

El valor jurídico del silencio

por

IVÁN ESCOBAR FORNOS

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO

1. EL SILENCIO EN EL DERECHO.
2. EL SILENCIO EN EL DERECHO CIVIL:
 - A) SILENCIO DE LOS SUJETOS DE DERECHO.
 - B) SILENCIO DE LA LEY.
3. EL SILENCIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.
4. EL SILENCIO EN EL DERECHO PROCESAL:
 - A) SILENCIO PROCESAL.
 - B) SILENCIO DE LA LEY PROCESAL.
5. EL SILENCIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.
6. CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.
7. SISTEMAS DE CONTROL DE LA OMISIÓN:
 - A) EL SISTEMA JUDICIAL.
 - B) EL SISTEMA ADMINISTRATIVO.
 - C) EL SISTEMA LEGISLATIVO.
8. IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN.
9. REQUISITOS DE PROCEDENCIA:
 - A) PRIMER REQUISITO.
 - B) SEGUNDO REQUISITO.
 - C) TERCER REQUISITO.
10. OMISIÓN TOTAL Y OMISIÓN PARCIAL.
11. OMISIONES QUE AFECTAN A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS QUE NO LOS AFECTAN.
12. OMISIÓN FORMAL Y MATERIAL.
13. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA OMISIÓN.

14. PROCEDIMIENTO PARA CONOCER LA OMISIÓN Y EL ÓRGANO COMPETENTE.
15. SISTEMAS QUE CONTEMPLAN EXPRESAMENTE LA INSTITUCIÓN.
16. SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA INSTITUCIÓN.
17. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS POR LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.
18. RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS Y POR LA OMISIÓN.
19. DERECHO COMPARADO:
 - A) INTRODUCCIÓN.
 - B) PORTUGAL.
 - C) ARGENTINA.
 - D) VENEZUELA.
 - E) BRASIL.
 - F) COSTA RICA.
 - G) MÉXICO.
 - H) COLOMBIA.
 - I) ECUADOR Y PARAGUAY.
 - J) ESPAÑA.
 - K) ALEMANIA.
 - L) AUSTRIA.
 - M) ITALIA.
20. NUESTRO SISTEMA:
 - A) INTRODUCCIÓN.
 - B) LA CASACIÓN EN EL FONDO.
 - C) RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y DE AMPARO.
21. FUTURO DE LA INSTITUCIÓN.

1. EL SILENCIO EN EL DERECHO

Desde antaño el silencio ha sido objeto de estudio y preocupación por la difícil determinación de la intención del que guarda silencio, por tal razón tiene que intervenir la ley para señalar sus efectos jurídicos con mayor seguridad y certeza, cuando existen algunas manifestaciones que conduzcan a la determinación cierta de la voluntad.

Tanto la acción como la omisión, la expresión como el silencio, tienen trascendencia jurídica. El silencio o la inacción no son extraños al Derecho, tienen valor jurídico, aunque no con la frecuencia de la acción.

No existe una disposición general que regule el valor del silencio, sino casos concretos a los cuales se les otorga efectos jurídicos. Son la doctrina, la jurisprudencia, la casuística, la costumbre, elementos que llenan este vacío.

Pero el silencio no sólo proviene de los sujetos de Derecho, sino también de los poderes del Estado y sus órganos: del poder electoral, del poder judicial, del poder ejecutivo y del poder legislativo.

El silencio produce diferentes efectos. Puede ser inocuo, favorable o desfavorable a las personas. Va desde su ineficacia jurídica (1), la aceptación o negación de un hecho (2), acto (3), convenio, contrato (4) o situación jurídica, el otorgamiento de un derecho (5) hasta la comisión de un delito por omisión (6). El silencio del Estado puede provocar un vacío normativo, un reclamo, una prohibición (7), una incompetencia (8) o la libertad de actuación (9), como tendremos ocasión de observar a lo largo de este trabajo.

Por tal razón Paulo se expresó en forma ambivalente: «El que calla ciertamente no confiesa; sin embargo es verdad que no niega».

(1) No tiene ninguna trascendencia jurídica no contestar una oferta por radio o televisión que una casa comercial le hace al público, no votar en las elecciones porque el voto no es obligatorio; no opinar sobre un polémico tema, etc.

(2) Tolerar el propietario que una persona posea su inmueble. El que abandona la propiedad de un mueble tirándolo a la calle manifiesta su deseo permanente de desprenderse de la propiedad (art. 690 del Código Civil).

(3) Al declarado rebelde se le atribuye una contestación negativa de la demanda. El que rehúsa comparecer ante el juez a reconocer un documento privado se declara reconocido fictamente de acuerdo con el artículo 1.152 del Código de Procedimiento Civil. Se declarará fictamente confeso al que no comparece a absolver posiciones ante el juez, lo mismo si se niega a declarar, también se declara fictamente confeso sobre hechos en que fuere evasivo de acuerdo con el artículo 1.208 del Código de Procedimiento Civil. La confesión y el reconocimiento de firma fictas se han prestado a muchos fraudes, algunos de gran envergadura en nuestro país. Los litigantes usan infinidad de triquiñuelas para lograr una confesión o reconocimiento ficto, donde el citado aparece confesando lo preguntado: la deuda, los daños y perjuicios, etc., aunque en la realidad no esté obligado a ello. Por tal razón en algunos países, como Argentina, la confesión ficta no libera de la carga de la prueba al que pidió las posiciones, no decide por sí el resultado final del juicio, debiendo ser considerada con relación a la posición de las partes con los hechos y el conjunto de la prueba incorporada al juicio. No tiene un valor probatorio pleno. Carece de valor probatorio absoluto cuando resulta neutralizada o destruida por otros medios de prueba. El artículo 417, párrafo primero *in fine*, del Código Procesal, confirma lo expuesto. Dice: «...la tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta la circunstancia de la causa y las demás pruebas producidas».

(4) Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos deben contestar lo más pronto posible si aceptan el encargo y transcurrido un tiempo razonable, su silencio se entiende como aceptación (art. 3.308 del Código Civil).

(5) El derecho del procesado a no declarar en su contra ni de sus parientes cercanos (art. 34, inciso 7 de la Constitución, y art. 232, núm. 1b del Código Procesal Penal).

(6) El artículo 1 del Código Penal define al delito y la falta como toda acción u omisión penada por la ley. La ley penal sustantiva no admite silencio en materia delictiva, pues sólo se penaliza lo tipificado como delito y, como consecuencia, no se permite la analogía.

(7) La falta de consagración del testamento otorgado conlleva la prohibición de aceptarlo en Nicaragua.

(8) La facultad no atribuida a un poder u órgano del Estado no lo autoriza para actuar dentro de ella (art. 130, párr. 1 de la Constitución).

(9) El silencio de la Constitución de consagrar el *habeas data* sólo con relación al Estado y no contra los particulares (art. 26, un. 4 de la Constitución) autoriza al legislador ordinario a regularlo contra éstos, a pesar de que no existe ley que regule su procedimiento como veremos más adelante.

El silencio puede producir el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de un derecho.

El silencio es simple cuando basta callar para que se produzca el efecto, lo que se da con frecuencia en el proceso a través de los principios de impulsión y preclusión, o rodeado de circunstancias que expresen una voluntad verosímil o real de aceptación o respondan a una ficción (confesión ficta, reconocimiento ficto de firma, contestación negativa de la demanda del rebelde).

Una teoría del silencio tendría que responder a las preguntas siguientes: ¿Qué efectos jurídicos produce el silencio de los sujetos de Derecho? ¿Qué efectos jurídicos produce el silencio de los poderes y órganos del Estado?

Este es un tema que pertenece a la Teoría General del Derecho, sin perjuicio de su desarrollo especializado como ya se ha concretado en el silencio administrativo, el silencio en el Derecho Civil, el silencio en el Derecho Procesal y principalmente en el Derecho Constitucional con la conocida y nueva figura de la inconstitucionalidad por omisión, que ya cuenta con cierto respaldo doctrinal (10), jurisprudencial y constitucional, la cual será el tema principal de este estudio.

2. EL SILENCIO EN EL DERECHO CIVIL

En el Derecho Civil el silencio tiene una aplicación práctica y amplia frente a una limitada e inadecuada regulación legal. Puede referirse a los sujetos del Derecho o a la ley.

(10) *Inconstitucionalidad por omisión*. Obra colectiva dirigida por Víctor BAZÁN. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997. Estudios publicados: Germán J. BIDART CAMPOS, «Inconstitucionalidad por omisión. ¿Causa de tutela de los derechos de naturaleza socio-económicas?» Víctor BAZÁN, «Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina». Néstor Pedro SAGÜES, «La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro». José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión». Jorge MIRANDA, «La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión del ordenamiento constitucional portugués». *En busca de las normas ausentes*. Obra colectiva dirigida por Miguel CARBONELL. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Ensayos publicados: José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión». Ignacio VILLAYERDE, «La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional». Víctor BAZÁN, «Repuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de Derecho comparado». Javier TAJADURA TEJADA, «La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales». Ignacio VILLAYERDE MÉNDEZ, «La inconstitucionalidad por omisión». McGraw-Hill, Madrid, España, 1997. Marcos GÓMEZ PUENTE, «La inactividad del legislador, una realidad susceptible de control». McGraw-Hill, Madrid, España, 1997. Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General: Derecho Comparado. El caso español», Civitas, Madrid, 1998. Esta es una de las obras más completas sobre el tema y aún no superada. Es su tesis doctoral merecedora de la máxima clasificación.

A) SILENCIO DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Este tema generalmente es tratado por los civilistas con relación a la formación del consentimiento, pero puede darse fuera de él.

Expresa el civilista español Calixto VALVERDE Y VALVERDE: «El hecho es la causa del derecho, mejor dicho, su fuente, y por eso cabe admitir la distinción entre el hecho y el derecho. El nacimiento, transformación y fin de los derechos son consecuencias de hechos a los que el Derecho ha atribuido tales efectos y por lo tanto, es exacta la definición de Savigny cuando dice que son acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de Derecho nacen y terminan. Los derechos jurídicos pueden ser positivos o negativos según sea indispensable la realización o la omisión de actos para que el derecho comience o termine, aunque preciso sea reconocer que los hechos negativos no sean tan frecuentes como los positivos» (11).

El simple o mero silencio no se considera consentimiento o aceptación (12); salvo que la ley y las partes así lo dispongan, o se deduzca necesariamente de las circunstancias que lo rodean.

En resumen, los efectos jurídicos del silencio pueden provenir de la ley, del consentimiento tácito (13), de las circunstancias que rodean el caso, de los usos y costumbres, del modo en que operan las partes que aceptan normalmente en sus operaciones el silencio ante la oferta como aceptación (14), y del acuerdo de las partes. Por tal razón debe actuarse con mucha cautela en esta materia.

Existen también las declaraciones presuntas, en las cuales las leyes presumen la voluntad, presunción que admite prueba en contrario. Por ejemplo: de acuerdo con los artículos 1.160, 2.126 y 3.768 del Código Civil, se presume siempre aceptado el legado mientras no conste que ha sido repudiado; la entrega del título al deudor se presume voluntaria y con efecto de donación, salvo prueba en contrario; la restitución de la cosa empeñada presupone la remisión del derecho a la prenda, si el acreedor no probase lo contrario.

El Código Civil reconoce el consentimiento que se traduce en hechos, declaraciones, circunstancias, etc. Pero al mismo tiempo existen unas manifestaciones de voluntad que deben ser expresas y otras hechas en forma so-

(11) *Tratado de Derecho Civil Español*. Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid (España), 1935. T. I. Parte General, pág. 473.

(12) *Qui, non itique fatetur, sed tamera verum, eum non negare*: El que calla ciertamente no confiesa; sin embargo es verdad que no niega. Paulo. Ley 142.

(13) De acuerdo con el artículo 2.448 del Código Civil, existe amplia libertad para expresar el consentimiento. Puede ser hecho de palabra, por telégrafo, teléfono, por escrito o por hechos que necesariamente se deduzcan (consentimiento tácito).

(14) También pueden disponer que el silencio no sea aceptación y pactar otras condiciones para su validez.

lemne. Ejemplos de manifestaciones expresas: la elección de la prestación alternativa corresponde al deudor, a menos que expresamente hubiese correspondido al acreedor (15) y cuando la elección corresponde expresamente al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día de que aquella hubiere sido notificada al deudor (16); la solidaridad activa y pasiva debe probarse expresamente (17); el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiere reservado este derecho (18); el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, de no haberlo hecho contra su expresa voluntad (19); a menos que el contrato lo autorice expresamente no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consiste la obligación (20); la subrogación hecha por el acreedor al recibir el pago de un tercero debe ser expresa (21); el depositario sólo podrá usar la cosa con autorización expresa (22); la fianza debe constituirse en forma expresa (23). Ejemplos de manifestaciones solemnes son los contratos solemnes en que no basta el consentimiento para su perfeccionamiento, pues se exige, además, una formalidad como el instrumento público o privado, o la presencia de un funcionario. Ejemplos: la cesión de derechos litigiosos (24), la permuta sobre bienes raíces o derechos hereditarios (25), la anticresis (26), el matrimonio (27), etc.

Es conveniente advertir que en presencia del silencio o el consentimiento tácito la prueba se puede complicar porque los contratos o convenios mayores de doscientos córdobas no se pueden probar por medios de testigos, salvo que exista principio de prueba por escrito, imposibilidad moral o física de procurar prueba por escrito (en los contratos entre padres e hijos, en el depósito necesario, en una atención médica de urgencia, etc.) o cuando por caso fortuito se perdió el documento (terremoto, guerra, etc.) (28).

El valor del silencio de las partes o de los sujetos de derecho puede ser su ineficacia, el consentimiento o su negación. Por ejemplo:

-
- (15) Artículo 1.905 del Código Civil.
 - (16) Artículo 1.912, párrafo 1 del Código Civil.
 - (17) Artículo 1.924 del Código Civil.
 - (18) Artículo 1.990 del Código Civil.
 - (19) Artículo 2.010, inciso 2 del Código Civil.
 - (20) Artículo 2.021, inciso 1 del Código Civil.
 - (21) Artículo 2.043, inciso 1 del Código Civil.
 - (22) Artículo 3.463 del Código Civil.
 - (23) Artículo 3.669 del Código Civil.
 - (24) Artículo 2.743 del Código Civil.
 - (25) Artículo 2.749 del Código Civil.
 - (26) Artículo 3.900 del Código Civil.
 - (27) Artículos 94 y 95 del Código Civil.
 - (28) Artículos 2.423 a 2430 del Código Civil.

- a) Si un comerciante hace ofertas por radio, periódicos o televisión y el destinatario no contesta, su silencio no representa consentimiento de aceptación, ni su negación, y, como consecuencia, no existe ningún vínculo entre oferente y destinatario de la oferta. El silencio es ineficaz jurídicamente (29).
- b) El silencio puede representar una aceptación o consentimiento (30):
 - i) Si después de terminado el arriendo continúa el arrendatario sin oposición del arrendador en el goce y uso del predio rústico, se entenderá renovado el contrato por otro año labrador (31).
 - ii) El arrendamiento del predio urbano se tiene por renovado si el arrendador hubiese recibido del arrendatario la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la extinción del contrato (32).
 - iii) El comodato precario se constituye por la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (33).
 - iv) Cuando las partes convienen que extinguido el plazo del contrato, si ninguna de ellas pide su terminación, se entenderá prorrogado (por ejemplo en el arrendamiento, sociedad, etc.).
 - v) Las partes de un contrato pueden convenir que en sus relaciones comerciales o civiles el silencio ante la oferta de la otra es aceptación.
 - vi) Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo y transcurrido un término razonable, su silencio se tendrá como aceptación (34).
 - vii) Si al que pertenece el negocio tuviere conocimiento de la gestión ajena y no se opusiere a ella, se entenderá que la consiente, pero sólo en lo que le aproveche efectivamente (35).
 - viii) Si alguien tuviere interés en que el heredero declare si acepta o repudia la herencia, le puede pedir al juez que le señale al heredero un plazo que no exceda de un mes para que dentro de él haga la declaración, bajo el apercibimiento de que si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada (36).
- c) Las partes pueden convenir que el silencio de una oferta hecha por cualquiera de ellas se entenderá por no aceptación.

(29) *Qui tacet, non itique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare*: El que calla ciertamente no confiesa; sin embargo, es verdad que no niega. Paulo. Ley 142.

(30) *Qui tacet consentire videtur*: Quien calla es de creer que consiente.

(31) Artículo 2.926 del Código Civil.

(32) Artículo 2.928 del Código Civil.

(33) Artículo 3.446, inciso 2 del Código Civil. *Taceno consentit*, se contradice *impedire poterat*: Quien calla otorga, si contradiciendo podría impedirlo.

(34) Artículo 3.308 del Código Civil.

(35) Artículo 3.380 del Código Civil.

(36) Artículo 1.243, inciso 1 del Código Civil.

- d) Cuando las partes del convenio o contrato no estuvieren reunidas, la aceptación de la oferta debe hacerse en el plazo propuesto. Se tendrá por no aceptada la oferta si no se fija plazo y no se responde dentro de tres días cuando se encuentren en el mismo distrito y dentro de diez días si se encuentran en otro distrito, pero en la República y sesenta días cuando se hallaren fuera del país (37). Si las partes estuvieren presentes la aceptación se hará en el mismo acto (38).
- e) La sucesión intestada se funda en el silencio del que no quiso testar (39).
- f) En general la ley suple el silencio de las partes.
- g) La prescripción negativa se funda en el silencio.
- h) La preterición de un heredero se funda en el silencio.
- i) La ley suple el silencio de las partes al señalar el lugar del pago (40).
- j) Si no se pactaron intereses en el mutuo se supone gratuito y sólo se deben los intereses de la mora (41).
- k) El mandato se acepta tácitamente por actos de ejecución (42).
- l) La herencia se acepta tácitamente por hechos que se deduzcan de esa intención o por el ejercicio de actos propios de un heredero (43).
- m) La entrega del documento de crédito produce la remisión de la deuda (44).

