subconstitucional y jurisprudencial.

Luego nos centraremos en un elemento analítico que no debe ser marginado y que gira en torno a la insuficiencia del modelo kelseniano de *legislador negativo*, vis-à-vis la creciente complejidad de las actividades y operaciones que los tribunales constitucionales u otros órganos de cierre de la jurisdicción constitucional deben afrontar, la diversificación de los desafíos que sobre ellos se posan y la necesidad de generar técnicas sentenciales *intermedias* o *atípicas*, que por ende escapan del encorsetamiento de la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad (respectivamente, pronunciamientos desestimatorios o estimatorios), entre las que se contabilizan algunas variantes para detectar y salvar las omisiones inconstitucionales.

Nos aproximaremos a continuación a la retroalimentación de los controles de constitucionalidad e inconvencionalidad, dada la creciente y trascendente conexión del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, para verificar la sustentabilidad jurídica del ejercicio del control respecto de la inconvencionalidad omisiva.

Por último, cerraremos este intento propositivo con ciertas reflexiones de recapitulación en torno a la sustentabilidad que en el Estado constitucional de derecho¹ adquieren las herramientas enderezadas a superar las pretericiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente, en orden a salvaguardar su supremacía, su vinculatoriedad para el conjunto de los poderes constituidos y viabilizar la exigibilidad de los derechos y garantías que ellos deparan, aun ante su falta de desarrollo legal o la insuficiente o deficitaria reglamentación a su respecto.

2. Perfiles de la inconstitucionalidad por omisión

2.1. Acercamiento contextual

Estrechamente asociado al Estado constitucional, el neoconstitucionalismo (fenómeno polisémico² que lleva a preguntarse si existen uno o varios neoconstitucionalismos), entre otras cosas, ha modificado el marco teórico del derecho constitucional, dando lugar al surgimiento de una nueva dogmática constitucional.

Como *mutatis mutandi* se afirmara, el *constitucionalismo* actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no solo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las

¹ Sobre el tema, puede consultarse la monografía de Víctor Bazán: “Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales”, en *Cuadernos Democráticos*, n.º 1. Quito: Fundación Konrad Adenauer Ecuador, 2009.

² Véase para ampliar Víctor Bazán: “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, en *Derecho del Estado*, n.º 20, Bogotá: Universidad del Externado, 2007, pp. 121-144.

reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador.³ Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la *democracia*, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades.⁴

Justamente, uno de los episodios que toman cuerpo en la zona tensional entre el constitucionalismo y la democracia es el relativo al control de constitucionalidad en torno a las omisiones anticonstitucionales.

En presentación primaria y hasta rudimentaria del problema, y tomando como premisa liminar que ni democracia ni constitucionalismo son conceptos unívocos, acudimos a Elster, para quien la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio *una persona, un voto*.⁵ A su turno, el vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias⁶ y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial.⁷ Así, y en términos generales, puede relacionarse a la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo; aquella encarna la participación popular, este, las restricciones constitucionales.⁸

En el escenario friccional constitucionalismo-democracia o judicatura-parlamento, Prieto Sanchís entiende que la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representa un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, peligro que juzga “inevitable” si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo), el que, como modelo de organización jurídico-política, pretende representar un perfeccionamiento del Estado de derecho, y si un postulado de este es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador.⁹

De allí que, para dicho autor, con el nombre de *neoconstitucionalismo* o *constitucionalismo contemporáneo* se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de derecho como al tipo de teoría del derecho requerido para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para mentar la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho.¹⁰

³ Seguimos aquí la explicación que se formula en la “Presentación” de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho, bajo la dirección de Luis Prieto Sanchís. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

⁴ Ídem.

⁵ Jon Elster: “Introducción”, en Rune Slagstad et al.: *Constitucionalismo y democracia*, México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33.

⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Luis Prieto Sanchís: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003, p. 157.

¹⁰ Cf. Luis Prieto Sanchís: voz “Neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (coord.): *Diccionario de derecho constitucional*. México: Porrúa y UNAM (Instituto de Investigaciones), 2002, p. 420.

Una síntesis del alcance del neoconstitucionalismo viene propuesta por Sastre Ariza,¹¹ quien se refiere a él expresando que se trata de un nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de derecho, cuya peculiaridad está dada por las características o funciones de algunas constituciones que aparecen en la segunda posguerra mundial y que se contraponen a las del constitucionalismo antiguo o decimonónico, lo que —en la visión de Fioravanti— supone que aquellas constituciones “representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”.¹²

2.2. Base de legitimación del control de constitucionalidad sobre las pretericiones inconstitucionales

Desplegados los citados insumos contextuales, puede afirmarse que ha existido una profunda transformación en el sistema de relaciones entre judicatura y Parlamento, que “ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios”.¹³

Así, el Estado contemporáneo es Estado constitucional, en cuyo marco la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico (junto con los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a ella en aquellos sistemas jurídicos que así lo hayan determinado¹⁴) y ostenta fuerza normativa, lo que supone la imperiosa obligación de garantizar

¹¹ Santiago Sastre Ariza: “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed): *Neoconstitucionalismo(s)*, o. cit., p. 239.

¹² Maurizio Fioravanti: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2001 (2009), p. 163; mencionado por Sastre Ariza, o. cit.

¹³ Luis Prieto Sanchís: *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 121.

