

**PIRES ROSA, ANDRÉ VICENTE. LAS OMISIONES  
LEGISLATIVAS Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL.**

**Ed. Renovar, Río de Janeiro, (Brasil, 2006), 497 pp.  
Prólogo del Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho.**

**Sonia García Vázquez**

*Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho Constitucional.  
Universidade da Coruña*

Resulta axiomático que el legislador negativo y el control de constitucionalidad no fueron pensados para vigilar omisiones, sino acciones del legislador contrarias o incompatibles con un texto constitucional concreto. Sin embargo, el Parlamento puede equivocarse tanto elaborando leyes inconstitucionales, como a través de su inactividad, aunque *a priori* parezca excesivo aceptar sin ambages que tiene un deber legislar; puesto que eso significaría entender que el Parlamento, antes que creador libre de derecho, es un órgano con misiones normativas preestablecidas por una instancia superior que es la Constitución.

Pero, desde otro punto de vista, si éste no legisla es obvio que vulnera la norma constitucional que necesita de su actuación para llegar a ser plenamente eficaz. ¿Se puede hacer algo frente a las inacciones del Parlamento?. ¿Debe entenderse esta omisión como fruto de la discrecionalidad política del legislador?. ¿Se puede evitar de algún modo que la omisión del legislador perjudique la realización del Estado social y la eficacia de los derechos constitucionales que le son propios?. Desde luego, si negamos la existencia de cualquier control externo, el Parlamento deja de respetar la orden de legislar expedida por el constituyente pudiendo negar así la realización de los valores establecidos por la Constitución y comprometiendo la teleología del Estado social.

Es obvio que las constituciones de nuestro tiempo trazan las bases y suministran parámetros para la futura actuación del Estado (idea de la “Constitución dirigente” del Maestro Gomes Canotilho). Así pues, el simple hecho de reconocer que una omisión legislativa es inconstitucional por ocasionar la falta de eficacia plena de ciertos preceptos puede servir de reproche al legislador, y aunque de ello no se derive sanción alguna, ese toque de atención reviste crucial importancia porque el Estado reconoce que uno de sus órganos incumple o no cumple satisfactoriamente su principal función.

La monografía del Doctor Pires Rosa, Profesor de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil), de la Escuela Superior de Magistratura, y Juez de Derecho del mismo Estado, contribuye a construir, de manera seria y rigurosa, una teoría general de esta institución jurídica tan controvertida, tan preterida y tan condicionada por aspectos extrajurídicos.

El autor intentará verificar si, dentro de unos límites, es factible un eventual control de las omisiones legislativas inconstitucionales en el supuesto específico en que de tales inacciones resulte la ineficacia de derechos constitucionales; es por ello que pres-

ta especial atención a la distinción entre omisión legislativa relativa y absoluta, dirigiendo, por razones obvias, su mirada hacia la segunda tipología.

El examen de las omisiones legislativas que impiden la realización del proyecto del Estado social tiene profusa relevancia en países de poca tradición democrática. Es comprensible que en un Estado en el que la democracia haya alcanzado niveles satisfactorios, exista una razonable coincidencia entre la voluntad del pueblo y la actitud de sus representantes, y no se hable de las omisiones con tanto entusiasmo como en lugares donde la democracia no esté totalmente consolidada. Hablar de una omisión legislativa que produce la ineficacia de derechos constitucionales significa que nos encontramos ante una situación jurídica y políticamente anómala.

Las experiencias constitucionales de Yugoslavia o Portugal frente a los silencios inconstitucionales totales muestran un balance insatisfactorio. Pero, sin duda, el país que más inquietud ha mostrado al respecto de esta problemática ha sido Brasil creando el famoso *mandato de injunção*, que podría producir beneficiosos efectos si se operasen ciertas modificaciones tanto en el texto constitucional como en la forma de interpretar sus disposiciones para superar las deficiencias técnicas de su regulación original. La propuesta del autor, camino abierto frente al anquilosamiento del Parlamento de Brasil, reconoce claramente la primacía parlamentaria y sostiene que la actuación del Supremo Tribunal Federal solamente puede tener lugar cuando con esa omisión se afecte a derechos constitucionales.

Los cuatro principales argumentos presentados en contra de la existencia de los silencios del legislador y de la posibilidad de su control: la vulneración del principio de separación de poderes del Estado, la inexistencia de un derecho subjetivo a la creación de la norma, la falta de vías procesales para enjuiciar las omisiones legislativas y la politización de los jueces, no son capaces de imponerse y superar las razones que conducen a aceptar la existencia de inacciones ilícitas del Parlamento y la necesidad de intentar controlar sus consecuencias.