También el silencio puede dar origen a obligaciones cuando de él se abusa por negligencia o dolo. Por ejemplo, si en el periodo que se me permite aceptar, no lo hago porque mi único interés es perjudicar al oferente, a un tercero o a cualquiera de ellos, o en los casos de las reticencias y la mala fe en la contratación, principalmente en los contratos de confianza como el seguro, al que debe agregarse el mandato y la sociedad.

Expresa Ludwig ENNECERUS: «En el silencio (consciente) por sí solo no puede haber engaño si no media un deber especial de noticiar, o bien si conforme a la buena fe y a las opiniones dominantes en el tráfico, la comunicación tenía que hacerse. Por tanto, el vendedor comete engaño si le consta que el comprador yerra sobre cualidades importantes de la cosa y no se las manifiesta, pero no cuando, por ejemplo, el vendedor, que se halla al otro lado del Atlántico, no comunica al comprador noticias que pueden influir desfavorablemente en el precio de la mercancía. Por lo demás, la franqueza

(37) Artículo 2.452 del Código Civil.

(38) Artículo 2.451 del Código Civil.

(39) Artículos 932 y 998 del Código Civil.

(40) Artículo 2.031 del Código Civil.

(41) Artículo 3.398 del Código Civil.

(42) Artículo 3.294 del Código Civil.

(43) Artículo 1.231 del Código Civil.

(44) Artículos 2.126, 2.129 y 2.135 del Código Civil.

que exige la buena fe es diversa según las relaciones jurídicas, y debe ser mayor, por ejemplo, en las relaciones de mandato, sociedad y de seguros que en la compraventa o en el arrendamiento» (45).

B) SILENCIO DE LA LEY

La ley puede callar y no contemplar el caso que debe decidirse. El juez o autoridad que debe decidir no puede abstenerse de hacerlo porque no es permitido por el ordenamiento. Ni la oscuridad ni los vacíos lo autorizan a abstenerse. Los jueces y tribunales tienen la obligación de resolver los casos que se le presenten sin poder argumentar que no están regulados por la Constitución o las leyes. No es lícita la negación de justicia, y sancionada por el Código Penal (46).

No aceptamos el *non liquet* (abstenerse el juez de decidir el caso) que explica Aula Gelio en las Noches Áticas (47).

Para solucionar estos vacíos se recurre a la analogía y a los principios generales del Derecho.

Es importante advertir que en el Derecho Privado los vacíos legales en la mayor parte de los casos pueden ser llenados por el convenio de las partes en virtud del principio de la libre contratación. La vida moderna y la tecnología producen nuevos tipos de contratos y convenios que no están regulados por los códigos, pero que las partes pueden celebrar, apareciendo así los contratos o convenios atípicos o innominados, los cuales presentan muchas variantes.

3. EL SILENCIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La Ley de Amparo exige dos condiciones para que proceda el amparo: el haber agotado los recursos ordinarios establecidos por la ley, o no haberse dictado resolución en la última instancia dentro del término que la ley respectiva señala.

(45) *Derecho Civil. Parte General*. Vol. II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935, págs. 218 y 219.

(46) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 371, inciso 4 del Código Penal. El artículo 425 del Proyecto del Código Penal, en trámite legislativo en la Asamblea Nacional, tipifica el delito de negación de justicia y dispone que el juez o magistrado que se niegue a juzgar sin alegar causa legal, o con el pretexto de oscuridad de insuficiencia o silencio de la ley, será penado con multa de cien a doscientos córdobas e inhabilitación absoluta de seis meses a cuatro años.

(47) Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1950, págs. 169 a 173. Cfr. la fábula de Esopo, *El lobo, la zorra y el mono*.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que el agraviado tiene la obligación de agotar los recursos ordinarios tendientes a revocar o modificar los actos. Tales recursos, cuya no promoción hace improcedente al recurso de amparo, deben estar expresamente regulados por la ley. Por lo tanto al no estar previstos en la ley no existe recurso alguno que agotar (48). La Corte Suprema ha dicho que: i) No ha lugar al amparo por no haberse agotado la vía administrativa, ya que al denegarse una apelación por el Consejo Nacional de Transporte debió interponerse el recurso de hecho. Hay dos disensos (49). ii) Contra un acto ejecutado sin forma ni figura de juicio no es necesario agotar la vía administrativa (50). iii) Cuando no existe un procedimiento claro a utilizar no puede señalarse falta de agotamiento de la vía administrativa. No es ilegal la orden de remitir la edición cotidiana de un periódico para ser censurada, ya que de no hacerse resultaría ilusoria la censura decretada sobre cuestiones militares o de seguridad nacional y esa censura es de índole discrecional. Es improcedente el recurso ya que, aun cuando la censura no fuera legal en el momento de la interposición del recurso, vino a serlo con posterioridad y además se ha ordenado la suspensión de la publicación del periódico y, por lo tanto, se trata de actos ya consumados que no son susceptibles de ser reparados. Hay tres disensos (51). iv) La Corte Suprema sostiene que no existen recursos internos para recurrir contra las resoluciones de la Asamblea Legislativa, por lo que el recurso de amparo es directo porque no hay vía administrativa que agotar. Hay voto disidente de dos magistrados que sostienen que existe un recurso de alzada ante el pleno de la Asamblea, con lo que se agota la vía administrativa (52).

Por la importancia del caso haremos un breve resumen de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia relacionada con el tema, y citaremos al pie de página algunas sentencias que también respaldan el criterio de la sentencia resumida: El Ministro de Desarrollo Agropecuario y Reforma Agraria (MIDINRA) le entrega al recurrente, a título de permuta, un título agrario de ciento sesenta manzanas. Posteriormente se presentó un tercero con una notificación del Delegado Regional del INRA, en la cual se disponía la medida

(48) S. 9:30 a.m. del 23 de julio de 1982, B.J., pág. 326; S. 9:00 a.m. del 27 de noviembre de 1992., B.J., pág. 259; S. 10:30 a.m. del 12 de junio de 1992, B.J., pág. 124; S. 9:00 a.m. del 22 de enero de 1993, B.J., pág. 1; S. 9:00 a.m. del 1 de abril de 1993, B.J., pág. 22; S. 9:00 a.m. del 25 de octubre de 1993, B.J., pág. 162; S. 9:00 a.m. del 26 de octubre de 1993, B.J., pág. 169; S. 3:00 p.m. del 2 de noviembre de 1993, B.J., pág. 180; S. 11:30 a.m. del 6 de junio de 1995, B.J., pág. 35; S. 9:00 a.m. del 4 de julio de 1996, B.J., pág. 202; S. 10:30 a.m. del 2 de mayo de 1996, B.J., pág. 125; S. 10:30 a.m. del 4 de junio de 1996, B.J., pág. 161.

(49) S. 11:00 a.m. del 3 de febrero de 1975, B.J., pág. 9.

(50) S. 11:30 a.m. del 16 de agosto de 1982, B.J., pág. 364.

(51) S. 10:00 a.m. del 1 de octubre de 1986, B.J., pág. 283.

(52) S. 9:00 a.m. del 26 de noviembre de 1992, B.J., pág. 259.

de dicha finca para entregar cien manzanas al recurrente y el resto al tercero. Se recurrió de esa decisión y la Corte Suprema dijo que de acuerdo con el artículo 27, inciso 6 de la Ley de Amparo, para interponer el amparo es preciso agotar todos los recursos ordinarios que establece la ley, pero que se tiene por agotada la vía administrativa: *a)* Cuando no existe recurso. *b)* Cuando las autoridades ocupan las vías de hecho. De esta actuación sólo pueden resultar actos inexistentes por la gravedad extrema que surgen de la usurpación de funciones o de la invasión de atribuciones o cuando los actos no estén comprendidos en ninguna de las facultades de la administración. Se colocan en general en la categoría de actos inexistentes, aquellos en los cuales hay manifiesta incompetencia para la realización de un acto, así por ejemplo: Si el poder ejecutivo resolviese un litigio sobre propiedad de tierras, o el poder judicial expidiese una ley, indudablemente que estas serán actuaciones arbitrarias, actuaciones de hecho de los funcionarios responsables e indudablemente que ninguno de estos actos necesitaría de una resolución judicial para privarlos de sus efectos. *c)* Cuando al quejoso se le ha dejado en indefensión en el procedimiento (53).

Es preciso que se agoten todos los recursos ordinarios que se concedan en las leyes para después recurrir de amparo contra la sentencia que se dicte en el último recurso permitido. No se permiten saltos en el amparo, pues hay que agotar la vía gubernativa. Son numerosas las sentencias que han declarado la improcedencia por no haberse agotado la vía administrativa.

No obstante, es posible que contra el acto de autoridad no se contemple recurso alguno. En este supuesto puede interponerse el amparo directamente, pues ya no hay vía administrativa que agotar, como sucede con las resoluciones de la Asamblea Legislativa (54).

Cuando la autoridad, a pesar de las reclamaciones, no se pronuncia sobre las peticiones rechazándolas o acogéndolas, se presenta el problema de determinar el valor jurídico que tiene ese silencio y con base en él asumir la actitud que corresponde a la solución encontrada.

Cuatro soluciones se han formulado: *a)* La que sostiene que una vez vencido el plazo para dictar sentencia, el interesado debe pedir que las diligencias pasen a otra autoridad para que decida. *b)* La que sostiene que, en tal supuesto, otra autoridad de oficio puede avocarse al conocimiento del pro-

(53) S. 9:00 a.m. del 8 de noviembre de 1993, B.J., pág. 180; S. 9:00 a.m. del 25 de octubre de 1993, B.J., pág. 162; S. 9:00 a.m. del 2 de noviembre de 1993, B.J., pág. 175; S. 9:00 a.m. del 11 de noviembre de 1993, B.J., pág. 185.

(54) La Corte Suprema sostiene que no existen recursos internos para recurrir contra las Resoluciones de la Asamblea Legislativa, por lo que el recurso de amparo es directo porque no hay vía administrativa que agotar. Disintieron dos magistrados que opinan que existe un recurso de alzada ante el pleno de la Asamblea, con lo que se agota la vía administrativa (S. 9:00 a.m. del 26 de noviembre de 1992, B.J., pág. 259).

blema. c) La que sostiene que, una vez vencido el plazo, se entiende que la autoridad ha decidido afirmativamente; y d) la que sostiene que en tal caso la decisión ha sido negativa, por lo que el quejoso puede intentar los recursos administrativos o jurisdiccionales correspondientes (amparo, etc.). Las dos últimas soluciones son las más aceptadas por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.

La tesis del silencio negativo es la más aceptable aunque, excepcionalmente, en algunos supuestos legales se admite la tesis del silencio positivo, de mucho riesgo y peligro para la administración, con mayor razón donde aún no existe un servicio civil técnico y organizado, como en nuestro país. Un porcentaje alarmante de casos pierde el Estado por incompetencia, negligencia, o indiferencia de sus funcionarios y abogados.

Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, el silencio de carácter negativo no es un verdadero acto administrativo, sino una ficción legal con efectos estrictamente procesales, limitados a abrir la vía del recurso. Sustituye al acto expreso, pero en el fondo no existe una voluntad expresa de la administración (55).

Por el contrario, el silencio positivo tiene una función técnica y un régimen diferente al silencio negativo. El silencio es una técnica material para lograr de manera más suave la exigencia de obtener una autorización o aprobación administrativa. Es un verdadero acto administrativo equivalente a la autorización o aprobación, a los que sustituye. Sus efectos son muy importantes y al mismo tiempo peligrosos para la administración si no actúa con diligencia para resolver, pues queda vinculado como si hubiera fallado a favor del reclamante (56).

Nuestras constituciones derogadas y el artículo 25, literal c) del Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses establecían el derecho de petición a favor de los ciudadanos y la obligación de las autoridades de resolver las pretensiones, pero no señalaban el valor del silencio. Lo mismo sucede con la Constitución vigente.

La Corte Suprema de Justicia empezó a abordar el problema negando que el silencio significa negativa de la petición y limitó el amparo solamente para obligar a la autoridad a pronunciarse sobre la petición o recurso, sin entrar a conocer el fondo del asunto (57). Posteriormente aceptó que el silencio significaba negativa, pero también limitó el amparo a obligar a la autoridad a que se pronuncie (58); pero tal doctrina resulta absurda, pues si ya existe

(55) La Corte Suprema de Justicia acepta las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA y mantiene la tesis del silencio negativo en varias sentencias (S. 11:30 a.m. del 11 de octubre de 1993, B.J., pág. 18).

(56) *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1984, pág. 550 y sigs.

(57) S. 11:30 a.m. del 14 de mayo de 1946, B.J., pág. 13434.

(58) S. 11:00 a.m. del 18 de agosto de 1972, B.J., pág. 199.

negativa por parte de la autoridad recurrida, carece de objeto conceder el amparo sólo con el fin de que la autoridad se pronuncie nuevamente, pues ya su pronunciamiento había sido negativo.

Creo que, si después de vencido el plazo legal, o prudencial en defecto de aquel, la autoridad no se ha pronunciado sobre nuestra petición o recurso se entiende que la petición ha sido denegada y, como consecuencia, se puede proponer el amparo al haberse agotado todos los recursos legales y la Corte debe entrar a conocer el fondo del asunto y no limitarse a obligar a la autoridad a que se pronuncie.

La doctrina de la Corte Suprema viola el principio de celeridad que prevalece en este recurso, ya que establece un amparo de doble vuelta: el amparo para que se pronuncie la autoridad y un segundo amparo contra el probable rechazo de nuestra petición o recurso. Este sistema no concuerda con los fines del amparo y es peligroso. No niego que el derecho de petición y la correlativa obligación de pronunciarse es una garantía constitucional y su violación puede dar origen a un amparo. Pero nadie va a escoger primero un amparo para que se pronuncie la autoridad y luego otro para impugnar la decisión de ésta.

El poder judicial no puede condenar al recurrente a una larga espera. Equivaldría a la condena de Poseidón contra Ulises de peregrinar en el mar por haber cegado a su hijo, el deforme cíclope Polifemo (59).

Vuelvo a repetir: creo que en nuestra Ley de Amparo el silencio es negativo.

El artículo 18 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo establece el silencio con carácter positivo y señala un plazo de treinta días para fallar.

También el artículo 40 de la Ley de Municipios, reformada por Ley del 22 de agosto de 1987, consagra el silencio administrativo en su carácter de afirmativo, o sea, que se entenderá resuelto a favor del recurrente.

La Corte Suprema ha dicho: i) Modernamente se ha establecido que si se descubre silencio administrativo, se establece como inmediata consecuencia negativa o acto (fallo) negativo presunto y, por tal razón, cuando tal ocurra, debe conocer y resolver sobre el asunto, como era deber del funcionario remiso (60). ii) El silencio administrativo hace que no corra el término para recurrir de amparo. Es improcedente el amparo entablado por quien dice ser Secretario Ejecutivo de la Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua ya que no comprobó esa calidad ni la existencia jurídica de tal entidad (61). iii) El silencio administrativo hace que no corra el término para

(59) No obstante, por sentencia de las 11:40 a.m. del 16 de enero de 1978, B.J., pág. 1, aceptó conocer el fondo del asunto sin esperar un ulterior amparo. Pero por sentencia de las 10:45 a.m. del 19 de enero de 1983, B.J., pág. 5, retrocedió al criterio anterior.

(60) S. 11:40 a.m. del 16 de enero de 1978, B.J., pág. 1.

(61) S. 11 a.m. del 12 de junio de 1986, B.J., pág. 142.

recurrir de Amparo. Ha lugar al amparo contra el Presidente de la Comisión Nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos quien deberá contestar dentro de diez días la solicitud de la recurrente sobre el pedimento de indulto de unos detenidos (62). iv) En virtud del silencio administrativo de la autoridad recurrida se agota la vía administrativa (63).

Como puede observarse, la Corte Suprema de Justicia le ha dado valores diferentes al silencio: un valor de fallo negativo y el otro como causa de suspensión del término para interponer el recurso.

En nuestro sistema existen tres tipos de silencio: uno que significa fallo a favor del reclamante (Ley de Municipalidades y de lo Contencioso-Administrativo); otro que tiene carácter negativo; y un último silencio que significa suspensión del término para recurrir.

4. EL SILENCIO EN EL DERECHO PROCESAL

A) SILENCIO PROCESAL

En el Derecho Procesal tiene amplia aplicación el silencio debido a la propia naturaleza del proceso (64). Éste es un conjunto de actos, hechos y situaciones encadenadas y sucesivas que conducen a la cosa juzgada como instrumento de certeza legal y paz social, regido, entre otros, por los principios de los plazos procesales, el impulso procesal de parte, el principio de preclusión, el principio de eventualidad y de la carga procesal, íntimamente vinculados al silencio procesal.

En virtud de los principios expuestos en el proceso, el silencio procesal es generalmente simple, no circunstanciado, basta callar para que se produzcan sus efectos. El silencio procesal puede significar aceptación o negación y puede resultar de la ley o de lo que se deduzca de los hechos (principio de cumplimiento de una sentencia por el deudor, la caducidad como desistimiento tácito).

Se pueden presentar algunas modalidades: a) Prescindir de la omisión, restándole valor. Ejemplos: el deslinde y amojonamiento se llevará a efecto aunque no asistan algunos colindantes, los cuales conservan su derecho (65); para proceder a la distribución de agua el juez citará a los interesados a

(62) S. 10:45 a.m. del 9 de febrero de 1987, B.J., pág. 63.

(63) S. 9:00 a.m. del 2 de abril de 1993, B.J., pág. 26.

(64) Cfr. Eliana PINTO GESSEL, *El silencio en materia procesal*, Editorial Universitaria, S. A., Santiago, Chile, 1961. Norberto J. NOVELLINO y Atilio C. GONZÁLEZ, *El silencio y sus efectos en los procesos judiciales*. Rubinzol-Culzoni, Editores, Buenos Aires, Argentina, 2000.