¹⁴ Por citar un ejemplo, el artículo 75.22, § 2 de la Constitución argentina —de acuerdo con la reforma de 1994— elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado *jerarquía constitucional*: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido ex post, *con alcurnia homóloga a la Ley Fundamental*, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley 24820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la ley 25778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

Sobre el tema en el contexto argentino, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en: “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, n.º 2, 2007. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 137-183; y en torno al derecho comparado véase, por ejemplo, del mismo autor, “Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica”, en Ricardo Velásquez Ramírez y Humberto Bobadilla Reyes (coords.): *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*,

la *indemnidad de la Constitución*, sea que los ataques en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

Con todo, y para comprender las raíces y los perfiles de la presente indagación, no son insignificantes las palabras de Zagrebelsky, para quien si bien existen en su origen “relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: *Judicial Review* o justicia constitucional; tradiciones de *Common* o *Civil Law*; control abstracto o concreto, preventivo o subsecuente; tutela de los derechos constitucionales o control de las leyes, etcétera, el *Estado de derecho* no siempre es la misma cosa en cuanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. La noción de *Estado constitucional*, por consiguiente, no coincide en todas partes. La misma Constitución no es una norma suprema en la misma medida, en donde cambian las relaciones entre Cortes y poderes legislativos. Son diferencias relevantes. Pero justo por eso se destacan las tendencias comunes que se hallan en el ‘juzgar en derecho constitucional’. El Estado constitucional, que deriva de las diversas nociones de Estado de derecho, parece convertirse en una perspectiva común”¹⁵

Por su parte, De Otto explica que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificando que la infracción de lo dispuesto en ella es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de esta serán constitucionales solo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*.¹⁶ Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema¹⁷ (énfasis del original).

Inmerso en esta lógica, y con adscripción al Estado constitucional de derecho, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad ejercitable sobre las omisiones que resultan lesivas de la Ley Fundamental, en tanto la vigencia sociológica de esta es presupuesto de la intangibilidad de los mencionados caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

2.3. Sobre algunas variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales

La activación del contralor sobre las omisiones inconstitucionales persigue entre otros objetivos recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría

VII Convención Latinoamericana de Derecho, Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007, Lima: Grijley, 2007, pp. 269-307.

¹⁵ Cf. Gustavo Zagrebelsky: “El juez constitucional en el siglo XXI”, trad. de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, texto escrito de la conferencia pronunciada en el I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Suprema Corte de Justicia de México e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Cancún, 14 al 17 de mayo de 2008 (cursivas del original).

¹⁶ Ignacio De Otto: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 5.^a reimp., 1997, pp. 17-18.

¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

quedado momentáneamente marginada por la agresión negativa del órgano omitente.¹⁸ En dirección convergente, debe recordarse que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.¹⁹

Al respecto, es siempre conveniente reenviar a Wessel²⁰ cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. En una simplificación taxonómica extrema (pues profundizar en otras variantes tipológicas de preterición excedería el objeto del presente trabajo), nos limitamos a señalar que ellas pueden ser: *absolutas o totales*, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y *relativas o parciales*, cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de igualdad (con su presupuesto de no discriminación) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente. En otras palabras, incurre en lo que la doctrina alemana denomina una *exclusión arbitraria de beneficio* contraria a la Constitución.

Avanzando en esa línea argumental, con un punto de toque con la problemática que analizamos, puede incluso plantearse la cuestión vinculada al defecto de *pronóstico* o de *prognosis* del legislador, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habrían sufrido desgaste o desfase, devenido anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas. Ello da lugar al interrogante de si la omisión del legislador en actualizarlas es idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional.

Con todo, es indispensable al menos bosquejar el perímetro y la superficie con que cuenta la magistratura jurisdiccional para analizar el cuadro de situación que le permita descubrir la presencia de pretericiones inconstitucionales y generar los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una *trivialización* de las declaraciones de inconstitucionalidad al ritmo de la insensatez o el apresuramiento.

En esta dinámica reflexiva con que debe actuar el juez para descifrar si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión, no debería prescindirse de un balance cuidadoso y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado

¹⁸ Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en general, pueden consultarse —entre otros— los siguientes trabajos de Víctor Bazán: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en Víctor Bazán (coord.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, pp. 171-269, y “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en Víctor Bazán (coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá: Temis, 1997, pp. 41-108.

¹⁹ Ignacio Villaverde Menéndez: *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 3.

²⁰ Wessel: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión provoca; lapso por el que viene manteniéndose la pasividad del órgano deferente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; y, entre otros aspectos, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

Semejante ejercicio jurisdiccional supone naturalmente tener siempre presente la obligación de generar una solución equilibrada que ni signifique una temeraria invasión de sectores de atribuciones propios de otros poderes estatales, ni obture la actuación judicial si el órgano competente mediatiza arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de los mandatos constitucionales o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluye injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad o equivalencia de circunstancias.

3. Relevamiento iuscomparado de algunos antecedentes normativos y jurisprudenciales para corregir las omisiones inconstitucionales

Efectuaremos aquí, simplemente, una reseña del catálogo de soluciones que ofrece el derecho comparado para la corrección de las omisiones inconstitucionales (y en algún caso inconvencionales) por vía de las normativas constitucionales y legales o del empleo de la creatividad jurisprudencial.

