

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

VÍCTOR BAZÁN,

*Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales:
recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos,*
Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, 991 pp.

I. El profesor Víctor Bazán es lo suficientemente conocido en el mundo iuspublicístico iberoamericano como para que necesite ser presentado. Con todo, recordaremos que es doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor titular, esto es, catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina), en donde ha fundado y dirige el Instituto de Derecho constitucional y Procesal Constitucional. Es autor de una ingente obra científica en la que desde antaño ha tenido una presencia muy particular la justicia constitucional y dentro de ella, a su vez, el control de la inconstitucionalidad por omisión, que es justamente el tema que aborda la obra que ahora nos ocupa. Como en su prólogo escribe el doctor Christian Steiner, director del Programa «Estado de Derecho para Latinoamérica» de la Fundación Konrad Adenauer, que auspicia este libro, como integrante del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, coordinado por el mencionado Programa de la fundación alemana, por su intensa actividad académica internacional, Víctor Bazán tiene una perspectiva privilegiada, tanto teórica como práctica, sobre la praxis constitucional de un amplio escenario. Y efectivamente, el dominio que el autor tiene del derecho comparado latinoamericano se constata perfectamente en su obra.

El libro se vertebra en 17 amplios capítulos (aunque el autor los llama títulos), que a su vez se subdividen en capítulos de mayor concreción. Tras ofrecer una perspectiva general de algunos de los grandes temas del derecho constitucional, como la interpretación constitucional, el título tercero se centra en lo que realmente es el objeto del libro, la inconstitucionalidad por omisión. Aunque la obra se subdivide con mucho mayor detalle, desde una perspectiva general podríamos recopilar sus diversos títulos en tres grandes bloques: el primero dedicado a una teoría general del instituto jurídico analizado, el segundo al estudio de la inconstitucionalidad por omisión en Argentina, y el tercero, a un análisis de la institución en el derecho comparado. Dentro del primer bloque, el libro aborda sucesivamente el deslinde conceptual, la tipología de las omisiones inconstitucionales, la relación del instituto estudiado con los derechos fundamentales, la erosión del modelo de legislador negativo

de resultas en gran medida de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, las particularidades de algunas sentencias constitucionales, muy particularmente las interpretativas, las objeciones que se vienen formulando al instituto objeto de estudio y, finalmente, la vinculación de este tipo de fiscalización con el control de convencionalidad y, de resultas, la inconvencionalidad por omisión. En el segundo bloque el autor estudia con detenimiento la situación de la inconstitucionalidad por omisión en Argentina, a cuyo efecto dedica un título a la «base constitucional legitimante», y otro a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El estudio del derecho comparado se vertebra a su vez mediante una agrupación de las distintas experiencias constitucionales que, con buen criterio, atiende a la base en se ha asentado el reconocimiento de este instituto: la Constitución nacional; la Constitución de un Estado miembro, en el caso obvio de los Estados federales; la vía simplemente legal, y la vía jurisprudencial. En el último título el autor establece un panorama esquemático de las respuestas jurisdiccionales ante las omisiones inconstitucionales. El libro se cierra con unas conclusiones y un amplio listado bibliográfico.

II. La problemática relativa al control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas ha sido considerada con plena razón por Gilmar Mendes (Gilmar F. MENDES, «O controle da omissão inconstitucional», en Jairo Gilberto Schäfer, organizador, *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2007, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 138) como uno de los más tormentosos y a la par fascinantes temas del derecho constitucional de nuestro tiempo. No nos ha de extrañar que así se visualice si se atiende a los grandes retos que a la dogmática jurídica plantea la fiscalización de las inacciones del legislador. Pensemos que el control de las omisiones del legislador entraña una ruptura frontal, podría decirse incluso que brutal, con los principios dogmáticos básicos sobre los que se construyó el Estado constitucional liberal. El pensamiento revolucionario francés entronizará la supremacía del legislativo por razones que no se iban a alejar mucho de la concepción de Locke, esto es, la visión de la ley y, por lo mismo, de quien la elabora, el legislador, como el instrumento más idóneo en pro de la libertad. A su vez, la inacción del legislador no suscitaría rechazo alguno por cuanto, en último término, casaba bien con los postulados subyacentes a la filosofía fisiocrática y liberal del *laissez faire*. Todavía en 1912, Anschütz podía escribir, que las exigencias de los individuos frente al Estado como legislador, sea en orden a la realización, séalo a la omisión de un acto legislativo, pertenecen al género de los imposibles (G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 1912, p. 94. Cit. por Ernst-Wolfgang BÖCKENFORDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 97). Y Jellinek