(65) Artículo 1.454 del Código de Procedimiento Civil.

reunión y la celebrará sólo con los que asistan (66); para resolver los asuntos entre comuneros el juez cita a Junta, la que se realizará con los que asistan (67); si el Presidente no presenta la lista de candidatos para magistrados de la Corte Suprema de Justicia para su elección, se procederá a la elección con la lista presentada por los diputados (68); *b)* Impedir la omisión, obligando al cumplimiento. Ejemplo: el juez para ejecutar sus sentencias, autos y providencias podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública y el auxilio de los ciudadanos (69), la obligación de los jueces y magistrados de resolver los asuntos que se les sometan a su decisión (70); *c)* La caducidad del derecho, pérdida del trámite o del recurso (71); *d)* Una obligación de no hacer. Por ejemplo, el cumplimiento del principio de lealtad procesal que obliga al litigante a abstenerse de realizar actos contrarios a la buena fe, probidad y abuso del derecho (72), el juicio ejecutivo para las obligaciones de no hacer (73); *e)* Una obligación de hacer al regular el juicio ejecutivo para las obligaciones de hacer (74).

El artículo 134 del Código de Procedimiento Civil se refiere al silencio negativo al establecer que cuando se previniere a alguno que en el acto de la notificación o dentro de cualquier otro plazo, exponga su conformidad o inconformidad, aceptación o no aceptación a algún trámite o mandato judicial o pedimento, su silencio, vencido el correspondiente plazo, se tendrá por negativo.

Veamos algunos ejemplos:

a) Los plazos. El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil dispone que transcurridos los términos judiciales, se tendrá por caduco el derecho y perdido el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de apremio ni acuse de rebeldía, salvo cuando se trate del término señalado para contestar la demanda que en ese caso se acusará de rebeldía. Como consecuencia:

(66) Artículo 1.482 del Código de Procedimiento Civil.

(67) Artículo 1.506 del Código de Procedimiento Civil.

(68) Artículo 138, inciso 7 de la Constitución.

(69) Artículos 196 del Código de Procedimiento Civil, 167 de la Constitución y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(70) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(71) Artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

(72) Artículo 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Este último prohíbe al que promueve tres a más incidentes dilatorios propone otro, salvo que deposite de diez a cien córdobas, para responder de la multa si perdiese el incidente, suma no decisiva, pero los incidentes se transmitieron en pieza separada o sea, sin suspender la tramitación de la acción principal, salvo que la otra parte la consienta.

(73) Artículo 1.814 y sigs. del Código de Procedimiento Civil.

(74) Artículo 1.814 y sigs. del Código Civil.

- i) Si el agraviado no hace uso de su recurso (reposición, apelación, casación, etc.) dentro del plazo establecido por la ley queda firme la sentencia. ii) Si no se insta la marcha del juicio, ya sea en primera y segunda instancia y casación, dentro de los plazos establecidos en la ley, el juicio caduca. Si la caducidad es de la primera instancia se puede promover nuevamente la acción (75), sin perjuicio de la prescripción. Si es en segunda instancia y casación quedará firme la sentencia recurrida y hará tránsito a cosa juzgada. iii) Si no se promueve oportunamente el incidente, se declara sin lugar. iv) Si no se presentan y practican las pruebas dentro del plazo legal, no tendrán valor, salvo las excepciones admitidas por la ley (76). v) Las pruebas deben producirse con citación de la parte contraria, pena de nulidad. Si se citó a la otra parte y no las impugnó se tienen por aceptadas. vi) Los hechos no impugnados al contestar la demanda se tienen por aceptados (77). vii) Si el demandado en el juicio ejecutivo corriente no dedujere oposición, se acepta la ejecución y se dicta la sentencia de pago o de remate (78). viii) En el juicio ejecutivo en las obligaciones de hacer y no hacer, si no existiere oposición se tiene por aceptada la ejecución, se omite la sentencia de pago y con el mandamiento ejecutivo se procederá a su ejecución (79). ix) Si no existe oposición al desahucio, éste es aceptado y se mantendrá (80). x) Al que se ordene la rendición de cuentas puede oponer excepciones dilatorias y perentorias dentro de tres días de notificado, de lo contrario pierde el derecho de hacerlo (81). xi) En el juicio ordinario se pueden oponer excepciones dilatorias y perentorias en los plazos legales, sino se pierde este derecho (82). xii) Si no se impugna el pago por consignación dentro del término de ley, ésta queda firme y surtirá todos los efectos del verdadero pago (83). xiii) En el juicio sumario con lo que conteste el demandado o en su rebeldía se sigue la causa (84).

b) Impulso procesal. La iniciación y tramitación del proceso, lo mismo que la ejecución de la sentencia, necesitan del impulso de las partes o del juez. El proceso no nace ni se desenvuelve espontáneamente.

(75) Artículo 404 del Código de Procedimiento Civil.

(76) Artículo 1.086 del Código de Procedimiento Civil.

(77) Artículo 1.051 del Código de Procedimiento Civil.

(78) Artículo 1.746 del Código de Procedimiento Civil.

(79) Artículo 1.819 del Código de Procedimiento Civil.

(80) Artículo 1.434 del Código de Procedimiento Civil.

(81) Artículo 1.405 del Código de Procedimiento Civil.

(82) Artículos 818 y sigs. del Código de Procedimiento Civil.

(83) Artículo 1.599 del Código de Procedimiento Civil.

(84) Artículo 1.647 del Código de Procedimiento Civil.

Si a las partes se les encomienda la iniciación e impulsión del proceso, el principio se denomina dispositivo; de acuerdo con este principio, el juez no actúa de oficio, necesita de la petición de las partes. Por el contrario, si al juez es a quien se le encomienda la iniciación del proceso, el principio se denomina inquisitivo; de acuerdo con este principio, el juez actúa de oficio.

El principio dispositivo se aplica en el proceso civil, por cuanto en éste prevalece el interés privado. El principio inquisitivo se aplica en el proceso penal, por cuanto prevalece el orden público. El principio dispositivo campea en nuestro Código de Procedimiento Civil y está consignado fundamentalmente en los artículos 56 y 193 del Código de Procedimiento Civil.

Podemos señalar, entre otras, las principales aplicaciones: i) El actor es el único autorizado para promover el proceso (*nemo iudex sine actore*). El juez no puede iniciar de oficio un proceso aunque conozca todos los pormenores de la cuestión y la violación de la ley. El artículo 935, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, dispone que no puede obligarse a nadie a mostrarse actor. Aunque no lo consagre expresamente este cuerpo de leyes, tampoco puede obligarse al demandado a asumir la defensa y a oponer excepciones. ii) Una vez iniciado el proceso, corresponde a las partes impulsarlo para que avance. iii) Las partes deben aportar las pruebas y hacer los alegatos correspondientes. iv) Las partes pueden disponer sobre la relación material mediante el desistimiento, deserción, transacción, abandono y allanamiento. v) El juez debe dictar su sentencia de acuerdo con lo alegado y probado por las partes. El artículo 424 del Código de Procedimiento Civil dice: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el juicio, haciendo las declaraciones que esta exija, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos». La violación del artículo transcrito da lugar a la casación de fondo fundada en el artículo 2.057, incisos 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil. No sucede lo mismo en cuanto al Derecho. El juez conoce el Derecho y debe aplicarlo y, como consecuencia, no rige el principio dispositivo. De acuerdo con el artículo 1.027 del Código de Procedimiento Civil, los jueces pueden suplir las omisiones de los demandantes, y también de los demandados, si éstas pertenecen al derecho; pero no pueden suplir de oficio el medio que resulte de la prescripción, lo cual se deja a la conciencia del litigante, tampoco las omisiones de hecho. Sin embargo en la casación, si no se cita y se motivan las disposiciones violadas, aplicadas indebidamente o mal interpretadas, no las puede suplir de oficio la Corte Suprema de Justicia (85).

(85) Artículo 143, inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el antiguo Derecho griego, el Derecho era objeto de prueba y el juez solamente podía sentenciar con base en el derecho invocado y probado por las partes. El artículo 369 del Código de Procederes de Santa Cruz de 1833, dado para Bolivia, primer código de América, consagraba el principio de que el juez solamente debía aplicar el derecho proporcionado por las partes. En la ex Unión Soviética y demás países socialistas se le permitía al juez apartarse de la demanda y conceder lo probado, aunque no estuviera pedido. vi) Sólo a las partes les corresponde el derecho de interponer los recursos establecidos por la ley, ya que son ellas las que pueden ser agraviadas con la resolución recurrida. No obstante, y a pesar de no existir apelación, deben consultarse las sentencias de separación de cuerpo, nulidad del matrimonio y mayorización, de acuerdo con los artículos 192, 197, 281 del Código Civil, y 2.046 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. También los terceros interesados pueden apelar de acuerdo con los artículos 492 y 493 del Código de Procedimiento Civil. vii) La cosa juzgada sólo afecta a las personas que han sido partes en el proceso (86).

No obstante lo expuesto, existen algunos casos en que el juez puede actuar de oficio, por ejemplo, en las pruebas para mejor resolver, de acuerdo con el artículo 213 del Código de Procedimiento Civil; en las declaraciones de nulidad por impedimentos absolutos del matrimonio, de acuerdo con el artículo 114 del Código Civil; en la declaración de nulidad absoluta de los actos y contratos, de acuerdo con el artículo 2.204 del Código Civil; declarando su incompetencia por razón de la materia y cuantía, de acuerdo con el artículo 827, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil y en los casos de consulta anteriormente enumerados.

c) Principio de preclusión. El proceso se desarrolla en etapas y el principio de preclusión viene a cerrar cada etapa, impidiendo que se retorne a las vencidas, por lo que si no se hizo uso de un derecho dentro de ella, quedó extinguido. Por el ejemplo: el que no apeló o mejoró en tiempo el recurso, permite que la sentencia quede firme; a quien es emplazado para que conteste la demanda y no comparezca a contestar se le declara rebelde y se entiende contestada negativamente (87). En otros sistemas la rebeldía equivale a la aceptación de la demanda.

Este principio está contemplado en el artículo 174 y otros del Código de Procedimiento Civil.

(86) Artículo 2.361 del Código Civil.

(87) C. 19 de octubre de 1951, B.J., pág. 15834; S: 10:15 a.m. del 19 de julio de 1958, B.J., pág. 19090; S: 11:00 a.m. del 17 de septiembre de 1956, B.J., pág. 18225; Cta. 28 de septiembre de 1959, B.J., pág. 19722; S: 9:00 a.m. del 22 de marzo de 1962, B.J., pág. 143; S: 10:32 a.m. del 20 de marzo de 1963, B.J., pág. 109; S: 9:45 a.m. del 26 de febrero de 1965, B.J., pág. 55; S: 9:45 a.m. del 30 de agosto de 1966, B.J., pág. 218.

d) Principio de eventualidad. En virtud de este principio las partes deben invocar oportunamente, en cada una de las etapas del proceso, los hechos, derechos, defensas y pruebas para el supuesto de que le puedan ser útiles, aunque de momento no lo sean.

Por ejemplo, el demandante puede acumular en forma subsidiaria a la acción principal, las acciones incompatibles con aquélla; el demandado puede esgrimir excepciones en forma subsidiaria a las primeramente invocadas, lo cual sucede generalmente en los juicios sumarios y ejecutivos donde se pueden oponer conjuntamente las dilatorias y perentorias, pasando a ser éstas subsidiarias de aquéllas, por razones obvias; el demandado se puede adherir al recurso de apelación del demandante para que el tribunal de apelación conozca de la excepción o excepciones que el juez *a quo* no consideró necesario analizar, en el supuesto de que el mencionado tribunal se pronuncie en contra de las acogidas por el juez *a quo*. Se impide en esta forma regresar a etapas procesales ya consumadas y se evita la multiplicidad de juicios.

e) La carga procesal. La carga es un deber procesal en interés propio. Son cargas procesales: i) Presentar la demanda en debida forma para impedir la caducidad de la acción o la prescripción del derecho sustancial. ii) Contestar la demanda para impedir una rebeldía. iii) Probar los hechos en que se funda la demanda o la excepción para evitar una sentencia desfavorable. iv) Recurrir en tiempo para evitar que la sentencia quede firme. v) Hacer reparos a las partidas en el juicio de rendición de cuentas para que no sean consentidas (88). vi) Apelar de todos los puntos de la sentencia y expresar agravios sobre los mismos para que no se tengan por aceptados. vii) Expresar agravios en el escrito de personamiento en las sentencias que no sean definitivas para evitar la aceptación de la sentencia apelada (89). viii) Los casos de deserción (90). La deserción es un modo de terminar el recurso por no haber el apelante cumplido las exigencias señaladas por la ley. Se ha dicho que es un abandono tácito del recurso al no cumplir el apelante ciertas exigencias. La ley impone una sanción al declarar la deserción en contra del apelante que no cumplió. Son cinco los casos de deserción que contempla nuestro Código de Procedimiento Civil, a saber: de acuerdo con el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, hay deserción cuando el apelante no presenta el papel necesario para el testimonio, si la apelación fue admitida en el efecto devolutivo; conforme el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, hay deserción cuando el apelante se niega a proveer los gastos de

(88) Artículo 1.408 del Código de Procedimiento Civil.

(89) Artículo 2.036 del Código de Procedimiento Civil.

(90) En el artículo 939 y sigs. del Código de Procedimiento Civil se regulaba la fianza de costas, daños y perjuicios que debía rendir el actor a petición de parte, bajo la pena de declarar desierta la acción. Pero esta fianza fue tácitamente derogada por el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

remisión del proceso al tribunal superior que conocerá de la apelación; el artículo 2.005 del Código de Procedimiento Civil dice que hay deserción cuando el apelante no comparece ante el tribunal superior dentro de los plazos señalados; según el artículo 2.019 del Código de Procedimiento Civil hay deserción cuando el apelante deja vencer el plazo sin sacar el traslado para expresar agravios; el artículo 2.020 del Código de Procedimiento Civil establece que hay deserción cuando el apelante devuelve el expediente con apremio y sin escrito.

En los dos primeros casos la deserción la declara el juez *a quo*, y en los restantes el tribunal *ad quem*. Por regla general, la deserción se decreta a petición de parte. No obstante, en los casos de los artículos 464, 471 y 2.005 del Código de Procedimiento Civil hay deserción de oficio. La Corte Suprema señala cuatro casos de deserción, omitiendo el del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil (91).

Si el recurrido no contesta los agravios en apelación o en casación, su silencio debe entenderse como rechazo de estos.

La carga procesal surge con relación a las partes. La carga impone un deber, cuyo cumplimiento es facultativo. Si no se cumple, el interesado sufre un perjuicio.

Existe diferencia entre carga procesal y obligación. Según COUTURE: «La diferencia sustancial radica en que, mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio» (92).

B) SILENCIO DE LA LEY PROCESAL

La ley procesal puede guardar silencio sobre ciertos trámites de un juicio o sobre todo el procedimiento para ejercer una pretensión o recurso. En tales supuestos se recurre a la analogía y en su caso a los principios procesales.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO señala cómo puede integrarse el Derecho procesal y aplicar la caducidad no contemplada con relación al Código de Comercio: «Comenzaré por destacar que silencio u olvido legislativo, en un determinado código, no significa fatalmente inexistencia dentro del ordenamiento jurídico de un país y que, precisamente, la integración, como expuse, tiene por objeto suplir esas lagunas o casos no previstos, siempre que no exista incompatibilidad entre el espíritu y los fines del texto que presente el vacío y la norma con que haya de cubrirse. Pues bien: ni el apelante ni los magistrados, que se limitan a afirmaciones divagativas, ayunas de fundamen-

(91) S. 10:00 a.m. del 11 de junio de 1954, B.J., pág. 16957.

(92) Eduardo COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1958, págs. 212 y 213.

tación legal, han conseguido presentar un solo artículo del Código de Comercio que contenga prohibición explícita o implícita, directa o indirecta de la caducidad; y siendo ésta un correctivo frente al uso inútil del proceso, contra la hipertrofia del principio dispositivo, que desconoce el carácter público del mismo, la duda no puede resolverse a favor del abuso, sino del remedio que le pone término. El proceso no es un instrumento para que de él se valgan los particulares como les venga en gana, ocasionando gastos y molestias inútiles, sino un mecanismo al servicio de la recta administración de justicia, ya que los tribunales son órganos del Estado para el ejercicio de la jurisdicción, atributo de la soberanía. Además, la simple apertura del proceso crea o pone de manifiesto una situación de inestabilidad o incertidumbre jurídica, que debe cesar cuanto antes, para que el demandado, a quien, como regla (salvo los juicios sin contradictorio o con él pospuesto, que representan la excepción), ampara una presunción de buena fe (de la que en orden a la carga de la prueba es exponente el conocido aforismo *actore non probante, reus est absolvendus*), no quede indefinidamente, por culpa del actor, en estado de zozobra jurídica. Si, según frase de CARNELUTTI, el litigio es la enfermedad y el proceso la medicina, es absurdo prolongar aquélla sin preocuparse de lograr la curación. En otras palabras: el proceso está destinado a terminar, ya sea mediante sentencia, que constituye su desembocadura normal, ya en forma autocompositiva (llámese desistimiento, allanamiento o transacción), bien por circunstancias que impidan la continuación del juicio o le priven de razón de ser, o bien por caducidad, y cabe asimismo abandono del proceso ante jueces públicos para reemplazarlo por el arbitraje. Lo que no tiene sentido es un proceso indefinidamente abierto y en el que nadie realice actos de impulso que lo arrastren a su destino» (93).

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha creado trámites por analogía para los que denomina recursos innominados (94), reglamentos para juzgar a altos funcionarios (95), la oposición al deslinde (96), en el juicio especial de deslinde y amojonamiento, en el cual se omitió la oposición y, como consecuen-

(93) *Clínica Procesal*, Editorial Porrúa, S. A., págs. 289 y 290.

(94) S. 11:30 a.m. del 15 de octubre de 1957, B.J., pág. 19733. Aplicó el plazo de treinta días del amparo para presentar los reclamantes el recurso innominado del artículo 173 del Código de Justicia Militar.

(95) Con fecha de 14 de octubre de 1954, la Corte Suprema de Justicia reguló un procedimiento para el juzgamiento de quienes gozaban de inmunidad y de un fuero especial o juicio de mero privilegio, ante la falta de procedimiento establecido en la ley. La Cámara de Diputados acusaba penalmente a estos funcionarios ante la Cámara del Senado y la Corte Suprema conocería como jurado.