De una rápida lectura en perspectiva iuscomparada se percibe que tanto en los dispositivos constitucionales nacionales o estatales (estos últimos en los sistemas de estructura federal) o infraconstitucionales como en la doctrina judicial existen diversos emprendimientos (con variantes y mayor o menor grado de funcionamiento eficaz en la práctica) para afrontar la pasividad inconstitucional de las autoridades competentes, y que resultan dignos de ser colacionados.

Pasemos entonces, sin más preludios, a formular una referencia enunciativa.²¹

3.1. En los textos constitucionales nacionales

Al respecto, es digno de destacar que el primer antecedente normativo-constitucional expreso se configuró en la antigua *Yugoslavia*, que disciplinaba un supuesto en tal sentido en el artículo 377 de la Constitución de 27 de febrero de 1974 de la denominada (y hoy desaparecida) República Socialista Federativa de Yugoslavia.

²¹ Véase para ampliar Víctor Bazán: “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en Miguel Carbonell (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2.ª ed. México: UNAM (IIJ), 2007, pp. 75-270.

A su tiempo, y ya entre las cartas políticas vigentes, podemos ejemplificativamente relevar los siguientes casos:

3.1.1. En Europa, los de *Portugal*, de acuerdo con el artículo 283 constitucional y el artículo 68 de la Ley del Tribunal Constitucional; y *Hungría*, en función del artículo 32.A.3. de la Constitución, de 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, verbigracia, leyes XXXI/1989 y XL/1990; ley XX-XII/1989, de 19 de octubre, reformada por ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre.²²

3.1.2. En Latinoamérica, los supuestos de *Brasil*, en los términos del artículo 103, § 2, de la Constitución Federal de 1988, que incluyó el control sobre la inconstitucionalidad omisiva en la órbita competencial del Supremo Tribunal Federal; *Venezuela*,²³ por imperio del artículo 336, numeral 7, de la Constitución de 1999/2000, emplazando la referida atribución fiscalizatoria en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia;²⁴ y *Ecuador*, en cuya actual Constitución —aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008— se incluye en el cuadro de competencias de la Corte Constitucional (que reemplaza al Tribunal Constitucional) la atribución de “[d]eclarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en 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”²⁵

3.1.3. Por último, y siempre dentro de la línea referencial enunciativa, es posible citar los ejemplos de *Angola* y *Timor*, en África y Asia respectivamente.

3.2. Por vía legislativa

3.2.1. Puede rememorarse el caso de *Costa Rica*, que por medio de la reforma constitucional 7128, de 18 de agosto de 1989 (*Gaceta* n.º 166, del 1 de setiembre de 1989), creó la jurisdicción constitucional, incluyendo en el artículo 10 de la Constitución que “corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público”. Asimismo, se reformaron los

²² Véase al respecto José Julio Fernández Rodríguez: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 160.

²³ Sobre el tema, cf. Víctor Bazán: “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, t. I, 2006, pp. 475-506.

²⁴ Debe recordarse que, en el texto constitucional publicado primigeniamente el 30 de diciembre de 1999, dicho segmento de la norma comenzaba diciendo: “Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional...”, aunque posteriormente la versión incluida en la *Gaceta Oficial* del 24 de marzo de 2000 (se trata de una reimpresión, con correcciones, del texto original, publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 5453, extraordinario, del 24 de marzo de 2000), apareció ya con la lógica corrección en cuanto a que la competencia de la Sala Constitucional en el numeral 7 del artículo 336 consiste en: “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo...” (cursiva agregada en ambos casos).

²⁵ Artículo 436.10. Cursivas añadidas.

artículos constitucionales 48, 105 y 128. El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (jurisdicción constitucional) fue desarrollado por la ley 7135 (de 11 de octubre de 1989), por imperio de cuyo artículo 4 se dispone —en cuanto a lo que aquí interesa— que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política”. Específicamente, el artículo 73 de la mencionada ley determina los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo en los apartados *a*, *b* y *f* especificaciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales.

Más allá del plano normativo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense paulatinamente fue abriéndose a la posibilidad de analizar diversos planteos referidos a hipótesis de inconstitucionalidad por omisión, como la que citaremos en los dos párrafos siguientes, aunque —como todo debe decirse— según algunos especialistas de ese país luego de su dictado, que se produjo a mediados de 2005, ha comenzado a replegarse, tal como darían cuenta los fallos 2005-10382, 2005-14522, 2006-3238, 2006-12017, 2007-15831, 2007-011158 y 2008-1739.

Sea como fuera, la sentencia *aperturista* que anunciábamos en el párrafo anterior (resolución 2005-05649) fue emitida en el expediente 04-008653-0007-CO el 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano. En ella, superando una visión negatoria anterior reacia a controlar las *omisiones legislativas* (pues circunscribía el contralor a las pretericiones de la Administración Pública), en el caso individualizado declaró inconstitucional *la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa* en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política, entre otros, a los artículos 105 y 123 mediante ley 8281 de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de esta —el cual venció el 20 de junio de 2003—, las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley.

Además, y luego de declarar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que dictara las referidas leyes. En resumen, y con motivo de este fallo, finalmente la Asamblea Legislativa sancionó la ley 8492, de 9 de marzo de 2006, reglamentaria de aquellos institutos de participación ciudadana.

3.2.2. Aunque por vía mediata, también puede incluirse al caso de *España* en este sector de la nómina.

Es que por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional implementada por la ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener ahora por objeto también *las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas*.