El estudio está dividido en doce capítulos y tres partes materiales principales, precedidas de un destacable prólogo del Prof. Gomes Canotilho. La primera de ellas es una presentación general acerca de las omisiones legislativas en la que se exponen argumentos en contra y a favor de su caracterización; su concepto y, finalmente, su clasificación. En la segunda se evidencian algunos mecanismos jurídicos con los que se ha intentado superar los silencios del legislador, centrándose en dos experiencias tan distintas como las de España y Brasil. Finalmente, el autor presenta una novedosa alternativa para la comprensión y uso de una figura jurídica creada específicamente por la Constitución brasileña para tratar de remediar los supuestos de omisiones legislativas inconstitucionales.

En el primer capítulo, el Prof. André Rosa aborda la transformación evolutiva del Estado liberal en Estado social advirtiendo el compromiso del legislador con los nuevos valores que caracterizan este tipo de Estado. Si el legislador no actúa en favorece la eficacia de los derechos constitucionalmente reconocidos, impidiendo el desarrollo del tipo de Estado elegido previamente por el constituyente, y así, una omisión significaría que el Estado deja de crear mecanismos jurídico-normativos compensatorios trascendentales en la lucha contra la desigualdad. En definitiva, no legislar o legislar sin respetar la vertiente material del principio de igualdad sería ir en contra de la realización de los mandatos constitucionales.

El segundo capítulo se dedica al análisis de los argumentos a favor del reconocimiento de la existencia de las omisiones legislativas inconstitucionales y la necesidad de control de las mismas. Las evidencias jurídicas a favor del reconocimiento de la existencia de las omisiones legislativas inconstitucionales pueden sistematizarse bajo la

idea de la supremacía normativa de la Constitución. Los actos del legislador no son actos del soberano, sino de un poder constituido y, por ello, limitado y sometido a controles. Como ya hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto algunas Constituciones contemplan la existencia de omisiones legislativas y tratan de paliar sus posibles efectos perniciosos: la Constitución de la ex República Socialista de Yugoslavia, la Constitución portuguesa de 1976, y la Constitución brasileña de 1988.

El capítulo tercero estudia las manifestaciones en contra del reconocimiento de la existencia de las omisiones legislativas inconstitucionales, esgrimiéndose, fundamentalmente, el principio clásico de separación de poderes; porque, supuestamente, aceptar la ilicitud de la inacción del Parlamento conllevaría la anulación de la libertad de conformación normativa del legislador mermando así el principio de legalidad y el principio de reserva legal.

La escena se complica puesto que si declarar la inconstitucionalidad de una norma elaborada por un Parlamento elegido y con plena legitimidad democrática resulta complicado, ¿cómo se puede pensar en el control de un vacío legislativo?. Podríamos argumentar que las omisiones del Parlamento se vinculan al poder discrecional del legislador y, por consiguiente, estarían más próximas al ámbito político que al jurídico. No obstante, no cabe duda alguna de que el Parlamento es un poder constituido y, por tanto, está sometido a la Constitución. No debemos perder de vista que el nacimiento de la justicia constitucional fue mucho más invasor de la función del legislador que el control que se pretende frente a los efectos de las omisiones legislativas.

Concluido este apartado, en el cuarto, quinto y sexto capítulo, el Prof. Pires Rosa explora el concepto de las omisiones legislativas inconstitucionales, articula una clasificación de las mismas y afronta la relación entre los diferentes tipos de normas y estas omisiones.

Dar una definición unívoca de lo que es una omisión legislativa inconstitucional resulta una tarea extraordinariamente compleja. Dos vertientes básicas caracterizan al Estado social: por un lado, la relativa a la necesaria intervención correctora del Estado en la sociedad; y por otro, el derecho que tiene el ciudadano a recibir ciertas prestaciones configuradas como derechos y positivizadas por la Constitución. Será a partir de esta característica básica del Estado social desde donde el autor intentará construir una definición coherente de las omisiones legislativas inconstitucionales. El primer aspecto fundamental que debe estar claro es la idea de que controlar los efectos de la omisión legislativa no es controlar la actividad o inactividad del legislador, puesto que ese control ya existe y se realiza por los órganos de la jurisdicción constitucional en sus formas tradicionales: concentrada y difusa.

Haciendo uso de la clasificación de Wessel, dependiente de los efectos del alcance de las mismas, concluiremos que existen dos tipos básicos de inacciones legislativas: absolutas y relativas. Absolutas en tanto que falta cualquier disposición de desarrollo legislativo del precepto constitucional, y relativas cuando la actuación del legislador ha sido parcial al emanar una ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otras, aún tratándose de supuestos análogos, actuación insuficiente para hacer eficaz la norma constitucional con la intensidad deseada por el constituyente.