(96) S. 10:30 a.m. del 23 de octubre de 1946, B.J., pág. 13639. S. 10:30 a.m. del 18 de junio de 1949, B.J., pág. 14711. También en estas sentencias se expresa que la oposición a la demanda consiste en excepciones que difieren la acción (excepciones dilatorias) o la concluyen (excepciones perentorias) y como no existía trámite indicó que debía seguirse el de los incidentes, aplicando así la analogía.

cia, existen dos oposiciones en el deslinde: oposición a la demanda y oposición a la línea.

5. EL SILENCIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución puede callar, dejando un vacío para solucionar el caso o la situación. Este silencio puede ser prohibitivo o permisivo. Por ejemplo, cuando la Constitución señala simplemente un plazo para el ejercicio de la Presidencia de la República y guarda silencio sobre la reelección, significa que la permite; si el artículo 26 de la Constitución Política permite revisar los registros que lleva el Estado sin referirse a los que llevan los particulares, significa que también se pueda regular el *habeas data* en contra de los particulares.

Para determinar si procede la prohibición o la permisión es preciso tener en cuenta el contexto de la Constitución, sus principios y valores. Por ejemplo: el artículo 23 de la Constitución expresa que en Nicaragua no existe la pena de muerte. Si se suprime esta disposición, igualmente no sería permitida por el artículo 39 de la Constitución que establece que el sistema penitenciario es para transformar al interno y reintegrarlo a la sociedad, la que rechaza la pena de muerte. En el caso de *habeas data* se permite contra los particulares en virtud del desecho a la privacidad, el honor y la reputación regulados en el artículo 26 de la Constitución, con lo que se le da vida al principio de amplitud y expansión de los Derechos Humanos.

Pero aquí no terminan los silencios constitucionales, por lo que cito otros:

- a) En el supuesto de que el Presidente de la República no promulgue ni publique el proyecto de reforma a la Constitución o a las leyes constitucionales, lo mismo cuando no sancione, promulgue y publique las leyes en un plazo de quince días, el Presidente de la Asamblea Legislativa mandará a que se publique de acuerdo con el artículo 141, inciso 10 de la Constitución.
- b) Los tratados internacionales a que se refiere el artículo 138, inciso 12 de la Constitución deben ser aprobados dentro del plazo no mayor de sesenta días a partir de su presentación. Si se vence el plazo sin ser aprobados o rechazados, se tendrán por aprobados. Es un silencio que implica aprobación o aceptación.
- c) La falta de presentación por el diputado de la declaración de sus bienes ante la Contraloría General de la República acarrea la pérdida de su función de acuerdo con el artículo 138, inciso 10 de la Constitución.
- d) El abandono del diputado de sus funciones parlamentarias durante sesenta días continuos, sin causa justificada, acarrea la pérdida de su función de acuerdo al artículo 138, inciso 10 de la Constitución.

- e) El derecho al veto se pierde si el Presidente deja pasar quince días de recibida la ley sin hacer uso de él de acuerdo con el artículo 142 de la Constitución. Se interpreta como una aceptación de la ley.

El artículo 39 de la Ley de Amparo vigente, de rango constitucional, establece que la falta del informe del funcionario recurrido presume de ser cierto el acto reclamado.

En un Voto Disidente sobre una sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Distribuidora Nicaragüense de Petróleo, S. A. *versus* Alcaldía de Bluefields) he sostenido que esa presunción admite prueba en contrario. Esta opinión se ha convertido en sentencia en varios casos posteriores. Transcribo a continuación las partes pertinentes de dicho voto:

«El artículo 39 de la Ley de Amparo vigente establece: “Recibidos los autos por la Corte Suprema, con o sin el informe, dará al Amparo el curso que corresponda. *La falta de informe establece la presunción de ser cierto el acto reclamado*”. Es evidente que esta norma establece una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario, pues no se enmarca dentro de ninguna de las tres hipótesis del artículo 1.383 Pr. para considerarla una presunción de Derecho. El hecho conocido es la falta de informe del funcionario recurrido, el hecho desconocido que se da por probado es la ocurrencia de los actos de los que reclama el recurrente, pues la frase “*ser cierto el acto reclamado*” debe rectamente interpretarse como “*ser ciertos los hechos aducidos por el recurrente*”. Sin embargo, una cosa es dar por probado que se realizaron determinados *actos*, y otra muy distinta dar por probado que esos actos constituyen una violación a derechos y garantías constitucionales y que hayan causado agravios al recurrente, pues ello lo debe deducir la Sala del contenido de los autos (del escrito de interposición del recurso, y de las probanzas aportadas por el recurrente). Si se amparara automáticamente al recurrente simplemente, ante la falta de informe del funcionario recurrido, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la Sala correría el riesgo conceder un absurdo (por ejemplo, admitir que al recurrente se le conceda Cédula de Identidad como miembro de otro sexo), o de emitir un fallo violatorio de la legalidad (como en el caso de autos, admitir que se le conceda al recurrente una exención fiscal a la que no tiene derecho). Desde el punto de vista político (estatal), podría perjudicarse gravemente al Estado simplemente por la negligencia, omisión, incapacidad o mala fe del funcionario recurrido (quien podría incluso estar coludido con el recurrente). Por ello considero que la Sala no puede dejar de juzgar el recurso sobre la base de lo argumentado y probado en autos y a la luz de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, siendo la presunción de ser ciertos los hechos aducidos por el recurrido tan sólo uno de los elementos a considerar para dictar fallo».

El silencio de la Constitución se puede llenar por medio de la analogía y la aplicación de los principios constitucionales. Puede provocar un silencio la contradicción de dos disposiciones constitucionales que no pueden armonizarse.

Uno de los silencios históricos de fundamental importancia fue llenado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al crear, en el caso *Madison versus Marbury*, en el año de 1803, bajo la inspiración del famoso magistrado John Marshall, el control de la constitucionalidad de las leyes, legando a la Ciencia Constitucional un instrumento de defensa de la Constitución y los derechos humanos, fundamental para la democracia moderna.

En la Constitución de los Estados Unidos no se dijo explícitamente de qué forma se protegería la Constitución ni categóricamente el órgano que lo haría. El control judicial surge de la sentencia de *Marbury versus Madison*, redactada por el juez John Marshall, quien pretendió fundarla en dos disposiciones de la Constitución, el artículo III, Sección ii y el artículo VI, inciso ii. Sus antecedentes se desprenden de la opinión de Alexander Hamilton en *El Federalista*, donde expresa: «La interpretación de las leyes es de la propia y peculiar competencia de los tribunales. Una Constitución es en el hecho, y así debe mirarse por los jueces, como una ley fundamental. A ellos pertenece por lo tanto interpretar su significado, como el sentido de cualquier norma particular que proceda del cuerpo legislativo y, en caso de diferencia irreconocible entre las dos, preferir el deseo del pueblo declarado en la Constitución al de la legislatura expresado en el estatuto legal» (97).

En Argentina el artículo 43 de la Constitución de 1994 concede amparo en forma amplia por los actos y omisiones de las autoridades o de los particulares en virtud de la violación de los derechos y garantías consignados en la Constitución, en un tratado o en una ley.

Su antecedente lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 5 de septiembre de 1958, en el caso *Samuel Kot, S. R. L.*, en virtud de la cual admitió el amparo contra actos de particulares con el fin de respetar la libertad frente a una sociedad donde aparecen fuertes grupos de poder que se enfrentan no sólo contra el Estado, sino también contra los particulares. Se trataba de un conflicto entre la sociedad patronal que pedía la desocupación del local por los trabajadores. Se admitió el amparo interpuesto por la patronal a fin de proteger la propiedad y el derecho a trabajar (98).

(97) «El Federalista». Carta LXXVIII. Publicación de Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, pág. 203.

(98) La Corte Suprema expresa: «Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan de la autoridad solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones pro-

En 1957 (caso Sirí) la Corte Suprema argentina había concedido el amparo contra actos de autoridad sin que este recurso estuviera regulado en ninguna ley, aunque se podía deducir de la Constitución. Es una creación jurisprudencial, tanto este caso como el caso Kot. En ambas sentencias, como no existía regulación del amparo, la Corte Suprema se aprovechó del procedimiento del *habeas corpus* para darle vida al amparo, y así continuó admitiendo los recursos de amparo hasta las reformas posteriores que lo consagran. La mayor parte de la doctrina también apoya este sistema (99).

La República Dominicana no tiene regulado el amparo en su legislación interna, pero se aplica el Pacto de San José por haber sido aprobado por el Congreso y el artículo 29 de la Ley de Organización Judicial dispone que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurientes, cuando no esté establecido en la ley o resolver cualquier punto para que tal procedimiento sea necesario. La Suprema Corte de Justicia, por sentencia del 24 de febrero de 1999, adopta el amparo consagrado en el artículo 25, numeral 1 del Pacto de San José, incorporado por ley al Derecho dominicano. Pero como lógicamente no existía procedimiento para el amparo, dicha Corte, fundamentándose en el citado artículo 29, atribuyó competencia para su conocimiento y diseñó el procedimiento a observar en este recurso. En resumen es una sentencia creativa.

Con la aparición del control de la constitucionalidad de las leyes, la creatividad de los tribunales que ejercen esta jurisdicción, se facilita adecuar la Constitución a las realidades actuales, lo mismo que integrarla.

6. CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

No se trata de un silencio de la Constitución, por el contrario, ésta se expresa claramente en forma de mandato para que se cumpla con la disposición constitucional.

La omisión tampoco es un simple silencio, es la violación de una obligación de hacer, impuesta por un deber constitucional. En otras palabras, para no incurrir en la omisión inconstitucional hay que hacer, actuar, lo que la cláusula constitucional dispone.

fesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

(99) Adolfo AMADEO RIVAS, *El Amparo*, Buenos Aires, Ediciones la Rocca, 1990, pág. 359 y sigs. Adolfo GABINO ZIULU, *Derecho Constitucional*, T. II, Depalma, pág. 37. Roberto DROMI y Eduardo MENEM, *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, pág. 158 y sigs. Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 708 y sigs.

En términos concretos es la no expedición del decreto, orden, acto o ley que ordena hacerlo, en virtud de lo cual se viola la Constitución.

La aplicación de esta institución se funda en las razones siguientes: *a)* La Constitución es una norma jurídica, cuya máxima sanción es la nulidad de lo que se le oponga. A las que se le pueden añadir otras: sanciones, daños y perjuicios, delitos, etc. *b)* Es una ley superior cuya aplicación no puede quedar al arbitrio del Estado y de los particulares, portadora de la voluntad del constituyente de que sea cumplida y desarrollada. *c)* Tiene una función transformadora de la sociedad en busca de la igualdad real, lo que obliga al Estado a superar los obstáculos que la impiden mediante la formulación y cumplimiento de los programas sociales. *d)* Existen normas constitucionales que encierran un mandato para que sean desarrollados. *e)* Existe un deber constitucional de cumplir las normas constitucionales y uno de sus medios es la denuncia de violación por omisión. Pero existe una fuerte oposición contra esta institución y se esgrimen los argumentos siguientes: *a)* En los países donde no está regulada, se oponen a su aplicación, precisamente su falta de regulación, pero la jurisprudencia, ante la necesidad práctica de incorporarla, la ha aceptado aplicando por analogía procedimientos ya establecidos (exhibición personal, amparo). *b)* Los que niegan valor normativo a la Constitución, no pueden aceptar esta institución, pues no puede surgir un deber constitucional del desarrollo del articulado de la Constitución. Además existen normas programáticas que exigen desarrollo legislativo para su aplicación. Pero esta razón no puede ser aceptada en la actualidad y no es obstáculo para la aplicación de la institución. *c)* El poder legislativo tiene amplias facultades y libertades para formar sus leyes de acuerdo con los principios de oportunidad, conveniencia y concretización de los preceptos constitucionales de acuerdo a los valores, principios y opiniones políticas de una sociedad plural; pero tal potestad no debe servir de pretexto para dejar muertos por inanición muchos principios y mandatos constitucionales que requieren y exigen desarrollo, negando de esta manera la aplicación de esta institución. *d)* La división de poderes es otro impedimento para el funcionamiento de esta institución porque se considera que se viola al intervenir la justicia constitucional en la aprobación de las leyes; pero si aceptamos que el tribunal constitucional se limite a recomendar al poder legislativo la aprobación de las leyes que exigen el mandato constitucional y soluciona el caso concreto, podemos ver en ella un sistema de control y no de intervención, como se da en el amparo y el recurso de inconstitucionalidad de las leyes. *e)* La jurisdicción constitucional podría con esta figura bombardear de recomendaciones legislativas que ya no son aceptables en la sociedad o que recargan al Estado de obligaciones económicas y sociales fuera de su capacidad. Para evitar este mal los tribunales constitucionales deben actuar con prudencia. *f)* El carácter de legislador negativo que tiene el Tribunal Constitucional impide el funcionamiento práctico

de la institución; pero en la realidad las cosas han cambiado, los tribunales constitucionales también han asumido funciones de formación normativa, como de legislador positivo.

7. SISTEMAS DE CONTROL DE LA OMISIÓN

Existen dos corrientes doctrinales y legislativas con relación al control de la omisión, una amplia y la otra restrictiva.

En virtud del concepto amplio se permite controlar la omisión proveniente de todos los poderes del Estado, derivado de la obligación constitucional de actuar o reglamentar la Constitución.

Los partidarios de la posición restrictiva consideran que la omisión violatoria de la Constitución debe concretarse a la falta de la promulgación de la ley por parte del poder legislativo obligado por mandato expreso. Su origen y justificación la vinculan al surgimiento del Estado Social de Derecho, cuyas constituciones consagran los derechos económicos, sociales y culturales.

En resumen existen tres sistemas de control de la omisión inconstitucional: el sistema judicial; el sistema administrativo; y el sistema legislativo. Éstos son seguidos por nuestro ordenamiento constitucional y jurídico. Por tal razón trataremos brevemente de cada uno de ellos.

A) EL SISTEMA JUDICIAL

Tanto la Constitución (100) como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (101) y la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (102), ambos con rango constitucional, garantizan un proceso o juzgamiento sin dilaciones. Para tal efecto la Constitución (103), los Códigos y las leyes procesales establecen los plazos dentro de los cuales deben dictarse las sentencias.

Las personas tienen derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Es un derecho que se aplica a todo proceso. La retardación de justicia es uno de los males que ataca con mayor fuerza a la administración de justicia en muchos países y es difícil de combatir (104).

(100) Artículo 34, inciso 2 de la Constitución.

(101) Artículo XXV.

(102) Artículo 8

(103) Artículo 34, inciso 8 de la Constitución.

(104) Se calcula que existen 156.000 casos pendientes que deben resolverse de acuerdo con el derogado Código de Instrucción Criminal, y en lo civil se presenta una morosidad no menor de 200.000 casos por resolver en forma definitiva.

Son muchos los factores que contribuyen a la retardación de justicia: el juicio escrito; las crisis procesales (excepciones dilatorias, incidentes de previo pronunciamiento, etc.); pocos jueces y muchos litigios; lentitud de los jueces; falta de organización; falta de comodidad para trabajar; procedimientos complicados; las instancias y recursos, entre otros.

Se recomienda el juicio oral por su rapidez, inmediación y otras ventajas para superar la lentitud. No obstante, es caro y en nuestro país nunca se había regulado, por lo que no tenemos experiencia en su manejo.

El juicio oral está en prueba con el reciente Código Procesal Penal.

La mora judicial al no fallar en el tiempo señalado por la ley o atrasar el juicio, conlleva una violación de la Constitución por omisión.

El artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la sentencia definitiva debe dictarse dentro de treinta días de encontrarse el proceso en estado de fallo, salvo los casos en que las leyes señalen otro plazo menor. La sanción que se impondría a los jueces y tribunales son las siguientes: la primera vez es una amonestación; la segunda la suspensión de un año sin goce de salario; por tercera vez la destitución. Este artículo está reglamentado y se establece un juicio sumario para conocer de las sanciones. Las sanciones son impuestas por el superior jerárquico, sin perjuicio de las responsabilidades civiles en que pueden incurrir.

Las partes pueden interponer el recurso de retardación de justicia, regulado en los artículos 2.103 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Es preciso advertir que dentro de los juicios es posible declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa en cualquier instancia y en casación con fundamento en la causal primera de fondo, específica para la violación de la Constitución.

La Procuraduría de Derechos Humanos también tiene una potestad de control de la retardación de justicia. No son pocas las quejas que ha presentado contra los jueces y la misma Corte Suprema de Justicia.

B) EL SISTEMA ADMINISTRATIVO

En el artículo 188 de la Constitución se consagra el amparo en contra de toda disposición, acto o regulación y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución.

Este es un recurso extraordinario que se interpone ante la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones correspondientes, pero se falla por la Corte Suprema, Sala de lo Constitucional. Afecta a todos los poderes, siempre que no se refiera a leyes, sentencias judiciales o materia electoral.

Se puede, por ejemplo, recurrir de amparo porque la autoridad correspondiente no le otorga un pasaporte o licencia a una persona; recurrir de amparo para obligar a la Asamblea Nacional a nombrar a los magistrados de la Corte Suprema cuando no lo hicieren en tiempo (al escribir estas líneas en abril del 2003, tienen nueve meses de no nombrarlos). La sentencia, de acuerdo con el citado artículo 46, obligaría a la Asamblea Legislativa a nombrarlos.

La Asamblea Legislativa también nombra a otros funcionarios y en tales casos también cabe el amparo por omisión. En todos los casos, establezca o no plazo la Constitución para el nombramiento de un funcionario y no se ha hecho el nombramiento, cabe el recurso de amparo.

También se puede interponer el *habeas corpus* para salir de la cárcel por detención ilegal; lo mismo que hacer uso del *habeas data* para que lo eliminen del archivo de la policía porque no ha cometido delito.

Se puede hacer uso del amparo para emplazar al Presidente para que en el plazo no mayor de seis meses que le otorga el artículo 150, inciso 10 de la Constitución, reglamente la ley. Si el Ejecutivo no lo hace en ese plazo, lo hará la Asamblea Legislativa de acuerdo con el artículo 141, párrafo 9 de la Constitución. En este último caso no señala plazo para su aprobación, pero debe entenderse que son otros seis meses por analogía.