Según se ha advertido, “[e]l hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial no excluye

la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso, supuesto en el que ha de elevarse al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión sobre la constitucionalidad de dicha ley, que será enjuiciada en Sentencia antes de la resolución del proceso de amparo (artículo 55.2 LOTC);²⁶ por lo que consecuentemente cabe por esta vía el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que hubiesen dado lugar a omisiones administrativas o judiciales lesivas de derechos fundamentales.²⁷

3.3. Por medio de las constituciones estatales en países de estructura federal

Pueden citarse los casos de *Brasil*, donde existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las constituciones de algunos de sus estados, verbigracia, Rio Grande do Sul (artículo 95.XII.d), Rio de Janeiro (artículo 162, § 2), São Paulo (artículos 74.VI y 90, § 4) y Santa Catarina (artículo 85, § 3); *México*, donde se advierten ciertos antecedentes en las constituciones de los estados de Veracruz (artículos 64.III y 65.III), Tlaxcala (artículo 81.VI), Chiapas (artículo 56.III), Quintana Roo (artículo 105.III) y Coahuila (artículo 158.II.f, aunque no como proceso autónomo sino como una de las hipótesis de la acción de inconstitucionalidad, cuyo radio de acción fue extendido por medio de la reforma constitucional de 2005 incluyendo el control sobre “la omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria”); y *Argentina*, donde la figura es receptada explícitamente por la constitución de la provincia de Río Negro (en el artículo 207.2.d), emplazándose en la esfera competencial del Superior Tribunal de Justicia local.

3.4. Su instrumentación jurisprudencial

3.4.1. Europa

Es dable contabilizar los casos de *Alemania, Austria, España e Italia*, en los que, si bien no existen preceptos específicos en las respectivas leyes fundamentales, ha sido importante el despliegue de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas *relativas o parciales*.

Por ejemplo, y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar la utilización de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional —por ejemplo, las “sentencias interpretativas” y, dentro de estas, las “manipulativas”

²⁶ Cursivas añadidas.

²⁷ Cf. “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, ponencia del Tribunal Constitucional de España en la XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna, mayo de 2008, <www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc>.

y, más específicamente, las “aditivas”— y de *remedios bilaterales*, que generan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador —por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las “sentencias de apelación”, etcétera—,²⁸ tema que retomaremos.

3.4.2. Latinoamérica

Entre otros supuestos, también merecen atención los siguientes ejemplos en el contexto latinoamericano:

3.4.2.1. Argentina

El instituto no resulta desconocido por la Corte Suprema de Justicia nacional. Así, y por citar algunos casos recientes, relevaremos brevemente las causas *Badaro*, *Adolfo Valentín c. Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios*,²⁹ sentencias I³⁰ y II,³¹ respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007, y *Halabi, Ernesto c. P.E.N. - ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986*,³² de 24 de febrero de 2009.

Concretamente, en *Badaro I*³³ detectó la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna; se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión;³⁴ *difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.*

A su turno, en *Badaro II*,³⁵ al haber transcurrido un espacio de tiempo prudencial (un poco más de quince meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el

²⁸ Cf. Francisco J. Díaz Revorio: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 61, enero-abril 2001, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-86.

²⁹ Causa B.675.XLI.

³⁰ Fallos, 329:3089.

³¹ Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota 27, emitido más de quince meses después de *Badaro I*.

³² Causa H.270.XLII.

³³ Omisión que se centraba principalmente en el artículo 14 *bis*, concretamente en la parte referida al derecho a las “jubilaciones y pensiones móviles”.

³⁴ Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

³⁵ Luego del fallo *Badaro I* el Congreso sancionó la ley 26198 (B. O. de 10 de enero de 2007), aprobatoria del presupuesto 2007, que reconoció un aumento general del 13% con vigencia desde el 1 de enero de 2007, convalidó los aumentos de los haberes inferiores a \$ 1.000 implementados por distintos decretos de necesidad y urgencia y facultó al Ejecutivo para conceder incrementos adicionales, lo cual se concretó por medio del decreto 1346/2007 (B. O. de 5 de octubre de 2007), que estableció un aumento general del 12,5% a partir del 1 de septiembre de 2007.

Del breve repaso anterior se observa claramente que, en definitiva, ninguna de las medidas descritas previó la razonable movilidad de los beneficios jubilatorios en el período reclamado por el demandante: 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2006; con lo cual quedaba incumplido lo resuelto en *Badaro I*.

punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante),³⁶ y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar la *omisión legislativa* que la Corte había advertido y el daño derivado de ella”,³⁷ por unanimidad de votantes declaró la inconstitucionalidad del artículo 7.2, de la ley 24463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los \$ 1.000) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dictando una resolución que —*ante la omisión legislativa*— supuso la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de *contenido aditivo*.

A su tiempo, en *Halabi*³⁸ —por mayoría—, *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el cuerpo legisferante, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso.

Para llegar a tal conclusión, y entre otros eslabones argumentales, entendió que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, así como de los derechos de sujetos discriminados.

En ese sentido, y si bien reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, consideró razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Manifestó al respecto que “no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos”.³⁹

Luego agregó que, “frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida

³⁶ Cursivas añadidas.

³⁷ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

³⁸ Considerando 12 de la mayoría.