no se manifestaba en términos muy dispares cuando escribía: «Das Individualansprüche an die Gesetzgebung unmöglich sind, kann als *communis opinio* gelten» (Puede considerarse *communis opinio* que las pretensiones individuales a la legislación son imposibles). La *Bonner Grundgesetz* introducirá un radical cambio de perspectiva en las relaciones poder legislativo/Constitución, que bien podría ejemplificar su conocida cláusula del art. 1º.3 («Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung...»). A partir de aquí, el *BVerfG* ha entendido que el mandato prioritario que la *GG* hace recaer sobre el legislador en este ámbito es el de la protección de los derechos, que se conoce como *Schutzpflicht* o «deber de protección», que obliga al Estado a actuar, y que ha dado pie a que tal deber se contraponga a la tradicional función negativa de los derechos («negatorische Funktion der Grundrechte»), esto es, a su visión como libertades negativas, como garantías de defensa frente al propio Estado. Este deber no solo es relevante en el plano de la delimitación atributiva entre el legislativo y el ejecutivo, sino que también lo es, y mucho, respecto de la cuestión de que venimos tratando, esto es, la asunción por el legislador de un deber de legislar que puede ser fiscalizado en sede constitucional. En su extraordinariamente relevante jurisprudencia, el *BVerfG* no solo ha reconocido que los derechos fundamentales aseguran a toda persona un derecho de defensa frente a intervenciones estatales (*Abwehrrecht*) y unos eventuales derechos a prestaciones positivas (*Leistungsrecht*), sino también este derecho de protección a que venimos refiriéndonos, cuyo correlato obvio es el deber de protección que recae sobre los poderes públicos y de modo muy particular, sobre el poder legislativo. El propio *BVerfG* ha identificado asimismo como fundamento del deber constitucional de legislar el «deber general de adecuación» («allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt»), del que la famosa sentencia relativa al reactor nuclear de Kalkar («Kalkar Urteil», 1978) es paradigmática. Ciertamente que la *Grundgesetz* no contempla el instituto que ahora nos ocupa, cuya entrada formal en la escena constitucional habrá que buscarla en la Constitución yugoslava de 1974 y, poco después, por influjo directo de ella, en la Constitución portuguesa de 1976, pero ello no significa que al margen de ese instituto no se hayan creado pretorianamente técnicas decisorias con las que controlar las omisiones del legislador en países en que el instituto que nos ocupa no aparece formalmente constitucionalizado. Como es obvio, no es este el lugar de detenernos en ellas (cfr. al respecto Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 1017-1074). Pero en cualquier caso, lo que sí creemos evidente es que es imposible prescindir de las aportaciones de la doctrina alemana a la hora de llevar a cabo una construcción dogmática de la inconstitucionalidad por omisión, sin que ello entrañe en modo alguno olvidar las notabilísimas aportaciones que al respecto ha hecho la doctrina portuguesa y brasileña, entre

