

# SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION.<sup>1</sup>

Por Patricio Alejandro Maraniello.

## INTRODUCCION

Mientras el siglo XIX fue el período del Parlamento -la ley- y, el siglo XX fue el del Poder Ejecutivo -decretos legislativos-, el siglo XXI será la era de los jueces -como sostenía Bobbio-; y justamente en esta tendencia es donde nace una nueva dinámica en el rol de los magistrados, denominado “*Activismo<sup>2</sup> Judicial*”.

El mentado instituto brega por la implementación de nuevas funciones del juez, donde pasa de ser un simple espectador o arbitro del proceso a cumplir una función con mayor protagonismo<sup>3</sup>, llegando a ser parte de la causa judicial, es decir, una especie de tercero protector del buen servicio de justicia.

Esta obligación surge del mismo preámbulo de la Constitución Nacional donde establece como objetivo del mismo Estado el de “afianzar la justicia”. Si bien es una obligación trazada para todos los miembros del estado, el mayor peso recae sobre el Poder Judicial, por ser el órgano por excelencia en la correcta administración de la actividad jurisdiccional para todos los justiciables.

Del activismo judicial han surgido noveles herramientas procesales, como son: las medidas autosatisfactivas, los recursos *in infinitum*, la reposición *in extremis*, etc... A este tipo de activismo lo podemos denominar “*activismo judicial procesal*”, donde su importancia fue de tal envergadura que en algunos casos han llegado a tener regulación normativa y en otras apoyaturas jurisprudenciales.

En lo que respecta a las herramientas constitucionales, que llamaremos “*activismo judicial constitucional*”, nos centralizaremos, tan solo, en dos de los temas más controvertidos dentro del control de constitucionalidad, nos estamos refiriendo a la declaración de inconstitucional de oficio y la inconstitucionalidad por omisión.

Dicha controversia se desarrollada sobre la base de considerar en los jueces, facultades que no ostentan o que por lo menos no le son propias. En lo que respecta, a la inconstitucionalidad de oficio la potestad, en principio, la ostentan las partes (actor y

---

<sup>1</sup> Conferencia extraordinaria expuesta en el “X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, celebrado en Lima –Peru- del 16 al 19 de septiembre de 2009.

<sup>2</sup> Activismo deriva de la palabra “activa” deriva del latín *activus* que significa facultad de obrar, con diligencia, eficacia, y prontitud, sin dilación.

<sup>3</sup> OST Francois: “*Trois modèles de justice: juge-pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur*”.

demandado) y en la declaración de inconstitucionalidad por omisión, los poderes políticos (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo).

## **I. SEMEJANZAS ENTRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION.**

Entre las semejanzas podemos citar:

1. *Corriente doctrina*: Ambas pertenece a la nueva corriente llamada “activismo judicial constitucional” especie del genero activismo judicial.
2. *Órganos*: El órgano aplicador es el Juez y los órganos receptores son los poderes políticos (PL y PE). Aunque, al estar inmerso en una causa judicial los receptores inmediatos son las partes y los mediatos los poderes políticos del Estado.
3. *Obstrucción a los derechos constitucionales*. En los dos casos existe una clara obstrucción a los derechos constitucionales en un caso por acción –ante una norma inconstitucional- y en el otro por omisión.
4. *Orden público*, que actúa como una especie de habilitador de los juzgadores para declarar la inconstitucionalidad de una norma, sin tener en cuenta, en ambos casos, la voluntad de las partes. Al respecto Bidart Campos remarcaba, que impedir las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio implica tanto como dejar librado a la voluntad de las partes aquel examen de constitucionalidad lo cual haría que el principio de Supremacía de la Constitución al quedar librado a la voluntad de las partes no sea de orden público, lo cual evidentemente constituiría un absurdo.

Y del mismo modo ocurre con la inconstitucionalidad por omisión, al pasar a un segundo plano toda verificación que se haga a las voluntades de las partes, en lo que respecta a la omisión contraria a los designios constitucional.