³⁹ *Ibidem*, cursivas añadidas.

disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”.⁴⁰

En línea con lo que anticipábamos, paralelamente a detectar la “mora” del legislador y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, formuló algunas precisiones a los efectos de que, ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la “acción colectiva” que delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar.⁴¹

Por tal razón, entendió que “la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos”.⁴²

3.4.2.2. Bolivia

Se verificó asimismo algún movimiento incipiente para afrontar la inconstitucionalidad por omisión en su Tribunal Constitucional (órgano que ya ha dejado de operar).⁴³ Nos referimos al formato institucional anterior al diseñado por la nueva Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009, que abroga la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas, y diseña normativamente un Tribunal Constitucional Plurinacional que, tememos, no comenzará a funcionar en breve, sino dentro de un prolongado lapso.

Aquel tribunal emitió en la materia que abordamos, por ejemplo, la declaración constitucional 06/2000 y las sentencias constitucionales 0009/2004 y 0018/2004, efectuando algunas aproximaciones sobre las omisiones inconstitucionales.

⁴⁰ Considerando 20 de la mayoría.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Según la página web del Tribunal Constitucional existen 4831 expedientes paralizados “por ausencia de magistrados”, lo que lleva a una cantidad de 30.947 personas afectadas (<www.tribunalconstitucional.gov.bo>, 11.9.2009).

⁴³ César Astudillo Reyes: “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa”, en Víctor Bazán (coord.): *Derecho procesal constitucional americano y europeo* (2 t.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, en prensa.

3.4.2.3. Colombia

La experiencia colombiana marca que su Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las “omisiones legislativas” y ha acudido a resoluciones “atípicas”, por ejemplo, en las sentencias C-073/96, C-543/96, C-540/97, C-080/99, C-956/99, C-427/00, C-1433/00, C-007/01, C-1064/01, C-041/02, C-185/02, C-871/02, C-402/03, C-858/06.

3.4.2.4. México

Como resalta Astudillo Reyes,⁴⁴ a finales de 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó doctrina con relación al concepto y la tipología de las omisiones legislativas; así, las controversias constitucionales 46/2002, de 10 de marzo de 2005, y 14/2005, de 3 de octubre de 2005, dieron lugar a tres tesis jurisprudenciales sumamente relevantes: 9, 10 y 11 de 2006,⁴⁵ que establecieron las modalidades tipológicas de las omisiones del legislador.

Colateralmente, y en torno a la viabilidad del control sobre las omisiones por medio de las controversias constitucionales reguladas en la fracción I del artículo 105 constitucional, Cossío Díaz razona que, en punto a la *materia* sobre la que pueden versar aquellas, la Constitución se refiere a *disposiciones generales y actos*, lo que abre amplias posibilidades de impugnación, a tal grado que prácticamente puede comprenderse cualquier tipo de norma jurídica o, incluso, que bajo la segunda acepción se lleguen a comprender las actuaciones u *omisiones* de las autoridades correspondientes.^{46 47}

3.4.2.5. Nicaragua

Algún vestigio embrionario al respecto dejó la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, al dictar la sentencia 90, el 22 de abril de 1999, en expediente 1375, recurrente: Dr. Julio Centeno Gómez, recurrido: Dr. Iván Escobar Fornos.

En tal pronunciamiento hizo lugar al amparo por omisión articulado en virtud de haberse constatado que la Asamblea Nacional de la República no había cumplido con las normas constitucionales establecidas en los artículos 113; 138, num. 6; y 150, num. 5; en punto a la obligación constitucional de “conocer, discutir y aprobar el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República para su aprobación”.

Ordenó volver las cosas al estado que tenían antes de la violación constitucional por omisión, superando el estado de violación constitucional por la falta de aprobación del Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, y señaló además que era obligación de la Asamblea Nacional cumplir con su atribución constitucional de conocer, discutir y aprobar el Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, a efecto de que no persistiera el estado de violación constitucional entonces existente.

⁴⁴ Tituladas respectivamente “Principio de división funcional de poderes. Sus características”; “Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes” y “Omisiones legislativas. sus tipos”; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9.^a época, Pleno, t. XXIII, febrero de 2006, pp. 1533, 1528 y 1527 respectivamente.

⁴⁵ Cf. *SJF*, 9.^a época, t. X, agosto de 1999, p. 568.

⁴⁶ Fundamento 39, cursivas añadidas.

⁴⁷ Fundamento 49, cursivas añadidas.

3.4.2.6. Perú

Vale también colacionar la praxis de su Tribunal Constitucional, que, entre otros casos, muestra que su Sala Primera afrontó el problema en el expediente 2945-2003-AA/TC, *in re* “A.A.M.G.”, hipótesis en la que se ventilaba una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de paciente con VIH/sida, es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral; ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera. Tal amparo fue acogido solo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al Tribunal Constitucional por vía de recurso extraordinario.

En concreto, es interesante la argumentación que este tribunal elabora analizando los derechos económicos y sociales en general y en particular el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida, para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era “necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, *esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión*”.⁴⁸

Convergentemente, añadió:

[...] los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de

⁴⁸ Concretamente, decidió: “Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; Segundo: Determinar: a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas. [...]”.

medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, *de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.*⁴⁹

3.4.2.7. República Dominicana

Es interesante resaltar la actividad plasmada por su Suprema Corte de Justicia, básicamente en el pronunciamiento de 24 de febrero de 1999 en la causa iniciada por Productos Avon S. A., donde operativizó la figura del amparo a partir no ya de una norma local sino de una de fuente internacional; concretamente, el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reivindicando su potestad de determinar el procedimiento adecuado al amparo cuando este no se ha establecido “por omisión del legislador”⁵⁰ y con sustento en el artículo 29.2 de su Ley de Organización Judicial, n.º 821.