Por omisión se pueden violar los derechos constitucionales, para lo cual la ley otorga los mencionados recursos contra la autoridad violadora.

El amparo no cabe contra los particulares, como en algunos otros países de Latinoamérica (105).

C) EL SISTEMA LEGISLATIVO

En la Ciencia Constitucional clásica no existía preocupación por el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión de las leyes. La Constitución tenía un valor programático, sus normas no tenían carácter jurídico y se aplicaban cuando el legislador decidía por cuestiones de oportunidad y de conveniencia desarrollarlas.

En criterio ha cambiado, la Constitución es una norma jurídica obligatoria para el Estado y los particulares, la cual debe cumplirse ante las acciones y omisiones que la violen. La Constitución debe adecuarse a los tiempos a través de la interpretación y las leyes que dicte el poder legislativo, particularmente sobre los derechos humanos en sus tres generaciones.

El Estado Social de Derecho le ha dado mucho impulso a esta institución sobre la base de los derechos culturales, económicos y sociales. La omisión

(105) Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales, Bogotá, Colombia, 2001.

del Estado, incluyendo la legislativa, es el peor enemigo de estos derechos. Por tal razón en este tipo de Estado se acepta la violación constitucional por omisión.

El primer antecedente constitucional lo encontramos en los países tras la Cortina de Hierro. El artículo 377 de la Constitución de la ex Yugoslavia expresa: «Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia».

La labor del Tribunal de Garantías Constitucionales era pues, de carácter informativo y de recomendación sin fuerza coactiva, pero la disposición es amplia en cuanto a la ejecución de la Constitución, leyes y prescripciones y a las autoridades que abarca.

Después la figura se regula en Portugal y pasa a otros países como veremos más adelante.

8. IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN

La Constitución es la ley superior del ordenamiento jurídico y debe cumplirse por todos los poderes y órganos estatales y por los particulares.

Se puede incumplir (violar) por acciones u omisiones que, lógicamente, serían inconstitucionales. En nuestros países no son pocas las violaciones por omisión, pues los gobiernos generalmente callan y entran a la inacción ante los problemas económicos, políticos, jurídicos y sociales.

Para que el cumplimiento de la Constitución sea completa y no existan burlas en contra de ella, es preciso aplicar los recursos o juicios existentes o crear los adecuados para defender la Constitución contra las violaciones por omisión.

Ya hemos visto que a través del amparo y en los juicios comunes existe un control por omisión. Pero nuestro sistema no fue formulado para controlar la omisión de las leyes por el respeto a la teoría de la división de poderes.

La justicia constitucional nicaragüense tiene tres retos fundamentales: regular la acción de inconstitucionalidad por omisión de leyes, reglamentar el *habeas data* y poner a funcionar la causal primera de la casación en el fondo que autoriza recurrir por violación directa o indirecta de la Constitución (106).

(106) *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2001.

9. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Tres son los requisitos que se exigen para que proceda al recurso de inconstitucionalidad por omisión: *a)* que la norma constitucional exija la aprobación de la ley y no la deje a discreción del legislador; *b)* que existe mora de la Asamblea Legislativa porque se venció el plazo establecido en la Constitución o que haya transcurrido un tiempo prudencial que amerite declarar la mora; *c)* legitimación activa.

A) PRIMER REQUISITO

El Poder Legislativo es el encargado en el sistema democrático de dictar, reformar y derogar las leyes, de acuerdo con los criterios de conveniencia y oportunidad. En otras palabras, la razonabilidad de las leyes, la conveniencia, la oportunidad, su eficacia económica o social son cuestiones políticas de la exclusiva apreciación de la Asamblea Legislativa y no justiciables, están fuera de la jurisdicción constitucional.

Por otra parte, la Asamblea Nacional no es una máquina permanente de hacer leyes, lo cual nos llevaría a un sistema legal inflacionario que provocaría graves males: complicación y atraso en la administración de justicia, la seguridad jurídica se afecta porque muchas veces no se sabe cuáles son las leyes vigentes, es difícil para el pueblo saber a qué atenerse en materia legal, la libertad se deteriora porque las leyes en alguna forma limitan la libertad (107), igualmente es posible que no existan los recursos económicos para la aplicación eficaz de la ley, etc.

Sin embargo, esta libertad de la Asamblea Legislativa, está limitada por los mandatos constitucionales. En el Estado Constitucional, principalmente en el Constitucional de Derecho Social, no se puede permitir que la Constitución no se desarrolle y cumpla con sus fines, valores y principios. La Constitución es una norma que debe cumplirse, que el legislador debe desarrollar. Esa es la voluntad del constituyente. Es obligación del legislador mantener una legislación clara, actualizada y suficiente, aunque no inflacionaria.

El legislador está obligado a desarrollar los mandatos constitucionales que por su propia naturaleza lo requieran, pero no todos de manera inmediata o a corto plazo, salvo que la Constitución le exija que dicte una ley en forma expresa y no la deje a su discreción.

Debemos advertir que si el mandato constitucional contiene un derecho ejercitable inmediatamente, sin necesidad de regulación por ley ordinaria,

(107) Se ha dicho, con razón, que las dictaduras se distinguen porque son objeto de leyes todas las actividades de las personas, hasta en los más mínimos detalles. Nuestro sistema jurídico es inflacionario.

no estamos en presencia de la inconstitucionalidad por omisión. La norma constitucional que da lugar a la inconstitucionalidad por omisión es la que requiere la intervención del legislador para lograr su eficacia, intervención que es obligatoria y que se traduce en la aprobación de la ley.

B) SEGUNDO REQUISITO

La mora legislativa, o sea, el surgimiento de la obligación de iniciar el procedimiento de la ley que exige el mandato constitucional, principia a operar de la manera siguiente:

- i) Si se ha establecido plazo en la cláusula constitucional que obliga a dictar la ley, la mora principia con el simple vencimiento del plazo, sin ningún requerimiento previo a la Asamblea Legislativa. Si el plazo es para que inicie el procedimiento legislativo, el vencimiento del plazo hace las veces de requerimiento al legislativo para que lo inicie y apruebe la ley. Si el plazo es para que se apruebe la ley dentro de él, la mora principia inmediatamente después de promulgada la Constitución, sin requerimiento previo. Esta mora opera sin intervención judicial. La jurisdicción constitucional solamente reconoce que operó la mora y falla de acuerdo a su sistema. No es común señalar constitucionalmente un plazo para que se apruebe la ley. Existen algunos ejemplos en el Derecho Comparado: El artículo 117.1 de la Constitución de Alemania, el artículo 22 de la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina) señala varios plazos para que el legislador adopte ciertas normas, el artículo 39 de la Constitución federal argentina que ordenaba aprobar la normativa reglamentaria de la iniciativa popular de leyes dentro de los dieciocho meses de entrada en vigor de la reforma de 1994 de la Constitución.
- ii) Si no existe plazo para aprobar o principiar la ley, debe transcurrir un plazo prudencial (108) para que entre en mora el legislativo, de acuerdo a las circunstancias y exigencias del momento. El destacado constitucionalista español José Julio Fernández Rodríguez opina que la inactividad legislativa debe ser excesivamente prolongada, pero admite modulaciones. Expresa: «En segundo lugar, la inactividad debe conectarse a un periodo excesivamente prolongado. Aquí se encuentra la gran relatividad de la institución y la necesidad de un proceder

(108) La mayoría de los autores sostienen que la inconstitucionalidad no se produce inmediatamente después de promulgada la Constitución, sino después del transcurso de un tiempo reprochable al legislador.

casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto, lo cual puede traducirse en diferentes posiciones en función del caso, aunque en apariencia haya similitud desde el punto de vista técnico. Durante un tiempo excesivamente largo es una expresión que permite modulaciones, que puede entenderse como un tiempo irrazonablemente largo y que *a priori* carece de concreción, por lo que queda en manos del órgano competente determinar si ha transcurrido o no este tiempo teniendo presente las diversas circunstancias que existan, circunstancias de variada naturaleza» (109).

C) TERCER REQUISITO

Están legitimados activamente por ejercer esta acción todas aquellas personas perjudicadas por la omisión legislativa inconstitucional. Debe ser abierta a los sujetos individuales y colectivos, lo mismo que concederse acción popular. La legitimación pasiva reside en la Asamblea Legislativa, la cual por su inactividad viola la Constitución.

10. OMISIÓN TOTAL Y OMISIÓN PARCIAL

La omisión constitucional puede ser total (o absoluta), parcial (o relativa) (110). Es total cuando no se aprueba la ley que debe desarrollar la cláusula constitucional. Es parcial cuando se aprueba la ley, pero se omiten algunos aspectos, instituciones, casos o situaciones. Ejemplos de leyes que faltan en forma absoluta: proyecto de ley que impida que los medios de comunicación social sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo (111), proyecto de ley que regule la unión de hecho de la pareja (112). Ejemplos de omisiones parciales: falta de la regulación de la participación popular en la organización de los tribunales que administran justicia (113) en la Ley Orgánica del Poder Judicial, falta de regulación del *habeas data* en la Ley de Amparo.

(109) «Aproximación al concepto de inconstitucionalización por omisión», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., pág. 33.

(110) La distinción, entre omisión absoluta y relativa (la que vulnera el principio de igualdad) tiene su origen en un artículo que WESSEL, jurista alemán y magistrado del Tribunal Constitucional que publicó sobre el amparo. Esta distinción ha sido atacada por varios autores, pero defendida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ por ser útil, además, le concede autonomía a la relativa. Cfr. «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., pág. 59.

(111) Artículo 68, inciso 3 de la Constitución.

(112) Artículo 72 de la Constitución.

(113) Artículo 166 de la Constitución.

La omisión parcial o relativa también puede darse cuando se otorga un derecho, pero se omite a ciertos grupos que deben gozar del mismo (114), violándose el derecho de igualdad.

11. OMISIONES QUE AFECTAN A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS QUE NO LOS AFECTAN

Esta distinción tiene su origen en el diferente contenido de las normas constitucionales, las cuales fundamentalmente organizan el Estado y consagran los derechos humanos. De aquí la distinción entre la parte orgánica y dogmática de la Constitución.

La distinción tiene como finalidad destacar la importancia que debe dársele a los derechos humanos y el papel activo que deben jugar los jueces y tribunales de la jurisdicción constitucional y todos los aplicadores de la Constitución en su defensa, aún en el caso de vacíos y omisiones.

Sin derechos humanos y cumplimiento de los mismos no existe democracia. No debemos olvidar que el estudio e interpretación de los mismos es una especialidad muy importante.

12. OMISIÓN FORMAL Y MATERIAL

Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, existe otra distinción entre omisión formal y material, vinculada con la absoluta y la relativa. La formal se produce cuando el legislador adopta una inactividad total o parcial ante disposiciones que necesitan regulación. Agrega que las omisiones absolutas o totales son formales; en cambio, en las parciales es necesario distinguir: las que violan el principio de igualdad, que son de carácter material, y las que desarrollan en forma incompleta una norma constitucional, que son formales (115).

13. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA OMISIÓN

Los derechos en el Estado Constitucional burgués fueron consagrados junto con sus garantías para asegurar su cumplimiento. Entre otras garantías estableció las siguientes: un Estado mínimo, abstencionista, los recursos de *habeas corpus*, el amparo, la inconstitucionalidad de la ley, el libre mercado

(114) La doctrina y la jurisprudencia contemplan muchos casos de este tipo de omisión.

(115) «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., pág. 60.

para el juego de la libertad de empresa, del comercio y el ejercicio del derecho de propiedad.

Posteriormente, en el Estado Social de Derecho se incorporaron a la Constitución los derechos sociales de la segunda y tercera generación, pero los instrumentos legales para defenderlos del Estado burgués, no eran adecuados para ello y no se establecieron otros. Pero este Estado es grande, poderoso, intervencionista. El Estado y su Constitución promueven el desarrollo y aplicación de derechos humanos. Pero actualmente está en crisis (116).

Este vacío de garantías se vuelve evidente en la justicia constitucional, que ha hecho grandes esfuerzos para el desarrollo económico, cultural y político de la sociedad, provocando en muchos casos verdaderas revoluciones en materia social.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de los derechos prestacionales; a saber: *a)* Algunos autores como BURDEAU, le niegan fortaleza jurídica y los conciben como pretensiones frente a la sociedad para exigirle al Estado prestaciones a fin de desarrollar la personalidad. *b)* Otros los consideran como derechos cívicos exigibles al Estado, el cual tiene que realizar acciones positivas frente a ellos. *c)* Los derechos prestacionales se derivan del Estado Social de Derecho. Forman parte de su propia estructura y finalidad para hacer una sociedad más justa con base en la promoción de la igualdad real. En consecuencia, son verdaderos derechos y principios constitucionales. *d)* Son normas programáticas que tienen cumplimiento cuando el Estado tiene recursos y el legislador las desarrolla, por lo que no pueden ser exigidos por el recurso de amparo. No son derechos subjetivos porque no son tutelados judicialmente. Son directrices de las que no puede desviarse el legislador, pero no tienen efectos jurídicos concretos en el supuesto de que no sean cumplidos. *e)* Son verdaderas normas jurídicas que obligan al Estado a realizar las acciones necesarias para que sean desarrolladas, sirven como criterios de interpretación de la Constitución y las leyes ordinarias, pueden ser atendidas judicialmente en algunos casos concretos, obligan al

(116) Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ señala cuatro generaciones de los derechos humanos: los de la primera generación son los individuales y civiles, generales y universales, son los derechos del hombre; los de la segunda generación son los derechos políticos, en un principio limitados y ahora extendidos a todos los ciudadanos; los de la tercera generación son los económicos, sociales y culturales; los de la cuarta generación son los derechos de la mujer, de los ancianos, de los minusválidos y de los consumidores. Los destinatarios de los derechos individuales y políticos son todas las personas, los destinatarios de los derechos económicos, sociales y culturales son los que carecen de medios para ejercerlos y no los ricos que sí tienen, por lo que sería desvirtuar estos derechos concediendo, por ejemplo, salud y enseñanza gratuita a los que tienen posibilidades de satisfacer estas necesidades junto con los pobres, de lo cual depende el porvenir del Estado social. Los derechos de la cuarta generación deben atribuirse a los grupos señalados, no son derechos de todos (*Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 61 y sigs.).

legislador, pero este tiene amplia libertad para las configuraciones sin desnaturalizarlas.

Los derechos sociales son verdaderos derechos justiciables, pero con ciertas limitaciones sustantivas y de la justicia constitucional, los cuales tienen que ser fortalecidos con procedimientos específicos o generales de defensa de los derechos humanos, a los cuales pertenecen (117). Expresa el constitucionalista Javier TAJADURA TEJADA: «El profesor Carlos de Cabo, uno de los más cualificados estudiosos del Estado social, y de su crisis, recordaba hace años en una obra ya clásica cómo “el Estado social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales a la manera como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales”. El hecho —continuaba el Catedrático de la Universidad Complutense— es jurídicamente inatacable, pero no se hace sin coste de legitimación y de erosión de credibilidad y del sentimiento constitucional. Esas insuficiencias de la estructura institucional, garantista del Estado constitucional, son manifiestas y notorias en el ámbito de la justicia constitucional, instituto con el que el Estado constitucional alcanza su consolidación definitiva. La justicia constitucional fue concebida para coronar con éxito el grandioso y armónico edificio del Estado Constitucional liberal. Cuando sobre las ruinas de éste, tras la Segunda Guerra Mundial, fueron erigidos los estados sociales contemporáneos, las Constituciones introdujeron sin cambios el modelo de justicia constitucional del Estado constitucional clásico» (118).

Los derechos sociales, pues, determinan el tipo y fines del Estado. El Estado burgués y el social representan la lucha entre la libertad y la igualdad, analizada en la filosofía del Derecho, la Economía y la Ciencia Constitucional. Debe existir un equilibrio entre la libertad y la igualdad, sin que una destruya a la otra.

Los economistas vinculan los derechos al mercado. Algunos ven al mercado como productor de muchas injusticias, otros como fuente de libertad, responsabilidad individual, de progreso y de moralidad sin envidia. Para

(117) Víctor ABRAMOVICH y Chistian CURTIS son grandes defensores de la exigibilidad de los derechos sociales frente a la tesis aceptada por un buen sector doctrinal de que no son propiamente derechos porque su satisfacción consiste en un hacer y no en un no hacer y, por lo tanto, no son formalizables ni universales. No son actos sancionables y anulables, sino omisiones que no resultan sancionables ni justiciables. Pero observan que tanto los derechos clásicos como los sociales imponen prohibiciones y obligaciones, por lo que estos derechos y los derechos de libertad clásicas no se diferencian en su estructura. Son sancionables y justiciables, por ejemplo, las violaciones al medio ambiente, la salud, etc., y las omisiones y falta de prestaciones cuya efectividad es posible garantizar judicialmente en buena parte de los casos. Es un estudio completo sobre las formas de lograr el cumplimiento de estos derechos (*Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002).

(118) «La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., págs. 287 y 288.

el economista español, Carlos RODRÍGUEZ BRAUN (119), defensor de la libertad del mercado, las libertades clásicas, como la religiosa o de opinión o de prensa, tienen en común las características siguientes: son iguales para todos; su ejercicio no requiere la usurpación de la libertad de ningún otro individuo; la acción del Estado es contenida porque esas libertades requieren que no intervenga, lo cual armoniza con los principios liberales de limitación del poder, respeto a los derechos y las libertades y la no discriminación.

Si una persona recibe vivienda y educación sin pagarlo o pagando menos se invierten las tres libertades clásicas: el derecho no es igual para todos; para el disfrute de esos derechos hay que obligar a otros para que paguen por el beneficiario, lo que quebranta el derecho de propiedad; el poder del Estado crece porque tales derechos exigen que intervenga coaccionando a los ciudadanos para obtener los ingresos necesarios, todo lo cual contradice los principios fundamentales del liberalismo; el poder ya no es limitado; los derechos y libertades individuales están condicionados a la satisfacción de esos nuevos derechos; el Estado está obligado a discriminar entre las personas tanto para recaudar impuesto como para brindar prestaciones.