otras varias. Piénsese, por poner un ejemplo concreto, en que fue Wessel, Juez del *BVerfG*, en fecha tan temprana como 1952, quien en un artículo devenido clásico («Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», en *Deutsches Verwaltungsblatt, DVBl*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.) formulará la famosa tipología, hoy universalizada, de las omisiones legislativas, en uno de los primeros estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) en relación al recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) al distinguir entre las omisiones absolutas (*Absolutes Unterlassen des Gesetzgebers*) y las relativas (*relatives Unterlassen*), aunque lo hará, entre otros fines, y no conviene olvidarlo, para negar que una omisión absoluta del legislador pueda producir una lesión de derechos susceptible de ser enjuiciada a través del *Verfassungsbeschwerde*, y sostener que cuando se reprocha al legislador una lesión de derechos fundamentales a través de una omisión relativa, esto es, cuando se le imputa haber regulado tan solo ciertas pretensiones jurídicas de algún grupo, con lesión del principio de igualdad («unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes»), en tal caso el recurso de queja constitucional no se dirige en realidad contra la omisión, sino frente a una actuación positiva del legislador («die Verfassungsbeschwerde in Wahrheit nicht gegen eine Unterlassung, sonder gegen ein positives Handeln Gesetzgebers»).

III. Volviendo al libro tras este *excursus*, cabe señalar que, llegado el momento de deslindar conceptualmente la inconstitucionalidad por omisión, el autor entiende por tal «la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el poder ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución». A partir de la misma se centra en el análisis de sus rasgos definitorios. Se detiene asimismo más adelante el profesor. Bazán en la vinculación de la omisión inconstitucional con los derechos fundamentales, aspecto, diríamos por nuestra parte, donde la necesidad de tal instituto o de otras técnicas que conduzcan al mismo fin, esto es, a viabilizar en plenitud esos derechos que dimanen de la dignidad de la persona y que, junto a los valores, conforman la cimentación de todo edificio constitucional que prenda tener solidez, presentándose por lo mismo como la *Grundnorm*, que dirían los alemanes, se hace plenamente evidente. No escapa al análisis del autor la problemática de este instituto en «el sensible ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales», haciéndose eco de algunos precedentes jurisprudenciales (en Portugal, Perú y Argentina) que vinculan tales derechos con las omisiones inconstitucionales.

El autor dedica uno de sus títulos a las que denomina sentencias «atípicas o intermedias», donde se ocupa de las sentencias interpretativas y de las manipulativas. El tema, que es de la mayor importancia, quizá hubiera requerido de un estudio más profundo, en particular en relación a las creaciones de la *Corte Costituzionale* italiana, aunque también del *BVerfG*.

Aborda Víctor Bazán a continuación, con la finalidad de neutralizarlos, los muy diversos cuestionamientos que la inconstitucionalidad por omisión ha suscitado por doquier: falta de positivación expresa, improcedencia de este control en un modelo de fiscalización constitucional jurisdiccional difuso, pretendida existencia de normas constitucionales programáticas carentes de toda efectividad, libertad de configuración normativa del legislador, peligro de gobierno de los jueces, contradicción con la naturaleza de los tribunales constitucionales como legisladores negativos, doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y, en fin, riesgo de politización del Tribunal Constitucional. Y para finalizar esta primera parte de examen de las grandes cuestiones dogmáticas, por así considerarla, el autor se ocupa del control de convencionalidad, al que justamente nos referimos en estas mismas páginas al comentar el libro relativo a la Convención Americana de Derechos Humanos, y al instituto que denomina «inconvencionalidad por omisión», de la que Bazán se muestra decidido partidario.

IV. En el segundo y tercer bloque del libro el autor entra en el análisis de los sistemas concretos, en primer término, de Argentina, y a continuación de otros muchos países. El profesor Bazán comienza indagando si en Argentina existe o no una matriz constitucional habilitante de este instituto, siendo su respuesta afirmativa, a cuyo efecto enumera una serie de elementos que a su juicio confirman su tesis. «Las características jurídicas, institucionales y axiológicas del Estado constitucional (y convencional) —viene a concluir el autor— parecieran fundamentar y legitimar el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley fundamental». A continuación, en un nuevo título, el profesor de San Juan se centra en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que a su vez separa entre los que suponen una jurisprudencia negatoria de aquellos otros que presuponen una jurisprudencia admisorio, analizando en ambos supuestos un cierto número de casos, siendo sin duda muy superior el número de los segundos respecto al de los primeros. A la vista de todos esos casos, Bazán advierte que si bien en las decisiones más añejas la Corte se cuidó de no verbalizar que procedía a ejercer un control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, en épocas no tan lejanas, como en el *Caso Pupelis* (1991) procedió a afrontar de modo más o menos expreso el problema, estimando que la improcedencia de declarar la inconstitucionalidad fundada en la omisión del legislador no tenía por objeto exteriorizar u principio general negatorio de la