5. *La fuerza normativa de la constitución.* Considerar como doctrina válida la fuerza normativa de la constitución. El mismo autor ha sostenido Germán J. Bidart Campos<sup>4</sup>: “la fuerza normativa de la constitución no se circunscribe a prohibir que se la transgreda positiva o afirmativamente mediante una actividad –normativa o de otra índole- contraria a ella que implique hacer lo que ella veda, sino que también se proyecta a ordenar con imperio que no haya abstenciones o dilaciones que cohíban su aplicación efectiva”. Señala que no se estima reprochable cualquier omisión, sino aquella omisión que incumple un mandato de obrar. “De ahí que el no hacer en la omisión inconstitucional merece ser reputado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar”<sup>5</sup>
6. *Los efectos:* Son al caso concreto y no puede en ningún caso declararse con efectos *erga omnes*, es por ello, que resulta muy dificultoso su aplicación a los amparos colectivos o acción de clase. Pues se debe tener en cuenta que para cumplir con los elementos esenciales del acto se deberá alterar los elementos facticos en cuestión, situación esta que resulta de difícil realización debido a la gran cantidad de actores divisibles indivisibles que tiene este tipo de acciones.
7. *Principios respaldatorios:* Podrá subsanar la falencia de derecho, en clara aplicación del principio “*iura novit curia*” pero en ningún caso se podrá alterar los elementos facticos, de ser así se estaría alterando el principio de congruencia de primera grado (demanda, contestación de demanda o contrademanda) y de segundo grado (los agravios en los recursos de apelación).
8. *Elementos de validez:* Lo que confiere validez a una sentencia, lo que en un sentido estricto la torna vinculante, es su enlace con la idea moral del derecho. La función del juez es juzgar aplicando el derecho omitido o decretarlo inconstitucional. Normalmente ese derecho aparece definido en la ley o en la constitución, que es su modo habitual de posición.

---

<sup>4</sup> Bidart Campos Germán J., “El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa”, Editorial Ediar, p. 348.

<sup>5</sup> Bidart Campos Germán J., “El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa”, Editorial Ediar, p. 348.

9. *Inacción*: Las semejanzas se desarrolla sobre la base de una exagerada pasividad por parte de los integrantes de la acción y de los órganos legislativos.

## II. DIFERENCIAS ENTRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Entre las diferencias podemos citar:

1. *Facultad sustitutiva del juez*: Mientras que en la inconstitucionalidad por omisión puede llegar en algunos casos a suplir la norma incompleta – o por lo menos a solicitar que se cumpla la omisión constitucional<sup>6</sup>-, en la inconstitucionalidad de oficio no podría en ningún caso suplir la norma cuestionada, sino que suple a la parte en su faz normativa.
2. *Finalidades*: La inconstitucionalidad oficio tiende a declarar la inconstitucionalidad de la norma al caso concreto, mientras que la de omisión tiende más a la subsanación del mandato constitucional en forma abstracta. Más cercano a la inconstitucional por omisión se encuentra el *mandamiento o acción de cumplimiento o injunction*<sup>7</sup>. Recordemos que la acción de cumplimiento es una garantía individual para que el sujeto perjudicado en sus derechos y libertades bloqueado por ausencia de reglamentación pueda hacer efectivo su ejercicio, la acción por omisión constitucional resulta, más bien, una fiscalización abstracta tendiente a remediar la omisión.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> El art. 103 inc. 2 de la Constitución de Brasil tiene por objeto dar a conocer al órgano competente la inconstitucionalidad declarada por omisión en la adopción de una medida necesaria, a fin de que adopte las providencias conducentes.

<sup>7</sup> Existen dos tipos de obligaciones constitucionales los mandamientos de ejecución y de prohibición, y las acciones de cumplimiento o de *injunction*. Dentro de estos últimos existen las legales donde el incumplimiento se da en la ley (art. 200 inc. 6 de la Constitución de Perú) y las constitucionales, aquí la falta de norma reglamentaria torna inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales (art. 5 LXXI de la Constitución de Brasil de 1988).

<sup>8</sup> Bidart Campos: " *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*", Ed. Ediar. Año 2004.

### III. A MODO DE CONCLUSION.

Todos estos elementos del activismo judicial constitucional (inconstitucionalidad de oficio e inconstitucionalidad por omisión) se basan en la defensa de la más sagrada de las normas, que es la constitución, donde los jueces son sus guardianes en forma permanente sin poder tener excusa alguna para no resguardarla, pues en ella radica la esencia misma del sistema republicano (división de poderes), es decir, un verdadero reaseguro a los límites de los otros dos poderes del Estado.

Como nos recuerda Hans Kelsen<sup>9</sup> “...*La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder...*” y, “..*como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla...*”

---

<sup>9</sup> Kelsen, Hans: " *El defensor de la Constitución*", Tecnos. España. Año 1995.