El recurso de inconstitucionalidad por omisión es un instrumento útil para promover y aplicar los derechos sociales, huérfanos de defensas legales en la justicia constitucional, pero ya se ha logrado un avance en el derecho positivo y la jurisprudencia. Luigi FERRAJOLI estima que la omisión es la forma más frecuente en que se viola un derecho social y niega que las garantías frente a la omisión sean necesariamente menos eficaces que las previstas para una comisión (en la que generalmente se viola un derecho de libertad). La tesis podría invertirse porque la violación de libertad, o peor aún, del derecho a la vida, puede ser sancionada pero no anulada, en cambio, la violación por incumplimiento de un derecho social, puede ser reparada por la ejecución, aun tardía, por lo que las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser más efectivas que las de un derecho de libertad (120).

14. PROCEDIMIENTO PARA CONOCER LA OMISIÓN Y EL ÓRGANO COMPETENTE

En las constituciones debe consagrarse la acción de inconstitucionalidad por omisión y remitir a la ley correspondiente su regulación, en nuestro caso en la Ley de Amparo, de rango constitucional, que regula, junto con los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el Código de Procedi-

(119) *Estado contra Mercado*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, págs. 67, 68, 69 y 70.

(120) Prólogo a la obra de Víctor ABRAMOVICH y Chistian CURTIS, «Los derechos sociales como derechos exigibles», *ob. cit.*, pág. 11.

miento Civil en la causal primera de la casación en el fondo y el artículo 194 del mismo, la jurisdicción constitucional.

El órgano estatal debe ser la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional de dicha Corte o un Tribunal Constitucional.

Se deben usar, a falta de esta regulación expresa, otros procesos constitucionales como el amparo, los recursos innominados, etc., para denunciar la omisión de inconstitucionalidad por omisión.

15. SISTEMAS QUE CONTEMPLAN EXPRESAMENTE LA INSTITUCIÓN

Como ya hemos expresado, la inconstitucionalidad por omisión principia a incorporarse a algunas constituciones en el último cuarto del siglo XX, a pesar de la oposición de cierto sector de la doctrina.

El movimiento principia en Yugoslavia, pasa a Portugal y Hungría y luego a Latinoamérica. En Europa no es recogido por otra Constitución.

Expresa José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Reconocimiento positivo expreso de esta competencia lo hallamos en Portugal y en Hungría. En Portugal se concibe la omisión inconstitucional de una manera amplia: inaplicación de los artículos no directamente exigibles de la Carta Magna por la ausencia de la legislación que les dote de aplicabilidad. En Hungría se ve como el incumplimiento, por parte del legislador, de sus obligaciones legislativas derivadas de una norma jurídica, lo cual también le otorga unas dimensiones amplias. La introducción de esta figura vía jurisprudencial se ha producido en otros ordenamientos, como en Alemania e Italia, aunque en otros lugares el órgano de justicia constitucional ha tenido que enfrentarse expresamente a la misma en alguna ocasión (Andorra, Bélgica, Rumanía). No hay que olvidar que los problemas que genera una omisión parcial que infringe el principio de igualdad pueden ser, hasta cierto punto, habituales» (121).

16. SISTEMAS QUE NO CONTEMPLAN LA INSTITUCIÓN

Existen algunos países que no contemplan la inconstitucionalidad por omisión y la jurisprudencia y la doctrina se niegan a aplicarla o simplemente la ignoran o apartan (122).

(121) *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, 2002, pág. 77.

(122) Según Edgardo MOLINA MOLA, constitucionalista panameño, el control de las omisiones legislativas no es aceptado en Panamá, pues sólo puede tener lugar contra una norma o proyecto ya vigente, pero no por omisión de las funciones legislativas, porque es requisito que la norma exista o esté en procedimiento de convertirse en ley o en

Son varios los argumentos que se puedan esgrimir, entre otros, no existe una disposición expresa en el ordenamiento jurídico para que funcione; la justicia constitucional hace de legislador negativo y no positivo; viola la libre conformación de la ley por parte del poder legislativo, afectando la división de poderes (123).

No obstante existen, entre otros, contundentes argumentos para aceptar la inconstitucionalidad por omisión en estos sistemas: el hecho de que no se contemple expresamente no es un silencio que implique negación, vacío que se puede llenar con otros procedimientos constitucionales por analogía (el amparo, los recursos innominados, etc.); la Constitución es la ley superior que quedaría parcialmente garantizada por la jurisdicción constitucional, si sólo funciona contra la ley y no contra la omisión, lo que sería grave con relación a los derechos humanos; la constitución en la actualidad es transformadora de las realidades políticas, sociales, económicas y culturales, es un medio para desarrollar los derechos sociales.

Es conveniente ubicarse dentro de este tema y expresar que la jurisdicción constitucional tiene tres funciones: *a)* La función meramente interpretativa de la Constitución. *b)* La función creativa del Derecho, convirtiéndose en legislador negativo y positivo, lo cual se manifiesta en la forma siguiente: i) La declaración de la inconstitucionalidad de la ley (legislador negativo). ii) Se le concede iniciativa legislativa y constitucional en algunos países. iii) Interpreta la Constitución de acuerdo a las realidades económicas, políticas y sociales. iv) Conoce del recurso de inconstitucionalidad por omisión. v) Dicta las conocidas sentencias interpretativas, adicionales (124), sustitutivas, etc., mediante las cuales modifica, agrega e interpreta la norma *c)* Integra y unifica el Derecho.

una reforma constitucional. *La Jurisdicción Constitucional en Panamá*, Panamá, 2002, pág. 362.

(123) Cfr. José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Estudia con amplitud los argumentos a favor y en contra del instituto y las consecuencias de aceptarlo o rechazarlo («La inconstitucionalidad por omisión», *ob. cit.*, pág. 124 y sigs.).

(124) En Sudáfrica se promulgó en 1991 una ley modificada en 1996, que en su artículo 25 concedía al esposo o esposa de un residente permanente en Sudáfrica el derecho a obtener automáticamente un permiso de residencia. Los recurrentes impugnaron de inconstitucionalidad dicha ley porque la consideraban discriminatoria, ya que no cubría a los extranjeros que mantuvieran una relación homosexual. La Corte Constitucional estimó que el vocablo «esposo (a)» no incluía a la pareja homosexual y, como consecuencia, era discriminatoria para dicha pareja y violaba su dignidad e igualdad. Declaró la inconstitucionalidad del artículo citado y además lo complementó, incluyendo después del término «esposo (a)» las palabras «o pareja del mismo sexo en una relación estable».

17. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS POR LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Esta clasificación tiene importancia porque de la escogencia de uno u otro sistema puede depender su aceptación o rechazo por la doctrina, la jurisprudencia o el constituyente.

Los efectos de la sentencia determinan las líneas fundamentales de los sistemas de inconstitucionalidad por omisión. Podemos citar los sistemas siguientes: *a)* Sistema en el cual la sentencia se limitaría a hacerle una recomendación al legislador para que dicte la ley. Es aceptado porque no pone en riesgo la división de poderes. *b)* Sistema en el cual la sentencia ordenaría al legislativo dictar la ley, señalando o no plazo para hacerlo. Es más fuerte que el anterior y se ha considerado como una limitación a la facultad del legislativo de juzgar el fin, la oportunidad y la conveniencia de la ley, sobre todo con relación a las normas programáticas. *c)* Sistema en la cual la sentencia resuelve el caso concreto que provoca la omisión por inconstitucionalidad y recomienda al legislativo aprobar la ley. Este sistema es el más aceptable. *d)* Sistema en el cual la sentencia aprueba la normativa en forma provisional para regular la norma constitucional, mientras el legislativo acepta la recomendación de la sentencia y aprueba la ley. Se le critica porque viola la división de poderes.

18. RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS Y POR LA OMISIÓN

Es conveniente advertir que en muchos países la aparición de la Constitución como ley suprema desplaza la soberanía de la ley por la soberanía de la Constitución. La ley ordinaria tiene que ajustarse a este cuerpo de normas. La ley no puede manifestar una voluntad ilimitada (se niega el carácter soberano a la ley). La contradicción entre la ley y la Constitución puede ser solucionada por el Poder Judicial ordinario o por un Tribunal Constitucional.

La supremacía de la Constitución y el sistema de control de su cumplimiento y el efecto retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, son instituciones jurídicas que destruyen el principio básico de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos (125).

(125) Existen otras razones teóricas que ayudan a la destrucción de la irresponsabilidad del Estado: el legislador deja de ser considerado como órgano de la sociedad y sus actos son de Estado; como consecuencia, el diputado deja de ser representante popular y se convierte en titular inmediato de un órgano estatal; el carácter general de la ley se quiebra en muchos casos.

Bajo estas condiciones se ha pensado fundar la responsabilidad en la culpa o ilicitud de la ley: si antes la ley delimitaba lo lícito e ilícito, ahora ella puede ser ilícita al entrar en conflicto con la Constitución. Esta teoría resulta forzada y ofrece graves inconvenientes.

El efecto retroactivo como método para poder reparar o compensar es efectivo, pero tiene sus inconvenientes. Hay que consagrar disposiciones regulatorias que permitan al juez o tribunal excluir ciertas situaciones.

La doctrina sostiene que la responsabilidad por actos legislativos no sólo se da cuando se viola la Constitución, sino también cuando no se viola. En nuestro sistema pueden tener aceptación ambas violaciones.

El tema en general es polémico y hasta las ideologías han intervenido; la izquierda defiende la inmunidad y la derecha la responsabilidad. Los tribunales tienen que proceder con mucha prudencia.

En nuestro sistema, el artículo 139 de la Constitución exige a los diputados de responsabilidad por sus opiniones y votos emitidos en la Asamblea Nacional. Esto los libera de toda responsabilidad civil por los efectos de las leyes que aprueben, pero el Estado sería en todo caso el responsable. Esta responsabilidad estatal por actos legislativos es de carácter extracontractual, y su prescripción sería la general de diez años, de acuerdo al artículo 905 del Código Civil, pues no se establece un plazo especial. El problema es muy complejo, y es poco probable que los tribunales de justicia se abran a una aceptación amplia de la responsabilidad del Estado por actos legislativos.

También la inconstitucionalidad por omisión produce responsabilidades y es una forma de inducir a no incurrir en ella.

El Estado será el responsable, de acuerdo con el artículo 131 de la Constitución, de las acciones u omisiones legislativas dañosas.

19. DERECHO COMPARADO

A) INTRODUCCIÓN

No son muchas las Constituciones que consagran la figura de la inconstitucionalidad por omisión. Solamente la contemplan: la de la ex Yugoslavia, la de Argentina (destacándose la Provincia de Río Negro), Portugal, Brasil y Venezuela. En Europa solamente la contempla la Constitución de Portugal.

Muchos países de Europa y algunos de Latinoamérica la han introducido a través de su jurisprudencia, como veremos a continuación. En ésta existe una gran riqueza de ingenio, creatividad y avance que vale la pena expresar brevemente.

Sobre la ex Yugoslavia ya expusimos brevemente su sistema y su carácter de fuente de inspiración.

B) PORTUGAL

En Portugal, el artículo 279 de la Constitución de 1976 disponía inicialmente que cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podía recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable; pero fue reformado, limitando al Tribunal Constitucional a comunicarle al órgano legislativo la existencia de la inconstitucionalidad por omisión. Según parece el antecedente del sistema de Portugal es el de Yugoslavia, que consagraba este tipo de violación en el artículo 377 de la extinta Constitución de 1974.

El artículo 283 de la Constitución regula la acción de inconstitucionalidad. Dice: «A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente».

De la disposición transcrita se deduce que: la legitimación para entablar la acción le corresponde al Presidente de la República, al Defensor del Pueblo y cuando se violan los derechos de las regiones autónomas al Presidente de la Asamblea Legislativa regional; el órgano competente para conocer es el Tribunal Constitucional y el destinatario de la orden es el legislador, el cual recibe la comunicación de la inconstitucionalidad por omisión, lo que implica una recomendación de que los legisladores realicen los actos legislativos omitidos que impiden la realización de la norma constitucional.

C) ARGENTINA

Es importante señalar que la inconstitucionalidad por omisión cuenta con tradición en Argentina. Su jurisprudencia en un principio fue negativa, pero a partir de los casos *Siri y Kot*, las omisiones normativas fueron llenadas por la jurisprudencia.

La Constitución de la Provincia de Río Negro del 3 de junio de 1988, establece una acción por el incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios. Se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste declara procedente la acción, fija un plazo para que se subsane la omisión. Si no se hace el tribunal integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo

y de no ser posible esta resolución determinará el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

Por sentencia del 20 de noviembre de 1996, el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro le fijó un plazo a la legislatura provincial para que dictara la ley reglamentaria del derecho de revocatoria popular de leyes, reconocido en los artículos 2 y 149 de la Constitución Provincial.

Posteriormente en la reforma de 1994 del artículo 43 de la Constitución Nacional se consagra la inconstitucionalidad por omisión a través del amparo. Así lo señalan Humberto QUIROGA LAVIÉ, Miguel Ángel BENEDETTI y María de las Nieves CENICACELAYA al expresar: «Un importante aporte de la reforma constitucional de 1994 es la inclusión en el nuevo artículo 43, párrafo 1.º *in fine* de la posibilidad de que en el trámite del amparo el juez declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto «u omisión lesiva». De esta forma, la vía judicial por excelencia para poner en funcionamiento el control de la inconstitucionalidad por omisión en la Argentina, es el amparo como género de tutela en cualquiera de sus especies (amparo propiamente dicho, *habeas data*, *habeas corpus*, acción declarativa de certeza, todos estudiados en contralor de constitucionalidad)» (126).

Para BIDART CAMPOS una interpretación razonable del artículo 43 encuentra sustento para que por medio de la acción de amparo se ataquen inconstitucionales de la norma en la que se funda la omisión (127).

El artículo 43 de la Constitución dispone: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

La legitimación activa que contempla este artículo es amplia pues se le concede a «toda persona», pero sólo a la perjudicada, pues no es una acción popular. Con relación a los intereses colectivos la extiende al defensor del pueblo y las asociaciones que se dedican a promover tales fines.

D) VENEZUELA

La Constitución venezolana de 1999 en su artículo 236 establece el control constitucional de las leyes por omisión, de la cual conoce la Sala Cons-

(126) *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzone Editores, Argentina, 2001, T. I, pág. 564.

(127) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La Reforma Constitucional de 1994*, Ediar, Argentina, 1995, T. IV, pág. 315.

titucional. Dispone: «Artículo 336. 1. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal de Justicia... 7. Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo, municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección».

La disposición transcrita tiene el alcance siguiente: *a)* Contempla tanto la omisión total como parcial. *b)* Se refiere a la inconstitucionalidad omisiva de la potestad normativa del poder municipal, estatal o nacional. *c)* Las normas deben ser indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución. *d)* La Sala Constitucional del Tribunal de Justicia es la competente para conocer de esta acción. *e)* La Sala Constitucional puede establecer un plazo para que se dicte la normativa. *f)* La Sala también tienen la facultad de establecer los lineamientos para corregir la omisión si esto fuere necesario.

En la Exposición de Motivos se expresa el propósito de la institución: «por falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impida su eficaz aplicación».

E) BRASIL

La Constitución de Brasil de 1988 contempla, en los artículos 5-LXXI y 103-2 la inconstitucionalidad por omisión que provenga de los tres poderes.

El artículo 103-2 le otorga legitimidad para entablar la acción de inconstitucionalidad por omisión al Presidente de la República, a la Mesa del Senado Federal, a la Mesa de la Cámara de Diputados y a la Mesa de la Asamblea Legislativa, al Gobernador Estatal, al Procurador General de la República, al Consejo Federal de la Orden de Abogados del Brasil, a los partidos políticos con representación parlamentaria nacional, a las confederaciones sindicales y a las entidades de clase con alcance nacional. Es una acción abstracta, directa y *a posteriori*. En el párrafo 2.º se señala el efecto de la sentencia, dice: «Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y tratándose de un órgano administrativo para que lo haga en treinta días».

Las constituciones estatales de Río Grande do Sul, de Río de Janeiro y de Santa Catarina prevén la inconstitucionalidad por omisión, ajustándose así a la Constitución Federal.

F) COSTA RICA

La Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica contempla la inconstitucionalidad de la ley por omisión en el artículo 73, el cual en sus partes pertinentes dice: «a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de *habeas corpus* o de amparo... f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas». La doctrina y la jurisprudencia han respaldado esta institución (128).

G) MÉXICO

En México el juicio de amparo no cubre la omisión legislativa, sólo la de índole administrativa. Pero se encuentra establecida en el artículo 65 del Estado de Veracruz. La acción se interpone ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y están legitimados el Gobernador del Estado o por lo menos una tercera parte del Ayuntamiento.

Cuando el tribunal declara con lugar la acción por omisión legislativa, el Congreso del Estado tiene de plazo dos periodos de sesiones ordinarias para aprobar la ley o decreto. Si se vence el plazo sin aprobar el propio tribunal deberá decretar las bases a las que deben sujetarse las autoridades hasta que se apruebe la ley o decreto.

El tribunal ordena llenar el vacío al Congreso del Estado y si no lo llena hará de legislador provisional hasta que se llene, lo que es criticado por sustituir al legislador y romper la división de poderes.

H) COLOMBIA

La Constitución colombiana no contempla la inconstitucionalidad por omisión, pero existe jurisprudencia que la acepta.

No obstante, en la acción de cumplimiento de la ley o acto administrativo, contemplada en el artículo 87 de la Constitución, se dispone que cuando se declara con lugar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente

(128) Para profundizar sobre el tema, véase: Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1995, pág. 34 y sigs. Magda Inés ROJAS, «Control de constitucionalidad por omisión», en *Revista de Derecho Constitucional*, San José, Costa Rica, núm. 2, mayo-agosto de 1991, pág. 9 y sigs.

el cumplimiento del deber omitido. No trata de la omisión inconstitucional de la ley.

La doctrina y la jurisprudencia (129) admiten la inconstitucionalidad por omisión legislativa. La acción para promover la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa es abstracta y popular.