No es irrazonable pensar que la presente fue una hipótesis *premonitoria e intuitiva* de control sobre la *inconvencionalidad por omisión*, esto es, de la violación (por pasividad) del artículo 25.1 de la CADH.

Posteriormente, y a partir del efecto “inductor” de la sentencia, se dictó una normativa específica sobre el “recurso de amparo”, concretamente la ley 437/06,⁵¹ cuyo artículo 1 establece que la acción de amparo será admisible contra todo *acto u omisión* de una autoridad pública, o de cualquier particular, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución.

⁴⁹ *Gaceta Oficial*, n.º 10.396, de 30 de noviembre de 2006. Precisamente, en uno de los “vistos” de la ley se alude a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 24 de febrero de 1999 (mencionada en el texto), que reglamentó el recurso de amparo.

⁵⁰ Concretamente, decidió: “Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; Segundo: Determinar: a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas. [...]”

⁵¹ *Gaceta Oficial*, n.º 10.396, de 30 de noviembre de 2006. Precisamente, en uno de los “vistos” de la ley se alude a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 24 de febrero de 1999 (mencionada en el texto), que reglamentó el recurso de amparo.

4. Un factor analítico adicional para sustentar argumentalmente la viabilidad del control en torno a las inconstitucionalidades omisivas

Luego del recorrido de derecho comparado que acometiéramos, corresponde ahora indicar que, aunque en otro tiempo resultó muy provechoso el simplificado esquema que Kelsen inicialmente manejara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al tribunal constitucional como un mero legislador negativo cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se ha visto desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y los requerimientos del Estado constitucional de derecho.⁵²

Es posible constatar que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad resulta insuficiente para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que ante aquellos se presentan, lo que ha requerido la generación de posiciones jurisdiccionales activistas para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir.⁵³

En esa lógica, principalmente en Europa (como vimos, en los tribunales constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con irradiaciones hacia nuestro continente (verbigracia, en la Corte Constitucional de Colombia, los tribunales constitucionales de Perú y Bolivia, la Corte Suprema de Justicia argentina —que se encuentra en trance de reconfigurar su silueta institucional⁵⁴— y las salas constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), fue plasmándose la construcción jurisprudencial de “sentencias atípicas o intermedias” que reconocen una raíz primordialmente pragmática.

⁵² Cf. Ángel Garrorena Morales: “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 2, Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 1844-1845.

⁵³ Sobre el punto, véase Víctor Bazán, por ejemplo, en: “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires: LexisNexis, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33.

⁵⁴ Al respecto, consultar Víctor Bazán, por ejemplo, en: “Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 8, julio-diciembre de 2007, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Porrúa, pp. 89-112; “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, enero-junio de 2006, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Porrúa, pp. 257-287; “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 25-61.

En torno a estas variantes decisorias existen casi tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto, lo que demuestra la dificultad de lograr acuerdos absolutos en punto a su sistematización.

Sin embargo, justo es reconocer que pareciera existir algún consenso en cuanto a que la problemática de la *interpretación conforme a la Constitución* (*Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana) mucho tiene que ver con el nacimiento y la multiplicación de estos instrumentos sentenciales. Según Groppi, la idea se inscribe en el marco de la “‘minimización’ del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico [...]. Con las sentencias interpretativas el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución”.⁵⁵

Estando las “sentencias interpretativas” estrechamente vinculadas a la *interpretación conforme*, ellas parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la norma que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende de él. Ligada a tal faceta de la cuestión, una de las numerosas aproximaciones que se han ensayado sobre las sentencias interpretativas —en este caso la surgente de la pluma de Rubio Llorente— las entiende como aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él puede deducirse mediante los medios habituales de interpretación.⁵⁶

Ilustrativamente, y dentro de la categorización de las “interpretativas”, existen por ejemplo las sentencias “manipulativas”, que a su vez pueden ser “sustitutivas”, “reductoras” o “aditivas”. Siguiendo a Gascón, las primeras *sustituyen* una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deduce de él, pero que resulta acorde con la Constitución; las “reductoras” suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual, y luego de la tarea interpretativa, *la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*; y las “aditivas”, que implican la *aceptación de la inconstitucionalidad por omisión*, consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*.⁵⁷

⁵⁵ Tania Groppi: “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, t. I, o. cit., p. 355.

⁵⁶ Francisco Rubio Llorente: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2.ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 484.

⁵⁷ Cf. Marina Gascón: voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, o. cit., p. 318.

En el necesariamente restringido contexto de este muestreo enunciativo, y antes de pasar a las apreciaciones de cierre de este trabajo, no podríamos dejar de incluir a las sentencias que modulan sus efectos, y que en general suponen una interacción entre el tribunal o corte constitucionales con el Poder Legislativo y/o con la magistratura ordinaria; de allí que también se las denomine “sentencias bilaterales” o “multilaterales” si involucran a otro u otros órganos públicos además del Congreso o Parlamento. Entre ellas se puede incluir —como anticipábamos— las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad o de inconstitucionalidad simple; las sentencias apelatorias; las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”; el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador; las sentencias exhortativas y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”.⁵⁸

5. En torno a los controles de constitucionalidad y convencionalidad

No son simples datos anecdóticos el importante grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y la fuerza que cobran los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (por ejemplo, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión) y jurisprudencia (en el de la Corte) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales.