Por su parte, el capítulo séptimo, indaga en el substancial problema de la relación entre lagunas jurídicas y omisiones legislativas inconstitucionales. A diferencia de la laguna, la omisión sería siempre incumplimiento de una obligación. Las lagunas pueden producirse de modo voluntario, y frente a las técnicas sólo caben dos soluciones: negar la efectividad de la disposición hasta que se desarrolle por el legislador, o bien sustituir la inactividad del legislador mediante interpretación.

El capítulo octavo versa sobre los mecanismos tradicionales utilizados en el control de las omisiones legislativas inconstitucionales. La pregunta es si existe, o puede existir, sobre ellas, algún tipo de control externo ajeno al Parlamento. Esto es, asumiendo que resulta imposible obligar al legislador a legislar o incluso sancionarlo por no hacerlo, la incógnita que debe ser despejada aquí es si los efectos de la inacción legislativa pueden ser mitigados por algún otro sujeto que no sea el legislador. La solución encuentra dos dificultades: cuál deba ser la sanción de una omisión y cómo se puede instrumentar la imposición de la obligación de legislar, aunque el nivel alcanzado por nuestras democracias no permite aceptar que nadie obligue al más legítimo representante popular a elaborar o dejar de elaborar una ley.

El autor hace una incursión en el ordenamiento jurídico español analizando, en la parte novena de la monografía, las omisiones legislativas inconstitucionales en España y la actuación del Tribunal Constitucional. En España el instituto de la omisión legislativa no ha recibido del ordenamiento jurídico, ni de la jurisprudencia, el mismo tratamiento y la misma preocupación que se le atribuyó en otros países ya mencionados y, en particular, en Brasil, que optó por positivizar la *ação de inconstitucionalidade por omissão* y el *mandato de injunção*. La Constitución española calla al respecto; mientras, el Tribunal Constitucional ha reconocido, en algunos casos, la existencia de omisiones legislativas inconstitucionales absolutas y parciales en el ordenamiento jurídico español, pero sólo se ha preocupado realmente por la inacción del legislador cuando el silencio del Parlamento ha afectado a la eficacia de derechos fundamentales.

En el capítulo décimo y decimoprimeros expone el tratamiento de las omisiones legislativas en Brasil y se acerca a un original instrumento creado por la Constitución brasileña vigente para atacar las omisiones ilícitas del legislador: el *mandato de injunção*, y a la doctrina y jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal sobre el mismo.

El hecho de que Brasil sea un Estado federal añade mayores complicaciones en esta materia, puesto que no sólo las normas federales, sino también las de los estados miembros, del distrito federal y de los municipios, afectan a la Constitución de la República. La jurisdicción constitucional brasileña está compuesta de elementos que provienen de los dos modelos de control de constitucionalidad más conocidos: el americano y el europeo. Así, en primera instancia, existe la posibilidad de que todos los jueces y tribunales, sin excepción, dejen de aplicar, en el caso concreto, una norma jurídica de cualquier rango cuando entiendan que es incompatible con la Constitución. Este control difuso tiene efectos sólo *inter partes*, de modo que la norma continúa en el ordenamiento jurídico pudiendo desplegar plena eficacia en otros casos. En otras palabras, los integrantes de todo el Poder Judicial brasileño tienen competencias para declarar la inconstitucionalidad de una norma sin necesidad de plantear una consulta al Supremo Tribunal Federal. Tan amplia es la libertad de jueces y magistrados que el propio principio de seguridad jurídica se encuentra amenazado, porque con mucha frecuencia casos iguales son decididos de manera diferente y los recursos procesales que uniforman decisiones se extienden peligrosamente en el tiempo.

No obstante, el sistema de control de constitucionalidad brasileño incorpora, también, algunas características que lo asemejan al modelo europeo, aunque no exista un tribunal constitucional "típico". Por el contrario, será el Supremo Tribunal Federal quien desempeñe funciones de Tribunal Supremo y de Corte Constitucional. También debe destacarse la existencia de acciones jurídicas semejantes al recurso de inconstitucionalidad español como, por ejemplo: la *ação direta de inconstitucionalidade* y la *ação declaratória de constitucionalidade*. A través de la primera se busca un fallo estimatorio del Supremo Tribunal reconociendo que una norma infraconstitucional no es compatible, material o formalmente, con la Constitución, y que, por ello, tal norma sea expulsada del ordenamiento jurídico. Por el contrario, en la *ação declaratória de cons-*

*titucionalidade* se pretende exactamente lo contrario, es decir, se busca que la Corte declare que la norma es constitucional. Las dos acciones tienen efectos generales, es decir, no se vinculan a un caso concreto y producen una depuración del ordenamiento infraconstitucional.