posibilidad de controlar las omisiones inconstitucionales, por lo que nuestro autor no considera irrazonable estimar *a sensu contrario*, que la Corte entendía quedar habilitada para intervenir ejerciendo una fiscalización ante la omisión del legislador cuando convergiera una violación del principio de igualdad, o lo que es igual, en una omisión relativa. En fin, nuestro autor considera que es el amparo la vía idónea para canalizar la pretensión de corrección de las omisiones inconstitucionales.

En el último bloque, que ocupa la mitad del libro, como ya dijimos, el profesor Bazán aborda el tratamiento de la institución en el derecho comparado siguiendo la sistemática que ya pusimos de relieve. Ello le conduce a un repaso de la situación normativa existente no solo a nivel constitucional nacional, sino también en el nivel inferior propio de los Estados compuestos de los entes territoriales dotados de una Constitución propia en el marco de un Estado federal. Los aspectos generales de la institución en cada país son analizados sin entrar en grandes profundidades. Si eso se puede comprender en el análisis de algunos entes territoriales, el estudio de otros ordenamientos, pongamos por caso Portugal y Brasil, por la decisiva importancia que han tenido y tienen respecto de esta institución, quizá debían de haber sido objeto de una más detenida y profunda atención. Por el contrario, el autor presta a nuestro entender excesiva atención a la Sala Constitucional de Venezuela, un órgano corrupto, al servicio del déspota en cuyo haber lo único que puede colocarse es haber prostituido la justicia en general y también la justicia constitucional en particular, lo que aún resulta más lamentable en un país de tan dilatada trayectoria democrática y constitucional, hasta tanto el chavismo lo enfangó todo.

V. Entre sus conclusiones, el profesor Bazán considera que un sistema de control de constitucionalidad sería fragmentario si solo se encargara de corregir las conductas positivas inconstitucionales y evitara hacer lo propio respecto de las omisiones también contrarias a la Constitución. Cree el autor que no obstante el control sobre la inercia legislativa supone riesgos de intromisión de la magistratura jurisdiccional en las tareas político-normativas del legislador, en puridad aquéllos están ínsitos en el desarrollo de la función jurisdiccional y en la tarea de control, en sí misma, apreciación que, a nuestro juicio, sería necesario matizar, pues evidentemente los riesgos que entraña un o y otro control están lejos de ser equiparables; incluso diríamos más, los problemas de politización de los tribunales constitucionales distan de ser los mismos en un sistema de control de la ley (como el que desencadena el recurso de inconstitucionalidad en España) que en otro de fiscalización con ocasión de la aplicación de la ley en una *litis* concreta, como sucede, como regla general (que presenta excepciones) en el caso de la *Corte costituzionale* italiana. Por lo demás, y siendo quien esto escribe un defensor de específicos mecanismos

constitucionales de control de las omisiones presuntamente inconstitucionales, no se puede olvidar que también sin que tales mecanismos existan, hay cauces de naturaleza procesal constitucional que permiten, en cierto modo, que el Tribunal Constitucional, por ejemplo, pueda reconvenir al legislador que con su omisión de un texto normativo o de una modificación de otro preexistente, está vulnerando los mandatos constitucionales; Alemania, Italia y España constituyen buenos ejemplos de ello.

El libro del profesor Bazán es desde luego muy útil, por cuanto nos ofrece un amplísimo panorama de la institución estudiada. A veces se resiente por el hecho de que en algunos países las fuentes bibliográficas manejadas no provienen de la doctrina local, por así considerarla, sino que son indirectas, y claro está la propia ambición del libro se traduce en que en ocasiones no se profundice en problemas del mayor interés que pueden suscitarse. En cualquier caso, un libro meritorio tras el que, y no nos cabe duda de ello, late un gran esfuerzo.

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense, Madrid