Conviene entonces mantener encendido el botón de alerta en torno a este asunto, ya que en la hora actual los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se multiplican, acentuándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor de la solidificación del sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia, evitando que este incurra en responsabilidad internacional por acción u omisión; tareas en cuyo despliegue la magistratura jurisdiccional (ordinaria y/o constitucional) asume un rol protagónico.

Por su parte, es preciso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que *retransmite* un claro mensaje a los magistrados internos de los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Se trata del caso *Almonacid Arellano*, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos:

⁵⁸ Díaz Revorio: o. cit., ídem.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁵⁹

El Tribunal Interamericano ha ido aún más allá, estableciendo que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. En efecto, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, puso de manifiesto:

[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...].⁶⁰

Entre otros argumentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad —que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional— puede explicarse —utilizando *mutatis mutandi* las palabras de Jimena Quesada:

[...] por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 154, § 124 (cursivas añadidas). También lo ha expresado, verbigracia, en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 162, § 173.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 158, § 128.

jurídicos se considera la “piedra de toque” del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal.⁶¹

En definitiva, la Corte IDH impone a los poderes judiciales de los estados la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que de él ha realizado el Tribunal Interamericano, que, como se sabe, es el intérprete último de aquel. Realza, así, la operatividad de la pauta de *interpretación conforme a la CADH* como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por los órganos jurisdiccionales vernáculos (incluso de oficio), dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Solo por traer a colación un ejemplo, en *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*,⁶² de 13 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia argentina —por mayoría—⁶³ aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el considerando 31 de la moción mayoritaria). Para conformar tal matriz argumental ha receptado expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el § 124 de la sentencia recaída en *Almonacid Arellano*, siendo al efecto particularmente relevante el considerando 21 de la posición triunfante de nuestro máximo tribunal en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que —añadimos por nuestra parte— significa discernir si una norma interna es o no “convencional”.

Como el Tribunal Interamericano dejó en claro en el caso *Boyce y otros*, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si esta también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH.⁶⁴

Enlazando tales cuestiones con lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH cuando claramente subraya el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno*, en el sentido de que si los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, *ibídem* (o sea, los reconocidos en la Convención), no estuvieran ya garantizados por disposiciones

⁶¹ Luis Jimena Quesada: “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 495-544. Para su afirmación, tal autor se apoya en Benedetto Conforti (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces”.

⁶² *Fallos*, 330:3248.

⁶³ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt, y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, n.º 169, § 78.

legislativas o de otro carácter, *los estados partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos*; no parece irrazonable pensar que el preceptivo control de convencionalidad a cargo de la jurisdicción deba llevarse adelante para enfrentar no solo acciones o normas lesivas de la CADH sino también a *omisiones estatales que resulten contrarias a esta*.

Y aquella obligación jurisdiccional de los jueces nacionales de aplicar el derecho internacional, marcada y subrayada por la Corte IDH, lejos está de ser una entelequia. Es realidad tangible para la magistratura jurisdiccional, en cuyo arsenal de insumos analíticos con que cuenta para dar vida a la argumentación de sus sentencias no puede estar ausente la letra de la CADH —ni las del resto de los instrumentos internacionales que conforman el *corpus juris* básico en materia de protección de los derechos humanos—;⁶⁵ como tampoco sería válido prescindir de la lectura que del texto y el espíritu de tal pacto ha realizado el nombrado Tribunal Interamericano.⁶⁶

En la dinámica de interrelación de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se conecta con el establecimiento por esta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional, además de la convergencia de razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Clara explicación de ello nos brinda García Ramírez, para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte IDH,

[...] no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a

⁶⁵ En esa línea, el doctor Sergio García Ramírez ha señalado en su voto razonado a la sentencia de la Corte IDH *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, cit., su criterio en punto a que al referirse al control de convencionalidad, si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (§ 2).

⁶⁶ Véase para ampliar Víctor Bazán, por ejemplo, en “Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria”, en *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 10 de agosto de 2009, pp. 39-52.

decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.⁶⁷

6. Reflexiones finales

1. El modelo jurídico-político representativo del Estado constitucional de derecho, nutre a las constituciones que, aparecidas fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden reparar la ruptura entre democracia y constitucionalismo.

Precisamente, la discusión acerca de las posibilidades de sustentación de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión configura un pliegue más de la tensión entre aquellos elementos: democracia-constitucionalismo.

Sobre el punto, no puede negarse la importante transformación que, respecto del esquema de relaciones entre Parlamento o Congreso y tribunal constitucional o judicatura, ha favorecido el advenimiento de una Constitución concebida como norma jurídica —por tanto, dotada de riqueza y potencia normativas—, impregnada de valores y principios, y presente en todos los espacios jurídicos y conflictos mínimamente significativos.