La *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* nace fruto de la preocupación de los constituyentes por las inacciones del Parlamento. La Constitución de 5 de octubre de 1988, tras un período de veinte años (1964-1984) de severa dictadura, ha procurado crear un orden jurídico nuevo que apartase al país de los abusos. Con ella se buscó recuperar la ciudadanía para un pueblo que poco sabía de democracia. Entre las competencias del Supremo Tribunal Federal, precisamente en el artículo 103, párrafo 2º de la Constitución de Brasil, se encuentra recogida la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. En esta acción no se puede esperar otra cosa que no sea el mero aviso al legislador de que se encuentra retrasado. Lo que hace el Supremo Tribunal Federal es comunicar técnicamente la existencia de la omisión, no enviando orden alguna para que se elabore una ley. Los legitimados para interponer esta *ação direta* no la han utilizado como era de esperar, existiendo otros elementos que muestran el menosprecio a este mecanismo como el hecho de que el legislador no haya creado ninguna legislación infraconstitucional que establezca las reglas de procedimiento de la acción referida.

Los efectos que se pretenden conseguir a través de una acción directa de inconstitucionalidad son muy distintos de aquellos que se persiguen a través de una acción por omisión. En el primer caso se pretende la anulación de la norma inconstitucional con efectos *ex nunc* o *ex tunc*. En el segundo supuesto, el único efecto que admite la Constitución brasileña es la comunicación al legislador de que está en mora. La experiencia de Brasil con la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* ha sido muy negativa.

Desde otro punto de vista, puede afirmarse que no existe en Derecho Comparado ningún instrumento similar al *mandato de injunção*, creación original del constituyente brasileño de 1988 que se inspiró en algunos institutos extranjeros, pero que no fue copiado de ningún otro sistema constitucional existente. Desde el inicio de las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente casi todas las corrientes políticas mostraron su interés en crear un mecanismo jurídico que garantizase la eficacia de los derechos fundamentales frente a las omisiones legislativas inconstitucionales, imaginando que éste sería la solución definitiva a las mismas, pero está resultando un total fracaso. En otras palabras, el *mandato de injunção* era un instrumento con el que el constituyente pretendía que el Supremo Tribunal Federal realizara una especie de colaboración en la consolidación de la democracia, utilizándolo como remedio para una situación en que ésta funcionaba de manera altamente deficiente. Sin embargo, este instrumento no es una panacea que permita superar todos los problemas relacionados con las omisiones legislativas constitucionales. A día de hoy, los tribunales que pueden conocer del mismo son: el Supremo Tribunal Federal, el Superior Tribunal de *Justiça*, el Tribunal Superior *Eleitoral* y los Tribunales *Regionais Eleitorais*. De entre ellos, sólo los dos primeros tienen competencias expresamente definidas y, de ambos, únicamente el Supremo Tribunal Federal puede actuar frente a las omisiones legislativas.

Las tres posiciones de la doctrina brasileña sobre el uso del *mandato de injunção* han sido: 1) la identificación de sus efectos con los de la *ação de inconstitucionalidade por omissão*; 2) la remoción de los problemas ocasionados por la omisión legislativa y la consiguiente eficacia del derecho constitucional con efectos *inter partes* y, 3) la elaboración de la norma con efectos generales cuya eficacia en el caso concreto depende de una nueva acción ante el Poder Judicial.

La primera de las posiciones que se estudia sobre el mismo es la que propone que la decisión en el *mandato de injunção* sea simplemente declaratoria; perspectiva extremadamente conservadora que entiende que los efectos que deben ser atribuidos al *man-*

*dato de injunção* no pueden ser diferentes a los establecidos para la acción por omisión. Uno de los argumentos esgrimidos por los defensores de esta teoría es que los efectos de ambas acciones están vinculados a un problema de legitimidad activa: si la *ação directa de inconstitucionalidade por omissão* solamente puede ser interpuesta por autoridades y entes de alta representatividad y su efecto únicamente puede ser una comunicación al Parlamento, ¿cómo aceptar que el *mandato de injunção*, que puede ser interpuesto por el ciudadano titular del derecho constitucional, pueda tener efectos más amplios?. Otro enfoque parte de la afirmación de que la mera comunicación del silencio legislativo al Parlamento es el único efecto que se compadece con la separación de poderes: ir más allá sería invadir la competencia legislativa. Esta posición, evidentemente, ha sido muy criticada, pero según la interpretación del Supremo Tribunal las dos acciones procesales deben producir el mismo efecto: la simple comunicación al Parlamento de su propia omisión. Sin embargo, no tiene sentido pensar que el constituyente ha creado dos institutos con regímenes jurídicos distintos que tengan los mismos efectos.