I) ECUADOR Y PARAGUAY

Aunque no se expresan en términos idénticos, en las constituciones de ambos países, los derechos y garantías tienen aplicación directa y la ausencia de ley no puede ser pretexto para no aplicarlos. Los jueces y tribunales tienen amplios campos normativos y de decisión.

El artículo 18 de la Constitución de Ecuador de 5 de junio de 1998 en sus párrafos 1, 2 y 4 expresa:

«Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e indirectamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales».

El artículo 45 de la Constitución del Paraguay expresa: «De los derechos y garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía».

(129) S. núm. C-543 del 16 de octubre de 1996. S. núm. C-956/99. S. núm. C-080/99. S. núm. C-007 del 2001. S. núm. C-1433 de 2000 y otros.

J) ESPAÑA

Ante la inexistencia de disposiciones expresas en el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia y la doctrina han salido a defender la inconstitucionalidad por omisión, con diversos alcances y argumentos.

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad por omisión (130). Se vale de diferentes tipos de sentencias. La inserción de esta figura en el ordenamiento jurídico español es de creación jurisprudencial. El destacado constitucionalista español FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO expresa: «También en España, el Tribunal Constitucional ha recurrido a una serie de técnicas con las que ha enfrentado el problema de las omisiones legislativas: recomendaciones al legislador, sentencias aditivas, declaración de la inconstitucionalidad parcial de una norma por vulneración del principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad» (131).

PÉREZ ROYO (132) sostiene que en España no existe la inconstitucionalidad por omisión, porque la Constitución no señala límite al legislador para desarrollar el mandato del constituyente, le dejan no a su discrecionalidad, sino a su libertad absoluta la decisión legislativa que estime oportuna. No ve defensa frente a la omisión absoluta. Pero expresa que eso no quiere decir que el ciudadano quede inerte en caso que el legislador no actúe. Si la norma constitucional contiene un derecho directamente accionable, la ausencia de regulación no impide su ejercicio y aplicación. Por el contrario, si la norma constitucional contiene un derecho de configuración legal, no existe ningún mecanismo de protección para el mismo ante la inactividad del legislador.

Agrega que una cuestión distinta son las lagunas por omisión del legislador que tiene que ser integrada por el Tribunal y a partir de la decisión por el poder judicial.

No obstante, José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (133) entiende posible el planteamiento de utilizar el recurso de amparo para proteger las infracciones de los derechos y libertades por omisión de desarrollo legislativo en cuanto a que su regulación no excluye esa posibilidad. Cita como partidarios de la procedencia del amparo para resolver la omisión inconstitucional a AGUIAR DE LUQUE, AHUMADO RUIZ y FIGUERUELO BURRIEZA y advierte que el Tribunal Constitucional en alguna ocasión rechaza el amparo para decidir la omisión

(130) Sentencias: 24/1982, 72/1984, 98/1985 y 45/1989.

(131) *¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? Inconstitucionalidad por omisión*. Coordinado por Víctor BAZÁN. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, pág. 22.

(132) *Inconstitucionalidad por omisión*. Temas Básicos de Derecho Constitucional, Civitas, Madrid, España, 2001. T. I, pág. 66 y sigs.

(133) «La inconstitucionalidad por omisión», *ob. cit.*, pág. 409.

legislativa y en otras la acepta para suplir la inactividad legislativa referida a determinados derechos.

K) ALEMANIA

La iniciación de los estudios y el desarrollo jurisprudencial de la inconstitucionalidad por omisión se produce en Alemania. Veamos cómo ha penetrado esta figura (134):

- a) El artículo 117, inciso 1 de la Ley Fundamental de 1949 de la República Federal Alemana le otorgó poder normativo a los jueces en el supuesto de omisión legislativa. Este artículo expresa que las disposiciones que se opondan al apartado 2 del artículo 3, que establece la igualdad de sexo, permanecerán en vigor, hasta su adaptación a la Constitución, pero en ningún caso más allá del 31 de marzo de 1953, por lo que todas las disposiciones contrarias a la igualdad entre hombres y mujeres serían modificadas hasta el 31 de marzo de 1953. El legislativo no hizo las reformas, por lo que el Tribunal Constitucional declaró que todas las leyes incompatibles con la regla quedaban sin efecto.
- b) El artículo 6, inciso 5 de la Ley Fundamental de Bonn establece que para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos. Después de veinte años de entrar en vigencia la Constitución no se legisló para lograr la señalada igualdad por lo que el Tribunal Constitucional Federal en sentencia número 26/1969, del 29 de enero, decidió que la materia constitucional era directamente aplicable con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias previstas en las leyes ordinarias y ordenó al legislador dictar la normativa establecida en el artículo constitucional citado anteriormente, en el curso de la legislatura del año de 1969, lo que así fue hecho.
- c) Por la reforma de 1970, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, éste quedó habilitado para declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de la ley porque el texto de ésta es constitucional, pero tiene omisiones o lagunas que deben ser llenadas por razones constitucionales.
- d) Otro tema desarrollado por la doctrina alemana son las normas de prognosis que son aquellas promulgadas para reglamentar un manda-

(134) Cfr. Víctor BAZÁN, «Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de Derecho Comparado», en *En busca de las normas ausentes*, ob. cit., pág. 169 y sigs.

to constitucional, las cuales se encuentran desfasadas a causa de las circunstancias sobrevinientes, tornándose anacrónicas total o parcialmente. Se contempla la posibilidad de que la justicia constitucional controle la inactividad u omisión legislativa tendente a corregir o perfeccionar estas normas desfasadas, con mayor razón cuando resultan gravosas para hacer efectivos los derechos humanos.

- e) También el Tribunal Constitucional emplea las sentencias apelativas, las cuales consideran que todavía una situación es constitucional, pero apela al legislador para que realice una modificación o una nueva regulación, o que una disposición de la ley es todavía aceptable, pero exige una modificación, ya que los cambios han provocado una violación del principio de igualdad. Por ejemplo: procurar la igualdad entre hijos naturales y legítimos; la igualdad de trato en jubilaciones a categorías iguales.

L) AUSTRIA

No existe un instrumento procesal que atribuya específicamente al Tribunal Constitucional la facultad de conocer sobre las omisiones legislativas.

Sin embargo, en el artículo 140, párrafos 5 y 7 de la Constitución, le permite al Tribunal Constitucional dictar sentencias de anulación con efectos diferidos, mediante las cuales el Tribunal Constitucional establece un plazo no mayor de un año en el cual la inconstitucionalidad pierde sus efectos, la ley continúa aplicándose, mientras tanto el legislador debe modificarla poniéndola de acuerdo a la Constitución. Vencidos el plazo pierde su vigencia, a menos que se corrija su inconstitucionalidad. De esta manera el Tribunal Constitucional puede solucionar los problemas que se presentan cuando una ley solamente es inconstitucional, por lo que omite o por no incluir en la categoría de beneficiarios a todos los que clasifican en ella. También el Tribunal Constitucional se vale de las sentencias aditivas.

M) ITALIA

Los vacíos legales y las omisiones legislativas inconstitucionales son llenados respectivamente a través de la integración y las sentencias aditivas, sustitutivas y aditivas de principios.

Las sentencias aditivas de principio se usan actualmente para evitar roces con el parlamento y buscar un procedimiento de colaboración con el Tribunal Constitucional. Siguen la misma técnica de las aditivas, pero simplemente sienta un principio que debe materializarse por el legislador, pero que el juez debe aplicar una decisión del caso concreto.

20. NUESTRO SISTEMA

A) INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico la ley inconstitucional se puede impugnar directamente ante la Corte Suprema de Justicia dentro de los sesenta días después de publicada o cuando se aplica dentro de un juicio o en el amparo. Del recurso de inconstitucionalidad de la ley conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Antes que un recurso se estima como una acción popular, abstracta y *a posteriori*.

El recurso directo de inconstitucionalidad sólo se da contra la ley promulgada y publicada. Cuando se aplica dentro de un proceso se puede pedir a lo largo del juicio que se aplique de preferencia la Constitución, lo que puede hacerse de oficio por el juez y desemboca finalmente en la casación.

En casación se abre la posibilidad de denunciar, de acuerdo a la causal primera de la casación en el fondo, la violación de la Constitución, ya sea en forma directa o indirecta, aunque la Corte Suprema ha reservado la causal segunda de la casación en el fondo para denunciar la violación indirecta de la Constitución por medio de ley inconstitucional. De este recurso conoce la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Con relación a la casación, parte de la doctrina y toda nuestra jurisprudencia han convertido en inoperante la causal primera de la casación en el fondo, que permite expresamente impugnar la sentencia por violación de la Constitución en forma indirecta o directa, esta última considerada muy difícil que prospere, por no decir imposibles. Se rechaza esta causal porque: solamente la violación a la Constitución puede ser invocada en forma indirecta a través de leyes inconstitucionales en la causal segunda de casación en el fondo a menos que sea violada directamente, sobrando la primera; existe duda muy arraigada sobre la posibilidad de aplicar en forma inmediata las normas constitucionales. Se olvidan que las constituciones modernas son muy extensas en su contenido, penetrando en todo el orden jurídico y sus normas tienen aplicación directa.

Esta doctrina deja sin ningún valor la causal primera de la casación en el fondo, pues repito, no funciona ni por violación directa ni indirecta de la Constitución con lo que se le cercena la cabeza de uno de los sistemas de control constitucional.

Hasta el mes de julio de 1996 no se conocían sentencias de la Corte Suprema que hayan declarado una inconstitucionalidad por violación directa fundada en la causal primera de fondo. Exige que el precepto constitucional hubiese sido infringido directa e inmediatamente y no mediante leyes o códigos secundarios (135). Para hacer este tipo de impugnación indirecta se

(135) S. 10 a.m. del 22 de febrero de 1966, B.J., pág. 41; S. 9:45 a.m. del 22 de febrero de 1967, B.J., pág. 41; S. 11 a.m. del 12 de mayo de 1967, B.J., pág. 75; S. 8:30

debe usar la causal segunda (136). Las impugnaciones fundadas en esta causal tampoco han prosperado. La Corte ha perdido muchas oportunidades de adecuar la legislación ordinaria a la Constitución, de acuerdo a las realidades consolidadas del país. En lo único que acertó es en reconocer la posibilidad de aplicar inmediatamente las normas constitucionales, aunque no lo hacía.

No obstante, en dos sentencias recientes aceptó la posibilidad de discutir bajo el amparo de la causal primera, violaciones a la Constitución a través de la aplicación de leyes o códigos ordinarios, y en una de ellas prosperó la impugnación (137). Pero en sentencia de fecha intermedia, entre las dos sentencias anteriormente citadas, regresó a la vieja doctrina aún más extrema al expresar que la casación fundada en la causal primera es raro que prospere, ya que también es raro que un precepto constitucional sufra infracción directa o inmediata, por ser las infracciones propias de las leyes que emanan de los preceptos constitucionales (138).

B) LA CASACIÓN EN EL FONDO

La Corte Suprema de Justicia, a través de la casación en el fondo, ha dictado varias sentencias que se refieren a la omisión.

El artículo 78 de la Constitución, en busca de protección a los hijos ilegítimos y llevarlos a un plano de igualdad con los legítimos, establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad, remitiendo a la ley su regulación. Por el contrario, el artículo 225 del Código Civil establece la prohibición de investigar la paternidad ilegítima excepto en tres casos. Por otra parte, el artículo 228 del mismo Código establece otras limitaciones. Es necesario reformar el Código para ponerlo a tono con la disposición constitucional y hacer más accesible el derecho de investigar la paternidad ilegítima.

La Corte Suprema de Justicia, aplicando el principio de la prohibición, ha mantenido el estrecho margen que concede el Derecho Civil para investigar la paternidad a pesar de que las constituciones de 1950 (139) y de 1987 (140)

a.m. del 5 de septiembre de 1967, B.J., pág. 175; S. 10:35 a.m. del 22 de diciembre de 1967, B.J., pág. 258; S. 8:30 a.m. del 13 de agosto de 1970, B.J., pág. 186; S. 9:45 a.m. del 15 de diciembre de 1971, B.J., pág. 242; S. 10 a.m. del 24 de febrero de 1972, B.J., pág. 14; S. 9:45 a.m. del 14 de marzo de 1972, B.J., pág. 39; S. 8:30 a.m. del 15 de agosto de 1972, B.J., pág. 190; S. 9 a.m. del 17 de junio de 1975, B.J., pág. 158; S. 11:40 a.m. del 28 de julio de 1975, B.J., pág. 187; S. 9 a.m. del 26 de junio de 1976, B.J., pág. 118.

(136) S. 8:30 a.m. del 17 de junio de 1971, B.J., pág. 137.

(137) S. 11 a.m. del 6 de junio de 1986, B.J., pág. 105. En esta sentencia no prosperó la impugnación. S. 10:00 a.m. del 2 de julio de 1996, B.J., pág. 188. En esta sentencia prosperó la impugnación declarando retroactivo un Decreto-ley.

(138) S. 10:45 a.m. del 8 de mayo de 1996, B.J., pág. 138.

(139) Artículos 80 y 81 de la Constitución.

(140) Artículo 78 de la Constitución.

abrieron la posibilidad de investigarla con mayor amplitud. Este Alto Tribunal ha expresado que:

- a) Los artículos 80 y 81 de la Constitución de 1950, que establecen en forma amplia el derecho de investigar la paternidad a favor de todos los ciudadanos, no son compatibles con las rígidas limitaciones de los artículos 225 y 228 del Código Civil, por lo que esperaban una nueva legislación de acuerdo con los avances modernos consignados en dichos artículos. Por tal razón le resultaba imposible dictar resoluciones de acuerdo con el espíritu de los preceptos constitucionales sobre la investigación de la paternidad. Pero como no se había dictado la ley reglamentaria de estos artículos, interpretó que la ley a que remitía el artículo 81, era al Código Civil, por lo cual decidió aplicar los artículos 225 y 228 de este cuerpo de leyes a pesar de que, de acuerdo con los artículos 233, 324, 335 de la Constitución y 194 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales están obligados a acomodar sus decisiones preferentemente a los mandatos constitucionales (141). Rechaza la Corte el principio de la supremacía de la Constitución, la aplicación directa de ésta, el principio de igualdad y la doctrina generalmente admitida de que la interpretación de la legislación ordinaria debe de hacerse de acuerdo con la Constitución.
- b) El artículo 35 del Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, que consagra el derecho de investigar la paternidad, no derogó las limitaciones del artículo 225 del Código Civil. El Estatuto Fundamental de la República y el Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses de la Revolución Sandinista hacían la función de la Constitución Política, por lo que debían prevalecer sobre las demás leyes de Nicaragua en toda su extensión. El citado artículo 35, establece el derecho de investigar la paternidad, sin remitir a ninguna ley, en completa contraposición, y en completo viraje, con el artículo 101 de la desechada Constitución de 1974, el cual supeditaba el derecho de investigar la paternidad a las leyes secundarias existentes aún, las cuales no eran otras que lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil y pertinentes. Con el artículo 35 se ha querido librar de las trabas del Código Civil de acuerdo con el espíritu y la letra del derecho originado en el proceso revolucionario que busca la más eficaz protección de los hijos con relación a los padres. No obstante, para garantía del ejercicio del Derecho revolucionario y evitar que el juzgador haga subrepticamente de legislador, se aplican los artículos 225 y 228 del Código Civil, que regulan suficientemen-

(141) S. 8 a.m. del 22 de noviembre de 1957, B.J., pág. 18730.

te la investigación de la paternidad, como una solución transitoria. El derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 34 del Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, no es aplicable a la investigación de la paternidad. Para garantía del ejercicio de los derechos emanados de la legislación revolucionaria, en tanto no se regulen adecuadamente los medios para el ejercicio de las acciones, se deben seguir aplicando los preceptos de la presente legislación no revolucionaria, concepto que debe aceptarse dada su racionalidad jurídica (142).

- c) Lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución vigente de 1987 no deroga el artículo 228 del Código Civil, porque no existe oposición entre ellos (143).

Todo lo expuesto plantea respectivamente al legislador y a la justicia constitucional dos problemas: la necesidad de aprobar una ley ordinaria que regule con mayor amplitud la investigación de la paternidad; mientras tanto los tribunales deben interpretar la ley ordinaria (144) de acuerdo con los valores y disposiciones constitucionales.

En el primer problema se observa una violación de la Constitución por la omisión de la Asamblea de dictar la ley ordinaria. La Asamblea debería aprobarla. En caso contrario, la Corte debe exhortar (lo que ya hizo) nuevamente, al conocer de casos concretos, a la Asamblea para que apruebe.

El segundo se puede resolver con lo que se llama «doctrina de la interpretación adecuada de la ley ordinaria a la Constitución». Las sentencias interpretativas que se dicten pueden ser estimatorias o desestimatorias. En virtud de la primera el Tribunal Constitucional evita declarar la inconstitucionalidad de toda la ley o disposición y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones. Es desestimatoria cuando no declara la inconstitucionalidad, interpretando la ley o disposición de acuerdo con la Constitución. La interpretación puede ser restrictiva o extensiva. Ésta es la solución que debe acoger la Corte Suprema al juzgar cada caso. Por ejemplo: permitir a los menores de edad la investigación de la paternidad aún en vida del padre; autorizar los medios de prueba que brinda el avance científico, siempre que aseguren la veracidad, etc.

Los artículos 225 y 228 del Código Civil no han sido derogados totalmente, pero sí fueron modificados en su estructura y alcance por el citado Estatuto y las dos últimas constituciones. Creo, pues, que los jueces y tribunales deben aplicar de preferencia el artículo 78 de la Constitución y ampliar las posibilidades de investigar la paternidad, con relación a las causales y los

(142) S. 11 a.m. del 6 de junio de 1986, B.J., pág. 105.

(143) Consulta de 1 de septiembre de 1987, B.J., pág. 418.

(144) Artículos 225 y 228 del Código Civil.

medios de prueba sin esperar las reformas del Código Civil para adecuar la ley ordinaria a la Constitución.

Los magistrados revolucionarios sandinistas renunciaron a la supremacía del Estatuto y de la Constitución revolucionarias. Renunciaron a la interpretación adecuada y al uso alternativo del Derecho.

C) RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y DE AMPARO

El recurso de inconstitucionalidad de la ley (decreto o reglamento) sólo cabe contra la ley promulgada y publicada. Por tal razón se puede decir que no cabe el recurso de inconstitucionalidad por omisión de una ley que mandata aprobar una disposición constitucional porque no está contemplado expresamente por la Constitución (145). Creo que no podemos usar este recurso porque únicamente se concede contra ley vigente y no contra omisión de leyes. Pero se puede usar para impugnar la inconstitucionalidad por omisión parcial de una ley, por cuanto íntegramente entró en vigencia y ya tenemos el vehículo en que llevar el recurso.

Pero veamos si podemos, en nuestro país, usar el amparo para poder recurrir contra la omisión legislativa total o parcial. Con el amparo no se puede recurrir directamente contra una ley vigente por considerarla inconstitucional, ni contra su tramitación. Pero se puede alegar su inconstitucionalidad en este mismo amparo cuando se haya aplicado por una autoridad que no sea judicial (146).

De acuerdo con el artículo 188 de la Constitución, seguido por el artículo 23 de la Ley de Amparo, el amparo se concede contra toda disposición, acto o resolución y en general contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agentes de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Cuando se denuncia la inconstitucionalidad por no aprobar una ley que mandata la Constitución, no recurrimos de una ley vigente porque no existe (147), recurrimos de la omisión en que ha incurrido el legislador al no dictarla e incumplir con el mandato constitucional, el cual debe citarse como violado. La omisión es el objeto del amparo. Por tal razón podríamos

(145) Como ya vimos con este argumento no se acepta en Panamá la inconstitucionalidad por omisión.

(146) Artículo 20 de la Ley de Amparo.

(147) Expresa BIDART CAMPOS: «Si es así, la norma superior que manda dictar esta norma inferior no es la norma en que se funda la omisión de no dictar tal norma inferior; tampoco la omisión absorbe su inconstitucionalidad de la norma a lo que se omite complementar, sino que la adquiere por sí misma, precisamente al no cumplir con la norma que tiene que desarrollar y que no desarrolla (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 1977, T. VI, pág. 316).

aplicar el amparo para recurrir por la omisión total o parcial de la ley, ya que las disposiciones citadas autorizan a recurrir contra las omisiones de cualquier autoridad, entre los que se encuentra la Asamblea Legislativa que viola la Constitución al no dictar la ley a que le obliga ésta.

Aunque no con estos razonamientos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 90 de las 10:30 a.m. del 22 de abril de 1999, declaró con lugar el recurso de amparo por no aprobarse en tiempo el Proyecto de Presupuesto, que es una ley anual que obligatoriamente, de acuerdo con la Constitución, debe aprobar la Asamblea Nacional. Pero se negó a señalar plazo por la aprobación de la ley. El caso se presentó y resolvió así:

- a) El Proyecto de Presupuesto General de la República de 1999 fue presentado a la Asamblea Nacional en el mes de octubre de 1998. Pero en virtud de los desastres ocasionados por el huracán Mitch, se modificó dicho Presupuesto, modificación que fue presentada en el mes de febrero de 1999. Como consecuencia tenía que aplicarse dicho proyecto provisionalmente en el primer trimestre de 1999.
- b) Ante esta omisión de aprobar el presupuesto en tiempo (1998), el Procurador General de la República interpuso recurso de amparo contra la Asamblea Nacional ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Señaló como violado el principio constitucional de legalidad establecido en los artículos 32, 130, párrafo 1, y 183 de la Constitución, así como la Ley de Régimen Presupuestario.
- c) El Presidente de la Asamblea Nacional estuvo de acuerdo en que se dio una omisión al no aprobar el Presupuesto.
- d) La Sala señala en sus considerandos de la sentencia que el artículo 188 de la Constitución garantiza el recurso de amparo por omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución.
- e) Agrega que la Asamblea Nacional no cumplió con los mandatos establecidos en los artículos 113, 138, numeral 6, y 150, numeral 5, de la Constitución, que establecen la obligación constitucional de conocer, discutir y aprobar el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República para su aprobación. Por tal razón debía declararse con lugar el amparo.
- f) El Procurador también pidió en su escrito de apersonamiento: i) Que se declarará la legalidad de los artículos de la Ley del Presupuesto hasta el momento aprobado por la Asamblea Nacional. ii) Que se conceda un término prudencial a la Asamblea Nacional para que discuta y apruebe el Proyecto de Presupuesto por haberse vencido el término del artículo 41 de la Ley del Régimen Presupuestario.

- iii) Que mientras no rija dicho término, autorizar al Ministerio de Hacienda para seguir operando con el Proyecto de Presupuesto.
- g) La Sala se pronunció en sus considerandos, a pesar de ser irregular la forma en que se pidió, en la forma siguiente: i) Que tales peticiones escapan de la órbita jurisdiccional de la Sala, ya que en ningún apartado de la Constitución Política ni de la Ley de Amparo se contemplan tales situaciones. ii) Con relación a la legalización de los artículos aprobados por la Asamblea Legislativa dijo que de acceder a ello estaría violando la Ley de Amparo que en su reforma del artículo 51, inciso 3, hecha en la Ley 205, establece que no cabe el recurso contra el proceso de formación de la ley, su promulgación y publicación. Que es un contrasentido considerar aprobados tres artículos de una ley que en su conjunto no ha sido aprobada, sancionada y publicada. iii) Con relación al término pedido, la Sala consideró que no tiene facultad legal para conceder términos prudenciales ni prorrogas automáticas a términos establecidos en las leyes, cuya atribución le corresponde a la Asamblea Nacional de acuerdo al artículo 138, inciso 1 de la Constitución, ni mucho menos autorizar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público seguir operando con el Anteproyecto del Presupuesto y sus reformas por tratarse de un funcionario del Poder Ejecutivo.
- h) La Sala en su parte resolutive dijo: i) Ha lugar al amparo por omisión, vuelvan las cosas al testado que tenían antes de la violación constitucional por la falta de aprobación de Proyecto de Presupuesto General de la República 1999. ii) Es 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 persista el estado de violación constitucional actualmente existente. iii) No ha lugar a la solicitud de que se declare la legalidad de los artículos del Proyecto de Presupuesto de la República para el presente año, porque no hay amparo contra el proceso de formación de la ley. iv) No ha lugar a la solicitud que se conceda un término prudencial a la asamblea Nacional para que discuta y apruebe el Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, por ser una facultad eminentemente legislativa. v) No ha lugar a la solicitud de autorizar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para seguir operando con el Anteproyecto de Presupuesto y sus reformas presentadas, por ser notoriamente improcedente. Acepta la omisión absoluta y no hay razón para que no acepte la parcial.

La proyección de la Constitución sobre el sistema jurídico es enorme, pues éste debe desarrollarse de acuerdo a ella, gran cantidad de leyes desa-

rollan disposiciones, principios y valores constitucionales. Por tal razón es fácil observar esa orientación constitucional de las normas jurídicas.

Citaremos algunas normas que desarrollan artículos constitucionales:

a) Los artículos 15 y siguientes de la Constitución que regulan la nacionalidad son desarrollados por la Ley de Nacionalidad promulgada el 30 de junio de 1992 y su reglamento y la Ley de Extranjería. b) La libertad individual establecida en el artículo 25 de la Constitución está garantizado por el *habeas corpus* consagrado en la Ley de Amparo. c) El respeto a la honra y la reputación establecida en el artículo 26 de la Constitución está garantizado en el Código Penal por el delito de injurias y calumnias. d) Las garantías del procesado (presunción de inocencia, juicio por jurado, etc.), establecidos en los artículos 33 y 34 de la Constitución están desarrollados por el Código Procesal Penal. e) La no retroactividad establecida en el artículo 37 de la Constitución aparece desarrollada en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil y el artículo 4 del Código Penal. f) El artículo 61 de la Constitución, que consagra la seguridad social, está desarrollado por varias leyes. g) Los derechos laborales establecidos en el artículo 80 y siguientes de la Constitución están desarrollados en el Código del Trabajo y otras leyes. h) La desaforación del Presidente y Vicepresidente de la República establecida en el artículo 130 de la Constitución es regulada por el Código de Procedimiento Penal. i) El juzgamiento sin dilaciones establecido en el artículo 34, inciso 2 de la Constitución, se desarrolla a través del juicio oral regulado por el Código de Procedimiento Penal. j) La Convención de la Niñez incorporada por el artículo 71 de la Constitución en parte es desarrollada por el Código de la Niñez y Adolescencia de 24 de mayo de 1998. k) La iniciativa popular de leyes establecidas en el artículo 140, inciso 4 de la Constitución está desarrollado en la Ley de Iniciativa Ciudadana de Leyes del 3 de octubre de 1997. l) La protección a los discapacitados consagrado en el artículo 56 de la Constitución se desarrolla en parte por la Ley de Prevención, Rehabilitación y Equiparación de Oportunidades para las Personas Discapacitadas de 27 de septiembre de 1995. m) El derecho a la salud establecido en el artículo 105 de la Constitución es desarrollado por la Ley General de Salud de 17 de mayo de 2002. n) El derecho al ambiente establecido en el artículo 60 de la Constitución se desarrolla en parte por la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 27 de marzo de 1996 y su reglamento de 14 de junio de 1999. o) La protección a los derechos de los consumidores establecida en el artículo 105, inciso 4 de la Constitución, es desarrollado por la Ley de Defensa a los Consumidores de 1 de noviembre de 1994 y su reglamento de 14 de junio de 1999. p) El patrimonio familiar establecido en el artículo 71 de la Constitución es desarrollado por la Ley del Patrimonio Familiar, de 21 de abril de 1959. q) El derecho de adopción establecido en el artículo 79 de la Constitución está desarrollado por la Ley de Adopción de 12 de

octubre de 1981. *r*) La Ley de Amparo cumple con el artículo 190 de la Constitución, que exige que dicha ley regule los recursos de inconstitucionalidad de la ley, decreto y reglamento, el recurso de amparo y de exhibición personal. *s*) El artículo 184 de la Constitución dispone que son constitucionales la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo que se dictaren, las cuales ya fueron aprobadas y entraron en vigencia. *t*) La Ley de Municipios se dictó en cumplimiento del artículo 177 de la Constitución. *u*) La Ley de Inversiones Extranjeras se dictó en cumplimiento del artículo 100 de la Constitución. *v*) La Ley de Carrera Docente de 10 de octubre de 1990 en cumplimiento del artículo 130, párrafo 7 de la Constitución. *w*) La Ley del Servicio Civil y la Carrera Administrativa de 5 de diciembre de 1989, y reforma de 19 de mayo de 1990 en cumplimiento del artículo 130, párrafo 7 de la Constitución.

En nuestra Constitución existen pues muchos mandatos legislativos, algunos de los cuales ya se han cumplido mediante la vigencia de la correspondiente ley.

Existen otros mandatos constitucionales a los que todavía no les ha llegado su tiempo. Por ejemplo: la participación popular en la administración de justicia (148) y el derecho de los trabajadores de participar en la administración de la empresa (149). Pero existen otros mandatos que ya están en mora de ser cumplidos. Ejemplos: la ley que regula la unión de hecho entre hombre y mujer (150), las reformas para ser efectiva la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos (151), las reformas para regular con más amplitud la investigación de la paternidad (152). Además no debemos olvidar el mandato constitucional de aprobar anualmente el Presupuesto de la República.

Si el mandato encierra un derecho ejercitable inmediatamente no surge el problema de la omisión inconstitucional.

Peter HÄBERLE expresa sobre los mandatos constitucionales: «La actividad del legislador puede concebirse como procesamiento permanente del cambio social en el tiempo y ofrece una variedad de procedimientos y técnicas pertinentes. En la primera época de la LF se intentaba “cumplir” los mandatos constitucionales, abiertos (u ocultos), por ejemplo, sobre la igualdad de los sexos (art. 3.º, inciso 2, de la LF), de los hijos nacidos fuera de matrimonio (art. 6.º, inciso 5 de la LF) o sobre la democracia interna de los partidos (art. 21, inciso 1, frase 3, de la LF) (cfr. también los arts. 95, inciso 3, y 117, inciso 2, de la LF)» (153).

(148) Artículo 166 de la Constitución.

(149) Artículo 81 de la Constitución.

(150) Artículo 79 de la Constitución.

(151) Artículo 75 de la Constitución.

(152) Artículo 78 de la Constitución.

(153) *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, págs. 63 y 64.

21. FUTURO DE LA INSTITUCIÓN

El futuro de una institución depende del grado de penetración en la sociedad y de su fortaleza en el cumplimiento de sus fines.

Sin estas condiciones, cualquier figura o institución legal cae en disfunción o en desuso, lo cual termina en un fracaso.

Pero estamos partiendo de que ya se encuentra consagrada en las constituciones y en funcionamiento. Pero la realidad es que la inconstitucionalidad por omisión es una institución que recientemente se incorpora (fines del siglo XX) en las Constituciones, como asimismo es reciente su creación jurisprudencial. Es una institución en experimentación.

No son muchos los países que la regulan expresamente, como también los que en su jurisprudencia la aceptan. Por otra parte, la doctrina no le ha dedicado mucho tiempo y espacio para lograr su penetración.

Uno de sus obstáculos, además de la falta de información de los constituyentes y tribunales, es la falsa creencia de que se viola la división de poderes y se limitan las facultades del poder legislativo, aunque la sentencia se limite a solucionar el caso concreto y a recomendar al legislador la regulación urgente del mandato constitucional. Se enfrenta la teoría de la división de poderes con el principio de la superioridad de la Constitución y su ineludible cumplimiento (154). No creo que exista tal enfrentamiento, pues con la figura en estudio, limitando la sentencia en los términos indicados, lo que se logra es un balance y contrapeso entre los poderes, un sistema efectivo de control (155) y el cumplimiento de la Constitución, la máxima ley de la República.

Por otra parte, la teoría de división de poderes, revisada y hasta rechazada por algunos autores, todavía es mantenida con modificaciones por su utilidad y difícil sustitución. Una de sus modificaciones es la presencia de los Tribunales Constitucionales, en algunos países separados del poder judicial, los que tienen funciones normativas de carácter negativo y positivo, sin que lleguen a sustituir al legislador, por lo que se ha creído que constituyen un poder político (156).

La lucha debe principiar por incorporarla a las Constituciones y después velar por su cumplimiento.

Creo en su futuro, principalmente en Latinoamérica, por las razones siguientes: a) El principio de la supremacía de la Constitución no puede per-

(154) Es preciso advertir que no sólo el principio de la división de poderes y otros argumentos se oponen a esta institución. Los diputados y constituyentistas son fuertes opositores.

(155) Para profundizar sobre los controles del poder, véase una de las obras más importantes sobre este tema del destacado constitucionalista Diego VALADÉS, *El control del poder*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

(156) Cfr. José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La inconstitucionalidad por omisión», *ob. cit.*, pág. 171 y sigs.

mitir que se le defienda solamente ante violaciones producidas por acción no contra infracciones por omisión, con las cuales no pocas veces se le trasgrede y se burla de ella, y se llega a la mutarla. *b)* El juez en la sociedad moderna es una figura central en el Derecho, que cada día adquiera más poder y beligerancia, por su sentencia razonada, su neutralidad y las garantías en los procesos en que interviene. *c)* El activismo de la justicia constitucional viene a llenar la inactividad e inoportunidad de los parlamentos, muy criticados en la actualidad. No puede permitir que la Constitución sea una mentira, solamente efectiva en el papel, sin valor normativo efectivo en la realidad. *d)* La inconstitucionalidad por omisión es un instrumento de defensa de las minorías, que funciona mejor en nuestros países latinoamericanos que la iniciativa popular de ley, la cual no funciona bien, y que en nuestro país nunca se ha usado a pesar de estar regulada y reglamentada. *e)* La inconstitucionalidad por omisión es un valioso instrumento para el desarrollo de los derechos sociales, aunque para algunos autores no son considerados como verdaderos derechos subjetivos exigibles judicialmente si no están desarrollados en la ley ordinaria (157).

RESUMEN

SILENCIO

Por lo general, en el Derecho las acciones, actos y situaciones jurídicas positivas son las que producen efectos jurídicos, pero en ciertas circunstancias también la omisión y el silencio pueden producir esos efectos, unas veces en contra y otras a favor de quien lo guarda. Los efectos jurídicos del silencio se presentan en todas las ramas del Derecho. En este trabajo se estudia el valor jurídico del silencio en materia civil, procesal, administrativa y constitucional. Una buena parte de la obra se dedica al silencio constitucional, que se manifiesta principalmente cuando el Legislativo no dicta una ley que la Constitución mandata a dictar (inconstitucionalidad por omisión;

ABSTRACT

SILENCE

Generally speaking, in the law, positive legal situations, acts and actions are those situations, acts and actions that have legal effects; but in certain circumstances omission and silence can have legal effects as well, sometimes against and sometimes in favour of the omitting or silent person. The legal effects of silence appear in all branches of the law. This paper studies the legal value of silence in civil, procedural, administrative and constitutional law. A considerable portion of the paper deals with constitutional silence, which is manifested primarily when the legislative branch fails to issue a law that is its constitutional mandate to issue (unconstitutionality by

(157) Cfr. Víctor ABRAMOVICH y Cristian COURTIS, «Los derechos sociales como derechos exigibles», *ob. cit.* Gustavo LINARES BEREZO, «Derechos prestacionales y separación de poderes», en *Constitucionalismo hoy*. Obra colectiva. Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, Venezuela, 2000, pág. 413 y sigs.

por ejemplo, la falta de regulación de la unión de hecho estable, art. 72 de la Constitución). A este respecto, se hace un amplio estudio de la figura del silencio constitucional en diversos países de América Latina y Europa, y se explica el modo en que se aborda este problema en el sistema de justicia constitucional nicaragüense. Concluye el trabajo con una reflexión sobre el futuro de la institución estudiada.

omission; for example, failure to regulate stable de facto unions, Spanish Constitution, article 72). In this respect, a wide-ranging study is made of constitutional silence in various countries of Latin America and Europe, and an explanation is given of how this problem is addressed in the Nicaraguan system of constitutional justice. The paper concludes with a reflection on the future of the institution in question.

(Trabajo recibido el 14-08-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)