Tal como verifica Carrillo, en Europa (aunque con irradiaciones hacia el espacio latinoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Ley Fundamental: desde el punto de vista jurídico, porque no hay duda de que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquella ordena el sistema político y los tribunales constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los poderes del Estado.⁶⁸

Ello supone que, en palabras de Pérez Tremps, ha quedado superada la visión de la Constitución como norma meramente organizativa y, en cierto sentido, emplazada “en un parámetro casi metajurídico desde el punto de vista material”, siendo tal concepción sustituida por otra que entiende a la Ley Fundamental como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales, como en aquellos de naturaleza material y sustantiva.⁶⁹

2. Las relaciones tensionales entre el Parlamento o Congreso y el tribunal constitucional o el Poder Judicial (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos

⁶⁷ Cit. en nota 55, § 8.

⁶⁸ Marc Carrillo: “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.): *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, Madrid: UNAM (IIJ) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 1472.

⁶⁹ Pablo Pérez Tremps: “La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 2, abril-junio 2003, Madrid: Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, <www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppti.htm>.

sistemas de contralor de constitucionalidad) deben reconducirse en términos constructivos y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debe ser impulsada ni entendida en un plano confrontativo o de puja de poder, sino desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de clausura de la jurisdicción constitucional en punto a mantener inalterada la vigencia normativa suprema de la Constitución, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y la libertad de configuración política de este.

En este como en todos los ámbitos jurídicos relevantes, la labor de la judicatura (constitucional u ordinaria) al respecto deberá estar recorrida axiológicamente por la pauta de “razonabilidad”, cuya forma de ser percibida y concebida ha mudado, pasando —en palabras de Zagrebelsky— de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*.⁷⁰

Es todavía posible añadir, con Gómez Puente, que si bien el control de la inactividad legislativa entraña riesgos de injerencia del juzgador en las funciones político-normativas del legislador, tales riesgos son inherentes a la propia función jurisdiccional, a la actividad de control en sí misma, e independientes del objeto de ese control, y, además, están presentes tanto si se trata de controlar un acto como de hacerlo sobre una omisión legislativa.⁷¹

3. El examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Europa y Latinoamérica (estas corporizadas en la generación de modalidades sentenciales “atípicas” o “intermedias”) pone al descubierto el creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica, aun pretorianamente, diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales para aportar a favor de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia real de los derechos y la consolidación del Estado constitucional de derecho.

4. Las omisiones inconstitucionales no pueden quedar inatacadas solo porque el órgano legislativo inoperante no diseñe los dispositivos procedimentales idóneos para combatirlos, porque paradójicamente en tal hipótesis el remedio contra aquellas quedaría en manos de uno de los principales responsables de tal incumplimiento.

Además, no es difícil imaginar que la implementación de mecanismos de contralor por el cuerpo parlamentario, que lo tenga justamente como principal destinatario de semejante fiscalización, muy probablemente no despertará euforia o hiperactivismo entre sus filas. Por consiguiente, recaerá en la magistratura jurisdiccional la faena de trazar tales vías procesal-constitucionales si aquel dejara de realizarlo.

5. Nada se descubre al recordar que en la hora actual se multiplican los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, incrementándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes

⁷⁰ Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 3.^a ed., Madrid: Trotta, 1999, p. 147.

⁷¹ Marcos Gómez Puente: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 270.

mediante su retroalimentación y complementariedad a favor del fortalecimiento del sistema general de derechos, procurando que el Estado cumpla los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y evitar, así, incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión.

Y si las constituciones diagraman (al menos desde la letra) generosas cláusulas de apertura internacional; si la propia CADH destaca en su artículo 2 el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno* cuando el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, *ibidem*, no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; si el control de convencionalidad por la magistratura jurisdiccional (incluso *ex officio*) es una obligación que debe ser observada; no es irrazonable concluir que existe suficiente base legitimante para que el radio de cobertura de tal contralor de convencionalidad alcance también a las *omisiones estatales que resulten contrarias a la CADH* y a otros documentos internacionales que integran el *corpus juris* básico en la materia.

Respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de *respeto* por los derechos humanos como un deber de *garantía* de estos. Y ello queda inmerso en un escenario axiológico particular descrito claramente por la Corte IDH, que ha subrayado que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyo objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes*; por el contrario, cuando los estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros estados.⁷²

6. La Constitución es contenido normativo y axiológico con vocación de operatividad. Y aunque no pueda dejar de reconocerse que explorar la doctrina de la inconstitucionalidad y de la inconventionalidad por omisión significa incursionar en terrenos *inhóspitos* del control de constitucionalidad y de convencionalidad, ya que enlaza con arduos problemas como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales e internacionales* y toca puntos conflictivos al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse *invadidas* en espacios que consideran de su exclusiva discrecionalidad o *limitadas antidemocráticamente*, el esfuerzo en tal sentido vale la pena.

⁷² Cf. Corte IDH, OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, § 29, p. 44.

Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en Víctor Bazán: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, t. I, 2000, pp. 91-165.

En esa lógica, el control sobre las omisiones inconstitucionales e inconvencionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el intento de aproximar los extremos de la brecha erigida entre el discurso normológico y las concreciones pragmáticas de los contenidos de la Ley Fundamental y los instrumentos internacionales con equivalente cotización jurídica.

Finalmente, y en la dinámica interactiva entre aquellas fuentes jurídicas, siempre debe tenerse presente que la Constitución, con la magnitud normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto delinea la Corte IDH, conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos humanos, que son el reflejo directo de la dignidad de la persona.*