El autor denuncia que el Supremo Tribunal Federal ha mermado con sus fallos el uso del mandato a niveles que parecen inaceptables, adoptando una posición restrictiva en los efectos y en la admisión a trámite del mismo, no contribuyendo, así, a dar solución a los graves problemas derivados de la ineficacia de los derechos en razón de la omisión del legislador. Hasta el día de hoy, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal permanece lejos de la posición más progresista defendida por la doctrina constitucional brasileña. De los muchos *mandatos de injunção* interpuestos ante el Supremo Tribunal Federal, pocos han sido admitidos a trámite justamente a causa de las restricciones procesales impuestas jurisprudencialmente por la Corte; y en caso de admisión, las opciones que ha adoptado el Supremo Tribunal son, básicamente, tres: a) la comunicación al Parlamento de su omisión; b) el reconocimiento de la posibilidad de que el titular del derecho constitucional sea resarcido de los perjuicios causados por la omisión legislativa; y c) la concesión de un nuevo plazo para la elaboración de una ley.

Frente a ello, el Prof. André Rosa pone sobre la mesa una innovadora propuesta para comprender y dar eficacia a este instituto jurídico planteando el problema de modo distinto y ofreciendo una solución que, por lo que sabemos, no ha sido sugerida hasta ahora. El autor propone en este análisis una forma alternativa de comprender el *mandato de injunção*, distinta de la sostenida por parte de la doctrina y por la mayoría de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, del que espera una posición que, si no se puede caracterizar del todo como la de un legislador positivo, suponga, al menos, una fuerte carga de activismo judicial.

En la propuesta que presenta, la decisión que pone fin al *mandato de injunção* debe tener eficacia *erga omnes*, como la tendría una ley, poniendo de manifiesto que si se admitiesen como únicos posibles efectos del fallo los efectos *inter partes*, se estaría favoreciendo la infracción del principio de igualdad. Al establecer un plazo de un año para la eficacia del fallo se pretende, también, adoptar una posición conciliadora. El plazo de un año que sugiere el autor, sin embargo, posee una diferencia cualitativa en relación a los demás: es el límite temporal que se establece al legislador transcurrido el cual el derecho constitucional pasará a aplicarse con las características establecidas por la Corte constitucional. Con esta apuesta la sentencia del Tribunal siempre será revisable por el Parlamento, conciliando de forma coherente la supremacía de la Constitución y el principio de separación de poderes.

El aspecto novedoso que presenta esta visión reside exactamente en que el Supremo Tribunal Federal lanzaría a la discusión pública en su sentencia una especie de propuesta de ley que solamente tendrá eficacia una vez transcurrido un período de tiempo, siempre y cuando el legislador haya continuado inactivo. Esto supera parcialmente la crítica de que el Tribunal estaría usurpando la competencia del legislador.

La propuesta del Prof. Pires Rosa solamente puede ser aplicada en relación con las omisiones legislativas absolutas, lo cual no significa que el *mandato de injunção* no pueda, o no deba, ser utilizado en relación con las omisiones parciales, sino que la construcción teórica presentada está esencialmente pensada para los silencios totales del legislador. Frente a las omisiones relativas del Parlamento, el *mandato de injunção* debe ser comprendido de modo distinto, y ello, básicamente, porque la diferencia entre ambas formas de omisión no es cuantitativa sino cualitativa.

El acierto en la estructuración de la obra es notable, además de ser una garantía para que el lector pueda identificar sin dificultad las principales cuestiones de las materias que se tratan. Como exponente del talento de su autor, esta laboriosa obra, que no defraudará a quienes estén interesados en esta materia, es valiente, exhaustiva y clara en su exposición, a pesar de la dificultad de estar escrita en español, un idioma que no es habitual para el autor.

En suma, cubriendo importantes lagunas, la presente monografía logra erigirse como valiosa contribución al esclarecimiento de una institución jurídica nada pacífica. La calidad de la misma no deja margen a la crítica, puesto que al profundo análisis doctrinal se suman valiosas sugerencias, alternativas a las ya existentes, para la reconstrucción de una figura jurídica tan controvertida como el *mandato de injunção* que atienden, con mucho, a las expectativas que el lector se vaya creando.